

JUDICIÁRIO COMO TERMÔMETRO DA DEMOCRACIA: ENTRE A VONTADE POPULAR E O PODER

JUDICIARY AS A THERMOMETER OF DEMOCRACY: BETWEEN POPULAR WILL AND POWER

Cesar Augusto Queiroz Feitoza Alves

Formado em Gestão Pública pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande.

Orientador: Prof. Dr. José Iivaldo Alves Oliveira Silva

Doutor em Ciências Sociais, doutor em Direito e Desenvolvimento, pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O presente artigo teve como escopo mostrar, num resgate histórico, a concepção de democracia e suas fases, bem como a importância de uma democracia pautada nas regras ou instituições. Incisivamente, notamos que existe um embate perceptível e conflitante entre a perspectiva de democracia clássica que pressupõe um poder soberano e ilimitado nas mãos do povo e ao mesmo tempo um poder limitado, que passa a ser imiscuído pela concepção Liberal de estado e elitista, posteriormente, do ponto de vista procedimental, pelo Judiciário enquanto mecanismo de controle dos poderes representativos e pelo estado de direito enquanto dimensão indissociável à democracia contemporânea. Esse artigo é de natureza bibliográfica com análise descritiva de dados. Foram discutidas algumas concepções de democracia e somado a isto a importância do judiciário. Percebemos que, claramente, a busca pelo controle do poder se tornou uma necessidade imprescindível vide que, seja a máxima Ateniense “todo poder está nas mãos do povo”, seja o poder incontestado e indivisível do governante ou assembleia em Hobbes, ambas as concepções pressupõem uma ideia de poder ilimitado e perigoso. O Liberalismo, enquanto concepção de estado, adentrou neste embate revisando tais premissas, enfatizando a necessidade para se pensar em limites para esta máxima. Por fim, o Judiciário aparece como ator que assume função precípua em ditar os limites seja da vontade do povo, seja da vontade dos que governam e, como garantidor do estado de direito, atuando assim como um termômetro que indica se a democracia está com febre ou em hipotermia.

Palavras-chave: Democracia. Poder. Instituições. Governabilidade.

Abstract: *This essay aimed to show the evolution of democracy and its phases, as well as the importance of a democracy based on rules or institutions. Incisively, we note that there is a very noticeable and conflicting clash between the perspective of classical democracy that presupposes sovereign and unlimited power in the hands of the people and at the same time a limited power, which becomes intertwined by the Liberal and elitist conception of the state, later, from an institutional point of view, by the Judiciary as a control mechanism for representative powers. This article is bibliographic in nature with descriptive data analysis. Some conceptions of democracy will be discussed and added to this the importance of the judiciary. We realize that, clearly, the search for power control has become an essential necessity, see that, be it the Athenian maxim “all power is in the hands of the people”, be it the uncontested and indivisible power of the ruler or assembly in Hobbes, both conceptions presuppose an idea of limitless and dangerous power. Liberalism, as a conception of the state, enters this struggle by revising such premises, emphasizing the need to think of limits to this maxim. Finally, the Judiciary appears as an actor that assumes the main function of dictating the limits of either the will of the people or the will of*

those who govern, thus acting as a thermometer that indicates whether democracy has a fever or hypothermia.

Keywords: *Democracy. Power. Institutions. Governance.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A democracia ainda como embrião – 3 O poder e a soberania: Rompendo com o ideal clássico ateniense – 4 Locke e a crítica ao poder absoluto – 5 Democracia Elitista: o poder de produzir governos – 6 Poder judiciário e estado constitucional: discutindo os limites do poder. 6.1 O Judiciário no contexto Latino-Americano. 6.2 O estado de direito e a soberania da lei - 7 Liberalismo: Liberdade dos antigos e Liberdade dos modernos: 7.1 O’Donnell’: uma abordagem institucional da democracia e sua dimensão legal - 8 Considerações finais – Referências

1 INTRODUÇÃO

Liberalismo e Democracia não se constituem necessariamente como dois fenômenos interdependentes (BOBBIO, 1994). Dito de outra forma, o primeiro está relacionado ao controle do poder ou funções do estado, está preocupado em pôr limites na vontade do rei/governante. Nesse sentido, configura-se numa concepção de estado que assim como o constitucionalismo, tem em suas bases o estado constitucional. Em contraponto, o segundo é uma forma de governo que implica na ideia de poder desconcentrado a muitos ou a poucos, nesse sentido contrapõe-se às formas de governos que não tenham em seu cerne a vontade popular como soberana.

Segundo O’Donnell’ (1999), “a democracia é uma aposta institucionalizada” e as constituições a institucionalizaram. Nesse sentido, as constituições assumem um caráter legitimador sobre a democracia, além de sugerirem a forma de ser do estado. O’Donnell’ está preocupado em uma democracia com um estado de direito sólido. Nesse introito, surge uma problemática do século: É possível, num estado de direito, definirmos a “vontade da maioria” concebida como “absoluta” sendo ilimitada frente a um judiciário que busca controlar o poder? Ou melhor, é possível pensarmos, numa democracia procedimental, em uma “vontade popular” que excede as instituições?

Ainda nessa direção, segundo Canotilho (2003) as constituições surgem para garantir direitos e limitar o poder. Quer dizer, estamos falando de um estado constitucional, de um estado de direito onde o judiciário assume papel fundamental. À medida que elas devem resguardar direitos, elas pressupõem até onde o poder deve ir. Esse artigo é de cunho bibliográfico com análise descritiva de dados, faz-se necessário discutirmos o papel do judiciário, atualmente, sobretudo em face de um contexto de polarização ideológica e riscos ao estado de direito.

O presente trabalho visa apresentar uma discussão sobre a democracia e suas fases, trazendo o judiciário não só como mecanismo de controle de poder, mas como instituição que deve assegurar os limites da tirania da maioria e do próprio poder, isto é, que deve assegurar o estado de direito.

Resgatando uma discussão que tem em suas bases o liberalismo, atrelando a moderna discussão da democracia procedimental/regras, o desafio central é entendermos o lugar do judiciário na democracia, mais precisamente como ferramenta que deve garantir que a democracia não morra, ou ao menos não caminhe para seu sepultamento.

2 A DEMOCRACIA AINDA COMO EMBRIÃO

Discutir a democracia, obrigatoriamente, é olhar para o passado, ou melhor, para a Gré-

cia clássica. Ao buscar ou resgatar a democracia partindo de variantes e processos históricos, Held em seu livro “modelos de democracia” faz um incisivo ensaio histórico sobre aquela.

Segundo Held (1987), a Atenas pré-clássica estava passando por um processo de crescimento econômico acelerado, especificamente nas cidades costeiras. Porém, a continuidade política das primeiras cidades-estados foi interrompida pelo surgimento de “tiranos” ou autocratas, salientando-se que estes representavam os interesses daqueles que possuíam terras ou haviam enriquecidos graças à expansão do comércio.

Surge a pergunta: O que é Demos? A resposta é simples: governo pelo povo. Seus ideais pressupõem igualdade entre os cidadãos, liberdade, respeito pela lei, ou pela justiça, tal perspectiva foi de suma importância para o pensamento político moderno. A fim de ilustrar sobre o que é a democracia ateniense, temos a seguinte citação de Péricles:

Deixe-me dizer que nosso sistema de governo não é uma cópia das instituições de nossos vizinhos. É mais provável que ele venha a ser um modelo para outros do que uma imitação de qualquer outro. Nossa constituição é chamada de democracia porque o poder está nas mãos, não de uma minoria, mas de todo o povo [...] (HELD *apud* PÉRICLES, 1987, p. 17).

Como se observa acima, a democracia ateniense pressupõe um poder absoluto nas mãos do povo, quer dizer, não é o poder e sim todo o poder. Mas o que devemos questionar é até onde esse poder deve ir. Ainda nessa discussão, Held nos remete a outra citação de Péricles, sobre os ideais políticos da democracia ateniense:

Aqui cada indivíduo está interessado não apenas em seus próprios assuntos, mas também nos assuntos do estado [...] não dizemos que um homem que não tem interesse na política é um homem que cuida de seus próprios afazeres; dizemos que ele não tem quaisquer afazeres aqui. Nós atenienses, individualmente, tomamos nossas decisões relativo à política ou a submetemos a discussão adequada (HELD *apud* PÉRICLES, 1987, p. 17).

Diante disso, é possível entendermos o ideal político ateniense como orientado para a coletividade, com o diferencial de que a resolução dos problemas é parte de todos e não de alguns. Em suma, a política assume um sentido universal na qual o cidadão ateniense está incluso no processo decisório.

Nesse introito, devemos nos perguntar: todos participavam da composição do demos? A citação a seguir deixa bem clara a resposta:

Questões de culpabilidade e responsabilidade políticas eram, nesse contexto, quase inevitáveis e o tipo de obstáculos à participação política impostos por grandes e complexas sociedades ainda não eram significativas. Estes fatores – tamanho, complexidade e discordância na heterogeneidade política- são de grande importância para a teoria democrática, embora, como irei argumentar, o eventual abandono da democracia clássica grega não signifique a perda de uma das únicas oportunidades históricas para uma extensa e plena participação nos assuntos públicos. Mas, dito isto, é bom lembrar que mesmo em Atenas a composição do demos consistia inteiramente de homens adultos e de descendência estritamente ateniense (HELD, 1987, p. 15).

Destarte, como se percebe, a ideia de participação ampla ou plenamente inclusiva em Atenas não era como tal, era reservada somente para os adultos e de linhagem ateniense. Portanto, isso pressupõe que nem todo o poder estava nas mãos do povo, ora, ao menos o decisório.

Também, ainda nessa direção, é preciso destacarmos que o demos tinha poder soberano no sentido de poder se envolver em funções legislativa e judiciária, isso nos leva para o conceito ateniense de cidadania que implicava, justamente, na participação direta dos assuntos do estado (HELD, 1987).

Vide a explicação acima, segundo Held (1987) a realização dos seres humanos dar-se-ia somente na polis, tendo em vista que ética e política estavam arraigadas e fundidas na comunidade política. Ser cidadão era viver na polis. Nesse espectro, o público e o privado eram indissociáveis e sua máxima era o bem comum.

Em suma, estamos falando de uma sociedade que parte da perspectiva de autogoverno, de participação direta onde a lei do estado é a lei do povo (HELD, 1987). Aqui, não há que se falar em vida privada, pois esta deveria se submeter aos assuntos públicos e ao bem comum, direitos e deveres eram componentes públicos. Nesse espectro, o que se coloca é a participação ativa do cidadão no processo decisório, portanto isso pressupõe que aqueles que governavam também deveriam ser governados.

Ainda segundo Held (1987), Aristóteles vê na democracia de seu tempo dois pilares essenciais: liberdade e igualdade. A primeira tem no seu bojo dois critérios: o primeiro nos remete para a ideia de que o “povo” deve “governar” e ser governado, mas isso só existe em função da igualdade de participação no governo, então a igualdade tornar-se-ia a base prática e moral da liberdade. Na verdade, Aristóteles os vê como elementos indissociáveis. O segundo critério da liberdade seria a autonomia dos cidadãos, ou seja, ter a possibilidade de viver como escolhera desde que esta escolha não interfira na liberdade de outrem. Em suma, diante deste relato de Aristóteles a democracia clássica pressupõe liberdade e esta pressupõe igualdade.

3 O PODER E A SOBERANIA: ROMPENDO COM O IDEAL CLÁSSICO ATENIENSE

Diferentemente da Grécia clássica (onde havia o ideal de autogoverno), a ideia de poder e soberania tomam novas formas. Segundo Held (1987), é a partir do pensamento liberal, mais especificamente de Hobbes, que emerge a preocupação com a ideia de “autogoverno” celebrada em Atenas.

Segundo o autor, se partirmos da premissa Hobbesiana de que o estado de natureza é um estado de “guerra de todos contra todos”, em outras palavras, de que a natureza humana é corrompida pela disputa de interesses e de poder, o que ele vai chamar de condição humana, Hobbes sugere que, destarte, o respeito mútuo e o cumprimento dos contratos, a confiança uns nos outros, nada disso pode existir sem um poder comum. O poder comum é traduzido como o estado que passaria a impor regras e limitar o comportamento dos indivíduos, viver no estado de natureza é viver na ausência daquele primeiro. Em suma, apenas este poder comum/estado pode garantir que todos cumpram o contrato social. Para entendermos melhor, vejamos a seguinte citação:

Se os indivíduos abrirem mão de seus direitos transferindo-os para uma poderosa autoridade que possa forçá-los a manter suas promessas e tratados, uma esfera privada e pública, uma sociedade e um estado eficientes e legítimos podem ser formados. Assim, um contrato entre os indivíduos é essencial: um contrato social. Ele consiste de indivíduos entregando seus direitos de autogoverno a uma única autoridade com a condição de que todos os outros indivíduos façam o mesmo. Uma relação sem igual de autoridade é o resultado: A relação do soberano com o súdito. Um poder político sem igual é criado: O exercício do poder soberano [...] (HELD, 1987, p. 44).

Portanto, isso significa dizer que a democracia ateniense e sua máxima do “autogoverno” morre aqui. Isto é, seu sepultamento ocorre quando o estado nasce assumindo a forma Hobbesiana, no sentido de que o povo governa mediante o soberano.

Ainda nesse introito, é preciso notarmos que, por um lado, fundamentando-se na ideia de direitos naturais e, portanto, de sujeitos livres e iguais, Hobbes vê no estado o meio para o fim, ou seja, a garantia da segurança e da paz; por outro lado, ao prospectar um estado dotado de poder soberano, a rigor, surge um problema muito gravoso: quem limitaria o poder do soberano? Isso será discutido adiante.

4 LOCKE E A CRÍTICA AO PODER ABSOLUTO

Ao contrário de Hobbes, Locke não concordava com a ideia de que somente governado por um soberano indivisível seria possível os indivíduos viverem pacificamente. Significa dizer que é ilusório acreditar que, se os indivíduos desconfiam uns dos outros, podem acreditar que um governante assumindo uma forma de todo poderoso possa cuidar de seus interesses (HELD, 1987).

Locke rejeita a ideia de um estado como a personificação de uma soberania ou poder incontestado e sem limites. Ele entende o governo como sendo um instrumento para a proteção da “vida, liberdade e do estado” dos indivíduos, ou seja, a razão de ser do governo seria proteger os direitos dos indivíduos (HELD, 1987). Nesse espectro, vale salientar que Locke se refere à ideia de propriedade num sentido mais amplo do que um mero objeto, o direito à propriedade é um direito de “vida, liberdade e bens”.

Mas, para além disso, na opinião de Locke o problema dos indivíduos no estado de natureza é a regulamentação da propriedade. Ele entende a propriedade como precedendo a sociedade e até mesmo o próprio estado. Destarte, partindo dessa premissa a razão de ser da fundação tanto da sociedade quanto do estado e que impulsiona “homens igualmente livres” é a necessidade de regulá-la (HELD, 1987).

Portanto, Locke sugere que a alternativa para resolvermos ou galgarmos o estado de natureza seria um acordo que criasse duas coisas: Uma sociedade independente, e uma sociedade política ou governo. Uma sociedade independente no sentido de que é ela quem transfere autoridade para o governo, mas com o objetivo que este busque atingir os fins desta sociedade, porém, se esses fins não forem representados ou cumpridos devidamente, o povo enquanto juiz final (cidadãos do estado) pode dispensar, se necessário, a própria forma existente de governo (HELD, 1987).

Diante disso, enquanto Hobbes nos leva a um estado indivisível e soberano e não nos fornece meios de limitar tal onipotência, colocando-nos sob a imperatividade da força, Locke sugere que os detentores do poder são os indivíduos, em suma, o poder soberano, mesmo que em última instância, ainda permanece nas mãos do povo (HELD, 1987).

Ainda segundo Held (1987), Locke também parte da premissa de que a formação do supracitado estado não implica necessariamente que, ao contrário de Hobbes, os indivíduos transferiram todos os seus direitos para aquele, apenas os direitos de elaborar as leis (legislativo) e impô-las (executivo). Assim sendo, o estado constitucional começa a ser desenhado, o “poder público” ou estado passa a ser legalmente delimitado e dividido.

Ainda nessa discussão, é importante destacarmos que embora Locke já nos fornecesse a necessidade de separação ou divisão das funções do estado, somente Montesquieu vai trazer uma definição mais robusta num sentido mais institucionalizado ou consolidado. Porém, enquanto Locke pensava num judiciário como braço do executivo, Montesquieu enxergava-o como sendo crucial não só para a garantia dos direitos individuais, mas para o controle do po-

der (HELD, 1987).

5 DEMOCRACIA ELITISTA: O PODER DE PRODUZIR GOVERNOS

Como se percebe, a democracia tem uma trajetória longa e suscitou fortes debates. Se na Grécia clássica a ideia de “participação direta” e “todo poder nas mãos do povo” estava no cerne do pensamento ateniense, o estado moderno começa assumir uma forma antagônica a esta perspectiva, ou seja, erige-se a preocupação em controlar ou pôr limites a este poder.

Para Weber a democracia é como um “mercado”, um mecanismo institucional que visa podar os mais fracos e mediante a competição política pelo poder decisório, colocar os mais competentes nesta disputa pelo voto e pelo poder. Weber entende a democracia como um campo de testes para líderes em potencial, e isso seria fruto dos modernos partidos políticos (HELD *apud* WEBER, 1987).

Weber parte da premissa que o povo assume um caráter passivo porque tem poucas chances de exercer uma participação institucional, e que ele não teria capacidade adequada para julgar as questões públicas, ele teria apenas a capacidade de escolha entre um líder ou outro que aspiram ao poder. Nesse sentido, ele está falando de uma democracia de lideranças. Weber sugere que a própria dinâmica dos partidos modernos, no parlamentarismo, tende a produzir a necessidade de liderança na competição pelo poder (HELD *apud* WEBER, 1987).

Então, isso sugere que é importante buscar o equilíbrio entre a autoridade e responsabilidade políticas sem delegar demasiado poder ao demos, portanto mais uma vez vemos a necessidade de impor limites ao poder. Em suma, a democracia tornar-se-ia um método para se tomar decisões políticas.

Ainda nessa discussão, emerge Schumpeter e sua concepção minimalista e elitista de democracia. Não muito diferente de Weber, ele rompe com o ideal clássico de democracia nascido em Atenas e sustentado bem depois por Rousseau.

Schumpeter entende a democracia como um método de maneira que deve ser reservada somente aos competentes. Em outras palavras, é uma estrutura institucional pela qual as deliberações políticas devem ser tomadas. Esse arranjo institucional produz e legitima líderes, é concebido como o único meio pelo qual os indivíduos acessam o poder e que se coloca como um instrumento que defende os próprios indivíduos da tirania, dos governantes inamovíveis (SCHUMPETER, 1961).

Em outras palavras, ele entende a ideia de uma sociedade auto regulada como fantasiosa e cínica, vide que os indivíduos possuem uma pluralidade de interesses o que, a rigor, o bem comum tornar-se-ia uma abstração. Uma sociedade auto regulada implicaria que aqueles que estivessem no comando colocariam seus interesses sobre os comandados. Portanto, Schumpeter pressupõe que o método democrático, entendido como um mecanismo institucional para se chegar ao poder, colocar-se-ia como um instrumento contra a própria tirania (SCHUMPETER, 1961).

Destarte, o caráter participativo do eleitor resumir-se-á ao direito de escolher quem o governará, e a democracia nas eleições. Portanto, o seu papel é produzir governos. Se na Grécia clássica havia a ideia de uma participação ativa dos indivíduos na vida política, isto é, no processo decisório, para Schumpeter assim como para Weber essa participação resume-se ao voto. E mais ainda, a ideia de “todo poder nas mãos do povo”, portanto, é materializada nas urnas.

6 PODER JUDICIÁRIO E ESTADO CONSTITUCIONAL: REDISCUTINDO OS LIMITES DO PODER

Como supracitado no tópico anterior, a democracia desde sua origem até chegarmos ao estado moderno passou por um vasto processo de debates conceituais. Mas, a discussão não para por aqui. Citamos Weber e Schumpeter para mostrar que a máxima ateniense “todo poder está nas mãos do povo” pressupõe um poder ilimitado ou indivisível, e que o povo movido por emotividade e por uma pluralidade de interesses não assimilariam tal ideia por ser uma mera abstração. O mercado de votos requer políticos profissionais ou líderes, nesse sentido, o direito de escolhê-los seria o único mecanismo contra a tirania dos governantes inamovíveis.

Porém, quem ditará os limites, seja da vontade popular, seja do próprio poder? Temos uma boa ilustração na seguinte citação: “[...] A importação do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e junto com ele a possibilidade jurídica do exercício de controle dos poderes representativos por parte do judiciário” (CARVALHO, 2010). Embora Carvalho esteja analisando o judiciário no contexto histórico e constitucional brasileiro, ele sugere que o judiciário assume missão precípua de controlar o poder. A rigor, isso pressupõe que a ideia de uma vontade popular soberana ilimitada entra em atrito com a ideia de um poder limitado.

O autor pressupõe que um judiciário tutelado ou sem independência implica em um poder sem limites, a rigor, isso sepultaria o estado de direito e por conseguinte a democracia, sem levar em conta até mesmo a separação de poderes. Quer dizer, um judiciário tutelado ou sem independência indica fortes riscos para um regime que está caminhando para um autoritarismo.

Não obstante, a discussão não para por aqui. É importante invocar neste debate a missão precípua da suprema corte e, portanto, do judiciário. Segundo Dahl (1957), o judiciário configurado nos tribunais superiores tem que defender, essencialmente, uma minoria contra uma maioria tirânica e isso se dá em virtude de que os conflitos na sociedade consistem em uma disputa de uma maioria contra uma minoria em busca de alternativas.

A rigor, portanto, isso efetivamente atrita com o ideal clássico do princípio da maioria como a máxima da teoria clássica da democracia. Em outras palavras, o judiciário também tem como papel dizer até onde a vontade popular soberana deve ir, e isso não significa que um regime não seja democrático, mesmo que partindo da máxima “todo o poder está nas mãos do povo” (DAHL, 1957).

Então, o judiciário assume um papel precípua na manutenção da democracia, não só no controle dos demais poderes, mas também nos riscos da vontade de uma maioria tirânica. Isso pressupõe que ele serve como um termômetro que indica se a democracia está saudável ou perpassando os limites. Adiante, será mostrada uma tabela que retrata a situação do judiciário na América Latina entre 1904-2006.

6.1 O JUDICIÁRIO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Tabela 01

Country	1904-1944	1945-1977	1978-2006
Argentina	73	238	120
Brazil	89	93	94
Chile	137	98	87
Colombia	196	273	166
Costa Rica	125	80	87
El Salvador	314	313	205
Guatemala	180	217	222
Honduras	143	205	232
México	178	91	78
Panamá	166	158	169
United States	68	61	34
Uruguay	137	127	159

Fonte: PEREZ-LINÁN; CASTAGNOLA, A. *apud* Data base on supreme court justices (2009)

A tabela supracitada mostra o nível de nomeações de juízes para as supremas cortes na América Latina entre 1904 a 2006. Segundo Perez-Linán e Castagnola (2009), o judiciário durante essa série temporal foi instrumento político do executivo, e a variável dependente consiste nas nomeações excessivas dos juízes. Os presidentes fizeram isso pois preferiam ter uma corte leal e partidária do que uma corte de oposição.

Em outras palavras, a volatilidade excessiva das supremas cortes nesta região sugere o controle do judiciário pelos presidentes Latino-Americanos. Os países que tiveram uma maior proporção esperada de ingressantes em suas cortes foram: El Salvador, Argentina, Colômbia e Honduras. Em suma, o golpe contra a democracia não se dá mais com armas ou tanques, mas com o domínio das supremas cortes como meio de controlar o judiciário.

A rigor, isso sugere que o estado de direito nesta região sofre sérios abalos tendo em vista que o judiciário é condição fundamental para que ele seja assegurado. E mais do que isso, que o controle do poder nesta região se mostra extremamente comprometido, pressupondo fortes riscos à liberdade em geral. Na próxima seção será discutido, embora minimamente, o estado de direito e a importância do judiciário como instrumento que garanta sua manutenção.

6.2 O ESTADO DE DIREITO E A SOBERANIA DA LEI

Conforme O'donnell (1998), falar sobre um regime democrático, antes de tudo, é falar de um sistema jurídico que não só promulgue direitos, mas também que lhes assegure. Quer dizer, para o autor o estado não é apenas um conjunto de burocracias, ele possui uma dimensão legal em função de sua supremacia sobre a coerção em um território delimitado. Esse sistema jurídico é um aspecto do estado e constitui assim como configura os indivíduos como sujeitos jurídicos em um dado território, daí o conceito de *Agency* ter em suas bases este sistema legal.

Portanto, para o autor devemos entender que a democraticidade é um atributo do estado e não somente do regime, na perspectiva que é o sistema legal que sustenta a aposta democrática bem como eleições competitivas e algumas liberdades simultâneas. Isto sugere que a democracia requer um estado de direito e que ambos possuem uma relação indissociável.

Contudo, isso nos leva ao seguinte questionamento: o que é estado democrático de direito? Segundo O'donnell (1998) o estado de direito é definido como sendo um estado que promulga e sustenta às normas legais que implicam na existência e relutância de um regime democrático. Porém, não paramos aqui. A citação a seguir nos ajudará melhor a compreender, ainda que minimamente, a definição do estado de direito:

Isso me permite completar o quadro de um sistema legal: Não se trata apenas de um agregado de normas, mas de um sistema caracterizado pelo fato fundamental de que nem no estado, nem no regime (nem na sociedade) existe um poder *Legibus Solutus*, isto é, que se possa declarar acima do sistema jurídico ou isento das obrigações que ele estabelece. Em um sistema legal democrático, ou seja, em um *Rechtsstaat* democrático ou um estado democrático de direito todos os poderes estão sujeitos à autoridade legal dos outros poderes. [...] quer dizer, ninguém pode estar acima ou além de suas normas” (O'DONNELL, 1998, p. 18).

Como podemos perceber, ao buscar uma explicação mais incisiva sobre o supracitado sistema legal, enquanto aspecto do estado, em um estado democrático de direito soberano é a lei. Ainda nesta discussão, contudo, cabe destacarmos que o autor entende essa dimensão legal como sendo não apenas um conjunto de normas (como supracitado), mas como uma vasta rede de instituições do estado cuja sua atuação é no sentido de garantir a efetividade deste último.

O estado de direito ou princípio da lei requer *accountability*, preservação das liberda-

des e garantias da Poliarquia e, mais do que isso, ele requer a proteção dos direitos civis para a população em geral (O'DONNELL, 1998). A *accountability*, neste caso, é no sentido de que os agentes públicos e privados se submetem a uma rede de controles sobre a legalidade de seus atos. Então, isso pressupõe que nele não há uma autoridade absoluta ou inconteste. Quer dizer, não é só necessário que um governo seja regido pela lei, ele também deve se sujeitar a ela. Para que isso ocorra de modo concreto, segundo O'donnell (1998) precisamos ter, dentre várias características, as seguintes:

[...] 4. A independência do judiciário deve ser garantida; 5. Os princípios de justiça natural devem ser observados (isto é, audiência pública e justa, e ausência de pressupostos); 6. Os tribunais devem ter poderes [...] para assegurar conformidade ao princípio da lei; 7. Os tribunais devem ser facilmente acessíveis; 8. Não se pode permitir que o arbítrio dos órgãos de prevenção ao crime deturpam a lei (O'DONNELL *apud* RAZ, 1998, 1977, p. 49).

Como podemos perceber acima, não há estado de direito sem um judiciário independente bem como sem tribunais com poderes para tornar factível o cumprimento e aplicabilidade da lei efetivamente. Em outras palavras, isso pressupõe que na ausência de um judiciário que preencha esses requisitos o que prevalece é o autoritarismo ou uma perspectiva de uma vontade tirânica da maioria.

Portanto, novamente, quando voltamos nossa atenção para a tabela supracitada na seção anterior, perceber-se-á que, ao menos, até 2006 a América Latina estava muito mais caminhando para um autoritarismo do que para um estado de direito sólido.

7 LIBERALISMO: LIBERDADE DOS ANTIGOS E LIBERDADE DOS MODERNOS

Segundo Bobbio (1994), devemos entender que liberalismo e democracia não são necessariamente interdependentes. O primeiro, enquanto concepção de Estado, implica em controle dos poderes e funções do estado, então ele se contrapõe ao estado absolutista. Segundo o autor, o liberalismo realiza-se, historicamente, em sociedades onde a participação popular nos governos é bastante limitada, a qual limita-se às classes possuidoras. Em contraponto, a democracia enquanto forma de governo, destarte, implica na ideia de um poder desconcentrado distribuído a muitos ou a todos, e nesse sentido contrapõe-se às formas oligárquicas e autocráticas de governos. Destarte, nesse caso, estamos discutindo nesse espectro a democracia clássica rousseauiana.

Para Bobbio (1994), o estado liberal clássico tem no cerne do seu colapso o progressivo processo de democratização resultante ou gerado pela ampliação gradual do sufrágio, até chegarmos ao que chamamos de sufrágio universal. Em linhas gerais, o que se destaca diante dessa discussão é o fato de a liberdade ter tomado duas formas: liberdade dos antigos que consiste na distribuição do poder, na participação popular nas decisões coletivas, isso nos remete a democracia ateniense, que mesmo com uma “participação” popular restrita, tinha esse elemento como característica. Por outro lado, a liberdade que se baseia no limite desse poder, numa liberdade cujo cerne está nas relações privadas. Aqui o autor está se referindo ao liberalismo.

Conforme o autor, o estado liberal parte do pressuposto Jusnaturalista, para entendermos tal assertiva é preciso conceituarmos o que é essa concepção. Esta corrente filosófica consiste em que existem leis que precedem o próprio estado ou associação política, as mesmas configuram direitos naturais sagrados e que devem ser resguardadas por àquele, tais como o direito à vida, à liberdade, à felicidade e à segurança. Porém, esses direitos devem ser defendidos não só da ameaça dos outros indivíduos, mas também do próprio estado. Esses são os direitos fundamentais defendidos pela escola do direito natural.

O Jusnaturalismo definir-se-á como sendo uma doutrina que acredita que existem certas leis que precedem a vontade humana e a própria norma positivada, leis essas que configuram direitos e deveres naturais. Daí que, destarte, entendemos claramente tal concepção como pressuposto para o estado liberal, justamente porque ela assume originalmente o caráter limitante do poder partindo de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem.

7.1 O'DONNELL': UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA E SUA DIMENSÃO LEGAL

Ainda na direção cujo rumo é definirmos a democracia, ao analisarmos O'Donnell (1999), a conceituação de democracia não se assenta especificamente no minimalismo, ou seja, em apenas eleições livres competitivas e recorrentes, como ensina Schumpeter (1961), mas para além disso. Segundo ele, as presentes teorias sobre democracia devem ser revistas sob uma perspectiva analítica, histórica, contextual e legal. Logo, ele faz uma análise sobre o “método democrático” de Schumpeter e conclui que tal método não pode ser definido factualmente como minimalista, pois, no que se refere a classificação da democracia e, especificamente, na exposição das condições as quais qualificam-na, ele não traça uma definição clara sobre esta como reduzida ou plena. Não obstante, outros autores como Samuel Huntington e Przeworski no que concerne a definição de democracia seguem os critérios minimalistas de Schumpeter mantendo, portanto, os aspectos do seu “método democrático” (*apud* O'DONNELL, 1999).

O dito método democrático Schumpeteriano, resume a democracia, ao menos em seu aspecto teórico, aos procedimentos das instituições que passam pelo crivo eleitoral. Przeworski *et al.* (2000, *apud* MAINWARING *et al.*, 2001) chega a resumir a democracia a competição eleitoral. Mas, segundo Mainwaring *et al.* (2001), é preciso levar em conta o Estado de Direito democrático e o verdadeiro exercício do poder, ou seja, é preciso que os eleitos de fato governem sem nenhum ator, seja militar ou outra figura nos bastidores.

Portanto, não basta eleições, elas devem promover a governabilidade e partindo dessa perspectiva de Mainwaring, os governantes devem governar e dominar as arenas políticas sem domínios reservados, ou seja, sem serem tutelados. Então, o autor, embora minimalista, entra em atrito com Schumpeter pois enxerga as eleições como instrumentos insuficientes para definir a democracia, visto que seu método democrático não releva o contexto dos resquícios autoritários que permearam os regimes autoritários para as democracias latino-americanas, enfraquecendo o estado de direito.

Para Przeworski (1996) e Huntington (1991), as eleições livres, limpas, competitivas e os partidos e, sobretudo, a oposição com espaços ou chances de exercer os seus direitos políticos, são aspectos fundamentais e que nos levam a caracterização da democracia. Para Przeworski, por exemplo, definir-se-á um regime como democrático se este tiver uma oposição que esteja podendo atuar, ou seja, assumir ou tomar posse dos cargos e, sobretudo, concorrer. Em suma, competição e participação são critérios categóricos (*apud* O'DONNELL, 1999).

As eleições em um regime democrático devem ser livres, isto é, o cidadão deve agir por espontaneidade no momento de exercer o sufrágio e isso significa que não deve haver coerção para tal, igualitária pelo fato de que não deve haver diferenciação no voto do cidadão, ou seja, não pode haver desconsideração ou exclusão deste em função de posição social e de filiação partidária ou de qualquer outro atributo. Devem ser decisivas e isso implica que, primeiro, os eleitos devem assumir os cargos para os quais se candidataram e, segundo, os eleitos devem usar da autoridade conferida a seus cargos, ou seja, eles devem poder tomar as decisões que o marco democrático legal e constitucional lhes autoriza e, por fim, eles devem concluir seus mandatos nos prazos ou condições estipuladas pela estrutura institucional (O'DONNELL, 1999).

Conforme O'Donnell (1999), a democracia adquiriu uma nova característica, qual seja, a inclusividade. Sobre isso, aliás, como coloca o autor, o direito de votar e ser votado é outorgado a todos os membros adultos de um país havendo, contudo, algumas poucas exceções. Para ele, outro componente importante para a caracterização de um regime democrático é a institucionalização das eleições, logo, sendo institucionalizadas elas passam a ser um componente central para esse regime e, ao mesmo tempo, são o único meio de acesso às principais posições de governo.

Então, O'Donnell (1999) traz novos ingredientes para a conceituação de um regime democrático que são: a institucionalização das eleições e a inclusividade. Portanto, ele traça um novo horizonte sobre a democracia não limitando-a a um processo eleitoral e, nesse sentido, diverge de Schumpeter. Assim, para ele as eleições não devem ser apenas competitivas, mas, também devem ser institucionalizadas e, portanto, esse tipo de eleição é um dos elementos que definem um regime democrático.

Por outro lado, ele discorda de Dahl (2005) quando este acredita que as liberdades tidas como mais importantes (expressão, associação e informação) possam assegurar eleições competitivas e, conseqüentemente, isso significa que as condições propostas por Dahl são insuficientes em assegurar eleições limpas, pois esquecem de incluir a real capacidade do eleitor em seu conceito de *Agency*.

Conforme O'Donnell (1999), o importante no direito de votar e ocupar cargos eletivos é que isto define um agente e esta definição é jurídica. Assim, para o autor, atribuir ao indivíduo adulto a condição de agente, significa conferir-lhe a capacidade de tomar decisões ou fazer escolhas pelas quais será responsabilizado. Diante disso, por mais que os indivíduos não exerçam tais direitos, o sistema jurídico os define como capazes de exercê-los, bem como de desempenharem obrigações correspondentes.

De modo geral, a democracia é um produto resultante de uma aposta institucionalizada a qual configurar-se-á no sistema jurídico e, ao mesmo tempo, deste mesmo sistema jurídico o indivíduo passa a ser reconhecido na arena social como sujeito dotado de direitos subjetivos. Portanto, passamos a entender que a partir deste momento, ou seja, da institucionalização da democracia, o indivíduo torna-se o objeto e finalidade da lei e que, sobretudo, nesse sentido, sob um viés histórico as constituições consolidaram a democracia (O'DONNELL, 1999).

Como exemplo, afirma: “[...] e as constituições, independentemente do que possam conter a mais, protegem direitos subjetivos. Foram essas as constituições que institucionalizaram pela primeira vez a aposta democrática [...]” (O'DONNELL, 1999, p. 13). Ou seja, a democracia é, antes de mais nada, fruto de um arranjo institucional que tem nas constituições sua legitimidade, o sistema legal como atributo não do regime em si, mas do estado propriamente falando.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado, foi possível perceber que existe um embate entre a concepção clássica ateniense de democracia que resguarda a ideia de uma “vontade popular absoluta” frente a um judiciário que busca limitar o poder e assegurar o estado de direito. Destarte, o judiciário passa a ter um papel fundamental em pôr limites seja numa vontade tirânica de uma maioria sobrecarregada de emotividade e irracionalidade que estaria nos bastidores do processo decisório, como sugerem Weber e Schumpeter, seja na proteção de uma minoria que corre forte risco de ser suplantada por aquela vontade tirânica, seja na garantia do estado de direito como sendo indissociável à democracia.

Foi discutido, ainda que ligeiramente, a necessidade de se pensar numa democracia cujo poder teria um limite, onde “todo o poder está nas mãos do povo” teria assumido um caráter demasiadamente conflitante com a evolução e formatação do estado liberal. Como se percebe, o contrato social Hobbesiano simbolizou a negação da ideia de um poder absoluto nas mãos do povo, transferindo essa máxima para uma ideia de poder personificado ou inconteste seja no rei, seja numa assembleia.

Não obstante, num estado de direito não há soberanos e isso implica em dizermos que a perspectiva de “vontade popular soberana ou ilimitada” não se sustenta, visto que nele soberano é a lei. Mais do que isso, a lei assume um caráter absoluto e isso pressupõe que o poder deve ser limitado por aquela.

Também se tornou possível observar, tanto em Weber quanto em Schumpeter, que a ideia de “todo o poder está nas mãos do povo” passou a ser materializada na produção de governos, mais ainda, que a democracia passou a ser um arranjo para se chegar a decisões políticas na competição eleitoral pelo poder. Um método para os competentes, numa linguagem mais simples: um mercado que requer lideranças competindo pelo poder decisório.

Por fim, demonstramos a importância de se pensar numa democracia cuja premissa seja o respeito pelas instituições, sobretudo pelo judiciário que assume função precípua de controlar os poderes representativos e defender as minorias contra uma maioria tirânica. Um judiciário independente que emerge como instrumento fundamental para se garantir o estado de direito e, portanto, a soberania da lei. Portanto, o judiciário passa a pôr limites à perspectiva de uma vontade popular inconteste ou “absoluta”, essencialmente ele se contrapõe à tirania da maioria. O judiciário aparece como ator cujo compromisso maior é fazer com que a democracia não morra, como um termômetro que indica se está febril ou em hipotermia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **LIBERALISMO E DEMOCRACIA**; 4ª reimpr. São Paulo, Brasiliense, 2000.

CANOTILHO, José J. Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL** - 4.ª edição; Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani. **TRAJETÓRIA DA REVISÃO JUDICIAL NO DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**: Tutela, Autonomia e Judicialização; Porto alegre, ed: Sociologias; 2010.

DAHL, Robert. **TOMADA DE DECISÕES EM UMA DEMOCRACIA**: A Suprema Corte como uma Entidade Formuladora de Políticas Nacionais; **Journal of Public Law**, 1957. p. 279-295.

HELD, D. **MODELOS DE DEMOCRACIA**. Ed. Paidéia. Belo Horizonte. 1987.

MAINWARING, S.; BRINKS, D.; LINÁN, A. P. CLASSIFICANDO REGIMES POLÍTICOS NA AMÉRICA LATINA, 1945-1999. **Revista Dados** – Rio de Janeiro. 2001.

O'DONNELL, Guillermo. **TEORIA DEMOCRÁTICA E POLÍTICA COMPARADA**; Rio de Janeiro, Scielo, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina**; São Paulo, Novos estudos Cebrap; 1998.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, and ANDREA Castagnola. PRESIDENCIAL CONTROL OF HIGH COURTS IN LATIN AMERICA: A LONG-TERM VIEW (1904-2006); IN: **Journal of politics in Latin America**; 2009.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**; Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.