



## **PARTICIPAÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**Gisele Silva Araújo**  
Doutoranda em Sociologia pelo IUPERJ

**Comunicação para o VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais**  
**Sessão Temática: Estado, nação, direito e democracia**  
**Coimbra, 2004.**

**Texto elaborado exclusivamente para a comunicação no congresso supra-citado. Para o texto final, entrar em contato com a autora através do endereço eletrônico [gssaraujo@yahoo.com.br](mailto:gssaraujo@yahoo.com.br).**

### **PARTICIPAÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA\***

Os fenômenos da juridificação das relações sociais e da judicialização da política têm sido objeto freqüente nas ciências sociais dos últimos anos. A “explosão legal” observada nas últimas décadas é remetida pela literatura especializada ao Estado do bem-estar social que lançou mão do Direito como instrumento para implementar prestações sociais.<sup>1</sup> A proliferação de legislação casuística e especial, a materialização do direito e a regulação estatal dos mais variados setores da vida social têm por conseqüência o que Gunther

---

\* Devo especiais agradecimentos a Luiz Werneck Vianna e Maria Alice Rezende de Carvalho, sem a permanente orientação dos quais, as idéias aqui esboçadas não teriam sequer existência.

<sup>1</sup> As teorias de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas e Gunther Teubner seguem esta linha. Ao final deste texto, estas teorias serão analisadas não quanto à origem do fenômeno da judicialização da política, mas quanto à perspectiva normativa que sustentam com relação ao Direito nas sociedades contemporâneas.

Teubner denominou de “trilema regulatório” do Direito contemporâneo. Segundo este autor, o direito do Estado-Providência tem limites intrínsecos, sob pena de sucumbir a três hipóteses de fracasso regulatório: a ineficiência da lei decorrente da mútua indiferença entre direito e sociedade, o aprisionamento da sociedade pela lei ameaçando sua auto-produção, e a desintegração do sistema jurídico pela hiper-socialização do direito.<sup>2</sup> Conforme se observou noutro artigo<sup>3</sup>, entretanto, a judicialização das relações sociais, fenômeno a que se refere Teubner sob o nome de “juridificação” é conceitualmente distinta da judicialização da política. No primeiro, oriundo da configuração do Estado do bem-estar social, o sistema político instrumentaliza o sistema jurídico para intervir nas demais esferas da vida social.<sup>4</sup> No segundo, ao contrário, a sociedade utiliza o sistema jurídico para obter resultados políticos. O presente texto tem por objetivo refletir sobre a judicialização da política como movimento que, embora esteja associado às transformações do Direito advindas do Estado do bem-estar social<sup>5</sup>, é conceitualmente distinto da juridificação das relações sociais.

Tate e Vallinder definem a judicialização da política como “judges making public policies that previously had been made or that, in the opinion of most, ought to be made by legislative and executive officials...”<sup>6</sup> A judicialização da política está diretamente associada ao alargamento da discricionariedade judicial, ao “protagonismo do Poder Judiciário” e ao

---

<sup>2</sup> 1) “The regulatory action is incompatible with the self-producing interactions of the regulated system... (...) The law is ineffective because it creates no change in behaviour. However, the self-producing organization remains intact, in law as well as in society.”; 2) “‘Over-Legalization’ of Society – ... the regulatory action influences the internal interaction of elements in the regulated field so strongly that their self-production is endangered. This leads to disintegrating effects in the regulated field, well-known under the heading of ‘colonization’ ...”; 2) “‘Over-Socialization’ of Law – ... the self-producing organization of the regulated area remains intact while the self-producing organization of the law is endangered. The law is “captured” by politics or by the regulated subsystem, the law is “politicized”, “economized”, “pedagogized” etc. with the result that the self-production of its normative elements become overstrained. Overstrain of the law in the welfare state may be the effect of its political instrumentalization, but it may also be the law’s “surrender” to other sub-systems of society at the cost of its own reproduction.” TEUBNER, Gunther, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law* em TEUBNER, Gunther (ed.), “Dilemmas of Law in the Welfare State”, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1986a, p. 311. Ver também, do mesmo autor, *The Transformation of Law in the Welfare State*, em TEUBNER, Gunther (ed.), “Dilemmas of Law in the Welfare State”, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1986b.

<sup>3</sup> Araújo, Gisele Silva, “Judicialização da Política e das Relações Sociais: distinção conceitual e democracia”, Revista Dados, IUPERJ/UCAM, no prelo.

<sup>4</sup> No Brasil, o trabalho que primeiro evidencia a diferença entre os fenômenos é WERNECK VIANNA, Luiz, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann (1999), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Editora Revan, Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> A utilização do sistema jurídico pela sociedade para fins políticos subentende direitos previamente positivados ou reconhecidos pelo poder judiciário.

<sup>6</sup> TATE, C. Neal and VALLINDER, Torbjörn, *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York and London, 1997, p. 6. Ainda segundo Vallinder, a judicialização da política significa “either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.” p. 13

“ativismo judicial”, constatações de transformações recentes na estrutura e na operação da institucionalidade política do Estado. A origem de tais transformações é vinculada às mudanças do Estado e do Direito por ocasião do Estado do bem-estar social<sup>7</sup> muito embora haja alguns autores que as associam mais diretamente ao Constitucionalismo democrático da Europa do pós-2ª Guerra, que estará presente nas Constituições de Portugal, Espanha e de alguns países Latino-americanos nas décadas de 1970 e 1980.<sup>8</sup> É fato que muitos dos direitos típicos do Estado do bem-estar social são transformados em dispositivos constitucionais. Sua exigibilidade, entretanto, somente se verifica diante do Princípio da Supremacia da Constituição e de institutos processuais destinados a operacionalizar seu cumprimento via Poder Judiciário, institutos estes que também viabilizam a observância dos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos e das normas em geral.<sup>9</sup> A judicialização da política será tratada portanto como fenômeno autônomo com relação à juridificação das relações sociais, e como movimento que diz respeito mais enfaticamente à insuficiência da institucionalidade do Estado Democrático de Direito em eliminar o déficit de democratização na formação da vontade. É o conceito de “representação complexa”, desenvolvido por Pierre Rosanvallon em *La Démocratie Inachevée* que embasa a presente pretensão.<sup>10</sup>

Como uma das conseqüências da judicialização da política, os autores que se dedicam ao tema são praticamente unânimes em apontar para uma “crise da separação dos poderes”. Muito especificamente nos casos de revisão constitucional, os atos do legislativo e do executivo estão submetidos à “decisão em última instância” que cabe ao Poder Judiciário.

---

<sup>7</sup> “É por esse motivo que um ordenamento jurídico minado pela inflação, pela variabilidade e pela volatilidade de seus dispositivos normativos, amplia significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica. (...) ... pode-se então compreender as origens e o alcance do fenômeno da judicialização da política.” FARIA, José Eduardo, *O Direito na Economia Globalizada*, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1999. p. 130-131. A associação entre o fortalecimento do Poder Judiciário e a inflação legislativa contém um paradoxo: se a inflação legislativa tem por conseqüência a ineficácia da lei, produz indiretamente o enfraquecimento dos “aplicadores do Direito”, quais sejam, os juízes. Donde o fenômeno da judicialização da política, que persiste para além do Estado do bem-estar social, deve implicar, na sua explicação, reflexões sobre a influência do Constitucionalismo democrático e sobre transformações na cultura jurídica, não podendo ser *exclusivamente* remetido à inflação legislativa.

<sup>8</sup> Neste sentido, as análises de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, bem como a de Gisele Citadino. WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo, “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”, e CITADINO, Gisele, “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes”, ambos em WERNECK VIANNA, Luiz (org), “A Democracia e os Três Poderes no Brasil”, Belo Horizonte/Rio de Janeiro, Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

<sup>9</sup> Na Constituição Federal do Brasil de 1988, os principais institutos processuais neste sentido são: Ação declaratória de constitucionalidade, Ação declaratória de Inconstitucionalidade (inclusive por omissão), Ação civil pública. Note-se que a constitucionalidade dos atos é auferida não apenas com relação a normas constitucionais positivas, mas também com relação a princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

<sup>10</sup> ROSANVALLON, Pierre, *La Démocratie Inachevée – Histoire de la Souveraineté du Peuple en France*, Éditions Gallimard, 2000.

Além disso, a possibilidade de fundamentar a decisão judicial em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade, também provoca um alargamento da “discrecionabilidade do poder judiciário”, vindo este a atuar como um “legislador implícito”. Evidencia-se portanto um re-ordenamento institucional do Estado em que as funções típicas dos poderes são abaladas e penetradas por outras instituições. Se em nome da Constituição o Poder Judiciário destarte “fiscaliza” os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, este último é atingido diretamente em sua tradicional função de concentrar o poder de editar normas, cujo fundamento de validade se assenta no procedimento democrático de escolha dos “representantes do povo”. A judicialização da política diz respeito portanto ao questionamento da soberania “encarnada” exclusivamente no parlamento, à efetividade do instituto da representação na consecução da vontade da maioria e, mais genericamente, à organização democrática do sistema político.<sup>11</sup>

### **As formas da democracia: monismo e pluralismo representativo**

A emergência do terceiro estado e a eliminação progressiva das distinções estamentais ao longo dos últimos séculos pôs para os atores políticos o problema da organização do sistema político moderno. Na formulação de Rousseau, a legitimidade do poder político numa “sociedade de iguais”<sup>12</sup> e secularizada deve se ancorar na soberania do “povo”.<sup>13</sup> Há portanto uma ligação direta entre a soberania do “povo”, a democracia *direta* e o poder legislativo. Tanto na construção da República francesa quanto nos Federalistas, o instituto da representação se ergue contra os “perigos da democracia” *direta*, ou seja, contra

---

<sup>11</sup> Embora a abordagem deste texto esteja diretamente relacionada ao debate sobre pluralismo jurídico, já que este se opõe à idéia de que há somente uma única ordem jurídica legítima, este não é o centro da presente análise e não será abordado aqui. Ver, neste sentido, Boaventura Santos, “Toward a post modern understanding of law”, in *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London, Routledge, 1995.

<sup>12</sup> Iguais refere-se aqui à igualdade formal. Ou mesmo à “igualização” tal como compreendida por Tocqueville. Ver TOCQUEVILLE, Aléxis, *A Democracia na América – Leis e Costumes*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

<sup>13</sup> Cujá manifestação é a vontade geral convertida em lei. Não é propósito deste texto discutir a totalidade da vontade geral, seu caráter comunitário e infalível. Basta para o presente argumento, a relação entre legitimidade e soberania do povo formulada por Rousseau. Guardadas as atualizações, o mesmo argumento da democracia como única fonte da legitimidade política em sociedades diferenciadas e que apresentam multiplicidade de valores e costumes encontra-se em Habermas. Ver HABERMAS, Jürgen, *Teoria de la acción comunicativa*, tomos I e II, Taurus, Madrid, 1999, e o excelente livro de Leonardo Avritzer: AVRITZER, Leonardo, *A moralidade da democracia*, Editora da UFMG, Belo Horizonte, 1996.

o “povo” como o elaborador de leis válidas para toda a “sociedade de iguais”. Um governo representativo viria destarte atender a dois objetivos: manter *em última instância* a legitimidade do poder político secular ancorada no “povo”, eleitor de seus representantes, e garantir a liberdade legislativa dos “delegados” da soberania.<sup>14</sup> É Joseph Sieyès que vai em sua obra *Qu’est-ce que c’est le tier état* formular o conceito de “soberania da nação”. Em sua construção, “povo” corresponde a um agrupamento temporário de indivíduos, enquanto a “nação” é uma entidade abstrata que representa os interesses permanentes de uma determinada coletividade. Aliado ao instituto da representação, o conceito realiza o fechamento de outra relação direta, a saber, entre soberania da “nação”, democracia *representativa* e poder legislativo. Seja a vontade do “povo”, seja a vontade da “nação”, o Poder Legislativo é o lugar único da manifestação eficaz desta vontade, limitando-se o executivo a administrar o país *com base* nos dispositivos legislativos e o judiciário a julgar os casos concretos através da restrita aplicação da lei.

Corresponde a esta configuração a idéia de soberania uma e indivisível, formulada por Jean Bodin, nos *Seis Livros da República* de 1576.<sup>15</sup> Para Bodin, a preservação da ordem social pressupõe uma vontade suprema soberana, donde qualquer *república*<sup>16</sup> requeira um poder soberano, absoluto, perpétuo e indivisível, que dite as leis podendo modificá-las a qualquer tempo, em qualquer direção, pois que não está sujeito a elas. Tal poder soberano, se exercido por um príncipe, definirá uma monarquia; por uma classe dominante, uma aristocracia; pelo povo inteiro, uma democracia. Entretanto, somente na monarquia a soberania apresenta a unidade indispensável à autoridade do soberano, pois que numa aristocracia e principalmente numa democracia, a unidade da vontade está comprometida pelo pluralismo das vontades particulares dos membros do soberano. Esta concepção de soberania absoluta, una e indivisível se firmará na história da sociedade ocidental através de um longo processo de eliminação dos particularismos e da autonomia jurídica das ordens locais, em nome da unificação e centralização do poder e da afirmação da primazia e exclusividade das ordenações estatais sobre os costumes, o direito canônico e

---

<sup>14</sup> Segundo Rosanvallon, op.cit., para manter à distância os limites ameaçadores da democracia, Littré, Grévy, Ferry, Gambetta, pais fundadores da IIIe. République Française, têm no governo representativo uma filosofia restritiva da democracia, interpretação “à esquerda” da elaboração de John Stuart Mill alguns anos antes na Inglaterra, obra lida e comentada na França no fim dos anos 1860.

<sup>15</sup> BODIN, Jean. "A República" em CHEVALIER Jean-Jacques, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1996.

<sup>16</sup> Em Jean Bodin, o termo *república* designa qualquer Estado ou comunidade política.

as convenções corporativas.<sup>17</sup> O longo processo almeja pôr fim à natureza policêntrica da ordem medieval, mas também elimina progressivamente uma ordem política baseada na pessoalidade, nos privilégios e nas distinções estamentais, substituindo-a por uma ordem fundada no princípio da legalidade que vai limitar o próprio poder do Estado, além de estabelecer, pela via dos direitos naturais, obrigações válidas *erga omnes*, e garantias de liberdade, igualdade formal e integridade física.<sup>18</sup> Na formulação de Rosanvallon, o arranjo institucional que unifica a sociedade no Estado, que expressa uma soberania una e indivisível, cujo canal exclusivo de formação é a representação legislativa, corresponde a uma “República absoluta”, cuja característica essencial é o “monismo político”.

Segundo Pierre Rosanvallon, a obra de Adhémar Esmein liga a tradição revolucionária francesa à visão de uma democracia limitada. A idéia de soberania nacional está no centro de sua obra, *Éléments de droit constitutionnel*, de 1896. A soberania una, indivisível, inalienável e imprescritível, com seu caráter impessoal e coletivo, não pertence a nenhum todo reunido, grupo ou seção do “povo”, mas à “nação”.<sup>19</sup> A eleição dos representantes é a seleção de uma elite governante. Na formulação teórica, os representantes deliberam a partir de sua própria consciência, são “sábios do interesse geral”, sem vínculo algum com os interesses dos eleitores, vistos como portadores de interesses estritamente particulares. Na realidade entretanto, o parlamento não é palco de personalidades autônomas, mas um cenário para a disputa de forças da sociedade que lhe são exteriores e os “representantes da nação” acabam atuando vinculados aos interesses particularistas dos

---

<sup>17</sup> A prática de uma soberania una e indivisível estará presente desde o absolutismo, passando pela contenção jurídica do poder absoluto do Estado, até as formulações mais recentes. “Espinha dorsal da assim chamada *Teoria Geral do Estado*, essa elaboração teórica se desenvolve no começo do século XIX com base na concepção de soberania como expressão do poder político “incontrastável”; expande-se com o advento, décadas mais tarde, das doutrinas do direito público alemão sobre a personalidade jurídica do Estado como “centro de imputação de deveres e obrigações jurídicas”; e vai resultar, a partir do século XX, entre outras concepções, no normativismo kelseniano, que vê a soberania como expressão da unidade de uma ordem coativa; na visão política do ordenamento jurídico baseada num decisionismo, como a de Carl Schmitt; nas abordagens culturalistas, que a definem como poder de organização jurídica tendo em vista a realização do “bem comum” e a afirmação de suas decisões nos limites dos “fins éticos de convivência”; e na distinção feita pela sociologia do direito entre a titularidade do poder e a capacidade de seu exercício efetivo, mais precisamente, entre capacidade de auto-organização e titularidade exclusiva do exercício do poder político na ordem interna (por ele designada como “soberania”) e capacidade de relacionamento externo de forma livre e não subordinada (“independência”). FARIA, José Eduardo, op.cit., p.20.

<sup>18</sup> FARIA, José Eduardo, op.cit., p. 15-18. Norbert Elias, em *O Processo Civilizador*, aponta a substituição da força pelo Direito como elemento da construção da civilização ocidental em contraposição à barbárie. ELIAS, Norbert, *O Processo Civilizador*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1994.

<sup>19</sup> A constituição francesa de 1875 implementa um tipo de parlamentarismo aonde várias técnicas constitucionais põem à distância a intervenção popular, ao mesmo tempo que consagra o poder parlamentar. No entanto, Esmein quer também evitar as pretensões excessivas dos parlamentares que pretendem encarnar legitimamente a vontade geral. A soberania da nação conduz portanto ao reforço do Estado, mais que do parlamento. O Estado é a personificação da Nação.

grupos que lhes dão sustentação política. A história contada por Rosanvallon para o final do século XIX e início do século XX na França não difere das tensões da institucionalidade política do mundo contemporâneo. Estavam em pauta, segundo o autor, os seguintes temas: 1) a natureza do elo representativo e a questão do mandato; 2) as formas de expressão da soberania, direta ou delegada; 3) a natureza do espaço público, entre instituições e expressões espontâneas; e 4) O campo de aplicação dos princípios democráticos.

Os temas acima elencados estiveram na ordem do dia na França do início do século XX, ficando evidente que o elo entre eles dizia respeito aos possíveis canais de manifestação da vontade do “povo”. Na construção desta institucionalidade política, a ligação entre democracia representativa, soberania da “nação” e poder legislativo mantinha-se como absoluta. Diversos “tipos de democracia” foram objeto de debates e disputas, sendo alguns rejeitados como virtuais usurpadores do legítimo canal de manifestação da soberania, a representação legislativa.<sup>20</sup> O referendo, por exemplo, reedita o *appel au peuple* típico do cenário bonapartista e traz simultaneamente a reivindicação socialista da legislação elaborada diretamente pelo “povo”, aproximando o sistema representativo da democracia direta.<sup>21</sup> Não obstante, a instituição do sufrágio universal na composição do legislativo e a concepção da vontade geral e da soberania da nação como unas e indivisíveis, existindo somente sob a forma da universalidade, restringem as formas de participação política, donde os representantes eleitos são os únicos intérpretes autorizados pela democracia. Esta é a definição de Rosanvallon para o monismo político. Qualquer participação popular direta ou por canais alternativos é vista como um *crime lesa-representantes* no regime de absolutismo representativo da República de 1870.<sup>22</sup> Da mesma forma são vistas as expressões da

---

<sup>20</sup> O Comitê Eleitoral, por exemplo, ao instituir programas associados aos representantes, substancializa o voto do eleitor, muito embora a idéia de mandato imperativo seja contraditória com relação à concepção dos representantes como “sábios do interesse geral”. Por outro lado, ao pré-selecionar os candidatos, o comitê eleitoral contribui procedimentalmente para limitar a soberania do “povo”. O comitê eleitoral é um elemento de democratização pois que redige a “vontade geral” tal como compreendida pelos candidatos permitindo uma escolha não personalista, mas é também, por outro lado, um instrumento de oligarquização da política. Comitês eleitorais não são partidos políticos no sentido moderno porque não têm permanência, sendo organizados somente em períodos eleitorais. Ambivalência analisada por Ostrogorski, Michels, Daniel Halévy contra a República dos comitês. Conforme Rosanvallon, op. cit.

<sup>21</sup> O general Boulanger em discurso em 4 jun 1888: “Numa democracia, as instituições devem se aproximar o máximo possível do governo direto... é por isso que acho indispensável introduzir dentro da constituição o *jus ad referendum*.” Alfred Naquet, principal teórico do boulangismo, propõe uma ratificação popular das leis constitucionais (1875). Em Rosanvallon, op.cit., p. 288.

<sup>22</sup> “On constate de la sorte paradoxalement que la République du suffrage universel concevait l’espace politique et les conditions de son animation de façon beaucoup plus limitée et moins diversifiée que les régimes censitaires précédents. Comme si l’universalisation du suffrage avait conduit à polariser le politique. Alors que les doctrinaires avaient célébré l’entrée dans un nouvel âge de la publicité pour relativiser la restriction du droit de vote, les pères fondateurs sacralisaient le suffrage en même temps qu’ils appelaient à en faire le seul canal légitime de l’expression politique.” Rosanvallon, op.cit., p. 315.

“vontade do povo” que se manifestam na rua. A “república absoluta” se vale da polarização do espaço público: de um lado, uma série de indivíduos pulverizados e de outro, uma unidade configurada no legislativo, representante da soberania da nação. Ao monismo político corresponde portanto um espaço público polarizado onde não há nenhuma instituição intermediária entre o indivíduo, privado, e o político. Particulares ou grupos intermediários não têm legitimidade e portanto não podem “falar” no espaço público, o que em última instância representa a uma redução do público a sua face institucional-legal.

Além das manifestações de rua<sup>23</sup>, a insuficiência da representação política monista dá ensejo a disputas em torno da tentativa de reunir representantes e representados, nas quais fazem parte as sondagens de opinião<sup>24</sup>, reivindicações por reformas nos procedimentos parlamentares e a idéia de uma democracia social, inicialmente vinculada aos temas do controle operário e à democracia industrial. Ao lado da restrita cidadania política, os direitos sociais do 2º quartil do século XX dão corpo a uma espécie de “cidadania social”. Configura-se uma polaridade na questão da relação entre representantes e representados. De um lado permanece o monismo político, ancorado na atomização e abstração dos indivíduos reais e associado à via única do sufrágio universal na composição da vontade da nação via representação legislativa. De outro lado, forma-se a idéia de que a representação democrática não se baseia numa operação aritmética das preferências individuais cujo resultado é a vontade unitária, mas numa identidade entre representantes e representados, que, seja uma identidade comunitária ou de classe, pressupõe a unidade e homogeneidade já no grupo social. Na primeira, parte-se da pluralidade social até a unidade legislativa. Na segunda, a unidade social é pressuposto da unidade legislativa.<sup>25</sup> Os dois pólos representam duas concepções concorrentes de democracia. Entre um pólo e outro, a questão que se apresenta é a da legitimidade da representação dos corpos intermediários e de formas plurais

---

<sup>23</sup> Nas primeiras décadas do século XX, as manifestações de rua passam a ser compreendidas como expressão limite da soberania, pertencendo a uma era inquieta e desenvolvida da cidadania.

<sup>24</sup> A noção de opinião pública se torna instrumental no campo político. Situa-se entre a expressão das urnas e os clamores incontrolláveis da rua. Trata-se de uma forma de manifestação permanente instituída.

<sup>25</sup> A esta polarização corresponde também a distinção entre uma democracia procedimental e uma democracia finalística. No primeiro caso, é democrático o sistema cujos critérios procedimentais sustenta a igualdade da participação política dos cidadãos. No segundo, somente pode ser democrático o sistema que efetivamente satisfaz os interesses da maioria. A formulação tem parentesco evidente com a teoria de Carl Schmitt, segundo a qual a democracia se define por um princípio de identidade entre governantes e governados e a representação parlamentar, instituto do liberalismo, se rege pelos princípios da autorização popular e da soberania do parlamento. A representação democrática estaria assentada no princípio da identidade como qualidade social e numa espécie de “encarnação” no representante, enquanto a representação liberal corresponde ao procedimento de delegação.

de representação, que não pressupõe uma homogeneidade social, mas entra em contradição frontal com o monismo político.<sup>26</sup>

Além de ser um direito democrático à prestação jurisdicional, o “acesso à justiça” esteve desde sempre inscrito neste problema da representação. Segundo Rosanvallon, o “direito de petição” configurou-se como um complemento ao direito de sufrágio, sendo que aquele incluiria as mulheres muito antes deste. No Decreto de 22 Dezembro 1789, o direito de petição aparece como contrapartida ao confisco do poder do eleitor implicado pela proibição do mandato imperativo e pela liberdade de manobra do representante. Destarte, o direito de petição não é apenas uma requisição de ordem privada, mas também uma ação política através da qual se visa um interesse coletivo, constituindo uma intervenção direta dos indivíduos e grupos na esfera da política, prolongando a atividade cidadã.<sup>27</sup> Configura-se portanto, uma “cidadania jurídica” que será vista progressivamente como uma ameaça ao absolutismo da representação.<sup>28</sup> Com o sufrágio universal a partir de 1848, a função política do direito de petição será definitivamente posta em questão. Permanecerá assim como direito pessoal, deixando de constituir um direito político, uma espécie de “canal de representação” alternativo à representação legislativa.<sup>29</sup>

Se o direito de petição configurava uma quebra da unidade da representação legislativa, as associações civis, os movimentos sociais e a “auto-gestão democrática” reivindicada pela sociedade a partir dos anos 1960 representam a visão de uma democracia social *sem* o pressuposto da homogeneidade social.<sup>30</sup> No “processo civilizatório”<sup>31</sup> descrito por Rosanvallon, vai se desenhando um meio termo entre a democracia representativa e a democracia social. Nesta nova configuração, não há unidade social que sustente uma representação por identificação e não há uma operação de unificação do pluralismo social pela via aritmética do monismo representativo. A distinção entre os “tipos de democracia”

---

<sup>26</sup> A questão do corporativismo e do *neocorporativismo* situa-se precisamente neste intermediário entre as duas concepções concorrentes de democracia. A análise deste importante tema entretanto não cabe nos limites deste texto.

<sup>27</sup> Através do direito de petição se poderia demandar, por exemplo o voto de uma lei, a mudança de uma orientação da ação governamental ou a reforma de uma instituição. Conforme Rosanvallon, *op.cit.*

<sup>28</sup> Os juristas se esforçam por distinguir a vontade de um grupo que organiza suas opiniões individuais, da vontade geral, que somente a assembleia dos representantes pode exprimir. Rosanvallon, *op.cit.*

<sup>29</sup> Deve-se ao sentimento de que a universalização do sufrágio torna simplesmente o direito de petição sem objeto. “O soberano comanda, não peticiona.” Rosanvallon, *op.cit.*, p. 330.

<sup>30</sup> Na concepção do autor, o movimento do final dos anos 1960 representava a recusa e contestação de todos os sistemas centralizados e hierárquicos, traduzindo desta maneira a aspiração a uma extensão generalizada dos procedimentos democráticos à gestão de diferentes esferas da vida social. Tratava-se da busca da autogestão nas empresas, na cidade, escola, família, tendo como resultado a multiplicação dos comitês de bairro, associações de consumidores, grupos de intervenção pública – os chamados Novos Movimentos Sociais.

<sup>31</sup> Toma-se aqui a concepção de Norbert Elias, *op.cit.*

se esclarece quando se considera a relação entre constituição sociológica e forma política da sociedades modernas. Enquanto a relação entre sociedade e política na democracia representativa figurava como uma relação diferenciação-unidade, na democracia social apresenta-se como uma relação unidade-unidade. Uma outra relação sociedade-política estabelece-se como diferenciação-pluralismo, correspondendo a uma sociedade diferenciada cuja expressão política não pode ser sufocada através de um único canal de representação. Nesta “democracia inacabada”, a “vontade” política não existe restrita à concepção de uma “vontade geral” unitária ou unificada, cuja aparição corresponde ou a momentos extraordinários não institucionalizados ou à redução forçada de uma única instituição legítima. O binômio diferenciação-pluralismo admite a multiplicação dos decisores e interventores particulares, num sistema complexo de interesses e de vontades que se substitui ao antigo tipo ideal da vontade política que pressupunha a unidade do ator.<sup>32</sup> A vontade permanece, mas assumidamente dispersa na diferenciação social<sup>33</sup>, e carente de canais de representação igualmente plurais.<sup>34</sup>

À “democracia inacabada” corresponde um esforço da sociedade em superar tanto a idéia de unidade do “povo” quanto o princípio único de formação da soberania assentado no voto e na exclusiva legitimidade do legislativo. À idéia de uma soberania uma e indivisível associada ao monismo representativo se sobrepõe a noção de uma “soberania complexa” acoplada a um pluralismo representativo que deve dar forma à cidadania política em termos tradicionais, mas também a uma espécie de cidadania social e cidadania jurídica. A pluralidade das formas da “soberania complexa” indica que o voto é um dentre vários modos de expressão das preferências e das vontades, ao lado de vários outros através dos quais o cidadão pode tomar a palavra, formular opiniões, exercer controle, proferir um julgamento, manter vigilância, manifestar acordo ou oposição, participar da vida pública. A diversificação da representação<sup>35</sup> é condição do exercício democrático da soberania. No

---

<sup>32</sup> A idéia de uma soberania confiscada pela representação corresponde à idéia de uma sociedade cuja vontade coletiva parece evidente. A vontade geral perde força à medida que desaparece o sujeito que supostamente a exprime.

<sup>33</sup> “La société civile mène bien une “politique” mais une politique discrète et silencieuse, résultant d’une multitude de délibérations à voix basse et de choix discrets, jamais ouvertement raccordés. Il n’y a donc pas de théâtralisation possible des ajustements de marché ou de dramaturgie des négociations décentralisés.” Rosanvallon, op.cit, p.394.

<sup>34</sup> O Contrato social compreendeu a nova potência dos homens como uma forma laicizada do poder divino, chamada a inventar um povo. Supôs que esta vontade não poderia ter forma se a sociedade não formasse um corpo unido, uma totalidade personificável. É esta última representação que se encontra em declínio. A soberania do povo deve então ser compreendida em termos radicalmente dessacralizados, em ruptura com o imaginário demiúrgico precedente no qual se sustenta o projeto democrático. Rosanvallon, op.cit., p.397.

<sup>35</sup> “démultiplication des niveaux de la représentation”. Rosanvallon, op.cit, p.406.

pluralismo representativo são legítimas as vontades expressas por movimentos sociais, associações de bairro, agrupamentos profissionais, como serão também válidos os outros caminhos, que não o voto, através dos quais ordinariamente se fazem valer estas vontades.

O monismo político se sustenta na legitimidade exclusiva da representação política propriamente dita, chamada por Rosanvallon de “representação procedimental”. A democracia compreendida através da noção de soberania complexa, entretanto, exige que a institucionalidade estatal esteja “aberta” à manifestação da vontade, e não apenas o Poder Legislativo, retomando a função política do direito de petição perdida com a absolutização do voto. Ao lado da “representação procedimental”, portanto, estabelece-se a “representação funcional”, institucionalizada e reconhecida pelos textos que organizam a vida pública.<sup>36</sup> A formulação não significa certamente que *toda e qualquer* organização institucional pública seja democrática, mas também rechaça a idéia de que *somente* a instituição do sufrágio universal tem a legitimidade de dar voz e dar suposta efetividade à vontade do “povo”. Dentre as instituições derivadas da organização da esfera pública que se põem potencialmente como canais de representação está o Poder Judiciário, a jurisdição constitucional ou ordinária, o “acesso à justiça” individual e coletivo.<sup>37</sup>

Segundo Werneck Vianna e Marcelo Burgos<sup>38</sup>, o fenômeno da judicialização da política com o “ativismo judicial” que lhe corresponde foi visto freqüentemente como usurpação da soberania popular. Outras interpretações, entretanto, vêem a “crise da separação dos poderes” exatamente como uma renovação – ainda incerta – nas relações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, decorrente de uma pluralização das formas de representação. Nas palavras dos autores, o constitucionalismo democrático, a

---

<sup>36</sup> “Les représentants du peuple sont certes d’abord ceux qu’il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident “au nom du peuple”. C’est notamment le cas des juges, qu’ils soient judiciaires ou constitutionnels; mais c’est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation. La représentativité est en effet une qualité qui peut avoir deux origines: fonctionnelle ou procédurale. La *représentativité fonctionnelle* est celle qui est organisée et reconnue par les textes organisant la vie publique, qu’il s’agisse des lois ou surtout de la Constitution, alors que la représentativité procédurale est directement constatée par le corps électoral. La vision moniste du politique n’a longtemps voulu reconnaître que la représentativité procédurale, dérivant de l’action électorale. Avec toutes les conséquences que l’on connaît. La perspective d’une souveraineté complexe rompt avec cette approche, en faisant de la reconnaissance du pluralisme représentatif la clef d’un type de gouvernement plus fidèle et plus attentif à la volonté générale.” Rosanvallon, op.cit., p.406.

<sup>37</sup> Porque as instituições estatais não são automaticamente democráticas ou expressam canais de representação, não se trata aqui de considerar o Poder Judiciário como o “guardião das promessas” não cumpridas pela institucionalidade política da modernidade. Ver GARAPON, Antoine, *Le Gardien de Promesses*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1996.

<sup>38</sup> WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo, “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” em WERNECK VIANNA, Luiz (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Editora UFMG, Belo Horizonte, IUPERJ/FAPERJ, Rio de Janeiro, 2002, p. 340.

universalização do controle judicial dos atos do Executivo e do Legislativo, e a centralidade ética dos direitos fundamentais são percebidos “como uma ampliação do conceito de soberania, abrindo para os cidadãos novos lugares de *representação* da sua vontade, a exemplo do que ocorre quando provocam o Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das leis. Nessa corrente, valoriza-se a tendência atual de expor o sistema do direito, inclusive pela facilitação do acesso à Justiça, às demandas de caráter coletivo, instituindo-se o processo de adjudicação em mais uma possibilidade para a democratização social.”<sup>39</sup> Trata-se de uma tentativa de ler as transformações recentes como uma composição entre liberalismo e democracia, onde o direito instituído não é *somente* uma “insuportável limitação da vontade geral” e os poderes estatais não têm a *única* função de se conterem mutuamente. Os poderes correspondem a temporalidades distintas da vontade popular: o direito constitucional corresponde a uma temporalidade longa, enquanto o legislativo se inscreve em ciclos mais curtos.<sup>40</sup> A judicialização da política representa assim, uma *cidadania jurídica*, e a participação popular através do direito. Utilizando o Victor Hugo de *Chose Vues*, Rosanvallon compreende o Direito como a memória da vontade geral.<sup>41</sup>

### **A participação através do direito e a distribuição do poder**

Observou-se acima que a judicialização da política é frequentemente analisada como fenômeno derivado da juridificação das relações sociais produzida pelo Estado do bem-estar social, sendo esta a abordagem de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas e Gunther Teubner.<sup>42</sup> A seção anterior deste texto opôs a esta abordagem uma outra concepção da judicialização da política, vista aqui como movimento que concerne à pluralização das formas de representação. Não obstante, é imprescindível dialogar com a perspectiva *normativa* destes autores no que se refere ao lugar do Direito nas sociedades contemporâneas. Por vias distintas, o ideal de democratização da construção normativa dos três autores encontrará como barreira a desigualdade de poder nas esferas públicas responsáveis pela formação da

---

<sup>39</sup> Werneck Vianna e Burgos, op.cit., p. 341.

<sup>40</sup> A rejeição de todo o direito constitucional como limitador da soberania encarnada no legislativo, no extremo, faz com que somente o “capricho do instante” possa ser considerado democraticamente admissível. Rosanvallon, op.cit.

<sup>41</sup> “On peut considérer dans cette perspective le droit comme une sorte de mémoire de la volonté générale, dont Victor Hugo a donné une belle formule: “Le droit rayonne dans l’immuable; le suffrage universel agit dans le momentané. Le droit règne; le suffrage universel gouverne.” Rosanvallon, op.cit., p. 414.

<sup>42</sup> A análise da construção destes autores que remete a causalidade da judicialização da política ao Estado do bem-estar social está no mesmo artigo supracitado. Ver Araújo, Gisele, op.cit.

opinião. Na abordagem aqui sustentada, o fenômeno da judicialização da política como canal adicional de representação pode significar um dos remédios para o déficit de igualdade que forja uma democracia estritamente formal.

Em Luhmann, o sistema legal sofre pressões do sistema político às voltas com o problema da “inclusão”. O canal é uma via de mão dupla, donde a crise na separação dos poderes representa uma pressão do sistema legal, experimentando a “explosão legal” e o “ativismo judicial”, sobre o sistema político. O re-equilíbrio sistêmico da sociedade hiperdiferenciada depende de uma re-ordenação funcional destes subsistemas sociais, o político e o jurídico.<sup>43</sup> Em Habermas, a juridificação das relações sociais representa a “colonização do mundo da vida” pelas estruturas do sistema jurídico. O remédio está em limitar a ordem jurídica ao direito procedimental, de forma que o sistema jurídico “imponha” aos demais subsistemas sociais os procedimentos democráticos e não fins específicos que não encontrarão respaldo numa sociedade plural.<sup>44</sup> A manifestação da vontade segue em Habermas a via tradicional da representação legislativa, donde a “democratização” da esfera pública tem na animação de uma cultura cívica o único caminho disponível.<sup>45</sup> Para tanto, é imprescindível que os procedimentos democráticos sejam observados na esfera da formação da opinião, de forma que sejam neutralizadas as desigualdades provenientes do mundo privado. A legitimidade democrática do paradigma jurídico procedimentalista portanto *depende* da institucionalização política de canais que garantam um vínculo entre a formação da opinião (comunicações informais na sociedade) e a formação da vontade legislativa. Além disso, a institucionalidade política deve assegurar os *pressupostos comunicativos* da formação da opinião, neutralizando as posições assimétricas de poder não comunicativo. De outra forma, o paradigma jurídico procedimentalista sucumbiria, tal como o Estado social,

---

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, em TEUBNER, Gunther (ed.), “Dilemmas of Law in the Welfare State”, Walter de Gruyter, Berlim – New York, 1986.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen, *Law as Medium and Law as Institution*, em TEUBNER, Gunther (ed.), “Dilemmas of Law in the Welfare State”, Walter de Gruyter, Berlim – New York, 1986; *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, The MIT Press, Cambridge, 1992 e *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, volumes I e II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

<sup>45</sup> “Face às decisões políticas importantes para toda a sociedade, o Estado tem que estar em condições de captar interesses públicos e eventualmente impô-los. Mesmo nos casos em que ele aparece como um conselheiro inteligente ou como um supervisor que coloca à disposição um direito procedimental, a normatização do direito tem que continuar referida, de modo transparente, controlável e reconstituível, aos programas do legislador. Não existem receitas capazes de levar a isso. E, para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*.” Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op.cit., 1999,t.II, p. 185.

às “grandes negociações com sistemas funcionais da sociedade” que se valem das assimetrias de poder para a programação privada da administração pública.<sup>46</sup>

Teubner, finalmente, propondo uma integração entre as teorias de Luhmann e Habermas, vale-se do conceito de direito reflexivo de Nonet e Selznick<sup>47</sup>, para afirmar que o sistema jurídico é capaz de impor aos demais subsistemas sociais, através da “proceduralização”, a necessária autolimitação reflexiva.<sup>48</sup> Reunindo as teorias de Habermas e Luhmann, Teubner evidencia que a democratização e a autolimitação reflexiva dos sistemas sociais através da legitimidade do procedimento depende da distribuição do poder entre os subsistemas sociais, e da capacidade do subsistema jurídico de fazer valer procedimentos legais nos demais subsistemas da sociedade.<sup>49</sup> À diferença de Habermas, a proceduralização democrática em Teubner não depende da “equalização do poder comunicativo” na esfera pública da formação da opinião, mas sim da “responsividade” das “instituições dinâmicas e flexíveis”<sup>50</sup> teorizadas por Nonet e Selznick<sup>51</sup> que, mesmo em face de fortes assimetrias de poder podem ser responsivas a necessidades sociais.

A reunião da reflexividade luhmanniana dos subsistemas sociais, da abordagem procedimentalista de Habermas e da estrutura finalística do direito responsivo de Nonet e Selznick entretanto, enclausuram Teubner numa circularidade. A efetividade da “imposição” dos procedimentos democráticos por parte do sistema jurídico aos demais subsistemas sociais, incluindo o sistema político, depende da “democratização” do próprio sistema político, que deve dispor de instituições responsivas às necessidades sociais. A capacidade do sistema jurídico de promover procedimentos democráticos em outros subsistemas sociais

---

<sup>46</sup> “Ela enreda o Estado em negociações com sistemas funcionais da sociedade, com grandes organizações, associações, etc., que se subtraem, em larga escala, a uma regulação imperativa (através de sanções, taxas ou incentivos financeiros)... (...) A soberania do Estado é solapada, na medida em que corporações socialmente poderosas se associam ao exercício público do poder, sem serem legitimadas para isso, ficando submetidas às responsabilidades típicas de órgãos do Estado. (...) ... os atores sociais, revestidos do poder de negociação paraconstitucional, rompem o quadro da constituição.” Habermas, op.cit, 1999, t. II, p. 177.

<sup>47</sup> NONET, Philippe & SELZNICK (1978), *Law and Society in Transition*, Octagon Books, New York.

<sup>48</sup> TEUBNER, Gunther, op.cit., e *Droit et réflexivité: L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ – Bruylant, Paris, 1994.

<sup>49</sup> “Political and social power is needed to exert external pressure on established social systems to externalize their self-reference. (...) Thus, reflexive law depends on political power and, in this respect, does not differ from regulatory law.” TEUBNER, Gunther, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, 1986a, op.cit., p. 317.

<sup>50</sup> “dynamic flexible institutions”.

<sup>51</sup> “That means, among other things, that power-equalization is not suited to use as a criterion for distinguishing between conservative and progressive forms of “reflexive law”... (...) Moreover, being bound to static equilibrium models, power-equalization appears itself as a conservative strategy. If we are looking for a normative criteria to judge social institutions, responsiveness to human needs (Hondrich, 1975) is what is required and not neutralization of power. Dynamic, flexible institutions with strong asymmetric power relations can, under certain conditions, be more responsive to human needs than self-closed, power-symmetrical, equilibrium institutions.” Teubner, op.cit., 1986a, p. 318.

depende, portanto, de um sistema político que não precisa eliminar as assimetrias de poder, mas deve apresentar um conjunto de instituições que efetivamente *respondam* às demandas da “sociedade de iguais”. Se, conforme a definição de Tate e Vallinder<sup>52</sup> para a judicialização da política, este fenômeno implica a “submissão da política” aos procedimentos judiciais, trata-se de um movimento inexoravelmente ligado à questão mais ampla da distribuição do poder e do arranjo democrático e *responsivo* das instituições estatais. Destarte, apesar de Habermas, Luhmann e Teubner vincularem a judicialização da política ao uso instrumental do direito pelo Estado do bem-estar social, posição refutada na presente abordagem, sua perspectiva normativa corrobora com a vinculação aqui proposta entre a judicialização da política e as transformações da representação e da soberania tal como compreendidas por Rosanvallon.

### **Sociedade e política, diferença e unidade, desigualdade e igualdade formal**

A institucionalidade política moderna buscou redimir a diferenciação da sociedade através da produção de uma vontade coletiva uma, da mesma forma que visou tornar indiferentes as desigualdades reais sob o manto da igualdade formal. A representação monista e a soberania da nação una e indivisível são produtos desta operação da política. O caminho apontado normativamente por Habermas indica que um efetivo Estado Democrático de Direito numa sociedade diferenciada implica um sistema político em que não haja assimetria de poder comunicativo. Para Teubner, a exigência de eliminação das assimetrias pode ser suprida pela institucionalidade política tal como formulada por Nonet e Selznick. Para estes, teóricos do *direito responsivo*, uma estrutura difusa de poder e a “flexibilidade” de instituições políticas responsivas realiza democraticamente a correspondência do sistema político com uma sociedade diferenciada e desigual. Conforme se viu na análise de Rosanvallon, esta sociedade vem, desde os primórdios da construção do sistema político moderno, tentando “acionar” o Poder Judiciário como uma instituição complementar à representação legislativa, através da qual possa manifestar a vontade e obter respostas a suas demandas individuais e coletivas. Reconhece o déficit de democratização da

---

<sup>52</sup> Ver página 2 deste texto.

formação da vontade legislativa derivado entre outras coisas das assimetrias de poder na esfera pública, e busca remediá-lo.

Para Rosanvallon, portanto, a “flexibilidade de instituições políticas responsivas” passa necessariamente pela pluralização do acesso dos cidadãos ao Estado, através de várias instituições por meio das quais se possa manifestar a vontade e obter respostas. Neste sentido, a busca do Poder Judiciário como “lugar de se fazer política” é um remédio tanto à precariedade da democratização da esfera pública, quanto ao monismo representativo, insuficiente para canalizar a vontade de uma sociedade diferenciada e desigual. Muito embora designe a prioridade absoluta ao caminho clássico da opinião à formação da vontade legislativa, como se viu acima, Habermas admite a existência de uma *outra esfera pública* que diz respeito não à elaboração do direito, mas a sua aplicação.<sup>53</sup> Não se trata portanto de negligenciar a necessidade de democratização da esfera pública da formação da vontade legislativa, mas de compreender que a pluralização da representação e das formas de cidadania também se inscreve num movimento por democratização do sistema político da “sociedade de iguais”. O “recente” fenômeno da judicialização da política é o coroamento desta disposição.

---

<sup>53</sup> “Na medida em que programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.” Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op.cit., 1999,t.II, p.183.

