

JUDICIÁRIO, DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS: LEGITIMIDADE E CONTROLE NAS AÇÕES SOCIAIS¹

JUDICIARY, DEMOCRACY AND PUBLIC POLICIES: LEGIMINATION AND CONTROL ON SOCIAL ACTIONS

Álvaro Filipe Oxley da Rocha²

Doutor em Direito do Estado – UFPR

RESUMO: O presente artigo objetiva expor uma reflexão sobre o papel democrático do Judiciário na dinâmica do sistema político brasileiro, com ênfase na sua influência sobre a formulação de ações sociais, ou políticas públicas, pelo prisma de uma Sociologia Política do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário; democracia; políticas públicas; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The aim of this article is to display a reflection on the democratic role of the Judiciary within the Brazilian political system, especially about its influence on the*

formulation of public policies, through the prism of a political sociology of the Judiciary.

KEYWORDS: *Judiciary; democracy; public policies; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A influência do judiciário sobre ações sociais, ou políticas públicas; 2 Como o judiciário atua sobre as políticas públicas?; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 The influence of the judiciary on social, or public policies; 2 How the judiciary acts on public policies?; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

O propósito do presente artigo é propor uma reflexão sobre o papel

democrático do Judiciário dentro do sistema político brasileiro, destacando-se a sua legitimidade e influência sobre a formulação de ações sociais,

¹ Este artigo é publicado como parte integrante dos resultados da pesquisa que vem sendo conduzida pelo autor.

² Pós-Doutorado em Criminologia pela Kent University – UK, Mestre em Ciência Política – UFRGS, Professor e Pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – PPGCRIM, FADIR, PUCRS.

ou políticas públicas³. Muitos trabalhos têm sido publicados nos últimos anos sobre o Judiciário e a “judicialização” da política no Brasil⁴, enfocando os modos pelos quais se dá essa influência, quanto ao Legislativo e ao Executivo. É preciso destacar, entretanto, que, embora existam hoje pesquisas sobre o tema⁵, este ainda não recebe atenção suficiente na pesquisa. Em parte, esse efeito pode ser creditado como decorrência de uma atitude tradicional nas Ciências Sociais brasileiras, que costumavam menosprezar o Judiciário como objeto de análise na dinâmica das decisões governamentais, inserido no sistema político como um todo⁶. Embora poucas equipes e cientistas sociais brasileiros o façam, e haja progressos, não é nova a preocupação com o tema⁷. Em contrário, entretanto, o trabalho científico das Ciências Sociais, fora do país, há décadas⁸ já incorpora o Judiciário às suas análises do processo democrático, incluindo o caso do Brasil⁹ e, portanto, o seu papel na definição de viabilidade, formulação e implementação de políticas públicas.

³ Ver TAYLOR, Matthew M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *Dados*, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 50, n. 2, 2007. O presente artigo utiliza, como marco, o excelente trabalho referido.

⁴ Por exemplo, ver trabalhos como os de ARANTES (nota 7), FAVETTI, Rafael T. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003; SADEK, Maria T. *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa*. In: M. T. Sadek (Org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo, Sumaré, 1995; WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997; CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: Ampliação do Acesso à Justiça?*. In M. T. Sadek (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001; FARO DE CASTRO, Marcus. *The Courts, Law, and Democracy in Brazil*. *International Social Science Journal*, v. 49, n. 152, p. 241-252, 1997; KOERNER, Andrei. *Direito e Modernização Periférica: Por uma Análise Sócio-Política do Pensamento Jurídico Constitucional Brasileiro Pós-1988*. Trabalho apresentado no XXIX Encontro Anual da Anpocs, Caxambu, 25-29 de outubro, 2005; e OLIVEIRA, Vanessa E. *Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?*. *Dados*, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

⁵ Nesse sentido, é obrigatório referir o trabalho de diversos autores, como Maria da Gloria Bonelli, Andrei Koerner, Dal Ros, Marengo, Fabiano Engelmann e Frederico Almeida; no plano internacional, Yves Dezalay, Jacques Commaille, David Trubek, Bryant Garth, Antoine Vauchez e os inclusos na revista *Droit et Societé*, intitulada “Bourdieu e o Direito”; todos autores e trabalhos de alta qualidade, mas que, infelizmente, não são possíveis incluir devidamente, no reduzido espaço de um único artigo.

⁶ Ver ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.

⁷ Por exemplo, VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999 e SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. “A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes”. *Revista USP - Dossiê Judiciário* n. 21, março/abril/maio 1994, p. 35-45.

⁸ Ver SCHATTSCHEIDER, Elmer E. *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy*. In America. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960.

⁹ Ver STEPAN, Alfred. *Brazil's Decentralized Federalism: Bringing Government Closer to the Citizens?* In *Daedalus*, v. 129, n. 2, p. 145-169, 2000.

O cenário jurídico-político do Brasil vem apresentando, nos últimos anos, uma clara transição entre as ações decorrentes das posturas derivadas da influência do Estado Liberal tradicional, e a busca da implementação de um Estado Democrático de Direito. Pode-se, a partir dessa premissa, afirmar que a Constituição Federal de 1988 saiu de uma postura indiferente aos anseios da maioria da população.

Ao refletir uma nova postura, de maior intervenção no domínio econômico e social, a Constituição de 1988 coloca em ato, pelo aumento das ações dos administradores públicos, a proposta de implementar os “direitos fundamentais-sociais positivos” ou de cidadania¹⁰, diretrizes que ela mesma estabelece.

Esse contexto, entretanto, ao destacar as ações de governo, ou “políticas públicas”¹¹, implica seu controle, não apenas na esfera burocrático-administrativa, mas também, e, fundamentalmente, na esfera do Judiciário, dado ser função não apenas política, mas também social¹², do mesmo, a realização dos princípios constitucionais, cuja efetivação implica notável transferência de poder político, das esferas do Executivo e do Legislativo para o Judiciário¹³.

Para o objetivo proposto, o presente artigo está organizado em duas partes; na primeira busca-se fazer um breve levantamento da literatura em Sociologia Política e Ciência Política, sobre a influência do Judiciário na dinâmica política. Na segunda parte, procura-se apontar as principais possibilidades e abordagens possíveis sobre essa influência, diretamente nas políticas públicas, estabelecendo, na medida do possível, as direções de pesquisas futuras.

É preciso observar, preliminarmente, que, em termos de sistema político, pode-se abordar a ação do Judiciário em três perspectivas: a dimensão smithiana, a hobbesiana e, em especial, pela sua dimensão dita madisoniana¹⁴, a primeira, relativa às regras de funcionamento da economia, a segunda

¹⁰ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e “Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 64.

¹¹ Ver MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In: Sérgio Miceli (Org.) *O que ler em Ciência Social Brasileira (1970-1995)*: Ciência Política. São Paulo/Brasília, Sumaré/CAPES, 1999.

¹² Ver ROCHA, A. F. O. “A realização da Cidadania como função social do Judiciário; efeitos da EC nº 45”. In *Inclusão Social - IBICT/OIT*. Brasília/DF, v. 2, n. 2, p. 148/155, abr./set. 2008.

¹³ Destacamos: ROCHA, A. F. O. *Judiciário, mídia e cidadania*. In: MORAIS, J. L.; STRECK, L. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do PPG - Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁴ MAGALONI, Beatriz. Authoritarianism, Democracy, and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of law in Mexico. In S. Mainwaring e C. Welna (Orgs.) *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford, Oxford University Press, 2003.

relativa ao monopólio da violência pelo Estado, e a terceira, pelo equilíbrio das dimensões de controle econômico e social, com ênfase na via comunicativa¹⁵, do desenvolvimento das relações do Judiciário com o Legislativo e o Executivo, no que se refere às políticas públicas. Essa última dimensão¹⁶ será aqui central. Para esse objetivo, buscamos colaborar para uma melhor compreensão do papel dos atores sociais envolvidos, no sentido do aperfeiçoamento dessas relações, cujos resultados não se restringem ao plano político institucional, mas se expandem, com evidentes consequências para o coletivo¹⁷.

Os resultados da dinâmica entre atores sociais, aqui referida, para a realização da cidadania em sentido amplo no Brasil, são evidentes, visto que do sucesso ou fracasso das políticas públicas, em especial na subárea das políticas sociais, depende o desenvolvimento da dinâmica social entre nós, em sentido positivo. A redução das desigualdades pelo equilíbrio de condições materiais e culturais é condição fundamental para a inclusão dos indivíduos como cidadãos na vida social, e, a partir desta, a inclusão dos cidadãos na participação política, de modo a influir na condução do seu futuro.

1 A INFLUÊNCIA DO JUDICIÁRIO SOBRE AS AÇÕES SOCIAIS, OU POLÍTICAS PÚBLICAS

Preliminarmente, exporemos, para fins de trabalho, alguns conceitos de políticas públicas e de cidadania. Nesse sentido, pode-se conceituar políticas públicas como sendo o conjunto de atos e não atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (ou não intervir) em um domínio específico, por exemplo, políticas econômicas, financeiras, sociais, de educação, tecnológicas etc. A problemática do trabalho governamental se encontra ligada, assim, a um melhor conhecimento da mudança social e do desenvolvimento econômico. O caminho foi aberto por autores como Lerner e Lasswell¹⁸, que, na década de 50 do século XX, prescrevem a profissionalização das Ciências Sociais na esfera de governo. Surge, a partir desse trabalho, o ramo das *policy sciences*, advogando a noção do “gerenciamento público”, inicialmente nos Estados Unidos e a seguir na Europa Ocidental. Estabelecem-se relações de causalidade entre as

¹⁵ Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶ Ver nota 5.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹⁸ LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold. *The Policy Sciences. Recent Developments in Scope and Methods*. Stanford, Stanford University Press, 1951.

ações (políticas) públicas e os efeitos destas sobre o tecido social; a partir disso, a avaliação de políticas públicas torna-se tema de alto relevo nos estudos de administração pública¹⁹.

Já o conceito de cidadania, do ponto de vista jurídico tradicional, está ligado, em primeiro lugar, à condição de morador da cidade, e por extensão, do país, demonstrando a efetividade de residência. Desse modo, possui *cidadania natural* o indivíduo nascido em território nacional que pode participar da vida política do país, em oposição ao indivíduo estrangeiro, em situação especial no território, mas também detentor de direitos embora mais limitados, inclusive o de obter a cidadania brasileira, denominada então *cidadania legal*, embora muitos cargos e direitos permaneçam reservados aos chamados cidadãos natos. Esse sentido da palavra cidadania está, pois, ligado ao exercício de direitos políticos, como votar e ser votado²⁰. Nesse sentido, bastante limitado, costuma-se citar o caso dos analfabetos, que se tornariam cidadãos ativos quando inscritos como eleitores, mas não podendo se tornar cidadãos passivos por não possuírem elegibilidade, quer dizer, por não poderem os mesmos se candidatar a mandatos políticos eletivos. Muitas abordagens jurídicas encerram nesse ponto o debate, deixando a desejar uma discussão mais ampla do conceito, dado que à condição de cidadão também correspondem direitos e deveres, o que parece exigir uma conceituação mais completa.

Não é simples, entretanto, chegar a um conceito amplo de cidadania. Hoje é voz corrente o uso dessa expressão quando se fala da participação nos processos de tomada de decisões que se refletem na coletividade, em especial diante das grandes mobilizações populares. Parece estar se difundindo, especialmente via mídia²¹, a noção de que a cidadania é uma espécie de direito de imunidade contra as ações autoritárias. Ao mesmo tempo, esse conceito remete ao problema da distribuição de renda, estabelecendo por critério meramente econômico uma ideia de “classes” sociais hierarquizadas, na verdade apenas duas, uma detentora da renda, do poder político, e da vida boa, ligada a essas condições, e outra “classe”,

¹⁹ Para uma conceituação mais ampla, ver FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Planejamento e Políticas Públicas*, 21: 211-259, 2000.

²⁰ Cfe. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 99.

²¹ A ação social e política da mídia é, entretanto, bastante questionável. Ver ROCHA, Álvaro F. O. Direito e Mídia: uma convivência difícil. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 93, p. 25, março de 2004.

alienada de não apenas desses fatores, mas também de tudo o que está afeto à posse de recursos financeiros, como moradia, saúde etc., mas fundamentalmente sem acesso a uma educação adequada e, pois, sem acesso às vidas social e política como cidadão²². Guardadas as devidas proporções, a discussão desse conceito está presente desde a formação das raízes do pensamento ocidental. Lembrando que o sentido da democracia grega não era da mesma natureza do que hoje atribuímos a essa palavra²³, podemos citar a obra de Aristóteles, na qual o mesmo questiona quem vem a ser o cidadão, afirmando que “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária da cidade”, visto que a assembleia da qual o cidadão participava tinha poderes tanto para decidir como para legislar e julgar²⁴. Participar da assembleia significava ser visto pelos demais como um entre iguais, podendo o participante fazer uso da palavra para criticar, propor, opinar, externando por todos os meios o seu interesse pelo presente e pelo futuro da cidade. Poderia também, nesse sentido²⁵, assumir cargos na administração pública, como parte de sua condição de participante, não significando, na verdade, que o mesmo dispusesse de direitos que limitassem o poder da assembleia, mas apenas que, ao aceitar participar, também aceitaria o dever de submissão às decisões, em qualquer sentido, que viessem a ser tomadas pela coletividade.

O conceito de cidadania (*civitas*) entre os romanos será bastante ampliado partindo do reconhecimento pelos pares para todos os demais direitos da vida civil, incluindo, na esfera privada, os direitos de propriedade, família, contratos e, na esfera pública, o direito de participação política²⁶. A partir do século XVIII, entretanto, a definição de uma cidadania passa novamente a se tornar importante, pois, como frutos do Iluminismo, a Revolução Francesa e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América reconhecem a igualdade de direitos a todos os homens, estabelecendo o ideal de liberdade como o conceito básico sobre o qual se estabelecem os demais direitos, como mais tarde Kant²⁷ vem a expressar objetivamente em sua obra. Esse autor procura fundamentar o direito sobre a liberdade, propondo o problema da harmonização

²² BENEVIDES, Maria Victória M. *Reforma Política e Cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 91.

²³ FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

²⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991.

²⁵ Cfe. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 272.

²⁶ Ver GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 82.

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

entre a liberdade individual e os direitos dos demais, que, no entanto, continua em discussão. Habermas²⁸ retoma a discussão ao afirmar que não é possível realizar *direitos de cidadania*²⁹ sem uma esfera de liberdade, objetando, porém, que esta só se pode objetivar a partir da existência de uma comunidade que detenha mecanismos de participação política.

O conceito amplo de cidadania só vem a adquirir os contornos que hoje conhecemos a partir do estabelecimento de um novo paradigma: a ideia de que há um elemento social³⁰ inserido nesse conceito, que se origina da transição do modelo de Estado liberal para o Estado Social, ocorrida na Europa do século XIX e início do século XX. Esse elemento inclui desde o bem-estar econômico mínimo até a participação na herança social, e especialmente a ter a vida de um ser civilizado, em acordo com os padrões da sociedade atual; e aponta as instituições mais ligadas a esse elemento como sendo o sistema de ensino e o serviço social. O efeito dessa noção sobre o pensamento social foi tornar evidente que não há cidadania em sentido amplo sem que exista um conjunto de mecanismos democráticos, amparados em um sólido ordenamento jurídico, que permita ao indivíduo, ou sujeito, ser incluído em todas as esferas da vida social. Isso remete à existência e, podemos observar, mais diretamente, à concretização de políticas públicas sociais.

É preciso destacar, porém, que o direito brasileiro mantém formalmente sua tradicional conceituação estrita e, embora muitos juristas reconheçam uma maior amplitude na interpretação dos direitos de cidadania³¹, fica evidente que a discussão do conceito amplo não modificou até aqui a letra da lei, que segue associando o termo cidadania principalmente à participação política. Essa limitação de natureza terminológica, entretanto, não tem o poder de encerrar a discussão. Ao contrário, uma abordagem sociológica³² permite observar que, generalizando-se o conceito amplo, é muito provável que o texto de lei, e até mesmo a norma constitucional, venham a se adaptar no futuro, já que a resistência

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 124.

²⁹ Aqui designados como direitos fundamentais-sociais, ou de cidadania.

³⁰ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969. p. 64.

³¹ Ver, por exemplo, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 628.

³² Ver ROCHA, Álvaro F. O. O Direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. *Revista Estudos Jurídicos - Unisinos*. v. 38, n. 1, p. 46, jan./abr. 2005.

é muito mais devida às particularidades dinâmicas do campo jurídico³³, que, até para fins de manutenção de sua legitimidade, encontrará formas de se adaptar, apropriando-se dos resultados dessa dinâmica social em seu discurso³⁴, passando assim a impô-los, “normalizando-os” e fazendo-os compreender implicitamente como seus, desde sempre³⁵.

A partir da conceituação de políticas públicas e de cidadania, até aqui expostas, pode-se iniciar a relação entre os mesmos e a ação do Judiciário. Observa-se, em primeiro plano, que a relação entre os conceitos de cidadania e de políticas públicas está ligada pelo “elemento social” citado por Marshall, do qual decorre, para o Estado, a premissa do dever de efetivação de determinadas condições, de natureza material e cultural, para a realização da cidadania em sentido amplo, o que equivale a dizer que a mera existência de direitos fundamentais-sociais no ordenamento jurídico, mesmo na norma constitucional, *não faz sentido* sem a efetivação desses direitos por meio de políticas públicas, mormente as políticas sociais, que se tornam parte integrante da noção de Estado Democrático de Direito. A realização desses direitos, então, torna-se, com muita frequência, moeda de troca eleitoral, pois é definida na luta política, nos embates entre o Executivo e o Legislativo, e internamente a este, em uma dinâmica permeada por ações da sociedade civil, dos movimentos sociais e de diversos outros fatores de pressão, relacionados de maneira sofisticada e exaustiva pelos estudos sobre o funcionamento do sistema político e institucional brasileiros, os quais ignoram, entretanto, a força de um ator social de enorme relevo, o Judiciário, descrito como um ator social com *poder de veto*, *poder de decisão*, que se apresenta como *árbitro imparcial* e frequentemente como *representante da sociedade* nas disputas envolvendo políticas públicas³⁶. É significativo que a maior parte dos estudos brasileiros em Ciências Sociais não incorpore o Judiciário, como antes mencionado. O argumento clássico é o de que o Judiciário é, por definição, um ator social passivo, devendo ser acionado a partir de atores externos para que venha a agir. Nesse sentido, o modo como se dará a ação judicial dependerá do

³³ Ver ROCHA, Álvaro F. O. A linguagem jurídica. In: *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Unisinos, 2002. p. 42.

³⁴ BOURDIEU, Pierre. O que falar quer dizer. In: *A Economia das Trocas Lingüísticas*. São Paulo: Edusp, 1998.

³⁵ BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa: DIFEL, 1983. p. 209.

³⁶ Ver SOUSA, Mariana. “Judicial Reforms, the PMP and Public Policy”. Washington DC, BID, 2005, In: *A Política das Políticas Públicas: progresso social e econômico na América Latina: Relatório 2008*. [...] Rio de Janeiro, Elsevier, Washington DC: BID, 2007.

desenvolvimento e do nível, mais ou menos sofisticado, da luta política. Ignorar o Judiciário não é, entretanto, um dado comportamental entre nós, já que, a partir de sua formação histórica, na periferia da dinâmica de desenvolvimento do Estado ocidental³⁷, o Brasil, em termos de política, não apresenta o desprezo persistente dos Tribunais³⁸, sedimentado nos países centrais pela Revolução Francesa; tanto que, entre nós, como já mencionado, muitos trabalhos têm sido publicados sobre a ação política do Judiciário³⁹. Entretanto, a falta de uma abordagem em sociologia política, mais definida metodologicamente, resulta no surgimento de problemas imprevistos, decorrentes de dados relevantes do Judiciário, que não têm recebido a devida atenção.

Destaque-se que o campo político brasileiro requer, e já tem recebido, muita atenção, devido à sua complexidade. Podemos destacar duas principais abordagens na Ciência Política nacional. A primeira, mais pessimista, vê o sistema político como um jogo de extrema busca de acordos, no qual atua um número muito alto de atores sociais com poder de veto, o que faz dessa dinâmica algo extremamente imprevisível e pouco capaz de permitir o andamento do processo decisório em nível aceitável. Essa corrente é oposta por uma segunda, que afirma que o sistema político brasileiro seria mais majoritário do que afirma o outro grupo, de modo que o processo decisório, embora trabalhoso e complexo, é possível e ocorre. Embora existam defensores exaltados de cada postura, o que indica momentos em que cada lado esteve certo, hoje se observa que, na contradição entre o sistema eleitoral descentralizado, e a centralização do processo decisório, controlado com segurança pelas regras internas do Congresso, o equilíbrio se dá pela atribuição legislativa e orçamentária de poderes ao Executivo, resultando um equilíbrio muito frágil e dependente de fatores imprevisíveis, como o “carisma” presidencial, campanhas eleitorais etc. Essa dinâmica, como até aqui se viu, parece excluir inteiramente o Judiciário da dinâmica do sistema político brasileiro. A análise política da influência judicial não é inteiramente ignorada, mas está restrita a poucos campos, como o da

³⁷ Ver BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política Comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

³⁸ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”. *Law and Society Review*, v. 35, n. 1, p.117-164, 2001.

³⁹ Ver nota nº 6.

segurança pública⁴⁰, ou da sustentação aos contratos⁴¹, na economia de mercado moderna.

Entretanto, observou-se a atuação política indireta do Judiciário, no período pós-constituente, que não agiu contramajoritariamente, deixando de usar seu poder de veto quanto às reformas políticas constitucionais, nem causando incerteza ou risco à governabilidade. O resultado das ações do Judiciário sobre as políticas públicas federais é significativo, tendo o mesmo sido acionado com muita frequência para atuar sobre políticas públicas em litígio. Sua atuação, nesse sentido, tem sido de extrema cautela, de modo a preservar-se de embates com o Executivo⁴². Mas nem por isso é menos ativo. Segundo Matthew Taylor:

Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a ADIn, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas (Taylor, no prelo). Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares

⁴⁰ Ver PEREIRA, Anthony W. “An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brazil”. In: P. Kingstone e T. Power (Orgs.). *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

⁴¹ CASTELAR PINHEIRO, Armando (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo, Sumaré, 2000.

⁴² Ver KOERNER, Andrei. “Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro”. In: A. Koerner (Org.). *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. São Paulo, IBCCrim, 2006. p. 259-281.

no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico [...].⁴³

A referência do autor ao governo Fernando Henrique Cardoso é muito importante, dado que, além de destacar a forte atuação do Judiciário brasileiro, em comparação, também assinala o momento preciso da vida política nacional em que o Judiciário parece estar sendo “descoberto”, não só pelos atores políticos tradicionais, mas todos os demais grupos legitimados pela Constituição Federal para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)⁴⁴. Nesse sentido, as políticas públicas federais podem ser, e muito provavelmente serão, contestadas judicialmente, especialmente pelos atores sociais que normalmente não são levados em conta na análise política, quer dizer: os derrotados ou ignorados nas negociações internas do Congresso, ou em sua dinâmica relacionada ao Executivo, serão os grupos que recorrerão ao Judiciário, e com chances muito altas de obter efeitos favoráveis de alteração das referidas políticas.

2 COMO O JUDICIÁRIO ATUA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Uma primeira forma de atuação do Judiciário é a administração do momento, ou *timing*, nas ações a seu cargo. Esses recursos podem ser a aceleração de decisões, por meio da concessão de liminares, ou o adiamento de decisões, que pode ser realizado por constantes pedidos de vistas do processo. Desse modo, os agentes do Judiciário podem dar apoio a políticas que considerem relevantes, ou adiando as consequências objetivas que a estas poderiam advir, em razão do indeferimento de recursos interpostos. O Judiciário, desse modo, se constitui em ator político quase equiparável aos tradicionais; e, no que concerne às políticas públicas, nada muda quanto às possibilidades e força de sua atuação.

A luta política dispõe de regras, assim como a atuação judicial. Essa última, entretanto, cria a expectativa de que a mesma só se dará *a posteriori*, a partir do momento em que um projeto de lei, medida provisória ou outro veículo legal de implementação de políticas públicas já tiver findado o processo legislativo, entrando em vigor. Uma observação mais atenta da dinâmica política brasileira, entretanto, revela o contrário: é comum aos agentes do Judiciário influenciar a

⁴³ Para mais detalhes, ver TAYLOR, Matthew M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *Dados – IUPERJ*, v. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

⁴⁴ Ver ROCHA, Álvaro F. O. *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Unisinos, 2002. p. 42.

dinâmica de aprovação das políticas, ou mesmo interrompê-las, antes de sua aprovação. Pode-se citar, por exemplo, a proposição de suspensão do Código de Defesa do Consumidor quanto aos prejuízos provocados pelo corte generalizado do fornecimento de energia elétrica (a chamada “medida provisória do apagão”), que não chegou a ser proposta, devido ao resultado de uma reunião informal entre um representante do Executivo, com os Ministros do STF (Supremo Tribunal Federal), o que evidencia, com clareza, que a ação política do Judiciário se dá muitas vezes sem que os mecanismos legais disponíveis sejam utilizados. Nesse sentido, o efeito é o de eliminação de alternativas aos atores políticos, e, pois, de constrangimento de sua liberdade de ação⁴⁵.

Outro dado determinante da forma de atuação política do Judiciário se relaciona às *motivações* dos juízes. Diversos autores se ocupam de desenvolver o que se poderia chamar de “cultura legal” dos magistrados⁴⁶. Assim, pode-se afirmar que a formação dos juízes brasileiros, para integrar o seu campo social, cria uma disposição mais formalista⁴⁷, apegada aos textos dos códigos, geralmente enfatizando mais a forma (ou processo) do que os resultados, ou direitos individuais em detrimento dos interesses coletivos. Embora o discurso oficial do grupo, que destaca a neutralidade dos juízes, seja muito criticado, o consenso entre os juristas ainda afirma que o reconhecimento do juiz depende de seu apego ao texto legal, o que é sustentado pelo dever legal de fundamentar as decisões na lei. Entretanto, no que se refere às políticas públicas, essa postura muda, tendo em vista a extrema flexibilidade na atuação dos juízes mencionada. Destaque-se que não é apenas pelas decisões que os juízes agem politicamente, utilizando-se às vezes de estratégias de pressão, recursos à mídia ou rebelando-se quanto a decisões sob as quais se sintam prejudicados, como tem ocorrido frequentemente no que se refere às atuações do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). A sociologia e a ciência política produziram, a respeito dos magistrados, três orientações relevantes: a chamada institucional, a estratégica e a atitudinal.

Nesse sentido, somente a abordagem institucional⁴⁸, ou aquela que pretende encontrar no conhecimento aprofundado das instituições os fatores determinantes das ações de seus agentes, parece dar resultados entre nós. A

⁴⁵ Ver nota nº 40.

⁴⁶ Ver nota nº 6.

⁴⁷ Ver nota nº 40.

⁴⁸ Ver CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Orgs.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

análise atitudinal⁴⁹ não dá resultados, em razão do sistema político complexo, que impede a redução de todas as atitudes dos magistrados a um sistema de oposições. A abordagem estratégica⁵⁰ se relaciona à ideia da luta do Judiciário para sustentar o seu poder político, na disputa com os demais poderes, que se legitimam pelo voto. Não se aplica entre nós em razão de que o Judiciário brasileiro não precisou abrir espaço entre os poderes, tendo recebido os mesmos formalmente, sem luta, em grande medida, apenas precisando acautelar-se para, no seu exercício, não melindrar os poderes legitimados nas urnas.

Há muitos fatores externos ou atores sociais que podem influenciar ou tentar se valer da força do Judiciário para tentar atingir seus objetivos, esquivando-se à arena política. A origem desses atores pode estar no próprio campo político ou na sociedade civil. O Judiciário, por definição, não pode se furtar a receber e ter de processar pontos de vista de grupos minoritários, que muitas vezes contestam as orientações de consenso formadas no embate entre Legislativo e Executivo. O conhecimento do aparato legal e a habilidade de alguns agentes podem permitir o uso do Judiciário e seu poder de veto como instrumentos de retomada e, muitas vezes, da inversão dos resultados que o jogo político determinou. É de conhecimento da pesquisa a identidade dos atores sociais, relacionada ao uso de determinados instrumentos jurídicos. Quanto às ADIns, destacam-se a OAB e o Ministério Público⁵¹; nas Ações Cíveis Públicas⁵², o Ministério Público é o mais significativo autor; e nas Ações populares, os mais representativos autores são políticos e advogados. Em poucas palavras, é possível afirmar que quanto maior a abrangência e capacidade de vinculação do instrumento jurídico, maior a possibilidade de se obter o efeito de veto do Judiciário. É de se destacar, entretanto, que a falta de acesso a esse mecanismo conduz os demais atores políticos a improvisar, com base na interpretação da formalidade processual dos prazos, fazendo do recurso ao Judiciário em si, independentemente do resultado, um instrumento de luta política. Grupos de oposição podem facilmente, na esfera federal, utilizar-se de recursos liminares

⁴⁹ Ver SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York, Cambridge University Press, 1993.

⁵⁰ Ver FINKEL, Jodi. *Judicial Reform as Political Insurance: Latin America in the 1990s*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007.

⁵¹ Ver ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo, Idesp, 1997.

⁵² Ver WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. "Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva". In: L. WERNECK VIANNA (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte, UFMG, 2002.

para barrar ações do Governo Federal, mesmo sabendo que a decisão não se sustentará; aqui surge o recurso à mídia, à “opinião pública”⁵³, por cuja força se procura pressionar ou “desgastar” o ocupante do Executivo ou seu partido, ou a ambos. Destaca-se a pesquisa que aponta a tendência dos partidos políticos a recorrer ao Judiciário apenas para marcar posição de contraste com a maioria e demonstrar a seus aderentes e ao público em geral a sua disposição de esgotar, no terreno institucional, todas as possibilidades abertas à sua intervenção⁵⁴.

Na falta de dados objetivos de uma pesquisa ainda por realizar, pode-se apenas especular quanto às reais consequências da ação do Judiciário sobre as políticas públicas. Supondo que esse efeito tenha sido pequeno, essa constatação não afasta o potencial de força detido pelo Judiciário. Nesse sentido, a sua ação, no que concerne à manutenção das políticas estabelecidas, estabelece a legitimidade da ação do Executivo e do Legislativo, ou que pode ocorrer também em contrário, dada a legitimidade do Judiciário, já solidamente estabelecida em nossa democracia. Entretanto, se a hipótese contrária se estabelece, surge um mistério, que seria estabelecer a ou as razões pelas quais o Judiciário tem sido obedecido pelo Executivo brasileiro, mesmo quando o contraria, muitas vezes a um grande custo financeiro ou de investimento em negociações e planejamento⁵⁵. Nesse sentido, Taylor⁵⁶ resgata várias explicações possíveis: a principal decorreria da alternância no poder, que levaria o Executivo de hoje a obedecer ao Judiciário, resguardando a possibilidade de uso da força do mesmo quando não estiver exercendo o poder político⁵⁷. Seria também possível que, segundo Whittington⁵⁸, sempre haja benefícios na ação de um Judiciário independente, pois, em primeiro lugar, o mesmo pode rever a legislação de governos anteriores e, com isso, melhorar as condições de implementação das políticas públicas do governo atual; e, em segundo, o fato de ser um governo

⁵³ Ver THOMPSON, J. B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis: Vozes, 2002 e BOURDIEU, Pierre. “A opinião pública não existe”. In *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 173.

⁵⁴ Ver WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

⁵⁵ Ver nota nº 34.

⁵⁶ Ver nota nº 40.

⁵⁷ Ver GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York, Cambridge University Press, 2003.

⁵⁸ Ver WHITTINGTON, Keith E. “‘Interpose Your Friendly Hand’: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

contrariado setorialmente pelo Judiciário legitima todas as demais atuações desse mesmo governo. Essa linha de considerações, segundo esse autor, pode levar a se estabelecer um sistema de autorregulação, que permitiria ao Executivo, assim como o Legislativo, ver vantagens na obediência ao Judiciário. Essas considerações, entretanto, são especulativas, e dependem de pesquisas que serão futuramente realizadas.

CONCLUSÃO

A força do Judiciário é reconhecida no jogo político brasileiro mesmo que este não possua acesso ao orçamento ou os poderes de condução do Executivo. O papel do Judiciário na manutenção da crença na legitimidade do Estado e da democracia é fundamental. O fato de reconhecer que regras são ou não legítimas do ponto de vista constitucional determina ao Judiciário uma linha de ação política idealizada, porém voltada para os objetivos do Estado, o que leva, naturalmente, à ação sobre as políticas públicas implementadas tanto a partir do Executivo como do Legislativo. Nesse sentido, o Judiciário assume o papel de decisor democrático final quanto às questões controvertidas, nas quais o Executivo e o Legislativo não conseguem chegar a uma decisão. Mesmo que o Judiciário muitas vezes seja visto e utilizado pelas partes interessadas em alterações de políticas públicas como apenas mais uma instância de luta política, isso permite que, muitas vezes, critérios de maior razoabilidade intervenham no processo decisório, fugindo da imposição, muitas vezes tirânica, da maioria legislativa, ou mesmo dos limites do texto legal, conservando, entretanto, os parâmetros constitucionais. A ação do Judiciário quanto às políticas públicas, no entanto, não deixa de ser salutar e importante do ponto de vista democrático, mas se deve observar que essa atuação não substitui as devidas correções nas políticas públicas, as quais a ação judicial não pretende nem irá substituir. Além disso, como destacam Werneck Vianna e Burgos⁵⁹, o papel democratizante – ou “civilizatório”, a nosso ver – do Judiciário produz um efeito tanto de “muro de lamentações” quanto de “uma efetiva arena para o exercício da democracia”, partindo da premissa da existência de uma democracia na qual a relação entre o Executivo e o Legislativo está muito aquém do ideal. A possibilidade de o Judiciário contrariar os interesses governamentais pode resultar em aperfeiçoamentos nas políticas públicas, tanto em termos econômicos quanto em termos da durabilidade dessas políticas. Nesse sentido, a ação do Judiciário

⁵⁹ Ver WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. “Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública”. *Dados*, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.

é fundamental para o equilíbrio de forças democrático, pois a ausência dessa instância pode permitir, em especial ao Executivo, por exemplo, a implementação de políticas públicas financeiras desastrosas, como no caso do governo Collor. A atuação judicial ou “controle” das políticas públicas pelo Judiciário surge, então, como ação política necessária, e parece mais benéfica do que prejudicial à democracia. Desse modo, a parte que incumbe ao Judiciário na realização da cidadania em sentido amplo, no Brasil, resulta ser a efetivação dos direitos fundamentais-sociais, dentro do contexto da luta política, e da manutenção do seu papel constitucional de mantenedor das regras do jogo democrático.