

A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL: A DIFÍCIL RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

THE CONSTRUCTION OF DEMOCRACY IN BRAZIL: THE PROBLEMATIC RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLITICS

Clarissa Tassinari¹

Danilo Pereira Lima²

RESUMO

Este artigo objetiva demonstrar como a relação direito e política é decisiva para a construção da democracia no Brasil. Partindo de uma análise histórica sobre os objetivos do Estado de Direito, a primeira parte do texto revela o autoritarismo presente na formação do Estado brasileiro. Seguindo esse raciocínio, como uma segunda parte, o papel do Judiciário é colocado sob discussão, concluindo-se que a discricionariedade judicial é um obstáculo para a democracia.

Palavras chave: Democracia. Direito. Política. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper intends to demonstrate how the relationship between law and politics is decisive for the construction of democracy in Brazil. From a historical analysis about the rule of law's objective, the first part of the paper shows the authoritarian features of the Brazilian state. Following this explanation, as a second part, the role of the judicial branch is discussed, concluding that judicial discretion is an obstacle for democracy.

Keywords: Democracy. Law. Politics. Judicial Power.

1. INTRODUÇÃO

A ascensão de regimes democráticos depende de uma construção extremamente complexa, pois envolve a combinação de diversos fatores que não

¹ Doutora e mestre em direito público pelo PPG Direito da UNISINOS-RS (com financiamento, em ambos os casos, pelo CNPq-BR). Advogada (OAB-RS). E-mail: clarissa@tassinari.adv.br

² Doutorando e mestre em direito público pelo PPG Direito da UNISINOS-RS (com financiamento, em ambos os casos, pela CAPES). Professor de Teoria Geral do Estado. E-mail: danilopdireito@gmail.com

ocorrem de forma natural em todos os lugares do mundo. Certas experiências malsucedidas de organização da ordem política, em que ainda predominam formas de relações tribais, são exemplos importantes para se compreender o mau funcionamento do sistema representativo em certos países. Nesse sentido, em *As origens da ordem política*, Francis Fukuyama destaca que a organização de uma democracia liberal moderna e bem-sucedida depende da relação equilibrada entre três categorias de instituições: o Estado; o Estado de Direito; e a ideia de Governo responsável.

Segundo ele, o funcionamento de apenas uma das categorias não garante a existência das demais. Desse modo, o nascimento do Estado, a partir da modernidade, permitiu o estabelecimento de uma ordem política com legitimidade para monopolizar o uso da força, garantindo, por esse meio, o respeito às leis e à defesa de seu território em relação a outros Estados. Já a ascensão do Estado de Direito e da ideia de Governo responsável permitiram uma maior limitação e transparência do poder estatal, ao impedir que os agentes públicos atuassem de forma arbitrária contra a sociedade civil. Assim, Fukuyama afirma que, “o fato de haver países capazes de atingir esse equilíbrio constitui o milagre da política moderna, pois não é óbvio que eles podem ser combinados” (FUKUYAMA, 2013, p. 31). Isso pode ser observado nos diferentes contextos históricos em que essas categorias se configuraram no ambiente político de diversos países.

Um passo importante para a realização desse desafio ocorreu a partir da modernidade, com o estabelecimento do Estado. O nascimento do *Leviatã*, em seu formato absolutista, foi fundamental para a racionalização e centralização do poder, ao organizar uma ordem política que, desde seu início, teve a pretensão de ser erguida com condições de se sobrepôr a diversos grupos sociais. Ou seja, a palavra chave para se entender os fundamentos do Estado absolutista é a tolerância, já que o seu intuito era fazer com que diversos setores e facções do cristianismo pudessem conviver de forma mais harmônica em um mesmo território.

Com o fim da hegemonia da Igreja Católica, diversos grupos passaram a se digladiar em diferentes partes da Europa. Garantir a pacificação de todos eles era a grande preocupação no tempo de Thomas Hobbes. É por isso que, segundo Janine Ribeiro, *O leviatã* deve ser lido como uma obra política atravessada ao mesmo tempo pelo medo e pela esperança, sendo que o primeiro sentimento era motivado pelo receio

de morte violenta; já o segundo tinha relação com a expectativa dos indivíduos alcançarem maior segurança por meio do Estado (RIBEIRO, 2008).

Se o Estado representou uma significativa conquista civilizatória, ao possibilitar a organização de um sistema político secularizado; por outro lado, o exercício arbitrário do poder político se transformou no principal motivo de inquietação de autores como John Locke e Rousseau. A elaboração de diversas teorias, sobre técnicas de limitação do poder, desaguou no nascimento do constitucionalismo moderno. É verdade que no Estado absolutista já existiam mecanismos incipientes que reduziam a discricionariedade dos monarcas, como são os casos dos estatutos legais e da atuação da burocracia. A existência desses dois elementos, importantes no processo de racionalização do poder, impedia que o absolutismo fosse confundido com as monarquias despóticas. Contudo, a margem de manobra dos monarcas, no sentido de fazer com que suas escolhas pessoais se sobrepusessem na esfera pública, ainda era significativa, chegando ao ponto da propriedade privada ser apresentada como concessão do soberano e não como um direito individual oposto a ele.

É nesse sentido que a ascensão do Estado de Direito deve ser compreendida. Se anteriormente Hobbes havia apresentado o Estado como uma instituição responsável por proteger a vida das pessoas; em Locke e Rousseau o Estado já aparece como um possível violador de direitos quando inexitem limites ao exercício do poder político. Além do Estado de Direito, a ideia de um sistema político responsável passa pela necessidade de mais transparência nas decisões tomadas pelas instituições e, também, pela abertura do sistema representativo em relação à comunidade. Essas transformações devem envolver o funcionamento de todos os Poderes, sempre respeitando as peculiaridades de cada um, já que os critérios institucionais para a formulação de suas decisões são completamente diferentes.

Nesse sentido, quando se fala em sistema político responsável é necessário apontar o tipo de transformação que se espera em cada Poder. Para as finalidades desse trabalho, a responsabilidade do sistema político pode ser apontada da seguinte forma: *a)* maior transparência nas decisões tomadas pelo Executivo e, também, maior diálogo com a comunidade; *b)* maior responsabilidade política dos juízes no momento da decisão, no sentido de afastar qualquer elemento voluntarista na formação das sentenças; e *c)* maior abertura do Parlamento em relação à sociedade, já que este espaço

institucional é o lugar mais adequado para as disputas políticas existentes numa democracia.

No Brasil, é possível analisar o funcionamento das instituições políticas a partir da mesma premissa estabelecida por Fukuyama. As dificuldades na combinação dos três conjuntos de instituições – Estado; Estado de Direito; e a ideia de governo responsável – explicam o tipo de democracia formado no Brasil. Afinal, como ocorreu a modernização do Estado brasileiro? Quais as razões da recepção tardia do Estado de Direito? Por que, mesmo depois da redemocratização, o sistema político permanece blindado em relação à sociedade?

Todos estes questionamentos são fundamentais para se compreender os sentidos da democracia brasileira e sua atual limitação. É verdade que, se por um lado ela permitiu a ascensão de um Estado de Direito e, pela primeira vez, alcançou um período mais longo de estabilidade institucional; por outro lado, resquícios de uma cultura política autoritária continuam muito presentes nas engrenagens de seu sistema político, o que impede que as constantes reivindicações sociais tenham algum tipo de efeito nas estruturas de poder.

A organização autoritária do Estado brasileiro, que, durante a maior parte da história republicana procurou se impor como demiurgo da sociedade – na tentativa de sufocar a atuação dos movimentos sociais –, não foi eliminada totalmente após a redemocratização. Essa situação é responsável pelo *déficit* de cidadania ainda presente na sociedade brasileira, que, no caso, mesmo após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, ainda encontra dificuldades para fazer com que suas reivindicações sejam ouvidas pelas estruturas de poder do Estado. O sistema político se encontra blindado em relação aos movimentos que ocorrem nas ruas, ao distanciar cada vez mais os representantes políticos das pessoas comuns. Essa situação foi observada por Marcos Nobre em seu livro *Imobilismo em movimento*, ao utilizar um novo conceito para compreender o *modus operandi* do sistema político brasileiro. Segundo ele, após a redemocratização o sistema passou a operar de forma autônoma em relação à sociedade, buscando arrefecer os conflitos sociais e as disputas políticas que ocorrem naturalmente

numa democracia. Esse fenômeno foi denominado por Nobre como “peemedebismo” (NOBRE, 2013)³.

Nesse ambiente dominado pelo peemedebismo, as pautas reivindicatórias de setores marginalizados da sociedade brasileira não encontram espaço no Parlamento. São sufocadas prematuramente por grupos de pressão que alcançam maioria entre os parlamentares, e impedem que as minorias consigam debater suas posições. Ou seja, a redemocratização não foi capaz de abrir por completo as instituições políticas brasileiras, pois manteve um grau significativo de blindagem do sistema político em relação à sociedade, ao dificultar a realização da ideia de governo responsável preconizada por Fukuyama.

Desse modo, é possível afirmar que a democracia brasileira continua pouco democrática no funcionamento de seu sistema representativo. Segundo Octavio Ianni, “modernizam-se a economia e o aparelho estatal. Simultaneamente, os problemas sociais e as conquistas políticas revelam-se defasados. [...] A mesma nação industrializada, moderna, conta com situações sociais, políticas e culturais desencontradas” (IANNI, 2004, pp. 120-121). Um desencontro intencional que, ainda segundo as palavras de Ianni, pertence ao próprio modelo de modernização capitalista seguido pelo Brasil, que contribuiu para cristalizar o modo autoritário de lidar com os conflitos sociais. Assim, a partir de todos esses aspectos elencados na introdução, o presente artigo pretende abordar as atuais limitações da democracia brasileira, como a herança autoritária do Estado patrimonialista e a presença do pemedebismo no *modus operandi* do sistema político.

2. A MODERNIZAÇÃO AUTORITÁRIA DO ESTADO

Em *A guerra do fim do mundo*, de Mario Vargas Llosa, o caráter autoritário da modernização do Estado brasileiro é muito bem descrito pelo escritor peruano, ao demonstrar alguns traços marcantes de uma das maiores tragédias ocorridas após a proclamação da República, que foi a guerra de Canudos. Um movimento messiânico mal compreendido, formado por pessoas que viviam à margem da sociedade e que sofriam cotidianamente com a seca e com a violência, ora do policial (os volantes), ora

³ Apesar desse conceito fazer referência ao PMDB, Nobre destaca que o conceito de peemedebismo não se reduz somente a esta organização partidária, sendo o mesmo utilizado em sua obra para explicar o

Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 154-172 Jul/dez. 2016 ISSN 2318-8650

do banditismo local (o cangaço e os jagunços a serviço do latifúndio), é duramente sufocado pelo Exército brasileiro. A partir dessa tragédia, o romance retrata alguns elementos fundamentais na organização da jovem República e na implementação de um projeto autoritário de construção da nação.

Isso pode ser percebido no idealismo militar do Coronel Moreira Cesar e, também, na presença do poder tradicional e personalista de personagens como o Barão de Canabrava, líder dos monarquistas, e de Epaminondas Gonçalves, principal representante do partido republicano. Se, no primeiro caso, temos um representante do projeto positivista de uma ditadura militar – tanto que Moreira Cesar foi um grande aliado de Floriano Peixoto –, os dois últimos personagens representam o velho estilo com que as elites brasileiras sempre procuram sequestrar a agenda política, ao tratar os assuntos públicos como questões pertencentes à esfera doméstica. Pois foi nesse sentido que o Barão de Canabrava e Epaminondas Gonçalves, antigos adversários políticos, organizaram a “nova” ordem política na Bahia após a guerra de Canudos. Nas palavras do primeiro, “[...] É hora de fazer as pazes, Epaminondas. Esqueça as divergências jacobinas [...]. Assuma o governo e defendamos juntos, nesta hecatombe, a ordem civil” (LLOSA, 2008, p. 378).

A predominância desse modelo personalista e tradicional de dominação política, somado com a atividade constante do Exército nos assuntos e nas disputas políticas – já que, após o fim do Império, esta instituição foi elevada a uma espécie de poder moderador entre os partidos –, explicam os fundamentos autoritários da construção do Estado nacional brasileiro. Sua organização está baseada na marginalização e repressão de setores significativos da sociedade, que sempre são impedidos de participarem efetivamente dos debates e das discussões que influenciam as principais decisões políticas. É uma maneira de excluir a sociedade civil de qualquer participação mais destacada dentro do sistema político. Assim, essa concepção autoritária de modernização do Estado segue o mesmo sentido do que foi propugnado por autores importantes do pensamento político brasileiro, como são os casos de Oliveira Viana e Francisco Campos. Ambos depositavam toda sua confiança numa espécie de Estado demiurgo que, ao se sobrepor à sociedade, seria o único responsável pela construção da nação. Ou seja, a recepção de padrões mais modernos de organização social, presentes

em países pertencentes ao centro do capitalismo, não deveria vir acompanhada de reformas democráticas.

Essa situação ajuda a compreender como se dá a construção da cidadania no Brasil. O caráter estatalista da afirmação histórica dos direitos fundamentais, bem observado por José Murilo de Carvalho, faz com que ela seja percebida muito mais como concessão do Estado do que propriamente como uma conquista política alcançada por meio das lutas sociais (CARVALHO, 2002). Nessa perspectiva, para analisar a experiência brasileira Murilo de Carvalho inverte a leitura que T. H. Marshall fez sobre a afirmação da cidadania na Inglaterra.

De acordo com este autor, a afirmação dos direitos e a construção da cidadania no contexto inglês teria seguido o seguinte sentido: *a)* no século XVIII primeiramente teria absorvido os direitos civis, fruto das revoluções liberais contra o despotismo monárquico, já que nesse momento setores oriundos da burguesia buscavam uma maior proteção em relação às intervenções indevidas do Leviatã na vida dos indivíduos; *b)* mais tarde, no século XIX, teria assimilado os direitos políticos, a partir do fortalecimento do movimento sindical e da ampliação da participação política dos trabalhadores por meio do Partido Trabalhista; *c)* por fim, já no século XX, a ampliação da participação no processo político fez com que os trabalhadores ingleses alcançassem o reconhecimento dos direitos sociais (MARSHALL, 1967).

Assim, a estrutura oferecida por Marshall apresenta a cidadania a partir da existência simultânea desses três tipos de direitos, que, no caso, correspondem respectivamente à limitação do poder político e à defesa dos direitos individuais; à participação das pessoas na ordem política da comunidade; e à participação do conjunto da comunidade na riqueza produzida pela mesma.

Ao se apoiar no modelo introduzido por Marshall, a análise de Murilo de Carvalho joga luz na problemática construção da cidadania em um país marcado pela modernização autoritária. De acordo com ele, o Brasil primeiramente teria recepcionado alguns direitos sociais em plena Ditadura Vargas, como foi o caso do reconhecimento dos direitos trabalhistas; depois, o surgimento dos direitos políticos, em momentos marcados por grave instabilidade institucional, fez com que a participação política ficasse marcada por um grave déficit democrático; por fim, a dificuldade em fazer com que os direitos civis alcançassem maior eficácia perante o Estado sempre foi um enorme problema para a sociedade brasileira, principalmente para os setores marginalizados que

sofrem com a violência policial em seu cotidiano (CARVALHO, 2002). Certamente isso tem dificultado a construção da cidadania enquanto mecanismo de inclusão social do conjunto da comunidade e favorecido a presença de subintegrados e sobreintegrados na sociedade brasileira (NEVES, 2008).

A partir dessa concepção, os direitos civis, políticos e sociais não poderiam depender de uma aplicação discricionária do sistema legal, que ora serve para proteger um setor minoritário, ora é esquecido para uma parte significativa da comunidade. Nesse sentido, um dos maiores obstáculos à concretização do Estado Democrático de Direito, segundo Marcelo Neves, seria a generalização das relações de subintegração e sobreintegração. Segundo ele, trata-se da falta de direitos e deveres partilhados reciprocamente, numa situação na qual a maioria das pessoas não possui condições reais para fazer valer seus direitos fundamentais, mas, por outro lado, estão completamente incluídas nos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo do Estado; enquanto uma minoria de privilegiados e titular de direitos, poderes e prerrogativas, mas por outro lado não se subordina à atividade punitiva do Estado quando os assuntos são deveres e responsabilidades. Na verdade o caso do Brasil está enquadrado numa situação de modernidade periférica que impede o surgimento de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania (NEVES, 2008, pp. 244-250). Por isso, de acordo com O'Donnell,

para [...] aqueles que não podem evitar essa face horrível do Estado, não é apenas a imensa dificuldade que eles enfrentam para obter, se tanto, o que nominalmente é seu direito; é também o modo indiferente, quando não desdenhoso, como eles são tratados, e a óbvia desigualdade acarretada pelo esquivamento privilegiado dessas provações (O'DONNELL, 1998, p. 45).

Isso corrobora com a análise que Florestan Fernandes faz sobre a ausência de um caráter democrático na revolução burguesa brasileira, que, após romper com o estatuto colonial, não conseguiu superar diversos aspectos presentes na dominação senhorial e, portanto, acabou por gerar um modelo dependente de desenvolvimento capitalista (FERNANDES, 2006). De acordo com ele, o peso da escravidão e do poder exercido pela casa-grande atravessou o processo de independência e, por meio de novas roupagens, não menos violentas e segregacionistas que aquelas que estavam presentes no Brasil colônia, continuaram a deixar de fora uma camada significativa da população brasileira, formada majoritariamente por negros e pobres que não têm acesso aos direitos de cidadania.

Dessa forma, ao contrário das revoluções burguesas nos Estados Unidos, França e Inglaterra, que romperam radicalmente com a estrutura de poder do *Ancien Régime* e apresentaram uma engenharia institucional mais favorável à limitação do poder político, por meio de sua racionalização e democratização; no Brasil, a transição para a República acabou dominada por antigos apoiadores da monarquia, que procuraram se espelhar nas instituições políticas estadunidenses para manter seu domínio patrimonialista e estamental. Assim, a recepção de uma ordem social competitiva acabou acompanhada por um Estado autoritário avesso a qualquer mecanismo de limitação do poder político.

A permanência de formas tradicionais de dominação numa ordem social que, em tese, deveria representar um momento de ruptura com a estrutura política anterior, também é apresentado por outros nomes do pensamento social brasileiro, como é o caso de Raymundo Faoro, em seu *Os donos do poder*. O seu longo ensaio, que começa na Revolução de Avis, em Portugal, e depois atravessa todo o período colonial e o Império, até chegar à República e terminar em 1930, na ditadura Vargas, é uma tese que demonstra a longa permanência de uma dominação tradicional no Brasil. Por meio de um estamento patrimonialista, que se coloca acima das classes sociais, as instituições políticas são instrumentalizadas por pessoas que se arrogam na condição de donos do poder. Ou seja, os assuntos do Estado são vistos como questões pertencentes à esfera privada, causando a deturpação da ordem constitucional. Nesse sentido, a interpretação de Faoro toma como traço dominante da história do Brasil a tutela autoritária da sociedade pelo Estado. Dessa forma, o Estado brasileiro é visto como uma instituição política dominada por um estamento patrimonialista, capaz de se amoldar a todos os momentos de transição e perpetuar uma dominação onde o exercício do poder não é considerado como uma função pública, mas simplesmente como objeto de apropriação por interesses meramente privados. Por isso, Faoro afirma que,

Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores (FAORO, 2001, p. 824).

Nesse sentido, a partir dos elementos apresentados acima é possível compreender a difícil relação entre direito e política ao longo da história brasileira. Na verdade, a história constitucional do Brasil foi, na maioria dos casos, a história do poder político arbitrário se sobrepondo ao direito. Aqui, a maior parte dos mecanismos jurídicos criados no contexto estadunidense e no continente europeu serviu apenas para fortalecer o autoritarismo exercido pelo governo central, que procurava incorporar, apenas *pro forma*, os diversos institutos elaborados pelo constitucionalismo moderno. De acordo com Faoro, “mandar, e não governar, será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder” (FAORO, 2001, p. 357).

Essa situação explica a dificuldade do Brasil, ao longo de sua história republicana, para organizar um Estado de Direito com condição de superar o exercício arbitrário e personalista do poder. Os constantes golpes de Estado, com auxílio das Forças Armadas e apoio de grupos empresariais, fez com que a relação entre direito e política se encontrasse numa situação de grave prejuízo para o primeiro, ao favorecer o mandonismo sobre a sociedade civil. Numa democracia o direito precisa alcançar um grau de autonomia em relação à política, para que a Constituição não seja solapada pelos agentes que atuam dentro da estrutura estatal. E esse grau de autonomia deve envolver o funcionamento institucional de todos os Poderes, ao exigir de seus agentes uma maior responsabilidade política no desempenho de suas funções. Se a modernização do Estado nacional, levada a cabo durante os regimes ditatoriais – seja no período Vargas, seja durante a Ditadura Civil-Militar de 1964 –, foi capaz de criar as Universidades, ampliar o investimento em pesquisa, reconhecer uma série de direitos sociais, industrializar o país e recepcionar uma ordem social competitiva; por outro lado é preciso deixar claro que esse modelo também sufocou a sociedade civil e impediu que as instituições políticas alcançassem um maior amadurecimento democrático.

3. DIREITO, POLÍTICA E JUDICIÁRIO

Por ter vivenciado muito recentemente a experiência de um golpe militar, o Brasil deve ser reconhecido como uma “nova democracia”. Seu sistema de controle de constitucionalidade, articulado sob pressupostos democráticos, foi organizado

exatamente a partir desse ambiente, com o processo constituinte de 1987-1988. Não foi nesse momento histórico que ocorreu a sua origem – o Supremo Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição do império (1824); o controle difuso e o Supremo Tribunal Federal nasceram em 1891; o modelo concentrado foi inaugurado em plena ditadura militar. Contudo, somente a partir da Constituição de 1988 foram criadas as condições políticas para sua real efetivação, pois foi quando o Judiciário ganhou autonomia e independência funcional.

Por que demorou mais de um século para o sistema de justiça funcionar no Brasil? A história constitucional brasileira, como já visualizada no primeiro item, é marcada pela sobreposição da política ao direito. Especificamente na análise do Judiciário isso pode ser ilustrado da seguinte forma: o Supremo Tribunal de Justiça nasceu sem poderes para exercer jurisdição constitucional (neutralizado pela atuação do Conselho de Estado e do Poder Moderador); seguindo o exemplo norte-americano (que teve em Rui Barbosa seu principal entusiasta), o Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade difuso foram instituídos durante a república, mas isso não foi suficiente para romper com o conservadorismo herdado pelo império (a supremacia constitucional foi sufocada por interesses oligárquicos); o modelo concentrado de controlar a constitucionalidade das leis foi implantado após o golpe de 1964, sendo que as atribuições do STF, entretanto, estavam condicionadas à manutenção do regime militar, que instrumentalizava a instância jurisdicional em benefício do próprio governo (LIMA, 2015). Ou seja, entre direito e política criou-se um diálogo traumático na história constitucional brasileira.

Durante o período republicano, a principal tentativa de *grito de independência* do Judiciário foi patrocinada por Rui Barbosa, ao defender “a supremacia da judicatura”, a exemplo da experiência vivenciada nos Estados Unidos, que culminou na instituição do controle difuso de constitucionalidade. Dizia ele justamente o que se pode referir que até hoje é sustentado no país: que esse Poder era reconhecido pela Constituição, sendo, no Brasil, o maior “triunfo” do direito político, este mesmo que insistia em colocar o legislador acima do texto constitucional (BARBOSA, 1970, p. 123). Talvez neste momento possa ser observado o nascimento do discurso de supremacia judicial para o contexto brasileiro, muito vinculado ao controle de constitucionalidade, bem como ao que havia sido produzido no ambiente norte-americano.

Ainda que Rui Barbosa visualizasse no Judiciário a figura do “fiador do regime constitucional” (LIMA, 2015, p. 88), mesmo com a implantação do controle de constitucionalidade difuso e com a criação do Supremo Tribunal Federal não se consolidou a transição para um modelo de jurisdição constitucional, uma vez que a política continuou interferindo e condicionando a atuação do Tribunal. Isso fica ainda mais evidente ao considerar que os ministros do antigo órgão judicial (Supremo Tribunal de Justiça) foram aproveitados para a composição do STF. Ou seja, naquela época haviam sido criados mecanismos para limitação do poder (político), mas a cultura constitucional da época, que dava continuidade aos excessos existentes do Império (mas agora travestidos de interesses oligárquicos) continuava a prosperar. O direito permanecia, assim, vivendo sob a instrumentalização da política.

Nesse sentido, a assembleia constituinte de 1987-1988 foi muito importante para o fortalecimento da cultura constitucional brasileira. Caracterizada por um “impulso democratizante”, foi organizada de modo veloz e eficaz, sendo que, ao mesmo tempo em que proporcionou uma abertura à sociedade (e um estímulo aos movimentos sociais), gerou também sua antítese: o surgimento de grupos de oposição que, não conseguindo vencer a luta pelo reconhecimento dos direitos sociais, posteriormente trataram de “enfraquecer os meios destinados à sua execução e implementação” (RODRIGUEZ, 2016, p. 83). O ápice deste momento singular da história do Brasil foi a promulgação da “Constituição Cidadã”, um texto extenso, tão detalhadamente rico em direitos, muito repleto em garantias – a instituição de um projeto de sociedade.

Sendo a constituição de 1988 um novo paradigma, ela trouxe impactos para a atuação do STF, podendo ser identificados dois momentos. O primeiro deles diz respeito ao que José Rodrigo Rodriguez vai denominar de “primeira onda de democratização” (RODRIGUEZ, 2016, p. 83), que se caracteriza pelo fortalecimento de um sistema de justiça. Logo que foi inaugurado o constitucionalismo democrático no Brasil, os avanços promovidos por um texto constitucional revolucionário encontraram entraves para sua efetivação, seja sob uma perspectiva política, mas também teórica (ainda sob os resquícios do positivismo exegético e da ideia de legalidade como centro gravitacional do direito). Diante desse descaso com o texto constitucional, o que passou a ser dito, então? É preciso do Judiciário para concretizar direitos.

A partir da década de 90 o Judiciário passou a ampliar sua atuação. A intensa participação do Judiciário passou a estar associada à “garantia da abertura política”

(SILVA et alli, 2010, p. 29), justificada pelo fato de que a redemocratização incluía a premissa majoritária como pressuposto, mas também trazia uma promessa: a de inclusão social. Assim, a atuação do Judiciário passou a se envolver naquilo que havia se fixado como finalidade para a nova ordem política: a consolidação de um Estado “que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais” (VERISSIMO, 2008, p. 408).⁴

Portanto, as reflexões que se possam produzir sobre a atuação do Judiciário devem ser pensadas a partir do horizonte que compreende o Brasil como um dos países que são chamados de “novas democracias”, ou seja, como sugere Ran Hirschl (2007, p. 7-10), aquelas nações que fizeram em tempos recentes a transição de regimes quase democráticos ou autoritários para a formação de Estados constitucionais fortalecidos (através da adoção de direitos fundamentais previstos em sua constituição e de um ativo sistema de controle de constitucionalidade, o que, para o autor, impulsionou o fenômeno abrangente da judicialização), localizados, especialmente, no sul da Europa (Grécia, Portugal, Espanha) e na América Latina. De fato, a sociedade latino-americana vivenciou tardiamente a experiência democrática de modo pleno (não reduzida a mecanismos formais de seu exercício, como, por exemplo, o voto), porque teve sua história marcada pela eclosão de golpes militares que trouxeram retrocessos. Os regimes ditatoriais proporcionaram uma radical interrupção no amadurecimento da história democrática desses países, especialmente porque, pelo modo como articularam a interação entre o direito e a política, acabaram corrompendo ainda mais a relação entre os três poderes do Estado, o que torna a democracia hoje, em tempos de ruptura com este passado recente, um processo em permanente construção.

Assim, num aprofundamento da proposta de Hirschl, podem ser atribuídas duas dimensões significativas à expressão “novas democracias”: por um lado, a terminologia faz referência aos países que apenas há poucos anos conseguiram imprimir estabilidade ao modelo de estado que se fundamenta através do componente substancial de democracia; por outro lado, entretanto diretamente vinculado a isso, é possível identificar o termo com o direcionamento do olhar dos atores sociais e, em especial, dos

⁴ “Além disso, a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado
 Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 154-172 Jul/dez. 2016 ISSN 2318-8650

juristas para uma concepção de democracia que ultrapassa a ideia de mero elemento de organização e/ou manifestação de poder (em seu elo com a representatividade), passando a agregar certos conteúdos, sendo o principal deles a igualdade, o que, por sua vez, acaba se desdobrando em um aspecto importante, mas, ao mesmo tempo, mais preocupante: o redimensionamento do papel do Judiciário, cuja atuação passa a estar vinculada à concretização dos direitos (pelo menos como argumento para justificar sua legitimidade). Em resumo, a concepção de “novas democracias” implicaria mudanças em relação a um núcleo conceitual de democracia, bem como uma nova configuração das relações institucionais entre os poderes.

Ocorre que a presença de fragmentação política e o esvaziamento do papel dos Poderes Legislativo e Executivo trouxeram modificações mais radicais: se, anteriormente, o partido político era o grande ator da democracia constitucional, isto é, o responsável pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais inscritos nas Constituições, essa situação foi bastante alterada a partir de 1988, na medida em que o poder Judiciário passou a assumir a função de protagonista do debate e das práticas constitucionais (BERCOVICI, 2006), o que foi em grande medida direcionado ao Supremo Tribunal Federal. A aceitação desse protagonismo foi muito incentivada pelo surgimento das teorias neoconstitucionalistas, que, como proposta teórica, potencializaram a interferência do Judiciário nas “novas democracias” a partir do reconhecimento da discricionariedade judicial, que Lenio Streck refuta a partir de uma teoria da decisão judicial, como pressuposto para garantir a atuação do Judiciário como reflexo das conquistas democráticas (STRECK, 2014). Tudo isso repercute no surgimento do ativismo judicial, compreendido como uma postura/uma conduta dos membros do Judiciário pautada por critérios não jurídicos (STRECK, 2015), que pode ser lido como o segundo momento na história constitucional do Brasil após a redemocratização.

Dois momentos distintos da história constitucional brasileira; duas possíveis leituras sobre a atividade jurisdicional: judicialização da política e ativismo judicial. Na primeira concepção, está pressuposta a ideia concretização da Constituição; com o ativismo judicial, projeta-se politicamente o papel do Supremo Tribunal Federal, porque sua intervenção é soberana – não constrangida por nenhum outro elemento (seja no que

que se quis fundar como *welfarista*, e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais”.

diz respeito à relação com os demais poderes ou às balizas constitucionais que o processo constituinte estabeleceram); ativismo é decisão fora do direito, elevando o judiciário a ser fonte de si mesmo (TASSINARI, 2013).

Ocorre que, muitas vezes, esses elementos são visualizados de modo não tão claro: ativismo judicial pode surgir com mera aparência (ou discurso) de concretização de direitos; judicialização da política pode representar tamanha intervenção que extrapole os limites da atuação do Judiciário. Ou seja, o Judiciário passa a agir em exceção e isso conduz à recente ideia de supremacia judicial – ou ao que Jose Luis Bolzan de Moraes vai chamar de “sacralização” da atividade jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60-61) –, que, veiculada mais ou menos a partir dos últimos três anos, visualiza a atuação do STF como incontrolável e soberana (em relação aos demais Poderes). A partir de uma linguagem de hermenêutica jurídica, o que significa excesso? *Discretionariedade*.

É esta a fronteira entre a *decisão judicial* e a *escolha política*. Imaginando direito e política como dois grandes reinos, *discretionariedade* seria o muro de contenção que os separa, construído ainda dentro das cercanias da política; portanto, é o critério que permite identificar a origem de um argumento. O ato discricionário não está relacionado somente à inexistência da construção de justificativas (até pode ser que seja só isso), mas especialmente à análise de seu conteúdo; não se diz discricionário apenas aquele que não apresenta razões – para a decisão judicial, é necessário que sejam demonstradas as raízes *jurídicas* de seu fundamento.

É possível lembrar aqui da metáfora das “onze ilhas”, referida por Conrado Hübner, que está relacionada ao número de ministros que compõem o STF, mas também ao fato de que as “decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles”. O cientista político explica que, por mais que os dados estatísticos demonstrem que majoritariamente as decisões tomadas pelo órgão colegiado são unânimes (o que refutaria a tese das “onze ilhas”), quando o assunto é controverso, quase “nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz [...], mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante”. Ainda, o autor afirma que a referência à ilha também pode ser compreendida como o fato de que 90% das decisões tomadas pelo Tribunal são monocráticas, o que lhe

conduz à afirmação de que “O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros”.⁵

Por sua vez, quando Lenio Streck (2015, p. 112) faz sua diferenciação entre decisão judicial e escolha, afirma que este último termo está vinculado à vontade.⁶ Uma *escolha política*, em última análise, também pode ser lida como um ato de vontade. Contudo, na medida em que vontade é uma expressão que está ligada à autonomia do sujeito, é possível afirmar que associar *escolha* com *política* pressupõe uma qualificação específica – a representação de interesses coletivos, o que até pode, mas não significa uma total correspondência a pretensões homogêneas.

A *escolha política* é livre de um modo que a decisão judicial não é, porque admite discricionariedade; mas, por outro lado, *não é livre* da mesma forma que a vontade subjetiva (individual), porque pressupõe a responsabilidade perante os conteúdos que os avanços democráticos já construíram ao longo dos anos (podem ser lembradas, aqui, as cláusulas pétreas existentes na Constituição). Nesse sentido, o direito estabelece certas blindagens à *vontade política*, o que está conectado à maturidade constitucional atingida pelo país. Em resumo, a *escolha política* não carece de fundamentação em nível metodológico, mas, se não *representar* seu compromisso com a sociedade – seu compromisso democrático –, perderá sua legitimidade – seja simbolicamente ou pela via de um novo processo eleitoral (TASSINARI, 2016).

Voltando à diferenciação entre *decisão judicial* e *escolha política*, a supremacia do Judiciário acontece quando essa distinção desaparece, ou seja, quando a decisão judicial passa a ser política por seus fundamentos. Exemplo claro disso são as decisões judiciais que se pautam pela opinião pública, o que é problemático, pois, considerando que a composição do STF não está sujeita a modificações pelo desagrado popular, esses órgãos poderiam simplesmente “dizer não” às demandas da sociedade, se considerassem em desacordo com a Constituição. Ou seja, como Georges Abboud (2012, p. 198) sugere, o STF não precisaria encarnar o *espírito Don Juan* e pretender viver “[...] em constante lua de mel com a opinião pública e a maioria da população”; seria importante,

⁵ NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> >. Acesso em: 12 set. 2016.

⁶ “A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quicá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade”.

aliás, que sua postura fosse justamente contrária, afinal, trata-se de uma instituição contramajoritária.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que pode observar, portanto, é que, de um modo ou de outro, a relação direito e política continua sendo um ponto delicado do constitucionalismo brasileiro. Em um contexto de construção da democracia no Brasil, o Judiciário (em especial, o STF) deveria se preocupar em exercer sua autonomia e independência funcional cumprindo o projeto que lhe é proposto: o de ser o ponto de equilíbrio institucional na democracia, como bem nos lembra Rafael Tomaz de Oliveira (2016). Mas insiste em fragilizar a democracia agindo em excesso.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012. p. 198.

BARBOSA, Rui. **Teoria política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI. (Clássicos Jackson).

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 49, p. 81-100, jul. dez. 2006.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. São Paulo: Globo, 2006.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

IANNI, Otavio. **Pensamento social no Brasil**. Bauru, SP: EDUSC, 2004.

LLOSA, Mário Vargas. **A guerra do fim do mundo**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2008.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. In: **Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, nº 51, 1998.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas onda de democratização radical no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 83-96.

SILVA, Cecília de Almeida et alli. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do supremo tribunal federal a partir da relação direito-política. 2016. 263 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Judiciário deve ser ponto de equilíbrio, não instigador da ira na política. **Consultor jurídico**, Coluna Diário de Classe. Publicada em: 19 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-19/diario-classe-judiciario-ponto-equilibrio-nao-instigador-ira>> Acesso em: 14 jun. 2016.

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), pp. 407-440, jul./dez. 2008.

Recebido em: 14.12.2016

Aprovado em: 13.01.2017