

Notas sobre Judiciário e democracia

Fábio Wanderley Reis

1

A avaliação do papel do Judiciário em geral, ou da Justiça brasileira e latino-americana como caso especial, envolve como referência mais básica o tema do constitucionalismo, em contraste com a ideia da democracia direta. Esta pode ser caracterizada pelo empenho de transformar em política pública, em qualquer momento dado, aquilo que corresponda à “vontade popular” — traduzida, diante da dificuldade de obter unanimidade, na vontade manifestada pela maioria. Naturalmente, para que a vontade da maioria possa ser tomada como a vontade da coletividade como um todo, é necessária a suposição de “graus de unanimidade”: mais votos em certa direção, “maior unanimidade”.

Mas a democracia direta é problemática. Como destaca Ellen Meiksins Wood em volume de alguns anos atrás, a idealizada democracia direta ateniense resultava em que não houvesse direitos civis em Atenas.¹ Mesmo unanimidades podem ser inconstantes e talvez manipuladas e espúrias. Com mais razão cabe esperar que as maiorias sejam cambiantes e fluidas, e que as decisões de hoje venham comprometer direitos supostamente criados pelas decisões de ontem — ou, ao contrário, que maiorias estáveis se transformem em tirânicas, cerceando permanentemente a possibilidade de que os integrantes de grupos minoritários persigam seus objetivos próprios, mesmo aqueles eventualmente relacionados com valores cruciais que o fato de estarem em minoria não seria razão para abandonar.

Em contraste, o constitucionalismo envolve a vigência de amarras legais e institucionais, em que regras básicas entronizadas em certo momento limitam o arbítrio das decisões subsequentes e permitem preservar direitos estabelecidos. Como consequência, ele requer (especialmente se os números envolvidos impõem o recurso a mecanismos de representação) construção institucional necessariamente complexa, cuja ilustração mais exemplar é provavelmente a estrutura dos “freios e contrapesos” da constituição dos Estados Unidos, em que se procura assegurar que poderes separados e autônomos se controlem reciprocamente e se equilibrem. Ora, o papel da “revisão judicial”, a ser cumprido por um poder judiciário independente, é um aspecto crucial dessa aparelhagem institucional.

¹ Ellen Meiksins Wood, *Democracia contra Capitalismo: A Renovação do Materialismo Histórico*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2003.

De uma perspectiva democrática mais radical, tende-se a ver de maneira negativa a rigidez do modelo constitucionalista, em que uma geração (a dos “pais fundadores”, na mitologia política estadunidense) “ata” as gerações seguintes. A experimentação mais ou menos recente com mecanismos específicos inspirados na ideia de democracia direta (referendo e plebiscito, iniciativa popular, “recall vote” etc., em que a Suíça e diversos estados dos Estados Unidos, em particular a Califórnia, se destacam) tem procurado responder às questões suscitadas por essa perspectiva. Mas a avaliação dos resultados do recurso frequente a tais mecanismos é equívoca. Na Califórnia, por exemplo, a multiplicação de iniciativas populares (com a coleta de assinaturas de apoio por determinada proporção de eleitores) tem sido ligada ao fato de que, em vez de atenuar a influência pouco democrática de poderosos grupos de interesse no processo legislativo, os mecanismos de democracia direta abriram para esses grupos um novo mundo a conquistar, com o dinheiro privado tornando-se um ingrediente importante da dinâmica das iniciativas populares. E pouco tempo atrás vimos o governador da Califórnia, Arnold Schwarzenegger (ele próprio o beneficiário do “recall vote” de 2003 que cassou o governador Gray Davis), recorrer de maneira abusiva à promoção de iniciativas populares no intuito de viabilizar toda uma agenda governamental.

No Brasil e na América hispânica, a longa desigualdade, a tradição elitista e o deficiente encaminhamento, em geral, da “questão social” se associam há muito à precariedade na construção de instituições capazes de colocar em prática o ideal constitucionalista e de regular com eficiência e estabilidade o processo político. A velha tradição caudilhista e populista pode ser vista como contendo, na valorização do respaldo popular sem mediações, afinidades difusas com a ideia de democracia direta. E no período recente a tensão entre certo anseio por democracia direta e os princípios constitucionalistas pode ser apontada na retomada frequente do tema da “voz das ruas” e na tendência a cultuá-la como sacrossanta. Além das experiências com um populismo novo ao estilo do que se dá na identificação popular com a liderança pessoal de um Chávez, um Morales ou mesmo um Lula,² é possível lembrar até Fernando Henrique Cardoso, no Brasil, e o debate sobre as mudanças legais necessárias para garantir-lhe o direito de disputar um segundo mandato, quando a ideia do apelo às ruas foi contraposta abertamente ao

² Alguns, como Suzanne Gratius (“The ‘Third Populist Wave’ of Latin America”, FRIDE, Madri, documento de trabalho n. 45, 2007), têm designado esse novo populismo como “populismo carismático”. Independentemente de até que ponto a ideia de carisma se aplique a populismos novos ou velhos, o que temos agora pode talvez ser distinguido pela origem popular dos próprios líderes em vários casos, em contraste com algo que análises clássicas, como as de Torcuato di Tella, tendiam a apontar no “velho” populismo da América Latina: o fato de que as lideranças que apelavam aos estratos populares eram originárias das “elites”.

Congresso na hipótese de resistência deste. Caberia talvez falar, de qualquer forma, de um ânimo pouco atento aos valores constitucionalistas e propenso, em muitos casos, a apostar na mobilização popular empreendida por líderes personalistas.

Seja como for que caiba avaliar o papel de um populismo possivelmente mais “autêntico” (ou menos marcado, em sua tematização da questão da redistribuição, pelo ingrediente fraudulento com frequência atribuído ao populismo como tal),³ o problema geral sugere algo que a literatura recente andou tratando em termos de “democracias iliberais”,⁴ nas quais o apoio popular permitiria sustentar práticas autoritárias, de maneira afim à observação da precariedade ou inexistência dos direitos civis em Atenas. Nas discussões sobre “iliberismo”, a velha questão da separação de poderes autônomos se traduz numa forma específica que permite explicitar com clareza certos aspectos decisivos quanto à avaliação do papel do Judiciário: trata-se da conveniência ou deseabilidade de assegurar autonomia para determinados órgãos ou agências, com o objetivo explícito de liberá-los do controle pelos setores politicamente sensíveis do governo. Um exemplo momentoso é o da discussão, no Brasil, sobre a autonomia do Banco Central: cabe “republicanizá-lo”, como pretendem alguns, submetendo-o ao controle e aos objetivos políticos do governo legitimado por eleições democráticas, ou cabe antes fazer dele a garantia da busca “técnica” e eficiente de objetivos de mais longo prazo (que podem eventualmente descrever-se como objetivos “cívicos” atribuíveis à coletividade nacional como tal)? Alguns aspectos dessa indagação podem parecer despropositados quando ela é formulada com respeito ao Banco Central; mas, do ponto de vista que aqui importa, o aspecto relevante é o de que, como alguém ponderou recentemente, a própria ideia da revisão judicial, ou do controle de outros poderes por um Judiciário autônomo, foi vista por muito tempo como algo antidemocrático, ao dar poder a juízes não eleitos.⁵

2

A questão crucial envolvida em tudo isso diz respeito às confusões a que se presta a ideia de autonomia das instituições — ou do Estado — em suas relações com a democracia como desiderato. Por um lado, se partimos da ideia de “soberania popular” e da sugestão de um “povo” homogêneo nela contida, o Estado *não* pode

³ É sugestivo, a respeito, que dados recentes do Latinobarômetro mostrem, de maneira algo surpreendente, apoio alto à democracia dando-se conjuntamente com a experiência real de redistribuição econômica justamente em alguns países (Bolívia, Venezuela, Equador) a propósito dos quais se tem falado de populismo e de riscos de crise institucional.

⁴ Veja-se especialmente Fareed Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, 76, novembro-dezembro de 1997.

⁵ Mark F. Plattner, “From Liberalism to Liberal Democracy”, em Larry Diamond e Mac F. Plattner, *The Global Divergence of Democracies*, The Johns Hopkins University Press, 2001.

ser autônomo. Por outro lado, se temos em vista uma sociedade estratificada ou desigual, submeter o estado à sociedade pode significar, na verdade, submetê-lo aos interesses privados poderosos ou fazer dele, no limite, o “comitê executivo” desses interesses — e o Estado *deve*, portanto, ser autônomo, como condição de que possa vir a ser a expressão democrática (e o agente) do interesse público.

Esse desiderato de um Estado a um tempo autônomo perante os interesses privados e voltado para o interesse público equivale a pretender que a ação do estado possa ser mais do que a resultante das pressões exercidas por interesses privados diversos. Isso significa que a aparelhagem estatal deverá incorporar, em nichos importantes, algo do modelo que tem sido designado como “democracia deliberativa” (fortemente influenciado pelas ideias de Jürgen Habermas), em que se criam condições para que as decisões possam ser tomadas por meio do *debate* autêntico, onde não prevaleça senão a força dos argumentos, com a reafirmação, portanto, do assentimento livre de coerção (e, no limite, unânime) como princípio crucial. Em tese, o Judiciário seria precisamente a área institucional por excelência a organizar-se de acordo com esse modelo deliberativo, composto de juízes supostamente imparciais a ponderarem “tecnicamente” razões orientadas pelas leis em vigor, em particular as leis constitucionais. Há aí claro contraste, por exemplo, com o caso do poder legislativo (parlamento ou congresso), onde se consagra abertamente a ideia da representação dos interesses como tal e se contempla, em consequência, a interação *estratégica*, ainda que normativamente regulada, em que surge como parte natural do processo de tomada de decisão coletiva o jogo de manipulações e barganhas que resulta fatalmente do fato de os representantes se acharem comprometidos com diferentes interesses.

Nessa linha de considerações, a tensão entre o ideal do debate de desfecho em princípio unânime, por um lado, e a necessidade de atenção realista para os interesses e seu poder relativo, por outro, acaba por tornar problemática a própria perspectiva doutrinária ou valorativa a ser adotada. É bem claro o sentido em que o ideal do debate de desfecho unânime com base na pura força dos argumentos é irrealista, e o próprio Habermas destaca o caráter contrafactual que o distingue, embora afirmando a necessidade dele como referência normativa e analítica: em qualquer sociedade concreta e “institucionalizada” sua tradução em procedimentos efetivos será precária. No campo específico do poder judiciário, contudo, a questão aparece explicitamente sob a forma da contraposição entre a perspectiva que salienta a ideia do “juiz imparcial”, por um lado, e o chamado “realismo legal”, por outro. ⁶

⁶ Veja-se Francis Sejersted, “From Liberal Constitutionalism to Corporate Pluralism: The Conflict over the Enabling Acts in Norway after the Second World War and the Subsequent Constitutional

Note-se que o recurso à regra da maioria como saída “operacional” ou expedita para o ideal do debate de desfecho unânime se confronta classicamente com uma alternativa igualmente referida, em última análise, ao debate: se não se pode de fato depender do debate autêntico e da troca de argumentos com desfecho unânime como processo normal de tomada de decisões, é possível, em vez de pensar em termos de “aproximações” majoritárias à unanimidade, indagar sobre de onde — ou de quem — tenderão a provir os melhores argumentos. Presunções sobre de onde virão os melhores argumentos estão envolvidas sempre que se saliente (como ocorre em certo antidemocratismo presente com frequência já entre os grandes nomes da filosofia grega)⁷ um critério de *competência* na escolha dos líderes políticos, de que a ideia do rei-filósofo é a expressão direta. Ora, a ideia do juiz imparcial se situa claramente nessa linha. Apesar de a instituição do júri popular incluir certa “contaminação” do sistema judiciário por ideias afins a um princípio popular e majoritário, as decisões de juízes togados ou de órgãos por eles compostos supostamente envolvem o recurso a competências especiais em que prevaleceriam argumentos fundados no estudo zeloso das leis.

Mas a perspectiva do “realismo legal” propõe que podemos ter melhores condições para a própria deliberação efetiva, fundada em argumentos capazes de levar em conta diferentes pontos de vista, se damos representação adequada aos interesses e identidades afetados pelas decisões, ou seja, se democratizamos o processo de deliberação. Naturalmente, isso é trivial de certo ponto de vista, pois a ideia envolvida se acha subjacente ao próprio recurso à representação em geral. Mas, como assinala Sejersted, “esse princípio colide com a noção liberal do juiz imparcial, a qual sustenta que aqueles que têm interesse em um caso devem ser vistos como desqualificados para decidir sobre ele”.⁸ Apreciado na óptica das discussões sobre como dar tradução “procedimental” ao ideal deliberativo, ou como levar processos reais de deliberação coletiva a se aproximarem do modelo do debate “autêntico” e baseado exclusivamente na força dos argumentos, o princípio surge como claramente contraditório. Pois algo que deve ser considerado crucial para aquele modelo, ou seja, a possibilidade de tomar efetivamente em conta diferentes pontos de vista, é apresentado como brotando de que se restrinja o papel da competência e se amplie o espaço da interação estratégica aberta entre os interesses.

Development”, em *Constitutionalism and Democracy*, editado por Jon Elster e Rune Slagstad, Nova York, Cambridge University Press, 1993.

⁷ Wood, *Democracia contra Capitalismo*; veja-se também Claude Mossé, *O Processo de Sócrates*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1990.

⁸ Sejersted, “From Liberal Constitutionalism to Corporate Pluralism”, p.299.

3

Esse novelo de questões articuladas permite examinar com perspectiva mais matizada certas ramificações importantes do problema geral das relações do Judiciário com a democracia e com a própria política. Tem-se falado, no Brasil e na América Latina em geral, dos temas da “politização da Justiça” e da “judicialização da política”. Como situar-se diante dos problemas envolvidos?

Em princípio, o fato de que se passe a ter no processo político o recurso frequente à Justiça (com a “judicialização da política”) não tem por que ser visto necessariamente como algo negativo. Ao contrário, cabe vê-lo como significando que um poder judiciário efetivo e imparcial se acha institucionalmente consolidado como tal e se mostra capaz, aos olhos dos atores envolvidos nas disputas políticas, de zelar pelo encaminhamento institucional dessas disputas e de mitigar ou neutralizar o potencial de conflito mais áspero e talvez violento nelas contido. A fórmula inversa, da “politização da Justiça”, é que sugere sem dúvida algo indesejável, precisamente por apontar uma Justiça passível de ser instrumentalizada diretamente por este ou aquele conjunto de interesses políticos e assim comprometida em seu status institucional de garantia isenta e doura dos direitos de todos.

Nas ramificações disso torna-se difícil separar as concessões necessárias ao realismo sociológico da ambivalência ou confusão doutrinária, com consequências potencialmente importantes.

Em primeiro lugar, se a visão convencional do papel do Judiciário no processo político é a de intérprete e guardião das normas constitucionais ou, em geral, da lei escrita ou fixada de algum modo, o realismo legal tem permitido sustentar que esse papel inclui legitimamente o empenho de *reinterpretar* a lei com base na atenção para o contexto sociopolítico e sua mudança, ou na busca de objetivos conservadores ou mudancistas supostamente relacionados com razões mais altas. Naturalmente, essa postura, que resulta, em algum grau, em atribuir ao Judiciário o poder de legislar, não só complica as exigências quanto à competência ou ao caráter supostamente “douro” das decisões judiciais (que não mais se esgota no mero conhecimento da lei), como também torna a Justiça muito mais suscetível de “politizar-se”.

Em segundo lugar, mesmo independentemente de concepções filosóficas ou doutrinárias a respeito da natureza da lei e do papel do Judiciário, dá-se o fato sociológico de que este tem forçosamente de conviver com interesses politicamente motivados e dotados de recursos políticos ou de poder político, o que tende a redundar em comprometer-lhe a autonomia.

Lembre-se, nos Estados Unidos, a recomposição da Suprema Corte por Roosevelt no empenho de viabilizar o *New Deal*. Não obstante a jurisprudência firmada em decisões como a do famoso “caso Schechter”, em 1935, jamais formalmente revertida (e na qual o tribunal se opunha ao que via como exagero de delegação congressual ao próprio presidente da República), é notável que a atuação da Suprema Corte no período que segue de imediato, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, possa ter sido denunciada por Theodore Lowi, em *The End of Liberalism*, como envolvendo um peculiar ativismo legislativo, em que a corte sempre encontrava razões para legitimar amplas delegações de poder por parte do Congresso a agências governamentais voltadas para problemas diversos, em circunstâncias que envolveriam também clara abdicação das responsabilidades legislativas do próprio Congresso.

Naturalmente, pode-se ver na maneira como Roosevelt lidou com a Suprema Corte uma correção tópica e bem-vinda ao conservadorismo inerente ao princípio constitucionalista. E o caráter marcadamente positivo de que se pode revestir o ativismo contido na disposição de reinterpretar a legislação constitucional e, portanto, de legislar, pode ser apreciado na revolução dos direitos civis viabilizada nos EUA dos anos 1960 por decisões da Suprema Corte.

Mas, se insistimos no exemplo dos EUA, os perigos envolvidos são igualmente claros na atualidade, especialmente em seguida ao que foi possível observar com respeito ao Judiciário do país durante a disputa eleitoral de 2000 e os dois mandatos de George W. Bush. A disputa de 2000 mostrou claramente a partidarização da Justiça do país. Assim, talvez para surpresa de muitos, foi possível prever com acerto o teor das decisões de acordo com o predomínio de juízes nomeados por um ou outro partido em cada instância chamada a pronunciar-se, e, na manifestação final que decidiu a eleição em favor de Bush, não só a própria Suprema Corte federal mostrou-se nitidamente dividida em linhas partidárias, mas vimos mesmo seus membros ligados ao partido perdedor abrindo mão até das fórmulas rituais de cortesia e manifestando sem reboços o inconformismo: nas palavras do juiz John Paul Stevens, a grande derrotada da eleição de novembro de 2000 teria sido “a confiança da nação no juiz como guardião imparcial do império da lei”. Além disso, a partidarização continuou a operar, naturalmente, tanto no empenho de recomposição conservadora da Suprema Corte no governo de George W. Bush quanto no empenho “liberalizante” de Barack Obama relativamente a ela, com clara ligação com vários temas da “guerra cultural” em que o país se tem cindido politicamente. Seria possível apontar aqui um paradoxo de interesse analítico: a partidarização da Justiça estadunidense decorreria de certa “ossificação” resultante do próprio êxito da

institucionalização e do enraizamento dos dois grandes partidos no país, e caberia talvez falar de um “excesso” de institucionalização.

No caso brasileiro, seria injustificado pretender apontar propriamente “partidarização” da Justiça, até pela simples fraqueza dos partidos e pela dificuldade de implantar um sistema partidário estável no quadro de fluidez institucional que tem marcado a vida do país. Contudo, um traço saliente do Judiciário brasileiro, a saber, seu inequívoco componente elitista, se acha provavelmente ligado ao substrato social mesmo daquela dificuldade. A grande desigualdade social do Brasil não pode senão resultar em que os cidadãos apareçam também aos olhos da Justiça como cidadãos de primeira e de segunda classes, com diferenças decisivas na possibilidade de acesso efetivo à Justiça e na sensibilidade por parte dela própria às ameaças aos direitos da cidadania.⁹ Isso corrobora um traço correlato salientado com respeito a outros países da América Latina por autores diversos, e ressaltado em volume recente por Matthew Taylor também quanto ao Brasil: o da distinção, sugerida por Beatriz Magaloni com referência ao México, entre a dimensão “madisoniana” e a dimensão “hobbesiana” da atuação do Judiciário. Na dimensão madisoniana, relativa às questões institucionais de “freios e contrapesos” e do equilíbrio entre poderes, seria possível avaliar de modo positivo a atuação de nossas cortes e o papel por elas exercido na revisão judicial de políticas públicas (no caso do Brasil, em particular, Taylor mostra com clareza a importância assumida pela atuação do STF quanto a esse aspecto). Na dimensão hobbesiana, porém, que remete, no fundo, aos direitos básicos e à própria segurança pessoal dos cidadãos, a presença da Justiça se mostra precária e enviesada.¹⁰

Contudo, há aqui matizes importantes a serem tidos em conta. Para começar, em seguida à ruptura do regime autoritário de 1964, o tradicional conservadorismo dos meios jurídicos ligado ao fosso social brasileiro tem sido substituído por sua gradual penetração por uma disposição ativista socialmente sensível. Apesar de que essa disposição pareça marcar especialmente as instâncias inferiores do

⁹ Matéria de Lilian Christofoleti na *Folha de S.Paulo* de 3 de setembro de 2008, baseada em dados do Departamento Penitenciário Nacional e em levantamentos da CPI do Sistema Carcerário, especialmente do deputado Domingos Dutra, fornece ilustração dramática. Ela revelava que o país tinha então 9 mil presos com pena já cumprida e nada menos de 133 mil em prisão preventiva (30% da população carcerária), não raro há anos. Como comentava o deputado: “Não encontramos nenhum colarinho-branco, só ‘colarinho-preto’. Muitos jovens, pobres e negros”. A matéria de Christofoleti destaca, como é natural, o contraste da situação descrita com a rapidez da ação do STF, pouco antes, ao libertar duas vezes, em menos de dois dias, o banqueiro Daniel Dantas.

¹⁰ Veja-se Matthew M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford, Cal., Stanford University Press, 2008. O trabalho de Beatriz Magaloni citado por Taylor é “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico”, em *Democratic Accountability in Latin America*, editado por Scott Mainwaring e Christopher Welna, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Judiciário (da mesma forma que o Ministério Público, como órgão dotado pela Constituição de 1988 de poderes importantes para o cumprimento da função jurisdicional do estado), um componente de preocupação social e mudancista pode ser visto também no ativismo legislativo que tem marcado a orientação dos membros das cortes mais altas, sendo objeto de reiteradas manifestações explícitas, recentemente, de ministros do próprio STF.

De toda maneira, outro elemento a compor a situação atual no caso brasileiro é a clara tensão surgida nas relações entre as diferentes instâncias do Judiciário mesmo (em particular o STF — e o TSE no campo da Justiça Eleitoral — e as instâncias inferiores). Aí se acham envolvidas questões doutrinárias importantes e complicadas: um empenho “racionalizador” e centralizador por parte das cortes superiores, um empenho de independência por parte dos juízes de primeira instância. Não obstante eventos recentes (como o episódio envolvendo o banqueiro Daniel Dantas e seus desdobramentos) em que a interferência do STF parece corroborar tanto as assimetrias sociais na sensibilidade da Justiça quanto o ânimo diverso a respeito nas diferentes instâncias, é difícil pretender aderir de vez a alguma das duas perspectivas como aquela que melhor serviria à causa de uma Justiça eficiente quando avaliada de variados pontos de vista relevantes, e a resposta para a tensão atual estará provavelmente, como costuma ocorrer, em algum ponto de equilíbrio entre os valores em choque.¹¹

Mas surge aqui um fator peculiar de distorção. Ocorre que a “sensibilidade” que as cortes mais altas têm revelado no período recente tem assumido com frequência a forma de uma abertura especial à chamada “opinião pública”. Isso tem acontecido em circunstâncias em que, com a intensa publicidade em torno das deliberações de órgãos como o TSE e o STF, incluindo a transmissão ao vivo de suas sessões pela televisão, o processo de tomada de decisão nesses órgãos acaba exposto a pressões dificilmente suscetíveis de serem consideradas propícias ao ideal do debate autêntico em que prevaleça a força dos argumentos. Como expressou o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, a propósito do julgamento recente do Tribunal

¹¹ Esse equilíbrio foi recentemente comprometido de maneira especial em parecer de Lucas Furtado, procurador geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, em processo relativo a acusações de improbidade administrativa na privatização da Telebrás. O parecer destaca que a atuação estatal “não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, de moralidade e de impessoalidade”, mas também “pelos princípios da eficiência e da economicidade”, com a ênfase na “produtividade” e na “obtenção de resultados”. Ora, a Justiça é o instrumento por excelência a garantir o caráter democrático do processo perene de conciliação entre a busca eficiente de fins coletivos supostamente compartilhados e a busca autônoma de fins pessoais diversos e eventualmente antagônicos pelos cidadãos, num processo que justamente o empenho de imparcialidade tornará por força, em alguma medida, moroso e complicado. Nessa perspectiva, está longe de ser evidente o que poderemos ter a ganhar com alterações legais ou reinterpretações constitucionais que introduzem a possibilidade de jogar com considerações de moralidade e mesmo legalidade em nome de equívocas alegações de eficiência.

sobre o processo do chamado “mensalão”, sua sensação teria sido a de votar “com a faca no pescoço”, sob constrangimento inaceitável.

Sem dúvida, pode-se pretender assimilar a “transparência” envolvida em tal exposição à opinião pública à ideia mesma de uma sensibilidade democrática por parte da Justiça, especialmente de uma Justiça propensa ao ativismo legislativo guiado pela preocupação de estar atenta ao contexto social e a suas mudanças — e cabe registrar, por exemplo, que o ministro Marco Aurélio Mello não se inibiu de festejar de público a “faca no pescoço” de que se queixou o ministro Lewandowski. Mas isso corre o risco de redundar em trazer tensão análoga à existente entre uma perspectiva “democrática” e outra “constitucionalista” para dentro do próprio Judiciário. E, se o problema fosse garantir um Judiciário “democrático”, seria difícil escapar à ideia da interação estratégica e pelo menos latentemente conflituosa e ao imperativo de alguma forma de representação dos interesses diversos, em vez da mera abertura à fluidez e à inconsistência da “opinião pública” — que não é necessariamente nem sequer majoritária, sobretudo numa sociedade de grande desigualdade e desigualmente informada sobre os temas que são objeto de debate num momento ou noutro. Em qualquer caso, estaria aberta a porta para a plena politização da Justiça.

Finalmente, cabe destacar os efeitos nefastos que a sensibilidade à “opinião pública” pode ter até quanto ao aspecto de “competência” das decisões dos tribunais superiores. No Brasil dos últimos anos, creio ser patente a inconsistência de muito do que tem resultado do ativismo legislativo do Judiciário. Lembre-se a espantosa “verticalização” que o Tribunal Superior Eleitoral tirou do chapéu em 2002, em interpretação que (certamente orientada pelo apego às fantasias de um modelo de “política ideológica”, que não encontram, a rigor, tradução real em qualquer país) amarrava umas às outras as candidaturas nos diversos níveis federativos e tornava inaceitavelmente rígido o sentido do “caráter nacional” atribuído pela Constituição aos partidos. Ora, em dezembro de 2006, vemos o Supremo Tribunal Federal a bloquear a introdução legal da cláusula de barreira, que submetia a restrições os partidos que não ultrapassassem certo limiar de votação — e, no início de 2007, o TSE a decidir sobre a distribuição dos recursos do Fundo Partidário de maneira que, além de dispensar os partidos de serem nacionais, dispensava-os na verdade de terem votos, favorecendo a proliferação de legendas sem qualquer significação. Mas vemos também, em outubro de 2007, a manifestação do STF a respeito da fidelidade partidária, em que a corte mais alta decide que o mandato pertence ao partido e não ao político eleito: além de que a decisão claramente se relaciona mal com os fundamentos da decisão anterior do TSE, é notável que os ministros do tribunal mais alto, o “guardião da Constituição”,

apesar de reconhecerem explicitamente em suas discussões que sua própria jurisprudência ia em direção diferente até o momento em que se reuniam, estabelecem como data fatal para que a decisão tivesse efeito à data de julgamento anterior (março de 2007) da corte eleitoral de status inferior, em que aquela jurisprudência era contrariada.¹²

Seja como for, parecem bem claros a turbulência e o risco de insegurança jurídica para os cidadãos que podem resultar de uma Justiça ativista e propensa a legislar, além de exposta tanto a tensões internas quanto a pressões de interesses diversos e da “opinião pública”. Não obstante o papel singular a ser cumprido pelo Judiciário na consolidação de uma ordem constitucional efetiva, não há como escapar de reconhecer o desafio de institucionalização adequada que o próprio Judiciário deve enfrentar, como parte do difícil processo geral de desenvolvimento político e institucional do país e do continente. E a moderação do ativismo do Judiciário, com a reafirmação do velho princípio do equilíbrio entre poderes e das atribuições legislativas do Congresso, parece um requisito importante de que se tenha avanço institucional real.

¹² Pode-se lembrar ainda, em outra faixa, o enfrentamento belicoso dos doutos integrantes do STF na sessão recentemente dedicada à questão da constitucionalidade do uso médico-científico de células-tronco, que se fechou com representantes da posição derrotada a brandir a possibilidade (a ameaça?) de transformar-se logo em maioria. Que minorias possam transformar-se em majorias é positivo e crucial, por certo, como parte do processo político-eleitoral geral da democracia. A indagação é a de se será desejável na mesma medida num órgão como o Supremo Tribunal Federal, que supostamente nos diz qual é a norma.