



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



***O DILEMA DA LIBERDADE:
alternativas republicanas à crise paradigmática no direito
(o caso da judicialização da política no Brasil)***

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

TESE DE DOUTORADO
Área de concentração:
Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Sociologia Jurídica

Recife
2007

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

***O DILEMA DA LIBERDADE:
alternativas republicanas à crise paradigmática no direito
(o caso da judicialização da política no Brasil)***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Sociologia Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

Recife
2007

Matos, Nelson Juliano Cardoso

O dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito: o caso da judicialização da política no Brasil / Nelson Juliano Cardoso Matos. – Recife : O Autor, 2008.

476 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Filosofia. 2. Liberdade. 3. Direito e política - Brasil. 4. Estado de direito. 5. Republicanismo - Brasil - História. 6. Separação de poderes. 7. Epistemologia. 8. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 9. Jurisdição constitucional. 10. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Título.

340.12

CDU (2.ed.)

UFPE

340.1

CDD (22.ed.)

BSCCJ2008-023

Nelson Juliano Cardoso Matos

O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Sociologia Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Michel Zaidan Filho – Presidente / UFPE

Julgamento: *Aprovado*

Assinatura: *Michel Zaidan*

Prof. Dr. Ernani Rodrigues de Carvalho Neto – Ciência Política / UFPE

Julgamento: *Aprovado*

Assinatura: *Ernani Rodrigues*

Prof. Dr. Adriano Oliveira dos Santos – Ciência Política / UFPE

Julgamento: *APROVADO*

Assinatura: *Adriano Oliveira*

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo - UFPE

Julgamento: *APROVADO*

Assinatura: *Bruno César*

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - UFPE

Julgamento: *Aprovado*

Assinatura: *João Paulo Allain*

MENÇÃO GERAL: *APROVADO*

Assinatura do Coordenador do Curso

Para os meus pais e para Deborah

AGRADECIMENTOS

Diversas pessoas e instituições contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento deste trabalho. Registro o agradecimento a algumas delas:

Em primeiro lugar, ao Prof. Raymundo Juliano Rego Feitosa, pela orientação e pelo exemplo de dedicação acadêmica.

Aos professores George Browne Rego, José Luciano Góis de Oliveira, Alexandre Ronaldo da Maia de Farias e Eduardo Rabenhost, pelas valiosas aulas no Programa de Pós-Graduação.

À Maria do Carmo Mota de Aquino, à Josina de Sá Leitão, à Gilka Santos, ao Eurico Barbosa da Silva e ao corpo de servidores da Pós-Graduação, sempre atenciosos.

À Deborah Dettmam Matos e à Prof.^a Maria do Socorro Rios Magalhães, pela leitura da Tese e pelos precisos comentários.

À Universidade Federal do Piauí, à Universidade Federal de Pernambuco e ao Conselho Nacional de Pesquisa – CNPq., pelo apoio institucional, na pessoa da Prof.^a Janete Diane Nogueira Paranhos.

RESUMO

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A pesquisa foi estruturada em quatro eixos temáticos interligados: (a) uma temática geral: o dilema da liberdade; (b) uma temática epistemológica: o pragmatismo no direito; (c) uma temática específica: a crise paradigmática no direito e a judicialização da política no Brasil e (d) uma temática prescritiva: o republicanismo. A complexidade do tema determinou a delimitação mais rigorosa do objeto e da abordagem da pesquisa; assim, o dilema da liberdade foi estudado indiretamente ao se analisar a crise paradigmática no direito, particularmente na crise da doutrina tradicional da separação de poderes em contraste com o fenômeno da judicialização da política; as instituições políticas e jurídicas brasileiras serviram de referência real à análise das teorias. Ao tempo em que se colocou à prova a concepção liberal de liberdade, também se pôde conjecturar uma concepção alternativa de liberdade: a liberdade como não dominação. O pragmatismo deu suporte metodológico para o estudo.

Palavras-chave: liberdade – judicialização da política – crise paradigmática

ABSTRACT

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. The dilemma of Freedom: republican alternatives to the paradigmatic crisis in Law (the case Politics judicialness in Brazil). Doctorate Thesis - Center for Juridical Sciences / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The research was structured in four interlinked thematic axes: (a) a general theme: the dilemma of freedom; (b) an epistemological theme: the pragmatism in Law; (c) a specific theme: the paradigmatic crisis in Law and Politics judicialness in Brazil and (d) a prescriptive theme: the republicanism. The complexity of the theme determined the most rigorous delimitation of the research object and approach; Thus, the dilemma of freedom was studied indirectly as the paradigmatic crisis in Law was analyzed, particularly in the crisis of the traditional doctrine of separation of The Powers in contrast with the phenomenon of Politics judicialness; the Brazilian political and juridical institutions were a real reference to the theories analysis. As the liberal conception of freedom was put to test, it was also possible to conjecture an alternative conception of freedom: freedom as no dominance. The pragmatism gave methodological support for the study.

Key words: freedom - Politics judicialness- paradigmatic crisis

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 012
PARTE I - REFERENCIAL TEÓRICO E DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA (Premissas teóricas da pesquisa).....	p. 019
Capítulo I – Sobre a cientificidade do direito (p. 20)	
1. Sobre a verdade, a objetividade e a certeza nas ciências: o problema da cientificidade das ciências humanas em contraste com a cientificidade das ciências naturais	
2. O problema da cientificidade do direito após as teorias de Thomas Kuhn e Karl Popper	
3. Direito: ciência e arte	
4. Uma análise da dogmática jurídica: a partir da hermenêutica jurídica	
Capítulo II – Subsídios para uma ciência pragmática da legislação (p. 49)	
PARTE II – UMA ANOMALIA: O DILEMA DA LIBERDADE.....	p. 066
1. O sentido complexo da liberdade	
2. A concepção liberal de liberdade	
3. A concepção democrática de liberdade	
4. Liberdade como liberdade legal (a formação do Estado de direito)	
5. Indivíduo contra o Estado ou sociedade contra o Estado?	
6. Síntese dos enigmas	
PARTE III – CRISE PARADIGMÁTICA NO DIREITO.....	p. 110
Capítulo I – Aplicação das idéias de paradigma e de falseabilidade ao direito (p. 110)	
Capítulo II – Aspectos da crise do direito e do Estado modernos (p. 111)	

1. O dilema da liberdade e o dilema da democracia no Estado democrático de direito
2. Outros aspectos da crise: o Estado constitucional contra o Estado de direito e contra a democracia

Capítulo III – Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes (p. 166)

1. Situando o debate: Montesquieu e o constitucionalismo moderno
2. Montesquieu republicano: a doutrina racionalista e a doutrina republicana da separação de poderes
3. A exegese de *A constituição da Inglaterra*
4. A doutrina da separação de poderes nos Estados Unidos antes de John Marshall
5. Aplicação e desenvolvimento da doutrina

PARTE IV – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO SINTOMA (INDÍCIO) DA CRISE PARADIGMÁTICA.....p. 223

Capítulo I – Judicialização da política e politização da justiça: noções gerais e distinções conceituais (p. 224)

Capítulo II – As questões clássicas (p. 236)

1. Questões políticas
2. Juízes legisladores
3. Poder normativo dos tribunais
4. Governo dos juízes contra a legislação social
5. Jurisdição constitucional no Estado providência
6. Outros enigmas (problemas) não resolvidos pelo paradigma hegemônico
7. Cinco casos de judicialização da política no Supremo Tribunal Federal

Capítulo III – Condições para a manifestação da judicialização da política no Brasil
(p. 291)

1. As instituições jurídicas e políticas brasileiras: elementos formais
2. Crise da modernidade e o caso brasileiro: impertinência?

PARTE V – O REPUBLICANISMO COMO ALTERNATIVA NA CRISE
PARADIGMÁTICA (O CONTEXTO DA REFLEXÃO PRESCRITIVA).....p. 347

Capítulo I – Do republicanismo clássico ao republicanismo contemporâneo (p. 350)

1. Modelos históricos de republicanismo
2. Temas clássicos do republicanismo
3. Republicanismo contemporâneo

Capítulo II – A não-dominação como núcleo conceitual do republicanismo (p. 374)

1. Liberdade como não-dominação
2. Contestabilidade

Capítulo III – Outros elementos republicanos (p. 391)

1. Igualdade como não-opressão: no contexto do debate sobre justiça social
2. Cidadania e virtude cívica: no contexto do debate sobre comunidade, sociedade civil e esfera pública
3. Direitos e política: no contexto do debate sobre a prioridade do justo sobre o bem
4. A perspectiva republicana na controvérsia entre liberais e comunitaristas

CONCLUSÃO (Tendências e novas soluções: alternativa paradigmática ou reformulação do paradigma).....p. 444

REFERÊNCIAS.....p. 451

INTRODUÇÃO

Aristóteles afirmou que todo conhecimento começa com o espanto. René Descartes afirmou que todo conhecimento começa com a dúvida. Charles S. Peirce, retificando Descartes, afirmou que toda investigação científica começa com uma dúvida sincera¹, isto é, toda investigação tem início com um problema real que precisa ser superado. Os postulados hegemônicos da organização do poder político não conseguem mais explicar o fenômeno jurídico e político atual e não conseguem mais dar soluções satisfatórias aos problemas da sociedade². Dois exemplos são o dilema da liberdade e a judicialização da política. Demonstradas essas contradições e essa insuficiência, demonstram-se também a crise paradigmática e a necessidade de novas alternativas, de novas explicações e de novas soluções.

A complexidade do tema determinou a delimitação mais rigorosa do objeto e da abordagem da pesquisa; assim, o dilema da liberdade foi estudado indiretamente, ao se analisar a crise paradigmática no direito, particularmente na crise da doutrina tradicional da separação de poderes em contraste com o fenômeno da judicialização da política; as instituições políticas e jurídicas brasileiras serviram de referência real à análise das teorias. Ao tempo em que se colocou à prova a concepção liberal de liberdade, também se pôde conjecturar uma concepção alternativa de liberdade: a liberdade como não-dominação. O pragmatismo deu o suporte metodológico para o estudo.

¹ Peirce criticando a dúvida metódica de Descartes: "Não pretendamos duvidar em filosofia do que não duvidamos nos nossos corações". Charles S. Peirce. *Antologia filosófica*, p. 28.

² Para Thomas Kuhn, "a descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado". Thomas Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 78.

Pode-se afirmar que foi no século XIX que se consolidou o paradigma do direito e do Estado vigente (ou melhor, hegemônico). Consolidou-se como paradigma do Estado de direito, que abrange elementos liberais, como também elementos absolutistas e elementos democráticos. O núcleo do paradigma é, no entanto, liberal. É naquele sentido que as obras de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau são fundamentais para entender o paradigma oitocentista, é deles que se extraem de forma clara as idéias de Estado e de direito modernos (absolutistas), liberais e democráticos. Não é necessário destacar a forma como essas teorias foram aplicadas como desenvolvimento daquelas teorias e não com fidelidade.

Os postulados hegemônicos sobre a organização do poder político e jurídico são o resultado da convivência de vários paradigmas, ainda que formalmente se mantenham dependentes do paradigma do Estado de direito. Assim, os postulados hegemônicos da organização do poder político e jurídico são, sob determinado aspecto, (a) a doutrina da separação de poderes, (b) a doutrina dos direitos fundamentais e (c) a doutrina da soberania popular. Todos esses postulados têm o mesmo fundamento: a proteção da liberdade. Ainda que cada uma dessas doutrinas use “liberdade” em um sentido diferente e, ainda, que essa “liberdade” tenha sido usada em sentidos tão variados, que muitas vezes, se contradizem. Dos três, a doutrina da separação de poderes é a mais importante para o funcionamento do sistema e a menos estudada criticamente.

Sucintamente, o postulado hegemônico da separação de poderes considera que a organização do poder político no Estado deve ser repartido em três poderes – executivo, legislativo e judiciário – que devem ser independentes entre si e que

devem controlar-se mutuamente. Registre-se que essa doutrina da separação de poderes tem bem pouco da doutrina de Montesquieu e também bem pouco da doutrina de James Madison de freios e contrapesos; em sentido oposto, esse postulado hegemônico é fortemente influenciado por concepções racionalistas, provavelmente tendo sido consolidado na *Declaração (francesa) dos direitos do homem e do cidadão*.

Essa doutrina racionalista da separação de poderes, que pode ter sido bastante útil como instrumento liberal de controle do absolutismo no século XVIII, atualmente, é desprovido quase que completamente de aplicabilidade. A distinção em três funções do Estado, por um lado, não mais abrange toda atividade estatal como a jurisdição constitucional, a atuação do Ministério Público e a atuação dos tribunais de contas; por outro lado, os órgãos estatais não mais se restringem às suas atribuições típicas, como a posição de diretor, que o Presidente da República exerce na atividade legislativa diretamente com a edição de medidas provisórias e indiretamente com o controle informal, por pressão política, sobre a atuação de parlamentares do bloco de apoio ao governo. Menos explícito, porém mais intenso, tem sido as consequências sobre o poder judiciário do fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política; que passa a exigir dos juízes e principalmente dos tribunais uma atuação diferente do que se entendia por jurisdição; que vai desde o poder criativo dos juízes até o poder normativo dos tribunais.

Em 1961, o físico norte-americano Thomas Kuhn publicou *A estrutura das revoluções científicas*³. Nessa obra, Kuhn defendeu, entre outros postulados, que a história da ciência é uma história de sucessivos paradigmas. Quando um paradigma não resolve mais satisfatoriamente determinados enigmas, o paradigma então hegemônico perde força na comunidade científica e passa por um processo de desconstrução simultaneamente ao processo de construção de outro paradigma que possa resolver os enigmas e ser aceito hegemonicamente pela comunidade científica. Trata-se daquilo que se convencionou chamar de crise paradigmática e de tensão essencial. A teoria de Kuhn recebeu ampla acolhida. E rapidamente expressões como ciência normal, paradigma e crise paradigmática passaram a ser de uso corrente nos meios acadêmicos. Novos estudos da filosofia da ciência e das mais variadas ciências passaram a adotar as premissas de Kuhn (ou pelo menos o vocabulário da sua teoria) e passaram a concentrar os objetivos em demonstrar a insuficiência e as contradições dos paradigmas vigentes, bem como em apresentar elementos para a construção (aceitação) de novos paradigmas.

O presente trabalho é um estudo sobre paradigma em crise e sobre alternativas paradigmáticas. Há, no entanto, uma importante ressalva a ser feita: aqui, fez-se uso livre das idéias de Thomas Kuhn. Primeiro, porque a pesquisa versa sobre temas do direito e da política; Kuhn não considerava nem o direito, nem a política como ciências normais, portanto, seus postulados não poderiam ser diretamente aplicados a eles; assim, adotou-se um conceito de paradigma adaptado, aceitando-se que uma ciência pudesse ser regida por vários paradigmas simultaneamente. Nas ciências não-normais vários paradigmas convivem

³ Nesse trabalho fez-se uso da edição da editora Perspectiva: Thomas S. Kuhn. *A estrutura das*

simultaneamente e não são completamente excludentes⁴. Também, não se adotou aqui integralmente as posições de Kuhn. Na verdade, na pesquisa, aproveitam-se apenas os conceitos fundamentais e o vocabulário básico da obra de Kuhn, já bastante difundidos nos meios acadêmicos, sem assumir nenhum compromisso com as premissas ou com as conclusões da sua teoria.

Assim, pretende-se investigar qual estatuto pode dar cientificidade ao direito, sendo que esse estatuto científico seja compatível com a arte jurídica e com os reais problemas da atividade jurídica, e, ainda, que esse estatuto de ciência jurídica possa considerar como seu objeto também a legislação e a organização do poder político e jurídico (PARTE I). A temática geral da crise paradigmática no direito e no Estado é apresentada na forma figurada como o dilema atual da(s) concepção(ões) moderna(s) de liberdade (PARTE II). Pretende-se, em seguida, analisar o paradigma oitocentista, em particular um dos seus postulados, que é a doutrina da separação de poderes, identificando os aspectos relevantes da crise paradigmática tendo como pano de fundo teórico a idéia de liberdade e como pano de fundo empírico a judicialização da política no Brasil (PARTE III e PARTE IV). Pretende-se, por fim, apresentar a teoria republicana como uma concepção coerente de liberdade e como uma explicação prescritiva plausível à judicialização da política no Brasil (PARTE V e Conclusão).

Na Parte IV, que versa sobre a judicialização da política no Brasil, sobre o tema incidiram três abordagens: descritiva, compreensiva e prescritiva, nos seguintes termos: (a) procurou-se identificar como a judicialização da política se

revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000.

manifestou e se manifesta no Brasil; (b) procurou-se compreender quais os fundamentos deste fenômeno, na história do Brasil e como expressão paradigmática; e (c) procurou-se, também, preparar o tema para sua aplicação na Parte V, ou seja, para servir de elemento para a apreciação prescritiva dentro do contexto do debate contemporâneo sobre a *boa sociedade*.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica; os dados empíricos e documentais foram resgatados de segunda mão nos livros e periódicos. Apenas esporádicas referências a documentos específicos farão adotar a técnica documental, mas como exceção e não como técnica aplicada juntamente com a técnica bibliográfica, são os casos das referências à legislação e à jurisprudência, bem como a documentos históricos específicos.

Dois critérios foram utilizados para selecionar a bibliografia: (a) foram preferidos os clássicos aos contemporâneos e (b) pretendeu-se que o conjunto da bibliografia propiciasse uma visão interdisciplinar. A opção pelos clássicos não excluiu os autores contemporâneos, principalmente quando suas obras já sejam consideradas clássicas ou quando seus comentários sejam indispensáveis para compreender os clássicos. Também, a visão interdisciplinar dos autores selecionados não significa que todas as obras consultadas (observadas individualmente) tenham esta visão, mas que o conjunto das obras consultadas reflete a interdisciplinaridade.

⁴ Analisando Kuhn, Boaventura de Sousa Santos arremata: “nas ciências sociais não há consenso paradigmático”. Boaventura de Sousa Santos. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 67.

PARTE I
REFERENCIAL TEÓRICO
E DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA
(PREMISSAS TEÓRICAS DA PESQUISA)

CAPÍTULO I - SOBRE A CIENTIFICIDADE DO DIREITO

1 SOBRE A VERDADE, A OBJETIVIDADE E A CERTEZA NAS CIÊNCIAS: O PROBLEMA DA CIENTIFICIDADE DAS CIÊNCIAS HUMANAS EM CONTRASTE COM A CIENTIFICIDADE DAS CIÊNCIAS NATURAIS

O senso comum, bem como a visão tradicional de ciência e o uso ideológico da ciência consideram que toda a ciência oferece respostas verdadeiras, certas e objetivas; ao lado desses axiomas está também a crença de que o cientista quando está fazendo ciência é neutro (os valores e os interesses do cientista não interferem na sua atividade) e que os enunciados científicos se expressam por enunciados gerais e abstratos de valor universal e atemporal.

Quanto à crença a respeito da verdade, da objetividade e da certeza na ciência, há vasta bibliografia que demonstra que esses dogmas da ciência tradicional precisam ser relativizados. Assim, a verdade deve ser considerada como verdade científica ou como plausibilidade; a certeza como probabilidade e a objetividade como intersubjetividade. Estas mudanças são decorrentes de duas inovações na filosofia da ciência: (a) a substituição do juízo de comprovação pelo juízo de falseabilidade feito por Karl Popper⁵ e (b) a idéia de paradigma como uma

⁵ Sobre a teoria de Karl Popper, cf., do autor, Conhecimento objetivo, Lógica das ciências sociais, A lógica da pesquisa científica. Sobre a aplicação da sua filosofia da ciência nas ciências sociais, cf. Karl Popper. A sociedade aberta e seus inimigos.

espécie de senso comum dos cientistas sobre as bases da própria ciência (portanto mutáveis e não comprovados ou não falseados)⁶, apresentado por Thomas Kuhn.

Estas inovações repercutem de forma decisiva nas ciências sociais e no direito, pois dão novo fôlego às tentativas do seu reconhecimento científico. Mas, ainda assim, permanecem excluídas: ou porque não passam pelo teste da falseabilidade ou porque não conseguem se fundamentar em um único paradigma (como ciência normal).

Karl Popper e Thomas Kuhn tomam como ponto de partida o modelo das ciências naturais, é sobre este modelo que fazem a sua crítica; assim, as ciências não naturais só são consideradas em comparação ao modelo de ciências naturais.

As ciências naturais apresentam marcantes diferenças em relação às ciências não naturais. Estas diferenças podem ser explicadas: (a) porque as ciências não naturais ainda não atingiram a maturidade das ciências naturais (mas podem atingir) ou (b) porque são conhecimentos, na essência, diferentes e que, portanto, não pode ser reduzido um ao outro e não podem servir de modelo um ao outro. É neste sentido (b) que hoje se considera que as ciências naturais explicam os fenômenos, enquanto as ciências do espírito compreendem os fenômenos. No entanto, se são diferentes, por que as ciências não naturais persistem em se autodenominar “ciências”: se não atingiram a maturidade científica, são quase-ciências (ou seja, não são ciências) e se são ciências diferentes e constituídas historicamente depois das ciências naturais porque não se adota uma denominação distinta? Uma alternativa para este aparente impasse é que a diferença entre as ciências naturais e as

⁶ Vale registrar que Charles S. Peirce, no final do século XIX, já trabalhava com a idéia de falseabilidade e de comunidade dos filósofos.

ciências não naturais é de grau, sem atingir a essência delas. Popper dá indícios disso, se não enfatizarmos o aspecto da falseabilidade, mas o aspecto da crítica. Kuhn também oferece indícios, se considerarmos, no conceito de paradigma, a possibilidade de vários paradigmas regerem ao mesmo tempo uma mesma ciência, ou seja, uma ciência como a sociologia que tem vários paradigmas, todos eles dominantes (desde que cada paradigma reconheça o outro como diferente); da mesma forma que cada ciência reconhece um paradigma diferente em outra ciência e que um cientista pode manter um diálogo científico com outro cientista de outra ciência, desde que saiba se conduzir dentro de cada paradigma.

De certo modo, parece que Karl Popper e Thomas Kuhn estão sendo rigorosos demais (ou pelo menos “naturacentristas” demais). Não resta dúvida de que as ciências naturais são diferentes das ciências sociais; que os enunciados das ciências naturais, mesmo que não sejam verdadeiros, são mais plausíveis que os enunciados das ciências não naturais; mesmo que as ciências naturais não sejam (absolutamente) objetivas, são mais objetivas que as ciências não naturais; e mesmo que não sejam certos, seus enunciados (os das ciências naturais) são mais prováveis que aconteçam na realidade.

Não se trata apenas de uma distinção de grau, mas de estilo também. Os objetos (os pontos de partida) das ciências sociais são móveis e sua observação não é controlável como nas ciências naturais. Diferentes ou não, na essência, as ciências sociais também têm um grau de rigor: se não são falseáveis, podem se submeter à crítica e assim satisfazer a requisitos, como a coerência com os pontos de partida, com o método, com as outras partes do discurso, com os outros

enunciados, com as outras conclusões etc.; também, ainda que não tenha apenas um único paradigma, têm paradigmas.

A situação de não ter um “paradigma dominante” não retira a objetividade (intersubjetividade) das ciências não naturais, desde que os paradigmas se reconheçam uns aos outros. Assim, é possível não só ter discussões entre os paradigmas, como ter discussões a partir (e dentro) de um paradigma, mesmo discordando dele (ou adotando outro paradigma, fazendo apenas um juízo de coerência interna).

Se as ciências não naturais produzem enunciados menos prováveis que os das ciências naturais, ainda assim são prováveis o suficiente para dar certa segurança (previsibilidade) que os eventos acontecerão; mesmo que esses eventos não se realizem como previstos, pode-se conferir em que aspecto as variáveis foram ou não realizadas. Por exemplo, quando a física enuncia que a água mudará do estado líquido para o estado gasoso ao atingir 100°C, o enunciado só se realizará, se outras variáveis estiverem presentes também.

Se toda essa crítica à ciência tradicional não serviu para incluir as ciências não naturais no rol das ciências reconhecidas (ciências verdadeiras, puras ou maduras), serviu para excluir as ciências naturais deste rol. Estas não podem mais ser consideradas puras, verdadeiras, objetivas ou perfeitas, mas apenas relativamente puras, verdadeiras, objetivas e perfeitas. É dessa maneira, às avessas, que as ciências não naturais se aproximam das ciências naturais.

Parece irrelevante, diante das críticas já reconhecidas na comunidade científica sobre os dogmas da ciência tradicional, continuar o debate bizantino sobre se as ciências não naturais são ciências: (a) se são ciências, são ciências de

espécie diferente das ciências naturais e (b) se não são ciências, ainda assim, se preocupam em produzir enunciados verdadeiros (plausíveis, com coerência interna), certos (previsíveis) e objetivos (intersubjetivos).

2 O PROBLEMA DA CIENTIFICIDADE DO DIREITO APÓS AS TEORIAS DE THOMAS KUHN E DE KARL POPPER

Talvez, mais que em outras áreas, no direito se discute sobre sua cientificidade. Há vários aspectos a considerar, destaca-se o aspecto ideológico, que é o reconhecimento dos seus postulados como verdadeiros. Mesmo depois de Karl Popper e de Thomas Kuhn, ainda persiste no imaginário sobre a ciência que “o que é científico é verdadeiro”. Assim, o reconhecimento do direito como ciência resulta em que seus enunciados são científicos, ou seja, verdadeiros.

Há sérios problemas em tratar sobre a cientificidade do direito. Principalmente porque há uma tendência em considerar apenas uma ciência do direito válida e não várias ciências do direito ou mesmo em considerar que o direito possa ser estudado por outras ciências sem merecer a denominação de ciência jurídica. Por exemplo: que a sociologia estuda o direito e que a sociologia do direito é mera disciplina sociológica; vale o mesmo raciocínio para a filosofia e a filosofia do direito.

Assim, vários objetos análogos podem ser denominados de direito. Também, um mesmo objeto pode ser estudado por vários métodos. Estas duas dimensões produzem uma infinidade de possibilidades de ciências jurídicas ou de ciências que estudam o direito.

Como as verdades são verdades científicas, ou seja, verdades a partir dos postulados (dos paradigmas) de cada ciência, é possível chegar a verdades diferentes sem que estas sejam, a rigor, contraditórias. Só seriam contraditórias, se estivessem habitando o mesmo espaço, e como não estão se tratando de dimensões epistemológicas diferentes, são, portanto, verdades diferentes. Isto é importante porque, talvez, implicitamente, a tendência em determinar “a verdadeira” ciência do direito signifique determinar uma ciência que se preocupa em “descobrir” as verdades que servem para a prática do direito. Ou seja, reduzindo e simplificando o problema: quais os pontos de partida, o objeto e o método que o juiz deve utilizar para resolver lides (casos concretos) aplicando cientificamente o direito? Por trás da indagação não está permitida a dualidade de verdades; não está permitida a convivência pacífica de várias verdades. Pois, o juiz não só conhece o direito como decide (e sua decisão precisa ser uma só, aplicada em uma só dimensão: a realidade). A verdade, assim, está voltada para a prática e não apenas para o conhecimento. A atividade do juiz é diferente da atividade do cientista, que admite enunciados contraditórios desde que com coerência interna dentro do respectivo paradigma/ciência; assim, para um cientista, uma determinada norma (ou conduta concreta) pode ser considerada “legítima ou ilegítima” dependendo do paradigma, por exemplo, a sociologia, a filosofia e a lógica deôntica. Portanto, talvez, o que se queira saber é se existe uma ciência do direito voltada para a prática do direito (para os operadores do direito), isto é, se existe uma ciência prática do direito. Isto leva a outra discussão, sobre as distinções entre ciência (teórica⁷), ciência prática e arte.

⁷ Fez-se uso da expressão “ciência teórica” na falta de outra expressão melhor que sirva para distinguir a ciência preocupada em formular enunciados descritivos e a “ciência” preocupada em formular enunciados prescritivos. Geralmente, a “ciência” que formula enunciados prescritivos é também descritiva, mas em um sentido particular: a partir da formulação de enunciados descritivos,

A ciência estuda as causas, é descritiva. A arte estuda as técnicas para se atingir a um fim, é prescritiva. As ciências práticas partem do estudo das causas (“descobre” como as coisas são) e as transforma em condutas obrigatórias (prescrições)⁸. Ou seja, os enunciados das ciências práticas são prescritivos, mas são descritivos também.

Parece que as relações entre ciência teórica, ciência prática e arte perdem o sentido após a crítica à teoria tradicional da ciência. Só vale fazer a distinção entre ciência prática e arte, se a ciência prática partir de conhecimentos verdadeiros (verdade absoluta) e a arte partir de conhecimentos plausíveis. Sem esta distinção, as ciências práticas são apenas artes com melhor e mais intenso uso dos enunciados científicos. O médico usa conhecimentos da química e da biologia, por exemplo, para sua atividade, mas sua atividade não se confunde com a do químico ou a do biólogo, porque o médico não formula enunciados descritivos, ainda que os enunciados descritivos da química e da biologia se convertam em enunciados que prescrevem como o médico deve agir em tal ou qual circunstância para obter tal ou qual resultado. O mesmo acontece com o engenheiro civil que usa enunciados da física, por exemplo, sem ser físico, mas segue prescrições que foram formuladas a partir de enunciados da física. Neste sentido o direito é tão arte ou ciência prática como a medicina e a engenharia; que só se diferenciam de atividades com a marcenaria, a pesca, a pintura, porque estas artes fazem, regra geral, menor uso dos enunciados científicos. Mais uma vez a distinção é de grau e não de essência. Portanto, a distinção permanece apenas entre o direito que é ciência prática (ou que

estes se convertem em um dever; por exemplo, constatar que a liberdade é inata ao homem é um enunciado descritivo que se converte no direito à liberdade e no dever de respeitar a liberdade.

⁸ Aqui se optou pela clássica distinção aristotélica, merecendo, portanto, todas as ressalvas da filosofia da ciência moderna e contemporânea.

é arte) e o direito que é ciência teórica. O direito que é ciência teórica é feito pelos cientistas segundo um determinado paradigma científico visando à elaboração de enunciados descritivos. O direito que é arte (ou ciência prática) é feito pelos operadores do direito também segundo o determinado paradigma da arte (ou ciência prática), mas visando a própria prática.

A posição tanto de Thomas Kuhn quanto de Karl Popper sobre as ciências humanas de maneira geral e a ciência jurídica de maneira particular é, pelo menos, ambígua. A rigor, o direito não é falseável empiricamente e também não é regido por um só paradigma, logo não pode ser considerado científico por Kuhn e por Popper. Apenas de um ponto de vista menos rigoroso se poderia adaptar e relativizar essas teorias para admitir a convivência de vários paradigmas e para admitir uma falseabilidade não empírica. De certa maneira, Karl Popper em *A sociedade aberta e seus inimigos* usa uma falseabilidade não empírica e, no Brasil, Souto Maior Borges também adota uma teoria popperiana adaptada, considerando a falseabilidade não empírica como requisito para a cientificidade do direito.

3 DIREITO COMO CIÊNCIA E DIREITO COMO ARTE

O direito se constitui em várias ciências (sociologia, filosofia, lógica etc.) e em várias artes: advocacia, judicatura, ministério público, docência etc. Em sentido oposto, uma confusão bastante comum é tratar o direito-arte como se fosse apenas **uma** arte, não percebendo que as atividades do juiz e do advogado, por exemplo, são bem diferentes. Sendo artes diferentes, não apenas visam a fins práticos

diferentes como também usam técnicas (métodos, procedimentos) diferentes para realização de suas atividades. Do advogado, por exemplo, exige-se o domínio de técnicas de argumentação e de retórica; do juiz, exige-se também o domínio de técnicas de resolução de conflitos, assim como de técnicas que enfatizem um aspecto de neutralidade; em razão dos fins teóricos dos juízes, é maior a sua preocupação com a coerência entre suas decisões, de suas decisões com as decisões dos outros juízes e de suas decisões com o senso comum expresso no conjunto das decisões judiciais.

No direito-arte são importantes cinco aspectos: (a) as fontes do direito; (b) os métodos de interpretação das fontes, (c) a atividade do sujeito, (d) os fins práticos e (e) os fins teóricos. Cada arte jurídica precisa determinar os cinco aspectos. Três deles (a, b e c) são determinados por um dos aspectos (d) e o quinto aspecto (e) orienta o exercício dos demais ainda que seja independente deles.

O advogado (sujeito) tem o fim prático de vencer a lide, ou seja, convencer o julgador a decidir em seu favor, assim dispõe de maior abertura de fontes do direito e de métodos de interpretação, os seus métodos de interpretação são, portanto, na verdade, métodos retóricos.

O juiz, por sua vez, tem o fim prático de resolver a lide (e não de vencer a lide) e o fim teórico de promover justiça; por esta razão, suas opções de fontes e de métodos hermenêuticos são mais restritas. Na idéia de justiça estão contidos dois preceitos: (a) o controle da previsibilidade (segurança jurídica e ordem) e a igualdade⁹. O juiz, portanto, mais do que os outros operadores do direito (artistas do

⁹ Outros fins teóricos podem ser acrescentados. Por exemplo, no paradigma do Estado de Direito, acrescente-se a liberdade; e, no paradigma do Estado Democrático (Democracia moderna-representativa-liberal-elitista), acrescente-se que a principal fonte do direito deve ser derivada de

direito), tem limitadas suas atividades. Em compensação, e exatamente por isso, sua ação produz efeitos imediatos mais intensos que a os efeitos das ações dos outros operadores.

Perceba-se que a arte também é paradigmática. Assim, os métodos e as fontes principais ou exclusivas são determinados pelo reconhecimento das mesmas pela respectiva comunidade científica (ciência prática) ou artística. O método do advogado não é propriamente hermenêutico, é retórico. O método do juiz é hermenêutico. Quando o advogado usa o método hermenêutico é um argumento retórico para convencer o juiz. Neste sentido, a atividade do juiz é não só determinar o sentido das normas (fonte) seguindo um método, mas reproduzir os paradigmas (soluções) já consagrados pela comunidade de juízes. Os métodos¹⁰ dos juízes se referem aos casos difíceis e não aos casos fáceis, nos casos difíceis, como não há parâmetro para decidir, o juiz admite o argumento retórico, mas sempre em vista o fim teórico de justiça (previsibilidade e igualdade).

normas editadas por um Parlamento cujos membros foram eleitos por um conjunto expressivo dos destinatários das normas para mandatos não muito longos.

¹⁰ Aqui, por “método” entende-se os tradicionais e novos métodos de hermenêutica ou de interpretação jurídica.

4 UMA ANÁLISE DA DOGMÁTICA JURÍDICA: A PARTIR DA HERMENEUTICA JURÍDICA

Um critério para a distinção entre casos fáceis e casos difíceis

Os estudos mais recentes (principalmente, a partir da segunda metade do século XX)¹¹ sobre a hermenêutica jurídica fazem a distinção entre os casos fáceis (ou simples) e os casos difíceis. De certa forma, esta distinção é decorrente do reconhecimento pela comunidade de teóricos que não há hierarquia entre os métodos (estratégias, argumentos) hermenêuticos. Assim, estes teóricos distinguem os casos para os quais há solução controvertida ou não. A controvérsia pode ser tanto (a) porque se encontram soluções diferentes para o mesmo caso aplicando-se métodos diferentes, como também (b) porque se aplicando o mesmo método se chega a conclusões diferentes.

Esta distinção leva a um resultado que merece ser observado com mais atenção. A distinção entre os casos difíceis e os casos fáceis faz crer que nos casos fáceis a interpretação é, de antemão, fácil¹²; por exemplo, para a resolução dos casos fáceis basta a aplicação do método lógico-dedutivo (ou que não haja conflito de método). O problema central desta observação é se os casos fáceis são (a) previamente fáceis ou se são (b) fáceis apenas porque não produzem controvérsias.

¹¹ Destacam-se: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Chaim Perelman, Herbert Hart e Neil MacCormick.

¹² O que implicitamente parece significar que nos casos fáceis não há interpretação, porque o fundamento jurídico é claro. Ainda que esta impressão seja expressamente rejeitada por todos os autores referidos acima, esta distinção leva a pensar se a teoria dos casos fáceis seria uma versão atualizada do brocardo medieval *in claris cessat interpretatio*, pois produz o mesmo efeito, isto é, não submeter à dúvida a solução clara / fácil.

Pela segunda alternativa (b), a distinção carece de toda a importância teórica, pois é apenas uma nova classificação para outra já existente: casos controvertidos e casos não controvertidos. Assim, um caso fácil pode ser controvertido (pelo menos aparentemente) e um caso difícil pode não ser controvertido (porque uma das partes aceitou o argumento da outra parte, por exemplo). Só faz sentido discutir sobre casos fáceis e difíceis, se a distinção for conceitual, ou seja, feita a partir de modelos e condições prévias (antes dos próprios casos).

À primeira vista pode parecer que os casos fáceis sejam aqueles resolvidos com o método lógico-dedutivo, claros o bastante para não suscitar qualquer controvérsia. O conceito de caso fácil pode ainda ser mais abrangente: são aqueles casos que, mesmo que o método lógico-dedutivo seja insuficiente para resolver o caso, aplicando-se outros métodos hermenêuticos, ainda assim, não provocam controvérsias. Portanto, não havendo controvérsia, um caso fácil é aquele que resulta em uma só solução para o caso e o caso difícil é aquele que permite mais de uma solução correta para o caso. Autores como Perelman, Hart e MacCormick defendem esta tese de que para os casos difíceis há várias soluções possíveis. No entanto, autores como Ronald Dworkin, consideram que os casos difíceis, assim como os casos fáceis, resultam em apenas uma solução correta. Para Dworkin, portanto, o único critério de distinção é a controvérsia.

Cabe averiguar se a controvérsia da qual tratam estes autores é potencial ou real; ou seja, se o caso difícil é todo aquele que é potencialmente controverso. Considerando esta assertiva como válida, seria preciso concluir também que os casos fáceis são absolutamente incontestados. No entanto, se todo caso (fácil ou

difícil) é potencialmente controverso, a única razão para distinção é se no caso concreto, no caso real, haja controvérsia; como não há parâmetro para determinar se a controvérsia é válida ou não, o simples fato de uma das partes contestar o argumento da outra produzirá controvérsia, ou seja, todo caso judicial, sendo controverso, seria um caso difícil. Isto retiraria, mais uma vez, o sentido desta distinção.

Parece que só há razão para a distinção entre casos difíceis e casos fáceis, se considerarmos os casos fáceis como casos paradigmáticos¹³; ou seja, modelos de soluções de conflitos reconhecidos pela comunidade jurídica. Nos casos fáceis, o ônus da prova (prova de que é um caso fácil) é invertido; assim, todo caso será considerado fácil até que alguém demonstre que seja um caso difícil. O caso fácil, portanto, não segue as fontes e os métodos dos casos difíceis. As fontes diretas para resolver os casos fáceis são os modelos paradigmáticos, que geralmente estão sistematizados nos manuais jurídicos. O método para a solução dos casos fáceis é o analógico, procurando enquadrar determinado caso concreto a um modelo similar. Quem pleitear que um caso seja considerado difícil, portanto, (1º) terá que demonstrar que não é um caso fácil, (2º) depois terá que argumentar que determinada fonte e que determinado método são adequados para resolver aquele caso difícil, (3º) por fim, argumentará que determinada solução é adequada para aquele caso. Quando uma solução para o caso difícil é reconhecida pela comunidade jurídica, aquela solução tornar-se-á um modelo paradigmático, ou seja,

¹³ É neste sentido que usamos a teoria de Thomas Kuhn adaptada. O conceito de paradigma, aqui, não é usado no sentido específico empregado por Kuhn, mas como um modelo paradigmático reconhecido pela comunidade jurídica e tratado como um dogma (dispensando, portanto, a comprovação da sua validade).

um modelo de caso fácil. Os casos que se enquadram no modelo paradigmático são casos fáceis¹⁴.

Neste sentido, a distinção entre casos fáceis e difíceis só é relevante para a perspectiva do juiz. Sob a perspectiva do advogado, por exemplo, todo caso é um caso difícil, toda interpretação é uma interpretação controversa.

A comunidade científica e a comunidade jurídica

Assim, o caso fácil é todo aquele que pode ser resolvido adequando-se a um modelo paradigmático, ou seja, um modelo reconhecido pela comunidade jurídica.

A comunidade jurídica é diferente da comunidade científica¹⁵. A comunidade científica é um ente difuso e não hierarquizado composto por cientistas, que se reconhecem como tais. A comunidade jurídica vive a dualidade da dimensão científica do direito e da dimensão prática (operacional) do direito, que, embora distintas, se confundem.

A comunidade científica do direito ou comunidade científica em geral é composta pelos cientistas que estudam o direito ou temas relevantes ao direito, assim, de certo modo, é composta por várias comunidades menores: comunidade de filósofos, comunidade de sociólogos, comunidade de lógicos etc. A comunidade operacional do direito é composta por todos os que operam o direito, sob a

¹⁴ Vale a ressalva de que não se está afirmando que necessariamente um determinado caso concreto se enquadrará no caso paradigmático; como a técnica é analógica, um caso nunca será necessariamente enquadrado no modelo precedente, pois sendo casos similares e não iguais, aquele nunca se enquadrará perfeitamente. Assim, o caso é fácil quando o intérprete-aplicador opta pelo caso fácil, ao considerá-lo caso fácil inverte-se o ônus da prova para aquele que o considerar difícil.

¹⁵ Comunidade científica no sentido kuhniano que fará o reconhecimento dos paradigmas científicos.

perspectiva apenas do direito-estatal-judicial, são: os juízes, os advogados, os promotores, os serventuários dos cartórios judiciais, etc.

Em seção anterior, observou-se que a arte (e/ou a ciência prática) toma por base fundamentos, enunciados e preceitos científicos, ou seja, enunciados reconhecidos pela comunidade científica do direito. Os paradigmas (os modelo de casos fáceis) do operador do direito, para ter validade, portanto, precisam do reconhecimento, direto, da comunidade operacional do direito e, indireto, da comunidade científica do direito.

A comunidade operacional do direito é hierarquizada e segmentada. Segmentada porque juízes, promotores, advogados e doutrinadores¹⁶, por exemplo, constituem segmentos diferentes, que embora participem de atividades que se relacionam, constituem artes diferentes (cada segmento busca fins diferentes, usando fontes diferentes e métodos diferentes, ainda que algumas vezes pareça que usem as mesmas fontes, os mesmos métodos e busquem o mesmo fim). É hierarquizada porque, de certo modo, um segmento, o dos juízes, ocupa um *status* superior na comunidade; e, entre os juízes, os tribunais ocupam uma posição ainda mais elevada. Assim, o reconhecimento pela comunidade operacional se dá em dois sentidos: horizontal e vertical, sendo o reconhecimento vertical o que produz imediatamente o efeito mais intenso.

Outro fator que torna a comunidade operacional diferente das comunidades científicas é que uma classe de membros, os juízes, ao reconhecerem uma decisão

¹⁶ Os doutrinadores foram considerados aqui membros da comunidade operacional e não da comunidade científica, consideram-se doutrinadores os sistematizadores dos modelos paradigmáticos. No entanto, como membros da comunidade operacional, os doutrinadores não apenas sistematizam os modelos paradigmáticos já consagrados, mas também contribuem para sua formação, ou seja, influenciam e são influenciados pela comunidade operacional.

como válida não apenas descrevem um objeto (o ordenamento jurídico), mas também modificam o objeto. Ou seja, as ações dos juízes, principalmente dos tribunais, são ao mesmo tempo resultado da observação de determinado objeto como fundamento deste objeto para casos posteriores. Quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, declara que determinada lei é inconstitucional, não se trata de mera declaração (enunciado descritivo), pois constitui uma situação nova (um enunciado prescritivo): uma lei negativa que altera o sistema jurídico excluindo uma outra norma do sistema; a decisão do Supremo Tribunal Federal não precisa do reconhecimento do restante da comunidade operacional para se tornar paradigmática, embora, geralmente, os tribunais decidam com base em preceitos consagrados por esta mesma comunidade. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal é diferente da petição do advogado que por si só não tornará sua interpretação reconhecida pela comunidade, pelo contrário, sua posição só será recepcionada pelo sistema jurídico, se for reconhecida também, primeiro, por algum juiz, depois, por um número relevante de juízes e reconhecida pelos tribunais superiores. É evidente que os tribunais também se sentem impelidos a uma decisão, quando há reconhecimento horizontal do modelo, mas o reconhecimento vertical continua sendo decisivo.

O reconhecimento pela comunidade operacional, no entanto, precisa de algum respaldo da comunidade científica. Uma decisão que, por exemplo, assegure direitos aos animais (não humanos), precisa estar embasada em (ou, pelo menos, não conflitante com) enunciados científicos, que atestem que os animais possuem grau de discernimento e de sentimento parecido com o dos humanos. Uma decisão que determine simplesmente que mulheres não podem exercer a profissão de

médica, exigirá algum amparo (reconhecimento) em enunciados científicos (por exemplo, a tese de que as mulheres são fisicamente incapazes de exercer a medicina, ou a tese de que as mulheres não podem ter atividades fora de casa para não desagregar os laços de família etc.).

Dessa maneira, os casos paradigmáticos (que servirão de modelo para os casos fáceis) precisam do reconhecimento (1) pela comunidade operacional e (2) pela comunidade científica. O reconhecimento pela comunidade científica é indireto, apenas exige que os casos paradigmáticos não afrontem enunciados reconhecidos por esta comunidade. A comunidade operacional reconhece os casos paradigmáticos em dois sentidos. (1.a) Horizontalmente, quando todos os operadores do direito participam da interpretação dos casos; o reconhecimento, portanto, é difuso e resultado da superação das críticas, da maior eficiência para atingir os fim, de um maior consenso entre as partes envolvidas, etc. Mesmo no sentido horizontal, um segmento especial, o dos juízes, exerce um poder de reconhecimento mais expressivo que os outros segmentos. (1.b) No sentido vertical, o reconhecimento dos casos se dá hierarquicamente, assim, o reconhecimento pelo órgão superior invalida ou afasta o reconhecimento pelo órgão inferior; no sentido vertical, o reconhecimento é feito apenas pelos órgãos com poder de concretização do direito, ou seja, os juízes e os tribunais¹⁷; desta maneira, os casos resolvidos pelos tribunais têm mais força para se tornar casos paradigmáticos que os casos apenas apreciados por juízes de primeira instância e os casos resolvidos pelos órgãos de cúpula do poder judiciário, particularmente, no Brasil, o Supremo Tribunal

¹⁷ No âmbito do direito público, o reconhecimento vertical se dá de outra maneira, pois, paralelamente aos órgãos jurisdicionais, determinados órgãos da administração pública também exercem este poder hierarquizado de reconhecimento.

Federal, instituem casos paradigmáticos quando explicitamente firmam jurisprudência.

É preciso ressaltar que o processo de reconhecimento pela comunidade operacional se dá nos dois sentidos simultaneamente e que mesmo no sentido vertical é pouco provável que seja atribuído reconhecimento a um caso paradigmático, quando a mesma comunidade operacional já consolidou outro caso paradigmático em sentido oposto.

Como os juízes resolvem os casos fáceis: o método analógico

Para Abelardo Torré, analogia significa a *aplicar a um caso não previsto, a norma que rege outro caso semelhante ou análogo, quando existe a mesma razão para resolvê-lo de igual maneira*¹⁸. É no mesmo sentido o conceito formulado por Maria Helena Diniz: “consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato”¹⁹. Assim também é no conceito formulado por Carlos Maximiliano: “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Nos três conceitos, seguindo a doutrina tradicional, a analogia não consiste em interpretação, mas em

¹⁸ Cf. Abelardo Torre. *Introducción al derecho*, p. 372. No mesmo sentido, conferir ainda o conceito elaborado por Maria Helena Diniz: “consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato” Maria Helena Diniz. *As lacunas no direito*, p. 141.

¹⁹ Maria Helena Diniz. *As lacunas no direito*, p. 141.

integração do direito; ao tratarem de integração, estes autores querem dizer que embora o aplicador não aplique silogisticamente a norma ao caso concreto, ele também não cria direito. Em sentido mais radical, Vicente Ráo, seguindo a posição de Emilio Betti, considera a analogia como uma interpretação do direito ainda que não seja uma interpretação da lei: “analogia consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial; consiste, isto é, na aplicação desses princípios aos casos juridicamente iguais ou iguais por sua essência”²⁰. Perceba-se que Ráo fala de casos “iguais” e não de casos “semelhantes”.

O método analógico para os casos fáceis não é este que a hermenêutica tradicional aplica como método de integração do direito ou da lei. O método analógico (no sentido aplicado aqui) corresponde ao que Maria Helena Diniz denomina de “argumento lógico-decisional”²¹, ou seja, “um procedimento logicamente imperfeito ou quase lógico, que envolveria dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças tendo em vista uma decisão jurídica procurada”²².

A analogia, assim, não parte do geral para o particular, mas do particular para o particular. E ao considerar dois casos semelhantes, necessariamente se reconhece que em alguns aspectos são iguais, mas que em outros são diferentes. Um modelo paradigmático, portanto, é apenas uma abstração de determinadas

²⁰ Vicente Ráo. O direito e a vida dos direitos, pp. 458-9.

²¹ Maria Helena Diniz. As lacunas no direito, pp. 143-4.

²² Maria Helena Diniz. As lacunas no direito, p. 143.

características de um caso-base. Assim, *por analogia*, o tratamento dado ao caso paradigmático também é dado aos casos considerados *análogos*, mas o juízo para considerá-los análogos não pode ser lógico-dedutivo, porque é do particular para o particular; ainda assim os casos análogos apenas por uma perspectiva predeterminada, pois, sendo semelhantes, são idênticos e diferentes ao mesmo tempo. Neste sentido, é uma apreciação valorativa que vai ressaltar os aspectos iguais em detrimento dos aspectos diferentes. Há quem defenda, inclusive, que toda interpretação pretensamente silogística no direito é, na verdade, analógica, de modo que a analogia não é a aplicação seqüenciada dos métodos indutivo e dedutivo, como quer Ráo, mas de um método “lógico-decisional” como denomina Maria Helena Diniz.

Quando os juízes resolvem os casos difíceis?

Em essência, não há distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Todo caso que não é resolvido como um caso paradigmático, segundo o método analógico, é um caso difícil. Assim, o caso só é difícil porque é controverso e é controverso (a) porque se abriu mão de uma resposta prévia para o caso ou (b) porque não há resposta prévia para o caso.

Como já se afirmou, para os advogados, por exemplo, não tem aplicação a distinção entre casos fáceis e difíceis, porque todo o caso precisa ser tratado como caso difícil. É para os juízes que esta distinção tem relevância.

Um caso é difícil, portanto, (a) porque o juiz não consegue “enquadrar” o caso *sub judice* a um dos modelos paradigmáticos conhecidos ou (b) porque ao “enquadrar” o caso *sub judice* em um modelo paradigmático, o resultado lhe causou estranheza ou não era desejado²³.

Neste momento, a atuação dos advogados é importante para dificultar a adesão do juiz a um caso paradigmático; convencendo o juiz a resolver o caso fácil como caso difícil. Ou mesmo a induzir o juiz ao equívoco – enquadrando em um caso paradigmático diferente ou interpretando mal o caso paradigmático.

Ressalte-se, assim, o aspecto valorativo na apreciação dos casos e no enquadramento dos casos.

A arte dos juízes

Podem-se destacar cinco aspectos de uma arte jurídica: (a) o sujeito da arte, (b) as fontes do direito, (c) o fim prático, (d) o fim teórico e (d) os métodos.

A atividade do juiz (sujeito da arte) visa à solução de conflitos (fim prático), mas também visa a solução justa (fim teórico) dos conflitos. Por justiça, deve-se entender a realização de dois valores: previsibilidade e igualdade.

No sentido formal destes dois valores, previsibilidade significa que o caso deve ser resolvido de acordo com as normas previamente estabelecidas, ou melhor, deve ser resolvido de acordo com o modelo de decisão previamente estabelecido; e

²³ Ao afirmar que o resultado “não era desejado”, não se quer dizer que o juiz já tenha uma decisão prévia e que, deliberadamente, apenas busque fundamentos para ela, mas que há decisões que

igualdade significa que casos iguais devem ser resolvidos igualmente. Portanto, os casos similares resolvidos sem similaridade precisam ter uma justificativa plausível.

Para os casos difíceis, para atender ao fim teórico da previsibilidade, o juiz deve ter como ponto de partida as regras postas e deve se ater o mais que possível para atendê-las, ainda que a moldura hermenêutica permita várias soluções possíveis. Uma vez encontrada uma solução, o próprio juiz se vincula para os futuros casos semelhantes, assim, precisa manter a coerência entre a forma e o fundamento adotados para resolver casos similares. Significa dizer que o juiz tem certa liberdade para a decisão sobre o caso concreto (moldura hermenêutica), mas, uma vez tomada uma decisão, isto é, escolhida uma das alternativas possíveis, o juiz se vincula a ela para os casos considerados semelhantes, ou melhor, não se vincula à decisão propriamente, mas ao fundamento da decisão.

Para resolver um caso difícil todos os métodos tradicionais podem ser utilizados. Neste sentido, de certo modo, o juiz quando resolve um caso difícil usa um pouco de retórica e de argumentação, os métodos tradicionais passam a ser usados não como métodos para se conhecer a decisão, mas como estratégias para justificar a decisão. No entanto, os juízes usam o método retórico em um sentido diferente: o juiz busca uma só solução correta. Se tem várias opções, é porque a valoração pode ser diferente, mas espera-se a valoração sincera. Assim, todos os métodos são aplicados e aquele que obtiver o resultado mais justo é o escolhido. Justo no sentido que o juiz estima²⁴. O fim teórico da arte do juiz é, portanto, um

atentam contra os sentimentos e os valores do que o juiz acha correto. Assim, aquelas decisões que são indiferentes não são recusadas.

²⁴ Sobre o sentido da valoração do juiz na busca da decisão justa, cf. a posição de Recaséns Siches em sua doutrina da lógica do razoável. L. Recaséns Fiches. Nueva filosofía de la interpretación del derecho.

juízo prescritivo, que o juiz poderá ou não atender; mesmo que atenda, não há garantias de que ele encontrará a decisão correta ou mesmo que exista a decisão correta. Talvez seja este o sentido, prescritivo, da defesa de Dworkin por uma só decisão correta.

Assim, todas as fontes, também, são válidas, seguindo uma ordem paradigmática. Como, por exemplo, o reconhecimento da primazia da lei sobre as outras fontes do direito. Neste sentido, a atividade dos juízes é mais conservadora que a dos outros operadores judiciais do direito, principalmente porque cabe ao juiz a responsabilidade da decisão.

Entre a lógica e a retórica: há uma resposta correta para os casos difíceis?

A hermenêutica jurídica tradicional foi construída com uma marcante preocupação com a ordem, com a segurança jurídica e com a previsibilidade e a certeza das decisões judiciais. Para tanto, os métodos jurídicos se constituíram como métodos racionais e sistemáticos. Assim, pretensamente um sistema lógico, o direito prometia um sistema de idéias relacionadas entre si, com estreita observância dos princípios da identidade, da não contradição e do terceiro excluído²⁵.

Luís Fernando Coelho resume a crítica de fundo²⁶ que se faz à hermenêutica jurídica tradicional:

²⁵ Sobre as características de um sistema lógico cf. Fábio Ulhoa Coelho. Lógica jurídica e interpretação das leis, p. 87.

Contudo, a possibilidade de antinomias reais e de lacunas num conjunto sistemático de normas jurídicas caracteriza a desconsideração de princípios lógicos e inviabiliza, por isso, o empreendimento teórico de se tratar o direito sob o ponto de vista da lógica. Em suma, o sistema jurídico não é lógico²⁷.

A crítica à racionalidade no direito resultou também na incerteza sobre a decisão judicial, ainda que se procure encontrar um sentido mais amplo de racionalidade abrangendo uma racionalidade não analítica, como a lógica do razoável de Recaséns Siches ou os raciocínios dialéticos descritos por Aristóteles.

Diante da crítica a doutrina tradicional da hermenêutica jurídica - resumidas em obras como as de Savigny²⁸, de Emilio Betti, de Ferrara²⁹ e, no Brasil, em obras como as de Carlos Maximiliano³⁰, de Vicente Ráo³¹ e de Alípio Silveira³² – o debate atual versa, sobretudo, sobre a possibilidade e os limites de se obter uma decisão correta sobre um caso jurídico. Em grande parte, deve-se a Ronald Dworkin que o debate tenha se mantido e que a hermenêutica jurídica não tenha seguido a trilha do relativismo extremado ou do ceticismo, como foi a opção das teorias chamadas de realistas.

Por fundamentos diferentes, autores como Robert Alexy, Chaïm Perelman e Neil MacCormick defendem que, para os casos difíceis, há sempre mais do que uma alternativa correta possível. Neste sentido, até aqui, esta tese já havia sido proposta por Hans Kelsen. No entanto, diferentemente do jusfilósofo austríaco, Alexy, Perelman e MacCormick acreditam que a decisão não é resultado apenas da

²⁶ João Paulo Allain Teixeira também sistematizou sob a perspectiva da história da filosofia os fundamentos do predomínio da racionalidade e da sua insuficiência na modernidade. Cf. João Paulo Allain Teixeira. Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito.

²⁷ Luís Fernando Coelho. Lógica e interpretação das leis.

²⁸ Cf. Friedrich Karl von Savigny. Metodologia jurídica.

²⁹ Cf. Francesco Ferrara. Interpretação e aplicação das leis.

³⁰ Cf. Carlos Maximiliano. Hermenêutica e aplicação do direito.

³¹ Cf. Vicente Ráo. O direito e a vida dos direitos.

vontade do órgão aplicador do direito, mas o resultado da aplicação de uma racionalidade não analítica³³.

Neste sentido, a posição de Perelman é “que a solução justa parece ser menos o resultado da aplicação indiscutível de uma regra incontestada do que da confrontação de opiniões opostas e de uma decisão subsequente, por via de autoridade”³⁴. Destaca, portanto, os métodos e as técnicas de convencimento e persuasão em detrimento de métodos pretensamente de cognição, como é a pretensão dos métodos da doutrina tradicional³⁵.

Recaséns Siches, na teoria da lógica do razoável, enfatizou o aspecto da intuição para a busca do justo. No caso de Recaséns Siches, mais do que nos outros, traz também uma dimensão irracional oculta, como confirma a opinião de Luís Fernando Coelho: “a lógica do razoável está voltada especialmente para a adequação das soluções aos casos reais, ainda que elas sejam irracionais. Mas são as melhores”³⁶.

Em sentido inverso, Ronald Dworkin defende uma tese racionalista e ao mesmo tempo antipositivista. Neste último aspecto se diferencia da doutrina tradicional. Dworkin enfatiza o papel dos princípios para o que a doutrina tradicional chamaria de função integradora. Assim, para cada caso há apenas uma solução correta, se houver antinomias ou lacunas, os princípios servirão de fundamento para a decisão, portanto, sem a necessidade do julgador criar normas para o caso ou

³² Cf. Alípio Silveira. *Hermenêutica no direito brasileiro*.

³³ Parece ser necessário fazer justiça a Kelsen. Enquanto que Alexy, Perelman e MacCormick estão preocupados com temas da “filosofia não-acadêmica”, a posição de Kelsen é uma teoria da “filosofia acadêmica” (no sentido empregado por Recaséns Siches).

³⁴ Chaim Perelman. *Lógica jurídica*, p. 9.

escolher a decisão mais correta das possíveis. A busca pela decisão correta, no entanto, não se perde em construções teóricas visando apenas resolver o caso segundo as normas postas, a decisão correta precisa ser também uma decisão justa.

Entre o prescritivo e o descritivo

Ronald Dworkin lembra que ao defender a tese de que existe apenas uma solução correta, não quer dizer que os juízes decidirão assim. Neste aspecto, a posição de Dworkin parece ser muito próxima da posição de Recaséns Siches. Ambos acreditam que o juiz pode decidir da forma mais correta, ou melhor, que o juiz decidirá da forma justa. Mas cada um, a seu modo, também, explica que esta decisão justa é incerta, que só se saberá no momento da concretização, ou seja, no momento da decisão.

Assim, as teorias de Dworkin e de Recaséns Siches tornam-se compreensíveis, se entendidas como teorias prescritivas e não como teorias descritivas. Torna-se, portanto, irrelevante discutir, se é possível se chegar à decisão correta/justa ou se é possível saber se a decisão tomada foi justa/correta. Poder-se-ia usar o criticismo de Karl Popper para sair deste impasse, mas as decisões judiciais não se submetem ao juízo de falseabilidade para se saber se são justas ou não.

³⁵ Luís Fernando Coelho procura destacar o aspecto central da teoria de Perelman: “Perelman parte da idéia de auditório; quem argumenta, o faz para alguém, assim, argumentar é dialogar, enquanto que raciocinar é monologar”. Luís Fernando Coelho. *Lógica e interpretação das leis*.

³⁶ Luís Fernando Coelho. *Lógica e interpretação das leis*, p. 155.

Sendo teorias prescritivas, é a postura dos juízes frente ao caso que determina que só há uma resposta correta, ou seja, é uma doutrina que impõe aos juízes o dever de observar o caso **como se** existisse apenas uma decisão justa, e que, por isto, buscarão chegar a esta decisão.

Sob este aspecto, prescritivo, o juiz que parte da premissa que não há uma decisão correta, tenderá mais que os outros a destacar o aspecto da vontade sobre o aspecto da racionalidade e tenderá a destacar o aspecto da valoração pessoal sobre o aspecto da valoração normativa ou social. Uma teoria prescritiva produz seus efeitos sim, e deve ser considerada apenas como tal.

A arte dos juízes e as outras artes jurídicas

Tratou-se neste capítulo da arte dos juízes. Essas conclusões só valem para este caso; portanto, não podem ser estendidas indiscriminadamente para a arte dos advogados, dos legisladores, dos controladores, dos doutrinadores, dos professores etc.

Não há uma ciência da interpretação jurídica no sentido de estabelecer a fórmula para dar respostas certas (certas, verdadeiras, objetivas) para os casos, sejam eles fáceis ou difíceis. Há, no entanto, ciências jurídicas que descrevem, parcialmente, o fenômeno jurídico; como, por exemplo, aquelas que sistematizam as normas jurídicas emanadas das leis, resolvendo antinomias no plano abstrato, ou aquelas que sistematizam as decisões dos tribunais superiores extraindo delas um padrão de decisões, ou ainda aquelas que indutivamente encontram costumes

jurídicos na prática cotidiana de um povo. Todas estas ciências jurídicas estão voltadas para o passado ou para o presente, estão voltadas para a contemplação e não para a ação. Nelas só há certeza, verdade e objetividade nesta dimensão. Para o futuro, para a prática, estas ciências só valem como subsídios para as artes jurídicas.

As artes jurídicas são apenas caminhos que melhor conduzem para fins determinados³⁷. Portanto, a alteração dos fins significa também a mudança de rota. Também, como arte, apenas se conduz para o melhor caminho, pois não há o caminho certo válido para todos os casos. Encontrar um caminho para cada caso não significa que poderá ser repetido êxito, assim como não encontrá-lo em um caso não significa que não possa ser encontrado em outro. Vale, então, a lição de Aristóteles em *Ética a Nicômaco* sobre a virtude, que é um conhecimento prático: “Quanto às várias formas de excelência moral, todavia, adquirimo-las por havê-las efetivamente praticado, tal como fazemos com as artes. As coisas que temos de aprender antes de fazer, acendemo-las fazendo-as”³⁸.

Um bom método só vale para quem quiser utilizá-lo. Assim, um método para a decisão justa pode não encontrar acolhida em um juiz que não queira decidir com justiça. A validade da decisão não está condicionada ao método. Como Hans Kelsen afirmava: a decisão judicial é um ato de vontade, portanto, o juiz não precisa seguir o método, precisa apenas decidir dentro da moldura hermenêutica. O método está disponível para quem quiser usá-lo, mas não é um dever usá-lo.

³⁷ Neste sentido, Abelardo Torre entende por *técnica em geral*, o conjunto de procedimentos que se seguem para chegar a um objetivo dado, isto é, para realizar um fim concreto. Abelardo Torre. Introducción al derecho, p. 255.

³⁸ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, p. 35.

Ao mesmo tempo em que estas conclusões constataam a liberdade do juiz em relação aos textos, afirmando o caráter criativo da atividade judicial, o juiz também se encontra preso como todos os outros seres humanos. Assim, fica livre não para fazer o que quer, mas para fazer o que pode.

CAPÍTULO II - SUBSÍDIOS PARA UMA CIÊNCIA PRAGMÁTICA DA LEGISLAÇÃO

Uma alternativa para a cientificidade do direito: retorno às origens do pensamento de Thomas Kuhn e de Karl Popper – o pragmatismo (ou o direito para o homem-mau)

As idéias mais importantes das teorias de Thomas Kuhn e de Karl Popper (com destaque para as de paradigma, de comunidade científica, de ciência normal, de falseabilidade, de tentativa e erro) podem ser encontradas também em precursores como David Hume³⁹ e Charles S. Peirce. São a partir de duas idéias fundamentais que os postulados da nova filosofia da ciência se estruturam: hábito e crença.

Importantes elementos da teoria de Thomas Kuhn e da teoria de Karl Popper foram antes apresentados de forma um pouco diferente pela filosofia pragmática. É o caso, por exemplo, das idéias de conjectura e de falseabilidade de Popper apresentadas anteriormente por Charles S. Peirce; ou da idéia de comunidade científica, a quem pela teoria de Thomas Kuhn cabe a tarefa de reconhecer o

³⁹ Na obra de Hume, destacam-se: Investigação acerca do entendimento humano, Tratado da natureza humana, Uma investigação sobre os princípios da moral. Sobre Hume, cf., também, João Paulo Monteiro. Hume e a epistemologia.

paradigma, apresentada anteriormente por Peirce como comunidade filosófica (mentes disciplinadas e de boa-fé)⁴⁰.

A filosofia pragmática⁴¹ tenta estabelecer um ponto médio entre a impossibilidade de conhecer as coisas como elas são e a necessidade dos homens de conhecê-las para viver. É nesse sentido que, para a filosofia pragmática, as conclusões científicas têm alguma referência com o real⁴². Assim, a ciência, no pragmatismo, não tem a ambição de descobrir completa e absolutamente o conhecimento e a verdade, como se estivessem imóveis e escondidos, esperando serem encontrados; a ciência, no pragmatismo, é apenas procedimento e método de aplicação contínua e sem fim que visa ampliar cada vez mais o conhecimento e evitar e corrigir os erros⁴³. A crença de que os homens estão em constante adaptação, assim como o mundo, também significa que melhoram as possibilidades de conhecimento humano, assim como mudam também o objeto do conhecimento e as necessidades humanas.

Diante da impossibilidade de conhecer as coisas em si, mas da necessidade de conhecê-las para sobreviver, o conhecimento humano, ainda que tenha uma referência ao real, não passa de crença. David Hume explicava que o simples fato

⁴⁰ “Não é isoladamente que podemos razoavelmente esperar atingir a filosofia última a que visamos; portanto, só podemos buscá-la através da comunidade dos filósofos. Logo, se mentes disciplinadas e procedendo com boa fé examinarem cuidadosamente uma teoria e se recusarem a aceitá-la, isso deverá criar dúvidas na mente do seu próprio autor”. Charles S. Peirce. *Antologia filosófica*. p. 28.

⁴¹ Pragmatismo é “a opinião segundo a qual a metafísica será amplamente clarificada pela aplicação da seguinte máxima que visa conseguir clareza: ‘considerar os efeitos práticos que possam pensar-se como produzidos pelo objeto de nossa concepção. A concepção destes efeitos é a concepção total do objeto’”. Charles S. Peirce. *Escritos coligidos*. (Os pensadores), p. 5.

⁴² “A importância para a vida humana no sentido de ter-se crenças verdadeiras a respeito de assuntos de fato, é algo por demais notório. Vivemos em um mundo de realidades que podem ser infinitamente úteis ou infinitamente danosas (...) A posse da verdade, longe de ser aqui um fim em si, é somente um meio preliminar em direção a outras satisfações vitais”. William James. *Pragmatismo e outros ensaios*, p. 118.

⁴³ “A verdade de uma idéia não é uma propriedade estagnada nessa idéia”. William James. *Pragmatismo e outros ensaios*, p. 117.

de relacionar uma determinada causa a um determinado efeito no passado, mesmo que esse fenômeno tenha se repetido várias vezes, não pode induzir a conclusão de que o mesmo fato será repetido no futuro; o que acontece é apenas que, por se habituar sempre a ver uma determinada causa produzir um determinado efeito, apenas por hábito, passa-se a crer que aquela causa produzirá o mesmo efeito no futuro também⁴⁴. O conhecimento, ou seja, a crença, nada mais é do que o hábito⁴⁵ de ver o passado e conjecturar que acontecerá a mesma coisa no futuro⁴⁶. O conhecimento não passa de uma crença e uma crença não passa de um hábito dirigido para a ação⁴⁷.

A crença, porém, é a única forma que os homens e todos os outros seres têm para agir no mundo com alguma segurança, com alguma certeza, com alguma previsibilidade. Assim, o conhecimento pelo conhecimento, o conhecimento pela contemplação, é impossível e é inútil; no entanto, o conhecimento para a ação, a crença para a ação, é útil. A crença permite que a partir de experiências passadas se possa ter alguma segurança na ação futura, essa segurança consiste na possibilidade de prever (ou de predizer) o futuro. A constatação por Hume e, depois,

⁴⁴ “Somos determinados exclusivamente pelo hábito de supor o futuro conforme o passado. Quando vejo uma bola de bilhar movendo-se em direção a outra, minha mente é imediatamente levada pela hábito ao efeito costumeiro, e antecipa minha visão, concebendo a segunda bola em movimento. (...) nada há, nesses objetos considerados abstrata e independentemente da experiência, que me leve a tal conclusão. (...) Não é pois a razão que conduz a vida, mas o hábito”. David Hume. *Resumo de um tratado da natureza humana*, pp. 69-71.

⁴⁵ “A crença possui a natureza de um hábito”. Charles S. Peirce. *Antologia filosófica*, p. 66.

⁴⁶ “O sentimento de crença é uma indicação mais ou menos segura de que se está estabelecendo na nossa natureza um hábito que determinará as nossas ações”. Charles S. Peirce. *Antologia filosófica*, p. 64.

⁴⁷ David Hume já compreendia o conhecimento como hábito, mas diferentemente dos pragmatistas não considerava a possibilidade do uso da razão para fazer predições por abdução: “Nenhuma questão de fato pode ser provada senão a partir de sua causa ou de seu efeito. Nada pode ser conhecido como sendo causa de outra coisa senão pela experiência. Não podemos apresentar razão alguma para estender ao futuro nossa experiência do passado; mas somos inteiramente determinados pelo costume quando concebemos um efeito segundo a sua causa habitual. Mas também cremos que um efeito se segue, ao mesmo tempo em que o concebemos”. David Hume. *Resumo de um tratado da natureza humana*, pp. 81-3.

por Kant de que é impossível à razão ter a certeza de predições verdadeiras, pode-se ter, pelo menos, predições mais prováveis de acontecer. O estudo científico, nesse contexto, serve para fazer predições e para aumentar as possibilidades de predições; é nesse sentido que se afirmou que o objetivo da ciência é ampliar o conhecimento (ampliar as predições) e evitar e corrigir o erro (evitar as predições improváveis e corrigir as predições frustradas).

A verdade para a filosofia pragmática, portanto, é a probabilidade do enunciado produzir os efeitos práticos previstos e a veracidade é a verificação de que os efeitos práticos foram produzidos tal como previstos⁴⁸. Espera-se com o conceito pragmatista de verdade encerrar boa parte das contendas filosóficas⁴⁹, que se perdiam em sutilezas ou no uso impreciso e diferente das palavras; a verdade assim está nos fatos, nas conseqüências fáticas dos enunciados⁵⁰, e não nos enunciados.

Como se verá a seguir a idéia de crença e o conceito pragmatista de verdade são úteis para uma ciência do direito renovada.

⁴⁸ “As idéias verdadeiras são aquelas que podemos assimilar, validar, corroborar e verificar”. William James. Pragmatismo e outros ensaios, p. 117.

⁴⁹ “O método pragmático é, primeiramente, um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente.” William James. Pragmatismo e outros ensaios, p. 44. “Mas qual o objetivo do pragmatismo? Que é que se espera dele? Espera-se que ponha um termo às disputas filosóficas que a mera observação dos fatos não pode decidir, e na qual cada parte afirma que o outro é que está errada. O pragmatismo sustenta que ambos os adversários lavram um equívoco. Atribuem sentidos diferentes às palavras, ou usam-nas sem qualquer sentido definido”. Charles S. Peirce. Escritos coligidos. (Os pensadores), p. 6 (Cf. também Charles S. Peirce. Semiótica, p. 193).

⁵⁰ “O método pragmático nesses casos é tentar interpretar cada noção traçando as suas conseqüências práticas respectivas. (...) Sempre que uma disputa é séria, devemos estar em condições de mostrar alguma diferença prática que decorra necessariamente de um lado, ou de outro está correto”. William James. Pragmatismo e outros ensaios, p. 44. “Para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver – que sensações devemos esperar daí, e que reações devemos preparar”. William James. Pragmatismo e outros ensaios, p. 45.

A ciência pragmática como modelo para o direito ou o direito como modelo de ciência pragmática

Para Charles S. Peirce, a investigação científica deve ter início com uma dúvida sincera, isto é, deve ter início com a constatação de um problema real que precisa ser resolvido. A atividade científica, portanto, é feita a partir e para a resolução de problemas práticos.

O paradigma hegemônico considera o direito como sistema, a *Jurisprudência dos conceitos* de forma extremada defendeu que o direito era um sistema pleno e hermético. A influência cartesiana é nítida, parte-se de normas mais gerais das quais se podem deduzir normas mais específicas e até normas específicas para os casos. Possíveis problemas como antinomias ou lacunas, em um sistema hermético e pleno, são incompreensíveis, assim o raciocínio do jurista cartesiano parte das normas e não dos problemas e considera os problemas como pseudo-problemas.

A aplicação do método pragmatista ao direito parte necessariamente de considerar o direito como uma ciência voltada para resolver problemas práticos. Um olhar mais atento, inclusive, pode perceber que a vocação do direito é para a prática; foi essa também a constatação de Eugen Ehrlich.

Ehrlich demonstra que os casos antecedem as normas para resolver os casos, e que as normas são apenas a generalização das normas de decisão dos casos anteriores valendo para os próximos casos. Mesmo na legislação, em que não há diretamente uma norma de decisão que se generalizou, há casos reais que o antecederam, mesmo que não tenham sido ainda levados aos tribunais ou mesmo

que os tribunais tenham até então decidido de forma diferente a pretensão do legislador⁵¹. Em todas as situações os casos antecederam às normas, assim, mesmo que inconscientemente, dentro do paradigma cartesiano, o direito também é voltado para a prática, mas, quando não se reconhece o caráter problemático do direito, as imprecisões, as controvérsias doutrinárias e o esforço tornam-se maiores.

A dúvida sincera de Charles S. Peirce é, portanto, o ponto de partida de qualquer investigação jurídica, sendo que, para o direito, resolver problemas jurídicos não é apenas útil, é necessário.

Outro elemento desprezado pelo paradigma cartesiano, mas que também tem íntima relação com o direito é o hábito. Aristóteles e S. Tomás de Aquino já dedicavam boa parte dos seus estudos sobre o direito para estudar o hábito. Para a tradição aristotélico-tomista, o hábito serve para que as sociedades humanas se conduzam para a retidão sem que seja preciso impor coação generalizada e sem que seja preciso que todos sejam convictamente virtuosos. O bom hábito, portanto, faz com que se possa ter uma prática virtuosa sem ser virtuoso. Não só o hábito de se conduzir licitamente faz com que seja mais fácil continuar a obedecer ao direito, como o direito também é uma fonte de criação do hábito, principalmente quando impõe sanções a quem não se conduz licitamente; no primeiro momento, então, a

⁵¹ “O pretor romano, o imperador dos franceses e dos germânicos, o chanceler inglês decidem de acordo com o que consideram justo e moral, portanto, de acordo com normas extrajurídicas. O direito pretoriano e a *equity* inglesa, surgidas predominantemente a partir de normas da moralidade, do costume, das boas maneiras, transformam-se, com o tempo, em sistemas jurídicos; mas isto apenas prova que a principal diferença entre o direito e estas normas extrajurídicas está em sua firmeza, sua determinação e na sensação generalizada de sua importância social, não em seu conteúdo. O princípio de que se deveria julgar exclusivamente com base no direito, porém, nunca passou de uma ilusão, mesmo nos tribunais totalmente estatizados da Europa continental”. Eugen Ehrlich. Fundamentos de sociologia do direito, p. 103. Toda norma de decisão já contém dentro de si o embrião de um preceito jurídico. A norma de decisão transforma-se em preceito jurídico, quando se cristaliza seu conteúdo fundamental, se o redige em palavras, com a pretensão de generalidade autoritativa proclamada. Cf. Eugen Ehrlich. Fundamentos de sociologia do direito, p. 135.

conduta é lícita pelo medo da sanção, posteriormente, a conduta é lícita pelo hábito. Há, assim, entre o hábito e o direito um aspecto pedagógico. E indiretamente, por imitação, ao se perceber que todos têm o hábito de se conduzir de determinada maneira, passa-se a adotar o mesmo hábito.

Na filosofia pragmatista, o hábito não diz respeito apenas à ética. O hábito de percebermos o mundo do mesmo jeito e seguindo o mesmo padrão de fenômenos faz crer que o mundo é assim e continuará assim. O conhecimento, portanto, é uma crença e a crença é um hábito.

Há, no entanto, bons hábitos e maus hábitos. Para o pragmatismo, o bom hábito na ética, no direito ou em qualquer atividade humana é sempre um hábito verdadeiro. E verdade, para os pragmatistas, é produzir conseqüências práticas reais. O hábito, portanto, não é bom em si, o hábito é bom, se o fim prático que almeja é real e útil como disposição para ação⁵².

Em *A fixação da crença*⁵³, Charles S. Peirce explica que a crença tem início com a dúvida (a dúvida sincera já tratada anteriormente), a dúvida produz uma sensação de desconforto⁵⁴ que só poderá aplacada com uma resposta também sincera, só o hábito de ver o mundo como relações de causa e efeito pode dar algum conhecimento provável; o desconforto causado pela dúvida é, então, aplacado com a crença de que a experiência do passado pode dar uma disposição segura para a ação futura⁵⁵. Todas as vezes, no entanto, que essa disposição

⁵² “O hábito é bom, ou não, consoante ele produz, ou não, conclusões verdadeiras a partir de premissas verdadeiras”. Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 62.

⁵³ Usou-se a versão Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 59 e seguintes.

⁵⁴ “A irritação da dúvida é o único motivo imediato para desencadear a luta através do qual se visa atingir a crença” Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 65.

⁵⁵ Aplicando ao direito, Benjamin Cardozo registra que “[...] o direito, assim como outros ramos das ciências sociais, deve satisfazer-se com o provar a validade de suas conclusões pela lógica das

segura para a ação não se mostrar segura, isto é, não produzir as conseqüências esperadas, nova dúvida precisa ser respondida por nova crença.

O paradigma hegemônico do direito, estranhamente, ignora a força do hábito na condução das ações humanas. Elemento que não é desconsiderado pela filosofia pragmática, basta ver os estudos sobre o hábito na psicologia social desenvolvidos por John Dewey⁵⁶.

O direito voltado para o futuro

John Dewey lembra que

o hábito não nos asseguraria contra o erro, mas o converteria em sua fonte de instrução; não nos protegeria contra futuras aparições de dificuldades sérias, mas nos capacitaria para encararmos às contrariedades sempre recorrentes com um cabedal cada vez maior de conhecimentos.⁵⁷

O conhecimento como crença e a verdade como utilidade só fazem sentido para uma investigação científica voltada para o futuro a partir da experiência passada. Os problemas que se quer resolver na dúvida sincera de Charles S. Peirce,

probabilidades, sem exigir a lógica da certeza. [...] Quando existe grau de probabilidade tão elevado, que conduz à segurança razoável de que certa conclusão deveria ser e será incorporada em julgamento, falamos desta conclusão como constituindo direito, embora o julgamento ainda não tenha sido proferido e conquanto, concebivelmente, ao ser proferido possa desapontar a nossa expectativa”. Benjamin Cardozo. A natureza do processo e a evolução do direito, p. 126. O mesmo autor complementa: “Os julgamentos somente têm importância para o estudante, e tão somente, enquanto permitem uma predição razoável de que idênticos julgamentos serão proferidos, se situações semelhantes se repetirem”. Benjamin Cardozo. A natureza do processo e a evolução do direito, p. 128.

⁵⁶ Da vasta produção acadêmica de Dewey, vale cf.: La busca de la certeza, Libertat y cultura, Lógica, Minha filosofia do direito, Natureza humana y conducta, Reconstrução em filosofia, Teoria da vida moral.

⁵⁷ John Dewey. Natureza humana y conducta, p. 23.

não são problemas experienciados simplesmente, são dificuldades, obstáculos, controvérsias, que se espera ver se repetir no futuro. O surgimento da dúvida, por si, significa que o conhecimento atual (a crença atual) não é satisfatório para resolver o problema futuro; deve-se construir, portanto, nova crença⁵⁸.

As novas crenças, portanto, nascem como conjecturas, como hipóteses, como um palpite bem fundamentado. As novas crenças nascem, sobretudo, de uma criatividade despreocupada com os velhos hábitos e que pretende dar novas (e melhores) soluções para problemas velhos ou para dar soluções a novos problemas.

À essa formulação de conjecturas e de hipóteses, Charles S. Peirce denomina de abdução⁵⁹. Para Peirce, inclusive, a única fonte de conhecimento novo é a abdução⁶⁰. A abdução⁶¹ consiste assim na

adoção provisória de uma hipótese em virtude de serem passíveis de verificação experimental todas as possíveis conseqüências, de tal modo que se pode esperar que a persistência na aplicação do mesmo método acabe por revelar seu desacordo com os fatos, se desacordo houver⁶².

⁵⁸ “O objetivo do raciocínio é descobrir, a partir da consideração daquilo que já conhecemos, algo outro que ainda não conhecemos. Em conseqüência, o raciocínio é bom se nos conduz a uma conclusão verdadeira partindo de premissas verdadeiras; o raciocínio não é bom em qualquer outro caso. Portanto, a questão da validade é uma questão de fato e não de pensamento”. Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 61.

⁵⁹ “Não temos nenhum poder de introspecção; pelo contrário, todo o conhecimento do mundo interno é derivado por raciocínio hipotético a partir do nosso conhecimento dos fatos externos. (...) Não temos nenhum poder de intuição, pois cada cognição é determinado logicamente por cognições prévias”. Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 29.

⁶⁰ “Todo raciocínio válido é dedutivo, indutivo ou hipotético; ou, ainda, combina dois ou mais desses tipos”. Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 33. “Abdução é o processo de formação de uma hipótese explanatória. É a única operação lógica que apresenta uma idéia nova (...). Um homem deve estar cabalmente louco para negar que a ciência efetuou muitas descobertas verdadeiras. Contudo, cada um dos itens singulares da teoria científica que estão hoje formados deve-se à abdução”. Charles S. Peirce. Semiótica, p. 220.

⁶¹ Peirce usa indistintamente abdução, retrodução e hipótese com o mesmo significado: “retrodução (...) porém mal interpretada em virtude de uma deturpação em seu texto e geralmente traduzida, nesta forma errônea, por abdução (...)”. Charles S. Peirce. Semiótica, p. 5.

⁶² Charles S. Peirce. Semiótica, p. 6.

Note-se uma mudança sintomática, principalmente se confrontada com teorias empiristas, como a do Círculo de Viena; não é a observação minuciosa o núcleo da atividade científica, embora seja também de suma importância para a ciência, mas é a criatividade, a capacidade de inovar, a capacidade de criar alternativas, que é o núcleo da atividade científica. Corroboram esse tipo de entendimento a aplicação de elementos da teoria darwinista ao pragmatismo e o entendimento de que a sobrevivência se dá, sobretudo, pela capacidade de adaptação, ou seja, pela capacidade de mudar para melhorar ou para se ajustar às novas circunstâncias⁶³. Vale a ressalva de que a criatividade não nasce do nada, que todo o conhecimento (toda a crença) é construído a partir de outras crenças.

Em algumas ciências é possível que as novas crenças possam ser verificadas em menor escala, em laboratórios, por exemplo, controlando as variáveis e os efeitos. As novas crenças verificadas em laboratório ganham ainda mais credibilidade. Nas ciências sociais, no entanto, as novas crenças não podem ser verificadas em menor escala; nesse caso a crença é aceita no início com muita insegurança e só com o tempo ela pode ser reforçada. Diante da impossibilidade de se verificar as novas crenças das ciências sociais em escala menor, para dar maior credibilidade à crença, é imprescindível a comparação com modelos similares. Também, isto torna as ciências sociais mais conservadoras que as ciências verificadas em laboratório. Podendo-se verificar em laboratório, podem-se testar

⁶³ Sobre o pragmatismo de William James: “As idéias são instrumentos pelos quais dominamos as dificuldades da vida. Segundo Darwin, subsiste ou vence sempre o que melhor se adapta. Por isso, econômica e politicamente, moral e religiosamente, se imporá sempre o que tenha melhores idéias. (...) As idéias não estão aí para explicar o mundo fechado e direito, mas para configurar a matéria bruta rebelde em um mundo habitável e prático”. Johann Fischl. Manual de historia de la filosofia. Cf., também, a obra de importante pragmatista contemporâneo, Richard Rorty; destacam-se: A filosofia e o espelho da natureza, Objetivismo, relativismo e verdade, Pragmatismo e política, Pragmatismo, filosofia analítica e ciência.

mais conjecturas em menor tempo sem causar grande prejuízo e sem afetar muitas pessoas. Mas, nas ciências sociais, que não podem ser verificadas em escala menor, reforça que se apegue às crenças velhas e que só se adotem novas crenças, quando o risco do insucesso da nova crença for menor que os prejuízos causados pela crença velha.

O direito para o homem mau

Em *Como deixar suas idéias claras*, Charles S. Peirce explica que todo pensamento visa estabelecer um novo hábito e que, se os seres humanos não precisassem modificar seus hábitos, o pensamento jamais seria possível. Os seres humanos se diferenciam assim dos outros seres pela capacidade que têm de modificar hábitos⁶⁴ No entanto, não se deve confundir pensamento com crença; pensamento é “um processo consciente e ativo, e, portanto, não é o mesmo que crença, porque a crença é apenas um estágio de preparação para a ação”⁶⁵.

Assim como a crença e o pensamento, o direito é voltado para a ação no futuro. E assim como a crença e o pensamento, o direito reforça hábitos úteis e procura modificar hábitos inúteis ou prejudiciais. Mas o direito, principalmente, se considerarmos direito em um sentido restrito, relacionado com a possibilidade de coerção institucionalizada, como o direito estatal, não interfere em todos os aspectos da vida social; pelo contrário, outras regras sociais são mais presentes na vida cotidiana das pessoas que as regras jurídicas e outras instâncias da vida social

⁶⁴ John R. Shook. Os pioneiros do pragmatismo americano, p. 53.

⁶⁵ John R. Shook. Os pioneiros do pragmatismo americano, p. 59.

resolvem muitos mais conflitos que as instâncias estatais. Não se pode negar, em todo caso, o poder coercitivo do direito estatal para as condutas que o Estado considera relevantes.

É possível ainda afirmar que a maioria das pessoas obedece ou desobedece às leis por hábito. Porque sempre se fez assim ou porque foi percebido que os outros sempre fizeram assim. A maioria dos conflitos entre as pessoas também são resolvidos por outras instâncias não estatais, e mais uma vez por hábito se reconhece a autoridade desses julgadores. Dessa maneira, o recurso à intervenção estatal, geralmente, é excepcional. Geralmente, o recurso à intervenção estatal só se dá quando a crença (o hábito) não está firmemente assentada em uma sociedade ou quando não há crença (hábito) para resolver determinada controvérsia. Ou, ainda, o recurso à intervenção estatal se dá quando nem todas as partes envolvidas na controvérsia agem de boa-fé, em outras palavras, quando um dos litigantes é o homem-mau.

Nesse contexto, o direito necessariamente é feito para o homem-mau. Para pessoas de boa-fé, geralmente, as crenças sociais são suficientes para resolver qualquer contenda. Não se entenda que os homens podem ser classificados em pessoas boas e pessoas más; o homem-mau é um elemento presente em todos os indivíduos, é o homem-mau de Thomas Hobbes: egoísta que subtrai todos os interesses aos seus interesses, que pensa apenas nos seus benefícios e que se serve de qualquer ardil para atingi-los⁶⁶. O homem-mau é essa manifestação egoísta presente em todos os indivíduos.

⁶⁶ Na idéia hobbesiana de homem-mau, é a insegurança que cada um tem sobre a ação do outros que o obriga a agir preventivamente como homem-mau: “A esperança de segurança e de

Tanto Eugen Ehrlich quanto Oliver W. Holmes expressam opinião semelhante, de que o direito é feito apenas para o homem-mau. Mais uma vez, vale reforçar o que foi dito há pouco. Não se quer adotar a posição de que a natureza humana seja má e por exclusão que não há bondade nos corações humanos. Apenas se quer dizer que o direito que considerar todos os indivíduos bons será inútil e que o direito que partir da premissa de que todos os litigantes são maus será útil. Essa premissa se reforça com a idéia de que geralmente pessoas de boa-fé resolvem suas contendas sem usar o aparato de coerção do Estado; mas basta que uma delas desejasse satisfazer os seus interesses, a qualquer custo, que se faz necessário o direito, um direito precavido contra ações ardilosas.

Uma passagem de *Fundamentos da sociologia do direito* é elucidativa:

A isto se acrescenta o fato de que, quando surge um litígio, as associações em geral já não estão mais em ordem. Não faz mais sentido tomar sua norma como fundamento para a decisão, pois as normas perderam sua força ordenadora dentro da própria associação. Assim, há necessidade de norma especial de decisão, não para o relacionamento pacífico, mas para a disputa jurídica.⁶⁷

Eugen Ehrlich continua apresentando um exemplo:

Enquanto o esposo e a esposa se entendem, certamente a comunhão de bens ocorrerá normalmente (...) Quando o casamento se torna conflitivo, desaparecem o amor e a confiança que até agora levaram a mulher a viver no regime de comunhão de bens, onde ela de fato já existe. A lei deveria ter optado pela separação de bens, pois esta é a única maneira de proteger a mulher dos abusos do marido”.

conservação para todos consiste em poder cada qual antecipar-se ao seu próximo fazendo uso da força ou com habilidade, às claras ou por meios ocultos”. Thomas Hobbes. De Cive.

⁶⁷ Eugen Ehrlich. Fundamentos da sociologia do direito, p. 100.

No exemplo apresentado por Eugen Ehrlich, os preceitos jurídicos só têm utilidade nas hipóteses de desacordo, de conflito, de ambigüidade. Nesses casos, deve-se partir da premissa de que os litigantes são maus, de que mentirão, de que esconderão provas, de que ocultarão informações etc., do contrário, o direito e o Estado não se fariam necessários.

Partindo de fundamento diferente, a precaução de Oliver W. Holmes é similar à de Eugen Ehrlich:

Se vocês desejam conhecer o direito e nada mais, devem olhar para ele como o homem mau que só se preocupa com as conseqüências materiais que tal conhecimento permita prever, não como um homem bom que encontra suas razões para conduta, seja dentro ou fora do direito, nas sanções da consciência.⁶⁸

Por uma ciência do direito precavida: o estudo da legislação e da organização do poder político

O paradigma moderno do direito forjou a separação entre o jurídico e o político. Assim, duas atividades interdependentes passaram a ser estudadas como manifestações autônomas. A conseqüência direta dessa separação foi considerar a ciência jurídica como a ciência jurídica dos juízes. Vale dizer que a ciência do direito passou a se dedicar quase que exclusivamente ao estudo dos métodos, que conduzem da interpretação dos textos ou das normas à aplicação nos casos

⁶⁸ Oliver Wendell Holmes Jr. O caminho do direito. In Clarence Morris (org.). Os grandes filósofos do direito, p. 427.

concretos. Os textos e as normas são dados ao direito. A produção de textos e de normas importa à política e não ao direito.

Até mesmo juristas pragmatistas fazem essa redução da ciência jurídica à ciência do judicial. É o caso de Oliver W. Holmes que considera o direito como a predição de como os tribunais irão julgar (predição essa formada a partir da observação de como esses tribunais vêm julgando).

Nesse contexto, é desprezada a importância da atuação do Estado pela legislação para a reafirmação de hábitos e para a formação de novos hábitos. É desprezada também a forte crença (hábito) nos países de tradição continental de respeito à lei como principal fonte do direito.

Contudo, a despeito da importância que tem a legislação para o mundo do direito e para a sociedade, a atividade legislativa tem carecido de um fundamento científico. Uma ciência do direito pragmática não pode manter a distinção cartesiana entre direito e política, por conseguinte, não pode manter o seu corolário, que é a separação entre legislação e jurisdição. A ciência do direito pragmática deve ser abrangente o bastante para incluir todas as atividades que digam respeito ao direito, isto é, não só sua aplicação, mas sua produção, sobretudo.

Uma ciência jurídica da legislação que seja pragmática precisa incluir como suas disciplinas: (a) o estudo dos hábitos (fazendo uso, portanto, das ciências sociais de maneira geral), (b) o estudo dos fins (fazendo uso portanto de uma filosofia pragmática), mas sobretudo (c) o estudo de adequação dos meios aos fins (para tanto, deve-se fazer uso de estudos da psicologia social e da lingüística, bem como do estudo de prognoses e do estudo comparativo).

Cabe explicar melhor a terceira disciplina – o estudo da adequação dos meios aos fins. Com a psicologia social será possível não só entender os hábitos, mas também mensurar o impacto que uma lei pode ter sobre os hábitos; com a psicologia social pode-se, por exemplo, aproveitar tendências consideradas maléficas para produzir efeitos benéficos; foi assim que Montesquieu defendeu que a única maneira de proteger a liberdade era por uma engenharia institucional em que a tendência natural à opressão impediria o exercício abusivo do poder. Com a lingüística, a atividade legislativa aperfeiçoaria a capacidade de comunicar prescrições de forma mais precisa, tentando tal como na atividade científica controlar ambigüidades e contradições. Com o estudo de prognoses, se tentará fazer predições de qual impacto determinada lei produzirá na sociedade, assim, a justiça (verdade) da lei poderá ser avaliada pelos resultados esperados (cientificamente esperados) e não pelos idéias que podem lhe dar fundamento. Por fim, em auxílio ao estudo das prognoses, deve-se fazer uso do estudo comparativo de modelos históricos e contemporâneos, a fim de se poder reforçar os prognósticos a partir de resultados similares em outros contextos.

A crença na doutrina cartesiana da separação de poderes vem sendo negada pelos fatos. Um novo contexto, bem diferente do contexto do século XVIII, impõe a necessidade de adaptação da crença sobre a organização do poder político. Pelo que se afirmou, uma abordagem pragmatista do direito não defenderia uma ruptura radical com o paradigma decadente. O novo paradigma (a nova crença), como não pode ser verificado antes em laboratório, deve ser tão conservador quanto possível, deve-se confiar nas crenças que ainda produzem efeitos úteis e deve-se centrar as novas conjecturas para resolver problemas e não para mudar o sistema jurídico.

Reforça essa idéia a tendência conservadora da própria sociedade de se manter fiel aos hábitos, resistindo às inovações, mesmo quando potencialmente (provavelmente) mais favoráveis⁶⁹. Vale lembrar, por exemplo, eventos históricos como a manutenção do direito de família czarista após a revolução bolchevique ou como a manutenção das instituições políticas atenienses, mesmo com as sucessivas alterações da forma de governo.

Assim, parece pertinente formar uma nova crença sobre a organização do poder político, mantendo, por exemplo, a forma da doutrina da separação de poderes, ainda que seu conteúdo esteja adaptado ao novo contexto. Parece pertinente também que se possa resgatar o bem sucedido exemplo da doutrina do governo moderado, que procurava atingir o ponto médio do exercício do poder conjugando aspectos positivos de formas de governo diferentes (necessariamente, a doutrina do governo moderado também precisa ser adaptada para o novo contexto).

Como fundada em uma abordagem pragmatista, essa nova doutrina da separação de poderes deve necessariamente considerar o hábito e usá-lo a seu favor, considerar a doutrina do homem-mau e usar o homem-mau a seu favor e, por fim, considerar sempre a verificação das conseqüências práticas, úteis e benéficas da doutrina, submetendo-a a constante controle e ajustes.

⁶⁹ A posição conservadora não é imune a mudança e não se dá apenas nas ciências sociais: “A força do hábito fará por vezes que um homem sustente as velhas crenças, mesmo após ele se encontrar num estado que lhe permite ver que elas não possuem uma base correta. Mas a reflexão sobre o assunto em questão permitirá vencer esses hábitos e, na realidade, deve permitir que a reflexão surja com toda a sua força”. Charles S. Peirce. Antologia filosófica, p. 74.

PARTE II

PRIMEIRA ANOMALIA: O DILEMA DA LIBERDADE

Segundo Thomas Kuhn, os problemas relevantes para uma comunidade (uma comunidade científica, por exemplo) são determinados pelo próprio paradigma que lhe dá referência⁷⁰. Os problemas, os quebra-cabeças, os enigmas que não podem ser entendidos ou resolvidos a partir e dentro dos contornos do paradigma são, portanto, desconsiderados, isto é, são marginalizados ou excluídos do debate científico, são classificados como não-científicos⁷¹. Um dos indícios da crise paradigmática é quando um destes enigmas não reconhecidos sai da marginalidade e se converte em anomalia no paradigma, ou seja, é um enigma para o qual o paradigma não dispõe de instrumentos para resolvê-lo.

A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado⁷².

Nesse contexto, um dos enigmas (anomalia) que manifestam a crise paradigmática no direito e no Estado é o dilema da liberdade. Trata-se da primeira anomalia porque as bases do paradigma moderno estão assentadas sobre a idéia de liberdade; é a liberdade negativa que fundamenta o liberalismo e é a liberdade

⁷⁰ “A pesquisa normal, que é cumulativa, deve seu sucesso à habilidade dos cientistas para selecionar regularmente fenômenos que podem ser solucionados através de técnicas conceituais e instrumentais semelhantes às já existentes”. Thomas Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 130.

⁷¹ “Já vimos que uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver. Outros problemas, mesmo muitos dos que eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como metafísicos ou como sendo parte de outra disciplina”. Thomas Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 60.

⁷² Thomas Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 78.

positiva que fundamenta a democracia (e, antes das duas, são os males da liberdade natural que fundamentam o absolutismo).

Na ciência [...] a novidade somente emerge com dificuldade (dificuldade que se manifesta através de uma resistência) contra um pano de fundo fornecido pelas expectativas. Inicialmente experimentamos somente o que é habitual e previsto, mesmo em circunstâncias nas quais mais tarde se observará uma anomalia. Contudo, uma maior familiaridade dá origem à consciência de uma anomalia ou permite relacionar o fato a algo que anteriormente não ocorreu conforme o previsto. Essa consciência da anomalia inaugura um período no qual as categorias conceituais são adaptadas até que o que inicialmente era considerado anômalo se converta no previsto. Nesse momento completa-se a descoberta⁷³.

1 O SENTIDO COMPLEXO DA LIBERDADE

Acepções de liberdade

Na Parte II pretende-se estudar os fundamentos teóricos e os objetivos da concepção moderna de liberdade. A partir deste estudo preliminar, pretende-se demonstrar que a construção teórica da concepção liberal de liberdade, assim como sua aplicação, possui contradições, ambigüidades e lacunas, que podem ser sintetizadas no que se denominou neste trabalho de *dilema da liberdade*. O *dilema* consiste no (aparente?) paradoxo de que ao se almejar mais liberdade individual se produz mais restrição e mais risco à própria liberdade individual⁷⁴.

⁷³ Thomas Kuhn. A estrutura das revoluções científicas, pp. 90-91.

⁷⁴ Correlatamente a este problema, a concepção liberal da liberdade pressupõe também a prévia determinação do critério que limita o exercício da liberdade. Neste sentido é o registro de Tércio

Considerando que o tema da liberdade é, por si só, bastante amplo e complexo⁷⁵, faz-se necessário uma apresentação da construção teórica desta concepção liberal de liberdade, bem como destacar as distinções de acepções do vocábulo, como também, ainda que de forma provisória, destacar os outros *enigmas* do paradigma correspondente.

A despeito de todas as possibilidades de conceituação, liberdade será considerada em acepção mais restrita, como liberdade social ou interpessoal⁷⁶. Esta acepção restrita restringe também os problemas, enfatizando aqueles pertinentes a esta especificidade⁷⁷. Assim, grosso modo, no pensamento grego clássico, liberdade (social) significava independência da *polis* em relação a um domínio estrangeiro ou a independência de um grupo social em relação a outro grupo social dentro da *polis*⁷⁸. No pensamento liberal, diferentemente, a liberdade não é usufruída coletivamente, mas individualmente, significa querer e agir sem impedimento ou constrangimento⁷⁹; no pensamento democrático moderno, liberdade é participação política (autonomia)⁸⁰; ou ainda liberdade é a esfera não obrigatória e não proibida pelo direito, portanto é a faculdade medida pela lei⁸¹. Também é possível catalogar concepções diferentes da liberdade social, como a distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos de Benjamin Constant, liberdade negativa e

Sampaio Ferraz Jr.: “como institucionalizar a conhecida fórmula: a liberdade de um começa onde termina a liberdade de outro?” Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 98.

⁷⁵ “A liberdade é, sem dúvida, um dos termos mais controvertidos e mais decisivos na experiência jurídica. Para alguns, ela precede o direito e explica sua possibilidade. Para outros ela resulta do direito e só tem sentido a partir dele” Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 75.

⁷⁶ Cf. Felix E. Openheimer. Liberdade. In Bobbio, Matteucci e Pasquino. Dicionário de política.

⁷⁷ Exemplos em Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Estudos de Filosofia), Miguel Reale (Filosofia do Direito), José Guilherme Merquior (Liberalismo antiga e moderna) e Norberto Bobbio (Liberdade e igualdade).

⁷⁸ Aristóteles (especialmente em Política).

⁷⁹ John Locke ou Thomas Jefferson.

⁸⁰ Jean-Jacques Rousseau.

⁸¹ Barão de Montesquieu.

liberdade positiva de Isaiah Berlin, “liberdade de” e “liberdade para”, tão enfatizadas por Norberto Bobbio.

Estas distinções todas são comuns no debate sobre a liberdade, tratam-se, no entanto, de referências exemplificativas, portanto não excluem diversas outras acepções também correntes e importantes no debate sobre o tema. José Guilherme Merquior, por exemplo, apresentou, organizadas historicamente, quatro acepções: (a) liberdade como intitlamento, que muito se aproxima do que adiante se denominará liberdade republicana ou liberdade como não-dominação⁸², (b) liberdade política que se aproxima da idéia de liberdade dos antigos (de Benjamin Constant) e de liberdade positiva (de Isaiah Berlin)⁸³, (c) liberdade de consciência e de crença, que é a primeira manifestação histórica da liberdade negativa (liberdade moderna)⁸⁴ e (d) liberdade de realização pessoal, que também se aproxima, como complemento, da idéia de liberdade negativa (liberdade moderna)⁸⁵.

José Guilherme Merquior, também, agrupou as diversas vertentes da concepção liberal de liberdade em três grupos: a concepção inglesa, a concepção francesa e a concepção alemã. A variante inglesa começa hobbesiana⁸⁶ (ainda que

⁸² “Liberdade de opressão como interferência arbitrária. Consiste na fruição livre de direitos estabelecidos e está associada a um sentido de dignidade”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 22.

⁸³ “Liberdade de participar na administração dos negócios da comunidade em qualquer nível”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 22.

⁸⁴ “Historicamente tornou-se relevante primeiro como uma reivindicação de legitimidade da dissidência religiosa durante a Reforma européia [...]. A reforma inaugurou uma idade de pluralismo religioso. Isso foi, por sua vez, secularizado no moderno direito de opinião”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 22.

⁸⁵ Os modernos não se sentem livres simplesmente porque seus direitos são respeitados (1), ou porque suas crenças podem ser livremente expressas (2), ou porque, com liberdade, tomam parte do processo de decisão coletiva. Essas pessoas também se sentem livres porque dirigem sua vida mediante opção pessoal de trabalho e lazer. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 23.

⁸⁶ “A escola inglesa de teoria da liberdade, que vai de Hobbes e Locke a Bentham e Mill vê a liberdade como ausência de coerção, ou (na famosa opinião de Hobbes) a ausência de obstáculos externos”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 27.

Thomas Hobbes não possa ser considerado um liberal), considerando liberdade como ausência de obstáculos externos (isto é, ausência de impedimento e constrangimento provocados por outros homens), e termina com Montesquieu (embora Montesquieu não fosse inglês), que equipara a liberdade à permissividade da lei⁸⁷. A variante francesa, rousseauniana, considera liberdade como autonomia, mas autonomia do corpo social, ainda que se expresse pela vontade individual de cada integrante da sociedade⁸⁸. A variante alemã confunde liberdade com realização pessoal, ainda que possa apenas ser alcançada a partir de uma vontade coletiva⁸⁹.

Resumindo: a teoria inglesa dizia que a liberdade significava independência. O conceito francês (de Rousseau) consistia em que liberdade é autonomia. A escola alemã replicou a isso que a liberdade é realização pessoal⁹⁰.

Antes de se desenvolver o estudo sobre esta concepção liberal da liberdade, no entanto, cabe eliminar as confusões mais comuns sobre o emprego do vocábulo liberdade.

Na filosofia, na psicologia e na sociologia, é tema obrigatório considerar se o homem dispõe de livre-arbítrio ou se o seu querer é determinado natural ou

⁸⁷ “É crucial a frase de Hobbes, porque iguala liberdade com tudo o que a lei permite pelo simples fato de que não proíbe. A liberdade política, o que frustra sua própria definição, fora sempre concebida como liberdade *por meio* da lei (e legislação), em lugar de algo *exterior* à lei. A formulação de Hobbes é a fonte da idéia inglesa de liberdade negativa, embora sua formulação clássica dentro do pensamento liberal tenha sido feita por um francês - Montesquieu”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 28.

⁸⁸ “A escola ‘francesa’ de liberdade, como modelo teórico, prefere Rousseau a Montesquieu. [...] Para ele, a forma mais elevada de liberdade consistia na autodeterminação, e a política devia refletir a autonomia da personalidade. Rousseau era um individualista tão radical quanto qualquer um; [...]. Mas ao tratar de liberdade social, ele pôs [...] a liberdade política, bem acima da autonomia civil”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 28.

⁸⁹ “O conceito está estreitamente ligado à liberdade política porque também salienta a autonomia; contudo, não gira em torno da participação política, mas em torno do desdobramento do potencial humano”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 31.

⁹⁰ José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 32.

socialmente. No entanto, para os fins deste trabalho, como já se afirmou, *liberdade* será empregada estritamente no sentido de liberdade social (ou de liberdade interpessoal). Assim, de certo modo, a controvérsia sobre determinismo e livre-arbítrio pode ser afastada⁹¹; de forma que é possível continuar a analisar o tema da liberdade social sem maior prejuízo, mesmo que essa controvérsia não esteja previamente superada. Este recurso de afastar a preliminar é motivado, sobretudo, pela impossibilidade de se ter atualmente uma posição segura e consensual, a despeito dos esforços da comunidade científica. Também, careceria de todo o sentido, se o estudo da liberdade fosse restringido ao estudo da liberdade de agir.

Persiste, no entanto, um tema próximo à controvérsia afastada: a liberdade de querer, distinta da liberdade de agir. A liberdade de querer significa que a vontade é livre; a liberdade de agir significa que a ação é livre. As duas idéias podem ser completamente independentes: minha ação pode ser livre (sem obstáculos) ainda que não seja a ação querida por mim; ou meu querer pode ser livre ainda que minha ação não seja livre⁹².

A oposição entre liberdade de querer e liberdade de agir se tornou relevante com a filosofia cristã⁹³: o livre-arbítrio⁹⁴, ou seja, naquele contexto, a liberdade de querer, significava a genuína expressão da liberdade⁹⁵. Trata-se, no entanto, de uma

⁹¹ “Num trabalho sobre a teoria social (diferentemente de uma obra sobre filosofia geral), a primeira coisa a fazer é descartar o velho dilema de livre-arbítrio *versus* determinismo”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 21.

⁹² “Essa distinção era, na filosofia grega, desconhecida. Nela, querer sem poder não fazia sentido. A vontade ou apetite movia o homem para aquilo que estava a seu alcance e lhe era próprio, isto é, adequado a sua natureza”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 87.

⁹³ Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 87.

⁹⁴ Na filosofia cristã, e também compartilha na filosofia de autores modernos como Espinosa e Rousseau, a liberdade não significa ter a possibilidade de escolher, mas liberdade significa tendo a possibilidade de escolher, escolher o correto, isto é, aquilo segundo a natureza e/ou segundo a razão.

⁹⁵ “Pode-se dizer que os filósofos medievais, ao assumirem a distinção entre querer e poder, introduziram na noção de liberdade um elemento inteiramente novo”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 87.

liberdade moral, muito mais que uma liberdade social. É relevante no trato do indivíduo consigo mesmo ou do indivíduo com Deus⁹⁶, mas menos relevante para as relações sociais, quando não é também exteriorizado. Aplicando-se à teoria social e política, ainda que se possa reduzir um ao outro, pode se dar a seguinte ênfase: (a) a liberdade de querer significa autonomia e (b) a liberdade de agir significa independência (sem restrições e sem constrangimentos).

A teoria liberal reforça a distinção entre as duas acepções. Reunindo de um lado as acepções de: liberdade de agir, independência, liberdade negativa e liberdade moderna. E reunindo, do outro lado, acepções de: liberdade de querer, autonomia, liberdade positiva e liberdade antiga⁹⁷.

Mais do que de liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer, entendendo-se, pela primeira, ação não impedida ou não forçada, e pela segunda, vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada⁹⁸.

Ainda que se possam opor os dois grupos um ao outro, pode-se considerar, também, como dois momentos distintos do exercício da liberdade.

⁹⁶ “Se o homem é livre em sua interioridade, a questão da liberdade no sentido político sofre um deslocamento. A liberdade não perde sua condição de *status* (livre em oposição a escravo), mas a liberdade política passa a ser uma questão de querer e não de poder. Ou seja, pode-se obrigar alguém a fazer ou a omitir algo, mas não se pode obrigar alguém a querer”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 88.

⁹⁷ “Filósofos políticos (por exemplo, Norberto Bobbio) distinguem, com frequência, um conceito clássico *liberal* de liberdade de um conceito clássico *democrático* de liberdade. No conceito liberal, liberdade significa ausência de coerção. No conceito democrático, significa *autonomia*, a saber, o poder de autodeterminação”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 25.

⁹⁸ Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 53.

Liberdade social (interpessoal): relação entre autonomia (querer) e independência (agir)

É necessário esclarecer que estas distinções revelam apenas o significado complexo da liberdade e não propriamente que existem várias liberdades. É certo que, em determinados contextos, liberdade de querer e liberdade de agir são excludentes, ou são independentes, mas, na maior parte dos casos, são complementares, porque, afinal, significam a mesma coisa. Assim, a idéia de independência como ausência de constrangimento e restrição significa que não há interferência externa à ação, logo, a ação é autosuficiente. Por outro lado, a idéia de autonomia como não influência externa (heteronomia), significa que uma força externa não impôs sua vontade (constrangimento) ou impediu a formação de uma vontade (restrição). Assim, em certo sentido, autonomia é a mesma coisa que independência (ausência de restrições e constrangimentos).

A distinção, entretanto, é relevante, principalmente, por duas razões: (a) para destacar dois momentos distintos do exercício da liberdade, (a1) a deliberação e (a2) a ação, e (b) para enfatizar a importância de um momento em relação ao outro.

Isto porque, especialmente na teoria liberal, a idéia de liberdade exige a necessária relação entre querer e ação. Assim, não é livre aquele cuja ação foi restringida (ou constrangida), mas, também, não é livre aquele que delibera por sua própria vontade, mas que não tem meios para converter seu querer em ação⁹⁹.

⁹⁹ A relevância desta distinção é que, como pretendemos demonstrar adiante, a concepção liberal da liberdade faz sentido quando se conjuga uma ação livre que seja também uma ação querida. Ou seja, não basta que a ação seja independente (sem obstáculos), a vontade precisa ser também autônoma. “Em síntese, pode-se dizer que a noção de livre arbítrio prepara um conceito importante: a liberdade como ausência de necessidade e a liberdade de exercício como ausência de coação. Daí, mais tarde,

Neste sentido, por um lado, (a) a liberdade não é apenas a ação sem restrições e sem constrangimentos, mas a ação (ou omissão) que seja o resultado de um querer próprio (autônomo) sem restrições e sem constrangimentos externos (heterônomo). Por outro lado, (b) a liberdade significa também que as restrições e os constrangimentos à ação foram estabelecidos (ou aceitos voluntariamente) pelo próprio agente. Portanto, na idéia de liberdade há uma necessária associação entre querer e agir: de nada vale uma ação livre dissonante do querer livre do agente e é enormemente limitado o querer livre sem a possibilidade de agir segundo o seu querer.

Indaga-se: como é possível considerar uma pessoa livre ou uma sociedade livre, se nem todas as ações são independentes (sem constrangimento e sem restrição) e nem todas as vontades são autônomas na vida de uma pessoa e entre as pessoas em uma sociedade?

O conceito de liberdade social pressupõe a participação de pelo menos duas pessoas, ou melhor, a não-liberdade pressupõe a participação de pelo menos duas pessoas; a liberdade, pelo contrário, significa que a participação da segunda pessoa é irrelevante. Mas a liberdade é social porque há a latente possibilidade da não-liberdade.

Para resolver a indagação apresentada acima, Felix Oppenheim fez a distinção entre liberdade no sentido objetivo e liberdade no sentido subjetivo. Em sentido objetivo, significa que uma ação é livre quando foi querida pelo agente, ou

a idéia de que ninguém, nem o soberano, nem o Estado, pode constranger a liberdade, só seu exercício". Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 91. No mesmo sentido: "No primeiro significado, o termo liberdade é bem acompanhado pelo termo 'ação'; uma ação livre é precisamente uma ação lícita, que eu posso fazer ou não fazer enquanto não impedida. No segundo

pelo menos, que outra pessoa não foi a responsável por aquele constrangimento ou restrição; portanto, destaca-se uma segunda pessoa que teve o poder de interferir na ação de outrem a ponto de resultar em uma ação dissonante do querer¹⁰⁰.

Neste sentido objetivo, a vida de uma pessoa é repleta de ações livres e de ações não-livres, retoma-se então a indagação acima: como é possível determinar o sentido da liberdade? Para Felix Oppenheim, é o sentimento subjetivo de liberdade que torna um conjunto de ações livres e não-livres ou é um conjunto de expectativas em relação a ações livres e não-livres que determina se uma pessoa é livre ou não (se vive em uma sociedade livre ou não).

A solução apresentada por Felix Oppenheim parece bem pouco convincente e bem pouco útil para resolver os problemas inerentes ao tema. No entanto, a sua distinção entre o momento do querer livre e o momento do agir livre, bem como o reconhecimento de que é impossível uma vida exclusiva de ações livres ou de ações não-livres, serão bastante úteis nas considerações a seguir.

significado, faz-se acompanhar muito bem pelo termo 'vontade': uma vontade livre é precisamente uma vontade que se autodetermina". Norberto Bobbio. Teoria geral da política, p. 280.

2 A CONCEPÇÃO LIBERAL¹⁰¹ DA LIBERDADE

O sentido moderno¹⁰² da liberdade: a descoberta (invenção) do indivíduo. A concepção liberal de liberdade, de certo modo, rompe com a tradição de pensar a liberdade até então. Antes da modernidade, influenciado pelo pensamento grego clássico, a liberdade era uma qualidade da cidade (da *polis*) e não dos indivíduos; os indivíduos (na condição de cidadãos) eram livres na mesma medida em que a cidade fosse livre, e a liberdade da cidade significava uma independência em relação a uma força estrangeira. Evidente que, neste contexto, é relevante destacar que a *polis* consistia numa comunidade homogênea (de iguais culturalmente e com laços fortes de parentesco, lealdade e amizade), e que o domínio do estrangeiro significava o domínio de outra comunidade.

Por isto, para a tradição pré-moderna, o sentido da liberdade como autonomia era importante, mas não a autonomia individual, e sim a autonomia coletiva, o poder de a cidade decidir sobre seu próprio destino. Por isto, a ênfase liberal dada à liberdade como independência serve para destacar que a sociedade (e o Estado) não pode impor restrições e constrangimentos à ação do indivíduo (à ação autônoma do indivíduo). Daí o engano, sobre o qual se verá detalhadamente

¹⁰⁰ A relação entre querer e agir pode ser determinada também por fatores naturais, por exemplo, mas neste caso não há que se falar em liberdade social.

¹⁰¹ Para Abbagnano, liberalismo é a “doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases: 1ª do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2ª do séc. XIX, caracterizada pelo estatismo”. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia, p. 604. Merquior complementa: “Por consenso histórico, o liberalismo (a coisa senão o nome) surgiu na Inglaterra na luta política que culminou na Revolução Gloriosa de 1688 contra Jaime II. Os objetivos dos vencedores da Revolução Gloriosa eram tolerância religiosa e governo constitucional. Ambos tornaram-se pilares do sistema liberal, espalhando-se com o tempo pelo Ocidente”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 16.

adiante, de entender a autonomia como uma idéia aplicada exclusivamente à autonomia coletiva e a idéia de independência como desprovida do seu complemento necessário, que é a idéia de autonomia individual. A oposição real, por trás da confusão dos significados da liberdade, é entre liberdade da comunidade (ou do Estado) e liberdade do indivíduo.

O individualismo propiciou a concepção liberal de liberdade, que, na modernidade, passou a significar independência (ausência de restrição e de constrangimento) e autonomia do indivíduo. Como já delimitado, não se considerará aqui as limitações naturais, mas apenas aqueles restrições e constrangimentos interpessoais.

A despeito de outras influências medievais, a origem do conceito liberal de liberdade está no pensamento de Thomas Hobbes. O conceito de liberdade (natural) de Hobbes é sintético e preciso: “liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento)”¹⁰². Trata-se de um conceito individualista¹⁰⁴, mecanicista¹⁰⁵ e absolutista (no sentido de não relativizar a liberdade).

¹⁰² “Na prática, porém, esse sentido moderno de liberdade toma um rumo ligeiramente diferente da especulação filosófica”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudos de filosofia do direito, p. 100.

¹⁰³ “Só se pode falar propriamente em liberdade depois de instaurado o Estado”. Sérgio Wollmann. O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes, p. 77.

“A liberdade é definida como ausência de oposição. O homem livre é o que não é impedido de fazer o que tem vontade, conforme suas capacidades. A liberdade entendida neste sentido é possível somente no estado natural”. Sérgio Wollmann. O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes, p. 78.

¹⁰⁴ “O individualismo, como posição teórica básica, começa, no mínimo, há tanto tempo quanto tem Hobbes. Embora suas conclusões não possam ser chamadas de liberais, seus postulados foram sumamente individualistas”. C. B. Macpherson. A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke, p. 13. “O homem, para Hobbes, é o indivíduo. Este indivíduo naturalmente encontra-se em situação de igualdade com outros indivíduos: igualdade nas capacidades e nas paixões”. Sérgio Wollmann. O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes, p. 40.

¹⁰⁵ “Hobbes define a natureza humana como uma grande máquina, corpos em movimento, inteiramente descritos por leis mecânicas. O princípio fundamental do sistema de Hobbes é que todo ser é corporal e tudo o que acontece se explica pelo movimento”. Sérgio Wollmann. O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes, p. 19.

Thomas Hobbes é o marco da concepção moderna e também o marco da posição liberal (ainda que Hobbes não fosse um liberal). Apenas a partir de Hobbes foi possível elaborar uma teoria da legitimidade do poder (e deslegitimidade do poder) tendo como premissa o direito originário (natural) à liberdade, liberdade no sentido de ação individual sem obstáculos.

No entanto, esta liberdade natural, que é a individual e (potencialmente) ilimitada¹⁰⁶ liberdade, significa também a ausência de (ou põe em risco a) liberdade real, pois, se todos os indivíduos são naturalmente e ilimitadamente livres, inevitavelmente a liberdade de um indivíduo colidirá com a liberdade de outro¹⁰⁷. Por exemplo, no caso de dois indivíduos pretenderem possuir exclusivamente a mesma propriedade, a liberdade de um significa necessariamente a não-liberdade do outro. A partir desta premissa, Thomas Hobbes narra os males deste estado de natureza e defende ser a única atitude racional a voluntária concessão do direito natural à liberdade ao governo, que instituirá a ordem social. A liberdade natural, portanto, é também a fonte de toda anarquia (aplicada por Hobbes no sentido pejorativo).

A despeito das conclusões a que chega Thomas Hobbes – o absolutismo -, é determinante para a hegemonia do sentido liberal da liberdade a idéia de liberdade como liberdade individual e a idéia de liberdade individual como ausência de constrangimento e de restrição.

¹⁰⁶ “A natureza deu a cada um direito a tudo; isto quer dizer que, num estado puramente natural, ou seja, antes que os homens se comprometessem por meio de convenção ou obrigação, era lícito cada um fazer o que quisesse, e contra quem julgasse cabível, e portanto possuir, usar e desfrutar tudo o que quisesse ou pudesse obter”. Thomas Hobbes. Do cidadão, p. 32. “[...] pela palavra direito, nada mais se significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta”, ou seja, “proteger sua vida e membros”. Thomas Hobbes. Do cidadão, p. 31.

¹⁰⁷ “[...] embora qualquer homem possa dizer, de qualquer coisa, ‘isto é meu’, não poderá porém desfrutar dela, porque seu vizinho, tendo igual direito a igual poder, irá pretender que é dele essa mesma coisa”. Thomas Hobbes. Do cidadão, p. 33.

Geralmente se opõe John Locke a Thomas Hobbes. Não resta dúvida de que Hobbes pode ser identificado como o teórico do absolutismo e que Locke pode ser identificado como o teórico do liberalismo. E que, no primeiro momento, as duas teorias são antagônicas e excludentes. No entanto, se Hobbes for tratado como um autor moderno, antes de ser um autor absolutista, Locke poderia ser visto como um continuador da obra de Hobbes.

Observe-se que a inovação de Thomas Hobbes, como um autor tipicamente da primeira fase da modernidade, está em aplicar o novo método elaborado, entre outros por Galileu Galilei, à política, transformando-a em uma ciência moderna. Por esta razão, o individualismo é tão importante para Hobbes, consiste em reproduzir as partículas que integram o universo nos indivíduos que integram a sociedade.

Perceba-se, assim, como a obra de Thomas Hobbes é marcante para John Locke, que usa o mesmo artifício teórico do seu antecessor: a liberdade natural (que é liberdade individual), o contrato social (que é decorrente de ato individual e racional) e a sociedade civil como sucessora do estado de natureza.

Na premissa das duas teorias, a originalidade conta a favor de Hobbes. Primeiro, porque John Locke adotou, *mutatis mutandis*, o mesmo conceito de liberdade natural que seu antecessor: como ação autônoma sem oposição¹⁰⁸; também, porque Hobbes julgou, e parece ser mais convincente, que o indivíduo gozando de liberdade natural tenderia (também naturalmente) a exercer esta

¹⁰⁸ Sobre o estado de natureza: “é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”. John Locke. Dois tratados sobre o governo, p. 382. Em outra passagem, reforça este entendimento: “A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder supremo sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza”. John Locke. Dois tratados sobre o governo, p. 401.

faculdade a seu favor (interpretando a lei natural a seu favor), enquanto Locke julgou que o indivíduo exerceria sua liberdade natural (que é potencialmente ilimitada) moderadamente, de forma a respeitar os limites da lei natural, ou seja, o exercício da liberdade natural alheia¹⁰⁹. O curioso dos dois julgamentos a respeito do exercício da liberdade natural é que Hobbes considerou seu estado de natureza hipotético, enquanto que Locke o considerou histórico¹¹⁰.

É com base neste distinto julgamento sobre o exercício da liberdade natural que John Locke fundamentou sua teoria. Cujo resultado será a doutrina do governo limitado, de modo que sendo a função do governo a promoção da liberdade, toda ação governamental que atente ou coloque em risco a liberdade individual será ilegítima. Para tanto, fica demarcada a área de atuação do governo e reservada uma área de atuação exclusiva do indivíduo (esfera privada).

A teoria de John Locke ganha significado quando situada no contexto da sua elaboração, isto é, uma sociedade civil organizada que consegue impor restrições ao poder do governante (antes ilimitado) e que precise de uma doutrina que fundamente esta nova forma de organização política.

Assim, a teoria de Locke, diferentemente da teoria de Hobbes, mantém o sentido de liberdade natural para além do estado de natureza (ou seja, para a sociedade civil). Permanece a liberdade com o sentido de ausência de restrição e de constrangimento, mas, diferentemente de Hobbes, para Locke esta limitação se impõe, sobretudo, ao governante. Liberdade significa esfera privada livre, que

¹⁰⁹ “[...] embora seja esse um estado de liberdade, não é um estado de licenciosidade”. John Locke. Dois tratados sobre o governo, p. 384. Diferentemente de Hobbes, Locke considera uma ação livre apenas uma ação racional (segundo a lei natural) e não a ação subjugada pelo apetite; neste sentido a posição de Locke se aproxima tanto de S. Tomás de Aquino, quanto de Rousseau.

¹¹⁰ Sobre o caráter histórico do estado de natureza de John Locke, há séria divergência na doutrina.

significa uma proteção de direitos inatos que não podem ser ultrapassados pelo governante, ou seja, John Locke converteu a doutrina da liberdade natural de Hobbes na doutrina dos direitos naturais.

Mais de cem anos depois da publicação de *Dois Tratados sobre o Governo*, Benjamin Constant proferiu a conferência intitulada *A liberdade dos antigos comparada a dos modernos*. Tal como nos casos de Thomas Hobbes e de John Locke, o contexto esclarece o sentido da obra: proferido logo após a batalha de Waterloo (1815) e a restauração da monarquia, agora como monarquia constitucional. Não se pode esquecer de registrar, também, que Benjamin Constant presenciou quase meio século de turbulência política na França, desde a monarquia do Antigo Regime, passando pela primeira manifestação da monarquia constitucional, pelo regime da convenção, pelo diretório, pelo consulado, pelo império, até o retorno à monarquia constitucional; presenciou também a queda o feudalismo e a ascensão burguesa e proletária. Benjamin Constant é este representante do liberalismo anti-absolutista, anti-aristocrático, mas também, anti-popular¹¹¹.

Na distinção entre liberdade moderna e liberdade antiga, Benjamin Constant asseverou que a liberdade moderna, que é para ele a verdadeira liberdade, consistia na ausência de restrições e constrangimentos; ou, em outras palavras, em um conjunto de direitos que protejam a esfera privada. Assim como na obra de John

¹¹¹ “Porque nasceu como um protesto contra os abusos do poder estatal, o liberalismo procurou instituir tanto uma *limitação* da autoridade quanto uma *divisão* da autoridade. [...] Depois da Revolução Francesa [...] o pensamento liberal [...] enfrentou novas ameaças à liberdade. O liberalismo burguês lutara contra o privilégio aristocrático, mas não estava preparado para aceitar uma ampla franquia e suas conseqüências democráticas [...] O liberalismo tornou-se a doutrina da monarquia limitada e de um governo popular igualmente limitado, já que o sufrágio e a representação eram restritos a cidadãos prósperos”. José Guilherme Merquior. *O liberalismo antigo e moderno*, pp. 17-8.

Locke, o principal destinatário das limitações em prol da liberdade individual é o governo.

É importante, também, registrar que o indivíduo que usufrui a liberdade moderna de Benjamin Constant é paradigmaticamente o indivíduo-comerciante. Não que Constant só considerasse indivíduo o comerciante, mas que o modelo de indivíduo usado para pensar o exercício da liberdade é o do comerciante, ou seja, do burguês: realça, assim, valores, além do individualismo, da concorrência e da competição, bem como do dinheiro como medida do sucesso e de *status*.

Com isto, Benjamin Constant proclamou não apenas a hegemonia do paradigma da liberdade sobre o paradigma da autoridade (do absolutismo), como também proclamou a hegemonia da concepção liberal de liberdade sobre a tradição antiga (particularmente sobre a tradição republicana). E, ao fazer a simples distinção entre liberdade antiga e moderna, ignorou a verdadeira concepção antiga (republicana) da liberdade, para destacar, em seu lugar, a concepção rousseauiana, que ele denominou de “liberdade dos antigos”.

O objetivo teórico de Benjamin Constant era afastar a concepção democrática de liberdade, usando a seu favor o argumento retórico de que Rousseau empregava a idéia de liberdade em um sentido já superado, para uma sociedade que não mais existia.

Para tanto, contrapôs os anseios do indivíduo na sociedade moderna aos anseios dos indivíduos na sociedade antiga: explicou que na sociedade moderna, a felicidade só poderia ser alcançada fora da atividade política, diferentemente do indivíduo na sociedade antiga, que para ser livre precisa ser cidadão (isto é,

participar da soberania da *polis* / da vontade geral), pois a liberdade é da *polis* e o indivíduo livre apenas na medida em que participa dela¹¹².

Perceba-se que, mais uma vez, o ponto de partida para a idéia moderna de liberdade é o reconhecimento da individualidade. E o núcleo da idéia liberal de liberdade é a preferência ao indivíduo em detrimento do corpo social (seja como *polis*, como *Leviatã* ou como governo)¹¹³.

Benjamin Constant não afirmou que a liberdade moderna é preferível à liberdade antiga, como a liberdade antiga é impossível de ser aplicada na sociedade moderna, ressalta dois fatores: (a) que a ampliação (moderna) da participação política torna necessária a aplicação do instituto da representação, portanto impede a participação direta do cidadão e (b) que, na sociedade moderna, é mitigado o constante clima de insegurança (interna e externa), permitindo que os indivíduos possam se dedicar a outros aspectos da vida, mais gratificantes individualmente, como o comércio.

Por fim, Benjamin Constant arrematou usando, como argumento, um exemplo bastante convincente. Na sociedade antiga, como Atenas, o ostracismo era um instrumento pelo qual a sociedade afastava do seu convívio o cidadão que pudesse lhe causar mal; o ostracismo não consistia em uma pena por qualquer crime, mas em uma prevenção da sociedade, decorrente, muitas vezes, do receio de que o poder pessoal de um pudesse se sobrepor ao poder coletivo. Na sociedade

¹¹² “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios”. Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, pp. 15-6.

¹¹³ “A independência individual é a primeira das necessidades modernas. Conseqüentemente, não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política. [...] Conclui-se daí que nenhuma das numerosas instituições, tão aplaudidas, que, nas repúblicas antigas, impediam a liberdade

moderna, “ninguém tem o direito de exilar um cidadão, se ele não for condenado por um tribunal regular, segundo lei formal que atribui a pena de exílio à ação da qual é culpado”¹¹⁴.

Benjamin Constant, como um político experiente, percebeu, no entanto, que a pura e simples aplicação da concepção moderna de liberdade (e a exclusão definitiva da concepção antiga) não asseguraria os anseios modernos da boa sociedade.

O perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais. [...] O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político¹¹⁵.

Constant afirmou que “a liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável”.¹¹⁶ E que: “poderíamos ser felizes através de regalias, se essas regalias fossem separadas das garantias? Ou encontraríamos essas garantias se renunciássemos à liberdade política?”¹¹⁷.

Mas a liberdade antiga não é mais a liberdade republicana dos antigos (ignorada na conferência de Constant), nem a liberdade rousseauiana (que poderia ser associada à democracia direta), mas uma nova liberdade política (que se expressa pela democracia representativa). Constant defendeu, portanto, a

individual é aceitável nos tempos modernos”. Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, p. 19.

¹¹⁴ Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, p. 19.

¹¹⁵ Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, p. 23.

¹¹⁶ Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, p. 21.

combinação necessária entre a democracia representativa e um sistema de proteção à liberdade individual, isto é, Benjamin Constant defendeu a necessária combinação entre liberdade política (democracia representativa) e liberdade individual. É o que Isaiah Berlin também enfatizou na obra de Constant: “percebeu que o principal problema para os que desejam liberdade individual ‘negativa’ não é quem controla essa autoridade, mas quanta autoridade é depositada naquele par de mãos”¹¹⁸.

Pouco mais de cem anos depois da conferência de Benjamin Constant, outra conferência marcou os sentidos da concepção liberal de liberdade. Em 1958, Isaiah Berlin apresentou *Dois conceitos de liberdade*, opondo o sentido da liberdade negativa ao da liberdade positiva¹¹⁹.

Isaiah Berlin não renegou a contribuição de seus predecessores, mas deu à distinção entre independência e autonomia uma densidade teórica não encontrada nos trabalhos anteriores. Talvez fique mais fácil explicar a teoria de Berlin ao se fazer a distinção entre esfera pública e esfera privada. A esfera privada consiste na área de atuação possível do indivíduo sem a interferência de outros indivíduos, ou seja, espaço em que o indivíduo age sem restrição e sem constrangimento. A esfera pública consiste na área de interferência legítima sobre a ação possível do indivíduo, por exemplo, nas ações possíveis reguladas pela lei. Assim, para Isaiah Berlin, a liberdade negativa consiste no pleno usufruto da esfera privada pelo indivíduo e a

¹¹⁷ Benjamin Constant. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, p. 24.

¹¹⁸ Isaiah Berlin. Quatro ensaios sobre a liberdade, p. 164.

¹¹⁹ “Em sua famosa conferência de 1958 em Oxford, ‘Dois conceitos de liberdade’, Isaiah Berlin opôs liberdade *negativa* a liberdade *positiva*. Ele definiu a liberdade negativa como estar livre de coerção. [...] A liberdade positiva, por outro lado, é essencialmente um desejo de governar-se, um anseio de autonomia”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 25.

liberdade positiva consiste na participação do indivíduo na formação das leis aplicadas na esfera pública¹²⁰.

Em outras palavras, esfera privada é a área legitimamente de não interferência na ação individual e esfera pública é a área legitimamente de interferência consentida na ação individual de todos. A liberdade negativa é exercida na esfera privada e a liberdade positiva é exercida na esfera pública.

Persiste, no entanto, um problema: é a esfera pública que determina a esfera privada ou vice-versa? Para Hobbes não há dúvida: a esfera pública determina a esfera privada. Para a concepção liberal (que inclui Isaiah Berlin), também não há dúvida: a esfera privada determina a esfera pública. Admitindo-se a pertinência da resposta liberal, qual é exatamente o limite da esfera pública? Na tradição de Locke, todos os liberais vão afirmar que os direitos inatos, naturais, fundamentais (ou outro nome correlato) delimitam a esfera pública, mas quais direitos são estes? Oportunamente se retornará a esta questão.

Retorna-se, assim, à distinção inicial entre independência e autonomia¹²¹. É possível até mesmo dar outra denominação a esta distinção, como a liberdade

¹²⁰ “Não proponho discutir a história ou os mais de duzentos sentidos dessa palavra protética registrada pelos historiadores de idéias. Proponho examinar apenas dois desses sentidos – mas aqueles sentidos capitais, com significativa parcela da história humana por detrás deles e, eu poderia mesmo dizer, ainda pela frente. O primeiro desses sentidos políticos de liberdade individual ou liberdade institucional (farei uso de ambas as expressões para dizer a mesma coisa), o qual (com base em muitos precedentes) chamarei de sentido ‘negativo’, vem incorporado na resposta à pergunta ‘Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?’ O segundo, que chamarei de sentido positivo, vem incorporado na resposta à pergunta ‘O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?’ As duas perguntas são nitidamente distintas, mesmo que possam sobrepor-se as respostas a ambas”. Isaiah Berlin. Quatro ensaios sobre a liberdade, pp. 135-6.

¹²¹ “A liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade”. Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 52-3.

liberal¹²² e a liberdade democrática¹²³. Mas a distinção deve ser feita com cuidado, pois consiste em uma distinção didática. Poucos liberais e poucos democratas dispensariam a aplicação da outra concepção; como já foi dito, a opção é de ênfase e não de exclusão.

Mas não há nenhuma conexão necessária entre a liberdade individual e a norma democrática. A resposta à pergunta 'Quem me governa?', do ponto de vista da lógica, é distinta da pergunta 'Até que ponto o governo interfere comigo?' É nesta diferença que consiste, no final, o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa¹²⁴.

Norberto Bobbio resumiu a distinção de Isaiah Berlin: "Por liberdade negativa, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos"¹²⁵.

3 A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE LIBERDADE

Perceba-se como no imaginário dos liberais (referindo-se a Benjamin Constant e a Isaiah Berlin) Jean-Jacques Rousseau é o antagonista principal. Parece mesmo que a necessidade de se explicitar a distinção entre autonomia e independência, no sentido de antigos *versus* modernos e de liberdade negativa

¹²² [Sobre o conceito de liberdade negativa:] "Diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém". Isaiah Berlin. Quatro ensaios sobre a liberdade, p. 136.

¹²³ "O sentido 'positivo' da palavra 'liberdade' tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor". Isaiah Berlin. Quatro ensaios sobre a liberdade, p. 142.

¹²⁴ Isaiah Berlin. Quatro ensaios sobre a liberdade, p. 142.

¹²⁵ Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 48.

versus liberdade positiva, é uma tentativa de afastar o sentido rousseauiano de liberdade como sentido preferencial de liberdade.

Mais uma vez, é o sentido hobbesiano de liberdade natural que serve de premissa: liberdade como ação individual (potencialmente) ilimitada. Segue a assertiva do próprio Rousseau: “um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar”¹²⁶.

No entanto, assim como John Locke em relação a Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau tem um julgamento diferente a respeito da liberdade natural; quer crer em um mundo em que os indivíduos pouco convivem entre si e que cada um, podendo ser auto-suficiente para sua satisfação material, também pode viver com uma autonomia moral, dispensando qualquer interferência externa no seu querer e nas suas ações. Ainda que Rousseau deixe claro que o estado de natureza é um momento fictício, não é possível deixar de considerar que poderia estar no imaginário de Rousseau a vida dos colonos na América e o distanciamento de uma ordem social opressora.

Por esta razão, é relevante considerar, na teoria de Rousseau, não a sua idéia de liberdade individual (que é quase uma liberdade não-social), mas sua idéia de liberdade política, isto é, a liberdade instaurada após o contrato social. Neste momento, contrasta a concepção liberal, ainda nebulosa, da sua concepção de liberdade como autonomia. Para Jean-Jacques Rousseau, a liberdade como independência, no sentido liberal, é necessariamente uma liberdade parcial: se a esfera da liberdade é a esfera privada, enquanto que a esfera da não-liberdade é a

¹²⁶ Jean Jacques Rousseau. Do contrato social, p. 77. No mesmo sentido está outra passagem menos enfática: “Visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não

esfera pública, todo indivíduo é parcialmente livre (e parcialmente não-livre)¹²⁷. Diferentemente daquilo que posteriormente Felix Oppenheim defenderá, para Rousseau é possível a institucionalização da liberdade plena. Para tanto, é necessário transformar a esfera pública de um âmbito de não-liberdade para a genuína expressão da liberdade.

Assim, a liberdade para Rousseau significa autonomia, que só pode ser exercida individual e coletivamente ao mesmo tempo. Perceba-se: Jean-Jacques Rousseau como um pensador moderno era também individualista, portanto, a autonomia desejada é necessariamente a autonomia individual e não a autonomia da *polis* (que é a liberdade no sentido antigo). No entanto, Rousseau aprendeu com Hobbes que a liberdade individual ilimitada de cada um de todos só é possível se não forem contraditórias (excludentes) entre si. Portanto, a única maneira é que a mesma regra se imponha igualmente a cada um de todos. Não se trata de qualquer lei, a lei deve ser necessariamente uma expressão da liberdade (autonomia) individual, mas, como já se afirmou, liberdade para Rousseau não é agir segundo o *apetite*, mas segundo a razão (a lei natural), como a razão é a mesma para todos os seres humanos (a lei natural é a mesma), a lei também será a mesma. Assim, a lei, embora seja a expressão da vontade coletiva, é também a expressão da vontade individual, mas, diferentemente dos antigos, é assim porque a vontade coletiva é subordinada à vontade individual racional (e não porque a liberdade individual só é possível com a liberdade da *polis*)¹²⁸.

produz nenhum direito, só restam as convenções como base de toda a autoridade legítima existente entre os homens". Jean Jacques Rousseau. Do contrato social, p. 61.

¹²⁷ "O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros". Jean Jacques Rousseau. Do contrato social, p. 53.

¹²⁸ "Poder-se-ia, a propósito do que ficou acima, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro

Afinal, para Jean-Jacques Rousseau, é apenas pela lei que o cidadão pode exercer a liberdade, conjugando, curiosamente, o exercício individual da liberdade (obediência a sua própria vontade) e o exercício coletivo da liberdade (expressão da vontade racional de cada um de todos)¹²⁹.

Imputa-se, no entanto, a Rousseau que o resultado de sua obra tenha fundamentado uma doutrina absolutista, ou seja, de não liberdade individual. Deve-se, sobretudo, a sua tese da vontade geral que se expressa (além de outros aspectos) na decisão tomada pela maioria. Os autores liberais, especialmente aqueles que enfatizam o aspecto da independência, alertam sobre os perigos da tirania da maioria e dos excessos da maioria sobre a minoria e sobre o indivíduo dissidente. José Guilherme Merquior, no entanto, em defesa de Rousseau, explicou que:

Rousseau nunca cogitou que a democracia (ou república, palavra que ele preferia) limitasse a liberdade. O verdadeiro objetivo de sua exaltação da liberdade democrática em detrimento da liberdade liberal não consistia num prejuízo ao individualismo, mas na destruição do *particularismo*. O particularismo refletia o encanto de uma velha força política francesa: *patrimonialismo*¹³⁰.

No entanto, ainda que assegure as boas intenções do filósofo genebrino, José Guilherme Merquior não deixou de apontar o que ele considera uma falha ou incompletude da teoria, que é não se preocupar com a proteção do indivíduo contra

apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatui a si mesma é liberdade”. Jean Jacques Rousseau. Do contrato social, p. 78.

¹²⁹ “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que ele ganha é a liberdade civil e propriedade de tudo que possui. A fim de não fazer um julgamento errado dessas compensações, impõe-se distinguir entre a liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade civil, que se limita pela vontade geral [...]”. Jean Jacques Rousseau. Do contrato social, pp. 77-8.

¹³⁰ José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 29.

o poder da maioria: “Mas Rousseau preocupava-se tanto com a necessidade de despatrimonializar o poder que perdeu de vista a outra questão chave: a do *alcance* do poder”¹³¹.

Jean-Jacques Rousseau deixou claro a idéia de que a única liberdade possível (já que não se pode retornar ao estado de natureza e à liberdade natural) é a liberdade política. E a liberdade política só é possível como autonomia e nunca como independência. Para Rousseau, a liberdade como independência pressupõe, necessariamente, uma esfera de dependência, ou seja, de não-liberdade. Assim, somente com a ampliação da esfera pública autônoma se pode ter a liberdade plena.

Perceba-se, agora, que Benjamin Constant fez uma enorme confusão entre a concepção antiga de liberdade e a concepção rousseauniana de liberdade. Não há dúvida que tem relação uma com a outra, mas, pelo menos, um aspecto marcante as diferencia: o individualismo. A teoria de Rousseau é, sobretudo, uma teoria do exercício coletivo da liberdade individual, ou seja, a liberdade individual não pode mais ser exercida individualmente, apenas coletivamente, mas ainda há uma preferência de importância em favor da liberdade individual. No sentido antigo, liberdade é a liberdade da *polis*, logo o bem da *polis* precede o bem do indivíduo (que nem mesmo, naquele contexto, era reconhecido como tal).

É difícil marcar esta distinção, especialmente depois que Benjamin Constant e Isaiah Berlin trataram como se fosse a mesma coisa.

¹³¹ José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 30.

Por liberdade positiva, entende-se – na linguagem política – a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. Essa forma de liberdade é também chamada de *autodeterminação* ou, ainda mais propriamente, de *autonomia*¹³².

Portanto, em nenhum momento se quis estabelecer mesmo uma comparação entre o sentido moderno e o sentido antigo, mas em travar um debate entre o sentido democrático (rousseauuniano) e o sentido liberal (lockeano) de liberdade. E ainda, um debate entre a ênfase na autonomia e a ênfase na independência, que, como já foi dito, significa saber se é preferível afirmar o exercício individual da liberdade individual ou o exercício coletivo da liberdade individual.

4 LIBERDADE COMO LIBERDADE LEGAL (A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO)

Um olhar atento ao debate moderno sobre a liberdade, desde Hobbes, Locke e Rousseau até os autores contemporâneos, permite observar, que ao afastar, na medida do possível, o aspecto retórico de todas estas teorias, o objeto do debate

¹³² Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 51.

sobre a liberdade social está intimamente ligado à relação entre liberdade e lei¹³³; ou ainda, entre liberdade e o espaço não legislado¹³⁴.

A afirmação acima merece todo o cuidado. O debate tradicional, assim como o debate contemporâneo, ainda que reduzam os temas relevantes a esta relação, não o assumem explicitamente.

Como contraponto à idéia moderna de liberdade (cujo núcleo é o individualismo), a lei moderna também difere da lei pré-moderna. A pretensão do monopólio da produção normativa (máxima tão precisamente sintetizada por Max Weber), eleva a lei como instrumento mais importante da expressão do direito; no primeiro momento, por se tratar de uma forma clara e desvinculada (especialmente do costume)¹³⁵. Assim, a lei é a expressão do poder, particularmente do poder do Estado (governo). Como manifestação moderna, a lei também é pretensamente uma expressão da razão¹³⁶.

¹³³ Tanto Locke quanto Rousseau deixam claro que o debate sobre a liberdade é bem mais reduzido do que se pensa. Trata-se, na verdade, de um confronto não entre o indivíduo e os outros indivíduos ou entre o indivíduo e o grupo social, mas entre o indivíduo e a lei, ou, para ser mais preciso, entre os indivíduos e o Estado (o governante). Estes autores não se demoram a discutir sobre se a lei terá eficácia, ou quais fatores levam à elaboração da lei. A lei determina a esfera de não liberdade, a esfera de, na melhor hipótese, coisa comum, ou coisa pública. Ora, na verdade, para o liberal a esfera pública tinha um significado bem definido e bem restrito: esfera pública significava a esfera da ordem e não necessariamente do bem comum. Sendo esfera da ordem a preocupação era com a segurança e com a justiça. Controlar as possíveis desordens sociais, isto é, estabelecer a ordem protegendo os indivíduos de ações internas e externas.

¹³⁴ Neste último sentido, aproximando-se da vertente liberal (na tradição de Locke) e se distanciando da vertente “democrática” (na tradição de Rousseau).

¹³⁵ Neste sentido, há uma interessante passagem do *Leviatã*: “Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio (pois às vezes o silêncio é um argumento de aquiescência), e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio”. Thomas Hobbes. *Leviatã*, p. 208.

¹³⁶ “Na construção do conceito moderno de liberdade, a obra de Rousseau e de Locke assinala uma transformação importante na antiga distinção escolástica entre *voluntas* e *ratio*, posto que a lei deixa de ser *voluntas* [...] para ser ordenação livre da sociedade com base num direito individual racional. Recupera-se assim, de certo modo, a noção de *nomos* da Antigüidade, mas sob um novo enfoque. A liberdade entende-se agora como liberdade *legal*, ou, como diz Montesquieu [...]”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Estudos de filosofia do direito*, p. 100.

Neste contexto moderno, quando se trata de liberdade, no final das contas, não se quer tratar do exercício da liberdade entre os indivíduos; pode-se até considerar esta dimensão, mas apenas ao se referir a um momento não social (o estado de natureza, por exemplo). Tratar da liberdade tem significado para os autores referidos até aqui como liberdade em relação à lei (contra o governo) ou como liberdade pela lei (autogoverno). O que significa (a) uma associação entre lei e governo e (b) um sentido ainda mais específico de liberdade social que é a liberdade política (que acaba sendo a mesma coisa que liberdade legal).

Assim, para a concepção liberal de liberdade – liberdade como independência – a liberdade é a permissividade da lei e para a concepção democrática – liberdade como autonomia – a liberdade é a participação na elaboração da lei¹³⁷.

A liberdade como independência se converte em ampla esfera de permissividade da lei, ou seja, o que não é proibido e o que não é obrigatório pela lei é permitido, e o que é permitido é livre. Ainda que este conceito de liberdade seja atribuído a Montesquieu, ele já estava presente explicitamente também nas obras de Thomas Hobbes e de John Locke.

A preocupação inicial de Thomas Hobbes era com as restrições e os constrangimentos produzidos entre os indivíduos. Assegurou que, concentrando as possibilidades de restrições e de constrangimentos apenas ao governante (Estado), o resultado seria mais benéfico para os indivíduos.

¹³⁷ “Quando falo de liberdade segundo a doutrina liberal, uso este termo com a intenção de indicar um estado de não-impedimento, [...]. ‘Liberdade’ recobre a mesma extensão do termo ‘licitude’ ou esfera daquilo, que não sendo nem obrigado nem proibido, é permitido. [...] O termo ‘liberdade’ na doutrina democrática tem um outro sentido [...]: significa ‘autonomia’, ou seja, o poder de estabelecer normas a si próprios e de não obedecer a outras normas além daquelas estabelecidas para si próprios. Como tal, opõe-se a coerção”. Norberto Bobbio. Teoria geral da política, p. 279.

Em outras palavras, Thomas Hobbes afirmou que liberdade é ausência de restrições e de constrangimentos, como a liberdade individual de cada indivíduo é, em tese, plena e ilimitada (no estado de natureza), os próprios indivíduos livres cercearão a liberdade uns dos outros. A única maneira de controlar o exercício desta liberdade natural, destruidora da própria boa vida, é a lei, ou se o leitor preferir o Estado ou o governo. Tanto no caso do Estado como no caso do governo há uma expectativa de que o exercício do poder se faça pela lei; a lei é, portanto, o limitador da liberdade.

Dado que em nenhum Estado do mundo foram estabelecidos regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é uma coisa impossível), segue-se necessariamente que em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável a seu interesse¹³⁸.

A teoria de Locke, a princípio, inverte a relação entre lei e liberdade: é a liberdade que determina a esfera legal e não o inverso. Assim, para atingir seus objetivos, John Locke conjugou duas estratégias: (a) criou um órgão representativo da sociedade com a atribuição de controlar o poder do governante (o parlamento que aprova as leis)¹³⁹ e (b) submeteu estritamente o governante à lei, ou seja, a lei

¹³⁸ Thomas Hobbes. *Leviatã*, p. 172. Em outra passagem, Hobbes é ainda mais explícito: “Por outro lado, entendendo a liberdade no sentido de isenção das leis, não é menos absurdo que os homens exijam, como fazem, aquela liberdade mediante a qual todos os outros homens podem tornar-se senhores de suas vidas. Apesar do absurdo em que consiste, é isto que eles pedem, pois ignoram que as leis não têm poder algum para protegê-los, se não houver uma espada nas mãos de um homem, ou homens, encarregados de pôr as leis em execução. Portanto, a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu: como a liberdade de comprar e vender, ou de outro modo realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor, e coisas semelhantes”. Thomas Hobbes. *Leviatã*, p. 173.

¹³⁹ “A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo o encargo a este confiado”. John Locke. *Dois tratados sobre o governo*, pp. 401-2.

deixa de ser a expressão jurídica do poder para ser o limite ao exercício do poder do governante (Estado)¹⁴⁰.

A liberdade continua sendo demarcada como a esfera não-legislada, isto é, a esfera da permissividade da lei. Mas o poder do governante também tem limites (formais e materiais), logo a esfera legal também é limitada. É neste sentido a posição de Montesquieu: “A fórmula clássica dessa acepção de liberdade foi dada por Montesquieu: A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem (De l'esprit des lois, XII, 2)”¹⁴¹.

Para os liberais, portanto, lei corresponde à esfera da não-liberdade. Para a concepção democrática (Rousseau), lei é a única alternativa possível para a liberdade. Não custa repetir que a liberdade rousseauiana é sim a liberdade individual, daí se destaca da concepção antiga de liberdade que é necessariamente a liberdade da *polis*. Antes de Rousseau, o próprio Hobbes deixou isto muito claro: “A liberdade à qual se encontram tantos e tão honrosas referências nas obras de história e filosofia dos antigos gregos e romanos, [...] não é a liberdade dos indivíduos, mas a liberdade do Estado”¹⁴².

Jean-Jacques Rousseau, diferentemente de John Locke, não separava a lei da liberdade. Pelo contrário, mantendo-se coerente a uma visão absoluta da

¹⁴⁰ Bobbio, duzentos anos depois, e, principalmente, depois de Montesquieu dará uma variação a estas estratégias de Locke: “Podem-se distinguir, para maior clareza, duas formas de limitação do poder: uma limitação material, que consiste em subtrair aos imperativos positivos e negativos do soberano uma esfera de comportamentos humanos que são reconhecidos livres por natureza (a chamada esfera de licitude); e uma limitação formal, que consiste em colocar todos os órgãos do poder estatal abaixo das leis gerais do mesmo Estado. [...] O primeiro dos dois princípios deu origem à proclamação dos direitos naturais; o segundo, à divisão dos poderes. [...] são os dois institutos fundamentais do Estado liberal entendido como Estado de direito, ou seja, como Estado cuja atividade é, em duplo sentido, isto é, materialmente e formalmente, limitada”. Norberto Bobbio. Teoria geral da política, p. 276.

¹⁴¹ Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 50.

¹⁴² Thomas Hobbes. Leviatã, p. 174.

liberdade, não admitia a possibilidade da liberdade ser parcial. Assim, a separação entre o reino da liberdade (esfera privada) e o reino da lei (esfera pública) poderia ser abolida e poderia ser resolvido o paradoxo no momento em que o destinatário da ordem se confundia com o autor da mesma ordem, quem obedece a si mesmo é livre. Desta maneira, pretendia produzir a mais ampla e irrestrita liberdade individual que também era uma expressão coletiva desta liberdade individual.

Fica implícito, no entanto, um fator de toda a relevância na modernidade nestas três obras clássicas – *Leviatã*, *Dois tratados sobre o governo* e *Do contrato social* -: a heterogeneidade social. O próprio Rousseau tem todo o cuidado para alertar que sua doutrina só tem aplicação em pequenas comunidades, isto não significa apenas que a democracia de Rousseau só é possível quando os indivíduos se conhecem face-a-face, mas que é comunidade mesmo, no sentido de compartilharem valores, objetivos e visões de mundo semelhantes. A vida comum, bem como a lei comum, só é possível quando cada um de todos os que integram a comunidade possam ser regidos pela mesma lei.

É neste aspecto que a doutrina de Locke se revela importante, pois permite que, dentro de certos limites, cada um possa buscar alcançar sua própria felicidade pessoal, sem que ela seja necessariamente compartilhada pelos demais integrantes da sociedade.

Deve-se tratar, ainda, do problema dos limites ao legislador. Do que se tratou até agora, o verdadeiro dilema da liberdade é bastante específico: (a) se a liberdade é governar-se pelas próprias leis, que no sentido rousseauiano só poderia ser realizado com o exercício coletivo da liberdade individual, quem protege o indivíduo (ou a minoria) dos excessos do poder social (e do poder da maioria)? E (b) se a

liberdade é gozar de uma ampla esfera privada, onde não há restrições e constrangimentos legais, (a1) quem protege a esfera privada (liberdade individual) dos excessos da lei? E (a2) quem protege os indivíduos dos constrangimentos e restrições reais dos outros indivíduos? Afinal, o que se quer saber é quais os limites da ação estatal? Ou como é possível controlar a ação estatal?

A primeira forma de limitação ao poder do governante é a doutrina dos direitos inatos (direitos naturais) que estabelecem os limites da legislação e, portanto, uma garantia natural à esfera privada livre. Há dois tipos de problemas: (a) quais são especificamente estes direitos inatos e (b) como fazer com que, de fato, o governante se atenha aos limites naturais ao seu poder?

O primeiro problema da liberdade é definir quais são os direitos inatos que limitam a ação do Estado? As teorias jusnaturalistas poderiam dar uma resposta, ou seja, a origem de tais direitos é metafísica. No entanto, o jusnaturalismo moderno tem características que o afastam do jusnaturalismo antigo e medieval. O jusnaturalismo como jusracionalismo se apresenta também como uma força nova de produção do direito, isto é, o direito racional é derivação exclusiva da razão e as fontes tradicionais e de autoridade são obstáculos ao conhecimento verdadeiro.

A curta aplicação do jusnaturalismo (jusracionalismo) na modernidade apresentou duas situações: (a) que o direito natural foi revelado (conhecido) no momento revolucionário e, portanto, como resultado de uma ruptura violenta com o passado e a construção de um conjunto novo de direitos instaurados pelos vencedores e (b) que o direito natural, ainda que como argumento de ser expressão da razão, foi construído gradativamente com a própria prática política, social e jurídica.

É no primeiro sentido que, na França, se promulgou os direitos do homem e é no segundo sentido que os direitos naturais foram reconhecidos na Inglaterra. Portanto, no segundo sentido, diferentemente de toda a retórica que ressoa até nossos dias, há uma nítida associação entre os direitos naturais e o direito consuetudinário.

Esta confusão (associação) entre direitos naturais e direito consuetudinário não é exclusividade dos ingleses modernos. Na Antiguidade grega, por exemplo, a idéia de direito natural é a de direito imemorial (direito cuja origem é desconhecida e que se pode considerar que sempre existiu). Este direito costumeiro, com o *status* de direito natural, servia para se opor ao direito aprovado como lei (na Assembléia, por exemplo, no caso de Atenas). Trata-se, portanto, não de limites metafísicos ao poder do governante, mas de limites sociais.

Não há porque não compartilhar a mesma conclusão com o caso inglês. A oposição entre direito natural e direito positivo é, na verdade, a oposição entre direito social (recepcionado racionalmente) e lei (direito estatal). Trata-se, portanto, de uma sociedade civil forte o bastante para se opor às intervenções estatais indesejadas, usando como retórica este direito social com o *status* de direito natural. Os ingleses se permitem adotar a doutrina da soberania do parlamento (e, portanto, da unidade do poder), certos de que a sociedade civil tem força suficiente para se opor às interferências (restrições e constrangimentos) indesejadas.

Parece que não é por outro motivo que os norte-americanos, recém-independentes, precisaram recorrer à inovação da constituição como lei fundamental, com validade superior às outras leis (do Estado). É a falta de um direito

consuetudinários (direito social) sólido que exigiu um substituto a fim de proteger a esfera privada dos excessos da esfera pública (esfera legal).

Em nenhum dos dois casos há a persistência da tese jusnaturalista. Mas em ambos os casos há um sentimento social de proteção da sociedade contra o governo, ou seja, a liberdade e a proteção da liberdade visam a um inimigo bem definido: a lei e o governo. No entanto, os instrumentos de proteção não têm origem metafísica, mas em engenharia institucional construída com o tempo, com a experiência de gerações que dá, ao mesmo tempo, a ponderação da liberdade e, também, um tipo não hobbesiano de liberdade.

A outra estratégia de John Locke é a criação de um órgão protetor da liberdade. Locke deixou muito claro que a liberdade civil é a liberdade do que é permitido pela lei, mas considerou legítima apenas a lei que fosse consentida pelo indivíduo¹⁴³.

Neste sentido, parece que ficaria muito mais claro fazer a distinção entre parlamento e governo. Se fosse necessário fazer uma aproximação, dir-se-ia, por razões didáticas, que o governo integra o Estado e que o parlamento integra a sociedade (é o representante da sociedade). Portanto, fica claro que, no contexto exposto, sociedade e Estado não se confundem, tal como não se confundem sociedade e governo, e não se confundem parlamento e governo.

O parlamento é, assim, o protetor da sociedade contra o Estado. Por isto a prerrogativa de legislar é antes do governo que do parlamento. Tem, na verdade, o

¹⁴³ “[...] Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à lei, o consentimento da sociedade, sobre o qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida”. John Locke. Dois tratados sobre o governo, p. 503.

parlamento o poder de “veto” e não o poder de proposição. A função do parlamento é impor limites, é dar o consentimento para tornar legítima a lei.

Mais uma vez parece estar claro que a concepção liberal é o suporte teórico da proteção da sociedade contra as interferências indesejáveis do governo. Para tanto, criou-se um sistema formal e material de proteção, baseado na idéia de direitos fundamentais e de controle ao governo. Este controle pode ser simples (como o parlamento que controla o rei) ou complexo (como doutrina de freios e contrapesos), pode ser interno (entre órgãos representativos) ou externo.

Mas o que se pretende é ressaltar o contexto da formulação da concepção liberal de liberdade não foi a própria liberdade individual em si (vista apenas abstratamente), mas visava resolver um problema bem real, que era fundamentar um sistema de proteção da esfera não estatal contra a esfera estatal, considerando-se que a esfera estatal, naquele contexto, não era democrática e nem mesmo representativa. E que a própria idéia de representação da nação, ou a idéia democrática de um modo geral, fez parte desta estratégia de proteção da esfera não estatal.

5 INDIVÍDUO CONTRA O ESTADO OU SOCIEDADE CONTRA O ESTADO?

Visto de outro modo, o debate sobre a concepção liberal da liberdade (e mesmo sobre a concepção democrática da liberdade) é o debate sobre o modelo e os fundamentos do Estado de direito. O modelo do *rule of law* dos ingleses e o modelo do Estado legal dos franceses.

Atente-se que as doutrinas estudadas até aqui visavam também solucionar problemas específicos bastante concretos. Thomas Hobbes, tendo presenciado uma sangrenta guerra civil (Revolução Puritana) na Inglaterra, sentindo os efeitos da anarquia (dualidade de poderes em conflito), tem o objetivo de prescrever um regime de ordem social; já influenciado por Bacon e por Galileu Galilei, encontrou novos fundamentos para o poder. John Locke, cinqüenta anos depois de Hobbes, presenciou a destituição do rei e a instauração do governo constitucional na Inglaterra (Revolução Gloriosa), a nova forma de governo seria compartilhada pelo rei e pelo parlamento, visando impedir os abusos recentemente executados pelo rei e pelo lorde protetor. No tempo de Rousseau, a França era uma monarquia ao mesmo tempo feudal e absoluta – o modelo que deveria ser superado; neste tempo, a Europa era embebida de histórias sobre novo continente e sobre a vida dos colonizadores (foi nesta época que Daniel Defoe publicou *Robinson Crusoe*); era também neste contexto que se experimentavam formas republicanas de governo como em Genebra; a idealização da vida no novo continente bem que poderia ser a imagem do estado de natureza, e a comunidade genebrina bem que podia ser a imagem da república, assim como a monarquia francesa a imagem da sociedade civil¹⁴⁴. Montesquieu, assim como Rousseau, escolheu a monarquia francesa como inimiga, mas aquele tem a Inglaterra como modelo. Benjamin Constant temia o governo jacobino, expressão na França republicana das idéias de Rousseau. Isaiah Berlin e Norberto Bobbio prepararam a barricada contra o totalitarismo.

¹⁴⁴ “De Ruggiero observou que, enquanto a espécie inglesa de liberalismo favorecia por inteiro a limitação do poder estatal, a variedade francesa procurava fortalecer a autoridade estatal para garantir a igualdade diante da lei. A versão francesa procurava também a demolição da ordem ‘feudal’

Mas – dado que uma liberdade é sempre uma liberdade concreta, uma liberdade em relação a uma anterior servidão, não sendo jamais a liberdade definitiva – o século da liberdade foi, na realidade, o século da liberdade ou das liberdades que a burguesia conquistara para si contra as classes feudais, ou, mais precisamente, foi o século não da liberdade mas do liberalismo, ou seja, de um certo modo de entender e de realizar a liberdade [...]¹⁴⁵.

Como já se abordou, o debate sobre a liberdade social, na verdade, tem sido, pelo menos nos últimos trezentos anos, um debate sobre os fundamentos da legitimidade da lei e, como decorrência dele, se a teoria da liberdade (se a liberdade individual) fundamenta a lei ou se é a lei que fundamenta a liberdade. É outro nome que se dá ao debate, ainda hoje presente, sobre direito natural em oposição ao direito positivo, direitos inatos *versus* atos do governo etc. Em todo este debate, usualmente, se confronta a lei a uma fonte natural da liberdade (seja racional, seja divina), quando, na verdade, parece ser claro que a verdadeira fonte é social. O embate, na realidade, não é entre direito natural e direito positivo, mas entre direito social e direito legal. Mais: o embate pode não ser nem mesmo entre indivíduo e sociedade, mas entre sociedade (ou grupos sociais) e Estado (governo).

Os grupos sociais também podem interferir (restringir e constranger) na liberdade. Mas não resta dúvida que, na modernidade, uma organização social se destaca das demais pela pretensão de subordinar todas as outras a ela, como também de ter efetivamente êxito em parte considerável desta pretensão. Assim, ainda que nunca fique explícito, a história (moderna) da luta pela liberdade (individual) contra o Estado é também a pretensão das outras organizações sociais (não-estatais) de exercerem sua liberdade, isto é, não serem constrangidas e

bem sustentada pelo privilégio social e pelo poder da Igreja”. José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 32,

¹⁴⁵ Norberto Bobbio. Igualdade e liberdade, p. 81.

restringidas pelo Estado e puderem constranger e restringir a ação dos integrantes das respectivas organizações.

Um olhar ainda mais atento veria mesmo que quem está em disputa com o Estado não é o indivíduo, mas organizações não-estatais que se relacionam com o Estado, ou seja: quem manda na economia? Quem manda na família? Quem manda na religião? O indivíduo se agrega a outros grupos sociais além do Estado, a questão é saber: como estes grupos se relacionam com o Estado?

A concepção política moderna, influenciada pela nova ciência de Galileu Galilei, aplicada na política por Hobbes, na filosofia de Descartes e no direito por Puffendorf, partia da premissa de que o mundo consistia no conjunto de partículas independentes, os átomos, os indivíduos. E que estes indivíduos-átomos é que são a unidade elementar de todo o sistema físico, moral, político, jurídico, etc. Por isto na teoria liberal a oposição explícita é entre indivíduo e Estado. Mas os efeitos práticos desta teoria é a oposição entre Estado e não-Estado, isto é, Estado e organizações sociais não-estatais.

É certo, no entanto, que fazer parte de do Estado é um vínculo necessário, enquanto que integrar uma organização social não-estatal, na maioria das vezes, é decorrente da escolha do indivíduo, ou seja, o indivíduo, no caso do Estado, não escolhe a quem se submeter, mas quanto a uma organização religiosa, uma organização profissional etc. a discricionariedade é maior. Outras são mais vinculantes, como a família, por exemplo¹⁴⁶. Hoje, no entanto, até mesmo o vínculo estatal é menos rígido¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Vale frisar esta idéia de sub-grupo. Na concepção liberal há sempre o destaque entre indivíduo contra a sociedade ou indivíduo contra o Estado, quando na verdade parece que os maiores beneficiados com a proteção da esfera privada são organismos complexos não estatais em que,

6 SÍNTESE DOS ENIGMAS NÃO RESOLVIDOS E ALTERNATIVAS

Os problemas destas relações entre livre-arbítrio e determinismo e entre liberdade como querer e liberdade como ação não consistem apenas em indagações como: de que adianta uma ação livre, se não houver livre-arbítrio? Mas também em indagações como: de que adianta querer livremente, quando não se dispõe de meios para fazer o que se quer? Ou, de que adianta ser livre para fazer o que a lei permite se o que se quer fazer a lei não permite ou se a lei obriga a fazer o que não se quer fazer? Os problemas ficam ainda mais complexos e difíceis de serem superados, quando as relações entre um querer e uma ação são intermediadas por outras vontades e por outras ações. Isto significa, pelo menos, três ordens de indagações: (a) sobre as restrições e os impedimentos sociais e econômicos, (b) sobre as restrições e os impedimentos legais e (c) sobre a complexidade de relacionar o querer e o agir.

O certo é que a doutrina liberal da liberdade difundida nos dias atuais apresenta contradições e lacunas insuperáveis, frente aos problemas das sociedades contemporâneas. Particularmente o dilema / paradoxo de proteger a liberdade individual sem atentar contra a liberdade individual. O núcleo do problema é que a concepção liberal foi estruturada com a premissa do “tudo ou nada”, ou seja,

realmente, os indivíduos tem uma maior flexibilidade para integrá-los ou não, que demonstram que o indivíduo não age só, mas em grupos, ainda que não seja grupo estatal. Mas com esta heterogeneidade da sociedade estes novos grupos precisam ser também maláveis o bastante para que seu participante possa escolher em qual participar.

¹⁴⁷ Atualmente, a própria participação no Estado também pode ser uma escolha. É o caso de pessoas que cidade querem morar e até em que países querem morar com a facilidade de circulação e a globalização.

uma idéia absoluta e direta da liberdade individual. Para tanto, há problemas para compreender uma liberdade parcial, quando, na verdade, a liberdade é necessariamente parcial. Isso leva à seguinte indagação: diante da necessidade da liberdade individual parcial, quais as liberdades que são essenciais (quais que não se pode abrir mão para ser livre)? Mais uma vez a idéia absoluta e direta da liberdade causará dificuldades para uma resposta satisfatória. Primeiro, quando uma liberdade individual esbarra na mesma liberdade individual exercida por outro: por exemplo, liberdade de expressão. Ou quando uma liberdade colide com outra liberdade. Ou, ainda, quando uma liberdade colide com outro valor, a princípio não liberal, mas que indiretamente potencializa o uso da liberdade. Nesta complexidade de questões e de fatores, as teorias tradicionais da concepção liberal de liberdade não apresentam boas respostas.

O que é essa área natural de liberdade? E se a área natural da liberdade não for uma limitação material, mas uma limitação formal? E se o que determina esta limitação for a necessidade desta regra ter aplicação geral? Ou se esta regra seguir a mesma lógica de Rawls do véu da ignorância? Como falar de racionalidade ou de imparcialidade, quando o mundo é de emotividade e parcialidade? Em sociedades sem tradição jurídica consolidada, em sociedades sem instituições políticas representativas da sociedade e ao mesmo tempo genuinamente estáveis, qual deve ser o modelo constitucional ideal para mediar as relações entre Estado e sociedade, entre indivíduo e lei?

Trata-se de um debate curioso, pois não passa de um conselho aos governantes, ou melhor, um conselho aos legisladores, ou melhor ainda, um conselho aos constituintes, ou até um conselho aos interpretes da constituição (este

último sentido apresentaria sérios problemas, pois se voltaria a discutir sobre o direito posterior ao poder). Assim, o debate sobre a liberdade é necessariamente um debate prescritivo.

A pergunta inicial ainda persiste. É possível uma marca que diga o que é a esfera privada? A questão ficaria mais complexa, caso fosse revivido o pensamento de Hobbes e fosse percebido que a esfera privada também é a esfera da não-liberdade privada. De certo modo, é o governo que pode proteger a liberdade de um indivíduo contra outro indivíduo, ainda que o indivíduo não tenha mais proteção contra o governo.

Tentar-se-á demonstrar que esta concepção liberal teve sua origem também na concepção republicana de liberdade (a única concepção até a modernidade). E que retomá-la poderá dar alternativas para superar este impasse/ dilema / paradoxo. No entanto, deve-se considerar se esta alternativa republicana é uma alternativa paradigmática à modernidade ou se é apenas mais uma tentativa de ajuste do paradigma moderno, adequando a concepção liberal de liberdade aos novos tempos formando uma concepção liberal-republicana.

O dilema da liberdade parece ser a questão de fundo da crise do paradigma moderno no direito e no Estado. Se não a crise, pelo menos a tensão entre a preservação (ou reconstrução) do paradigma moderno, particularmente do paradigma liberal, e a adoção do paradigma democrático (seja ele moderno ou não).

A encruzilhada a que chegou o debate sobre a liberdade pode ser observada de pelo menos três maneiras: (a) olhada para trás, como de certo modo fez MacIntyre para explicar que os problemas atuais podem ser melhor resolvidos por soluções velhas (o paradigma aristotélico-tomista, por exemplo); (b) olhado por

dentro, isto é, uma solução interna do problema que necessariamente exige a acomodação entre pelo menos três modelos paradigmáticos: o liberal, o democrático e o social; (c) olhando para uma nova resposta, longe do conforto paradigmático atual e anterior.

A despeito da opção de MacIntyre, o republicanismo, sem abandonar o contexto do debate contemporâneo, mas aproveitando mais de dois mil e quinhentos anos de construção teórica, pode ser uma alternativa adequada para o dilema. Em certa medida, a abordagem republicana pretende resolver o dilema quando invalida suas bases, ou seja, quando demonstra que o dilema é falso ou que é inútil. Não é por outro motivo que o núcleo do republicanismo é a idéia de liberdade.

PARTE III

A CRISE PARADIGMÁTICA NO DIREITO

CAPÍTULO I - APLICAÇÃO DAS IDÉIAS DE PARADIGMA E DE FALSEABILIDADE AO DIREITO

O dilema da liberdade manifesta a primeira anomalia do paradigma. O reconhecimento de um enigma não-resolvido repercute em outras partes do paradigma.

A temática específica da pesquisa versa sobre a crise paradigmática no direito e a judicialização da política no Brasil. Os dois aspectos do tema estão relacionados pela doutrina da separação de poderes.

Considera-se a doutrina da separação de poderes o núcleo didático do paradigma hegemônico no direito. É pela doutrina da separação de poderes que se torna possível fazer a distinção entre o jurídico e o político, bem como “neutralizar” o poder judiciário. A crise da doutrina da separação de poderes, como detalhadamente se verá a seguir, consiste em apenas um aspecto da crise paradigmática, trata-se de um entre os vários enigmas do paradigma moderno no direito.

A judicialização da política, que será tratada detalhadamente na Parte IV, também não passa de um aspecto da crise da doutrina da separação de poderes e, portanto, também, da crise paradigmática no direito. Talvez, mais do que um aspecto da crise, a judicialização seja a própria materialização da superação da crise, uma constatação nos fatos de que os fundamentos teóricos da doutrina da separação de poderes não se aplicam coerente e satisfatoriamente à explicação dos fenômenos presentes.

A judicialização da política é a manifestação mais evidente da crise da doutrina da separação de poderes; e a crise da doutrina da separação de poderes é o aspecto mais didático da crise do paradigma moderno no direito.

Da possibilidade de aplicação da idéia de paradigma no direito

Karl Popper e Thomas Kuhn¹⁴⁸, ao fazerem a crítica à filosofia da ciência tradicional, apresentaram novos instrumentos para o estudo das ciências (sem, no entanto, estenderem o conceito de ciência às ciências não naturais). Para Popper, são enunciados científicos aqueles que podem ser falsificados. Para Kuhn, a “ciência” é ciência normal apenas quando estiver fundada em um paradigma (único, dominante, consolidado, reconhecido pela comunidade científica).

Karl Popper enfatizou que a atividade do cientista é principalmente criar novas teorias e submetê-las à crítica (a teoria só poderá ser criticada se puder ser falseada); nas ciências humanas e, particularmente, no direito, os enunciados não podem ser falseados. Sendo ou não o direito uma ciência, no entanto, é possível manter uma discussão rigorosa sobre enunciados jurídicos a partir do “método” que incentiva a criação de novas teorias (novas soluções para os problemas jurídicos)

¹⁴⁸ Por “criticismo relativizado” entende-se que os enunciados científicos devem se submeter à crítica, e que a crítica não consiste apenas no juízo de falseabilidade, mas também a juízo de coerência; portanto, estende-se o criticismo de Popper (relativizado) às ciências não empíricas. Por “idéia de paradigma adaptada” entende-se duas coisas: (1º) que as ciências consideradas por Kuhn como não normais também são regidas por paradigmas, ainda que por vários paradigmas (portanto, considerando que o conceito de paradigma admite a convivência de vários paradigmas dominantes simultaneamente para a mesma ciência, desde que se reconheçam como distintos); e (2º) que todo modelo, desde que reconhecido pela comunidade que lhe dá validade, é um modelo paradigmático (portanto, aplicando-se também a situações mais particulares). Sobre o tema, cf. também, Imre Lakatos e Alan Musgrave (org.). A crítica e o desenvolvimento do conhecimento. Bem como, Paul Feyrerabend. Contra o método.

submetendo-as à crítica, que mesmo não podendo se submeter a um juízo de falseabilidade, pode se submeter a um juízo de coerência, ainda que seja de coerência com os pontos de partida, ou seja, com o paradigma adotado (mesmo que não seja o paradigma hegemônico)¹⁴⁹.

Thomas Kuhn trabalhou a idéia de paradigma para as ciências. É possível estender a idéia de paradigma a outras áreas¹⁵⁰, inclusive às ciências não naturais, às artes ou técnicas e, principalmente, ao senso comum. Neste ponto, a teoria de Kuhn se separa substancialmente da obra de Popper: para Kuhn, os paradigmas valem independentemente de serem falseados, o único critério de validade do paradigma é o reconhecimento, por qualquer motivo, pela comunidade científica¹⁵¹. Neste sentido, além de ser reconhecido por uma comunidade especial (a dos cientistas), o paradigma das ciências difere do paradigma do senso comum porque seus princípios estão organizados e explícitos. Após a obra de Kuhn, a distinção tradicional entre ciência e senso comum perde o sentido, pois a ciência também aceita premissas (paradigmas) como verdadeiras, como dogmas, sem submetê-las à dúvida (que era o critério tradicional para separar a pesquisa filosófica e científica do

¹⁴⁹ Gerard Fourez considera que a comprovação empírica não passa de um juízo de coerência com os preceitos do modelo referencial, ou seja, considera que mesmo nas ciências naturais a comprovação empírica é apenas uma comprovação paradigmática, um atestado de que o fato demonstrado se ajusta coerentemente ao modelo adotado. Gerard Fourez. *A construção das ciências*, pp. 37-8. Cf., também, Alexandre Koyré. *Estudos de história do pensamento científico*.

¹⁵⁰ Carlos Maria Cárvoca, aplicando as idéias de T. Kuhn às ciências não-normais, apresenta um conceito didático para “paradigma” e para “revolução”. Paradigma é um “conjunto de conhecimentos, práticas científicas, critérios standartizados de aceitabilidade dos enunciados e concepções acerca dos fundamentos próprios de um determinado ramo do saber, compartilhados pela comunidade científica, durante uma certa época mais ou menos prolongada”. E completa: “o conhecimento só avança de rupturas, de revoluções, da substituição de uma rede de conhecimentos por outra mais adequada, isto é, com maior força explicativa ou com maior capacidade de predizer ou com ambas as coisas”. Cf. Carlos Maria Cárcova. *Notas acerca de la teoria critica del derecho*, p. 19 In Christian Courtis (comp.). *desde outra mirada*.

¹⁵¹ Em oposição a qualquer tendência de utilização da obra de Kuhn para um relativismo e/ou ceticismo radical, Luciano Oliveira e Mário Guerreiro, de formas diferentes, alertam para necessidade de um certo grau de eficácia dos enunciados do paradigma na realidade. Cf. Mário A. L. Guerreiro.

senso comum). Assim, o conceito de paradigma como conjunto de princípios recebidos como dogmas poderá ser utilizado em sentido mais amplo que o pretendido por Kuhn, aplicando-se, por exemplo, ao direito (sendo ciência não natural ou mesmo arte).

É inegável a referência à teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn, na presente pesquisa, com ajustes para considerar a idéia de “paradigma” aplicável à ciências não-normais. A teoria de Kuhn, portanto, é adaptada¹⁵². Pois, enquanto na teoria original a idéia de paradigma é aplicável exclusivamente às ciências normais, na presente pesquisa, aplicou-se a idéia de paradigma nas ciências não-normais, ou seja, nas ciências humanas, nas ciências sociais, no direito, e, por conseguinte, admitindo-se a existência de vários paradigmas convivendo simultaneamente e, como corolário, que tais paradigmas não são completamente excludentes¹⁵³.

Os paradigmas do direito, portanto, não se sucedem como nas ciências normais, mas se acumulam, podendo conviver, ao mesmo tempo, com paradigmas diferentes¹⁵⁴.

Particularmente no caso do direito, Menelick de Carvalho Neto afirmou que convivem três paradigmas modernos: o do Estado de direito¹⁵⁵, o do Estado do bem-

Ceticismo ou senso comum; e cf. Luciano Oliveira. Verdades científicas e relações de força – notas críticas sobre o relativismo de Latour.

¹⁵² O mesmo Giovanni Reale para a filosofia. Cf. Giovanni Reale. Para uma nova interpretação de Platão.

¹⁵³ Analisando Kuhn, Boaventura de Sousa Santos arrematou: “nas ciências sociais não há consenso paradigmático”. Boaventura de Sousa Santos. Crítica da razão indolente, p. 67.

¹⁵⁴ Sobre a história do direito europeu, cf., também, R. C. van Caenegem. Uma introdução histórica ao direito privado; Karl Larenz. Metodologia da ciência do direito; Franz Wieacker. História do direito privado moderno.

¹⁵⁵ “O direito moderno é um direito que se volta para a regulamentação de condutas futuras, sendo-lhe inerente a assunção do risco do eventual descumprimento de suas normas”. Menelick de

estar e o do Estado democrático de direito¹⁵⁶. Registre-se, em todo caso, que, estranhamente, Menelick de Carvalho Neto desconsiderou o paradigma do Estado absolutista¹⁵⁷ como paradigma moderno e, portanto, desconsiderou a fórmula descrita por Max Weber de que o Estado moderno tem a pretensão do monopólio da produção do direito e do uso legítimo da violência.

Nesse sentido, o paradigma do Estado de direito recepciona a pretensão do monopólio da produção e da aplicação do direito pelo Estado, assim como o paradigma do Estado do bem-estar recepciona boa parte da estrutura de proteção das liberdades e dos direitos individuais contra o Estado e assim por diante. No entanto, embora haja compatibilidade em muitos aspectos, há contradições insuperáveis em muitos outros; poder-se-ia mesmo afirmar que há incomensurabilidade entre eles, considerando que cada um eleva um valor superior diferente; como conciliar ordem com liberdade? Como conciliar direitos individuais com direito da maioria? Como conciliar liberdade com igualdade? A convivência entre os paradigmas não significa uma convivência pacífica ou coerente; significa apenas que a comunidade jurídica e política pode recorrer a qualquer um destes paradigmas, indistintamente.

A exclusão do paradigma do Estado absolutista na descrição de Menelick de Carvalho Neto é, por outro aspecto, revelador. Na retórica de compatibilidade paradigmática, o paradigma do Estado liberal se apresenta não apenas como antecedente cronológico dos outros dois, mas também como antecedente teórico;

Carvalho Neto. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito, p. 234.

¹⁵⁶ Menelick de Carvalho Neto. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito, p. 237.

assim, reforça um argumento retórico de que os outros paradigmas se ajustam ao núcleo do paradigma mais antigo; o que significa também uma prioridade do paradigma do Estado liberal sobre os demais.

Particularmente ao paradigma do Estado liberal, manifestado como Estado de direito, Menelick de Carvalho Neto aponta que o mesmo está assentado sobre a limitação do Estado à lei e sobre a adoção do princípio da separação de poderes¹⁵⁸, e, como decorrência: que a “atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos”¹⁵⁹.

Portanto, ainda que tenha que conviver com outros paradigmas, o paradigma do Estado liberal é o núcleo da modernidade jurídica. Para evitar ambigüidade desnecessária, e para fazer a distinção entre o paradigma do Estado liberal puro (original) e o paradigma do Estado liberal mitigado (compatibilizado com os outros paradigmas modernos), adotar-se-á a denominação de paradigma oitocentista. A denominação é uma explícita referência ao período histórico em que o paradigma do Estado liberal (original) se consolidou teoricamente, ou seja, o século XIX.

Registre-se, por fim, que a constatação da acumulação paradigmática não contraria apenas da teoria de Thomas Kuhn. Percebe-se que a comunidade jurídica continua reconhecendo doutrinas que já foram falseadas (falseamento relativizado), portanto contrariando a teoria de Karl Popper. Como já se afirmou, a contribuição da obra de Kuhn e de Popper é instrumental; não se pretende de forma alguma aplicar

¹⁵⁷ “A unidade jurídica e de poder do Estado foi, no continente europeu, obra da monarquia absoluta”. Hermann Heller. *Teoria del Estado*, p. 152.

¹⁵⁸ Menelick de Carvalho Neto. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito*, pp. 239-240.

rigorosamente estas teorias ao direito, quando os próprios autores expressamente afirmaram que tal aplicação é impertinente. Repete-se: é o instrumental conceitual indispensável para compreender a crise da modernidade jurídica.

Paradigma oitocentista contra o Antigo Regime

O paradigma oitocentista é uma manifestação do paradigma moderno. A ênfase ao período – oitocentista – ou a um aspecto do seu conteúdo – Estado de direito – serve apenas para destacar que há manifestações diferentes do paradigma moderno.

Foi elaborado em contraste com paradigma velho, daí sua importância e sua unidade de conteúdo. No entanto, o Antigo Regime (expressão tardia, última e decadente do paradigma medieval) conjugava um aspecto medieval (o regime de estamentos, de privilégios, de distinções) a um aspecto moderno (o absolutismo, a centralização do poder político). Não é por outra razão que diversos teóricos do Estado preferem demarcar o início do Estado moderno como Estado liberal e não como Estado absolutista. Em suma, o paradigma oitocentista mirava o seu ataque em duas frentes: os privilégios da nobreza, decorrentes do regime de estamentos, e o absolutismo do rei, ou seja, buscava dois objetivos: igualdade e liberdade.

A igualdade jurídica (igualdade formal) abolia os regimes jurídicos particulares e considerava um regime jurídico único, bem como uma única condição: a de

¹⁵⁹ Menelick de Carvalho Neto. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito, p. 241.

cidadão. A liberdade negativa restringia a ação estatal, ampliando e protegendo a esfera privada (trata-se também de uma liberdade jurídica e formal).

Conceito moderno de lei

Estes dois elementos do paradigma oitocentista – igualdade e liberdade – são expressos também na concepção moderna de lei¹⁶⁰, ou melhor, na concepção liberal de lei, pois a modernidade absolutista apresentara a lei como principal fonte do direito, isto é, um documento escrito emanado do poder soberano, o rei, aplicando-se a todos os súditos, que estavam igualmente submetidos ao poder do monarca (ao poder do Estado). A concepção liberal (que é também moderna), no entanto, reproduz-se em duas dimensões: como isonomia e como previsibilidade.

Observe-se como um trabalho recente, da década de 1980, enunciou claramente os postulados do paradigma oitocentista:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes¹⁶¹.

Como isonomia, toda lei tem o caráter geral¹⁶² e abstrato¹⁶³, ou seja, toda lei se aplica da mesma forma a cada um de todos e toda lei se aplica aleatoriamente a

¹⁶⁰ No mesmo sentido: “A primazia da lei assinala assim a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Regime*”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 24.

¹⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 14.

¹⁶² A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello tornará claro o sentido do caráter geral da lei: “A lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e

cada um de todos, pois não é possível nem a aplicação seletiva, nem a aplicação previamente concebida da lei.

Como previsibilidade, a lei serve de proteção contra o arbítrio, ou seja, as proibições, as obrigações e as imputações jurídicas decorrentes da conduta ilícita devem estar contidas em lei promulgada anteriormente a realização da conduta. Contrasta com a aplicação da justiça sem um rígido parâmetro prévio, autorizando ao julgador qualquer decisão que julgasse justa (ou que julgasse segundo o impreciso direito costumeiro).

Em suma, a hegemonia da lei se consolidou, primeiro, por duas estratégias: (a) a elevação da lei como principal fonte do direito em substituição ao costume e (b) o reconhecimento da legislação como expressão da soberania e não da jurisdição (isto é, a soberania manifestada pelo poder de editar normas e não pelo poder de julgar em última instância os litígios). Depois, agregaram-se três qualidades necessárias para o rompimento com o Antigo Regime e fundamentais para a nova ordem: (c) a generalidade¹⁶⁴ e a abstração¹⁶⁵ da lei, tornando todos os cidadãos

definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar” [p. 29]. E arremata: “A lei se diz geral, quando apanha uma classe de sujeitos. Generalidade opõe-se a individualização, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito, particularmente, caso em que se deve nominá-la lei individual”. [p. 33]. Celso Antônio Bandeira de Mello. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, pp. 29-33.

¹⁶³ “Convém denominar de abstrata a regra que supõe situação reproduzível, ou seja ‘ação-tipo’ [...]. O contraposto do preceito abstrato é o concreto, relativo à situação única, prevista uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar sua renovação”. Celso Antônio Bandeira de Mello. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 33. Na mesma obra, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma interessante divergência em relação à posição de Norberto Bobbio, para Mello a norma abstrata é necessariamente geral (ainda que o inverso não seja necessário).

¹⁶⁴ “A generalidade é a essência da lei no Estado de direito. [...] Em todas as Cartas constitucionais liberais do século XIX está reconhecido o importante princípio da igualdade ante a lei como defesa frente aos ‘privilégios’ (etimologicamente *leges privatae*) típicos da sociedade pré-liberal do Antigo regime”. Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, p. 29.

¹⁶⁵ “Vinculada à generalidade estava a abstração das leis, que pode definir-se como ‘generalidade no tempo’ e que consiste em prescrições destinadas a valer indefinidamente e, portanto, formuladas mediante ‘supostos de fato abstratos’. A abstração respondia a uma exigência da sociedade liberal tão essencial como a generalidade: se tratava de garantir a estabilidade da ordem jurídica e, por conseguinte, a certeza e previsibilidade do direito. A abstração, com efeito, é inimiga das leis

juridicamente iguais e, portanto, abolindo os estatutos diferenciados por estatutos e a concessão de privilégios e prerrogativas; (d) a lei como produto da razão¹⁶⁶ (e o parlamento como órgão, primeiro da constituição mista, depois da soberania popular)¹⁶⁷; e (e) o princípio da legalidade, propriamente dito, que consagrava não apenas o ideal cartesiano de clareza e de certeza (em contraste com o costume), como também consagrava a segurança jurídica e a previsibilidade como valores necessários¹⁶⁸.

Perceba-se como na segunda parte da característica “d” é nítida a influência rousseaniana. Rousseau converte a lei expressão da constituição mista em lei expressão da soberania popular. Assim, a expressão da soberania é a lei, portanto uma supremacia do legislativo sobre o executivo e sobre o judiciário, órgãos aplicadores da lei.

No entanto, não se perca de vista que o valor fundamental para o paradigma moderno é a liberdade, e que a liberdade no sentido moderno é necessariamente a liberdade individual. A construção teórica do moderno conceito de lei, a despeito das origens do *rule of law* na Inglaterra¹⁶⁹, é obra francesa e alemã¹⁷⁰. A contribuição

retroativas, necessariamente ‘concretas’, como também é inimiga das leis ‘a termo’, isto é, destinadas a esgotar-se em um tempo breve, e, enfim, é inimiga da modificação demasiadamente freqüente de umas leis por outras”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 29-30.

¹⁶⁶ “Se não há uma idéia clara do que seja a racionalidade e do que seja, por seu turno, a razão, percebe-se uma valorização positiva do racional e da razão, sem uma precisão nos estudos acerca de sua noção”. Alexandre Da Maia. *Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica*, p. 16.

¹⁶⁷ “Em princípios do século XIX, a consequência do extraordinário auge da escola racional se havia desenvolvido em toda a Europa uma concepção de direito que considerava este um produto da razão humana expressada pela boca do legislador”. Aftalion e Vilanova. *Introducción al derecho*, p. 260.

¹⁶⁸ A princípio se poderia afirmar que o direito escrito, não necessariamente estatal, é instrumento indispensável para a proteção da liberdade; pois a “forma é irmã da liberdade”. No entanto, é também o direito escrito a forma de manifestação do poder absolutista, como instrumento eficaz de prescrição de comandos, bem como fonte distinta do costume.

¹⁶⁹ Deve-se ter todo o cuidado para não confundir o princípio da legalidade inglês (geralmente reproduzido como *rule of law*) e o princípio da legalidade continental. Nesse sentido é a posição de Zagrebelsky: *Rule of law and not of men* não só evocava em geral o *topos* aristotélico do governo das

francesa é de Rousseau e de Montesquieu, a qual, de certo modo, já se abordou na Parte II.

É a partir da concepção moderna (liberal) de lei que se constrói o paradigma do Estado de direito. E é o liberalismo, tardio, alemão que conclui a construção da concepção moderna de Estado de direito (*Rechtsstaat*)¹⁷¹. Adotando, por fim, os seguintes fundamentos: (a) a lei geral e abstrata (prescrita previamente e independentemente de sua aplicação ou dos problemas concretos); (b) a

leis em lugar do governo dos homens, mas também a luta histórico-concreta que o Parlamento inglês havia sustentado e ganhado contra o absolutismo régio. Na tradição europeia continental, a impugnação do absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembléia soberana; na Inglaterra, a luta contra o absolutismo consistiu em opor às pretensões do rei os 'privilégios e liberdades' tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo Parlamento. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 25. O mesmo autor arremata: O *rule of law* – como se pode dizer – se orienta originalmente pela dialética do processo judicial, ainda quando se desenvolva no Parlamento; a idéia do *Rechtsstaat*, diferentemente, se reconduz a um soberano que decide unilateralmente. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 26.

¹⁷⁰ A expressão 'Estado de direito' é certamente uma das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea. Contém, todavia, uma noção genérica e embrionária, ainda que não seja um conceito vazio ou uma fórmula mágica, como se tem dito para denunciar certo abuso da mesma. O Estado de direito indica um valor e alude apenas a uma das direções do desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quinta-essência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, mas *lex fecit regem*. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 21.

¹⁷¹ Mário Lúcio Quintão Soares assevera que "a expressão *Rechtsstaat* foi cunhada por Robert Von Mohl, em *Die Polizeiwissenschaft den Grundsätzen des Rechtsstaates (1832/1833)*"; assevera também que o conceito de *Rechtsstaat* foi resultado da dogmática alemã do século XIX, "forjada por Otto Mayer, Thoma Geber, Laband e Jellinek, logrou seu pleno desenvolvimento nas obras de Kelsen e de Schmitt, embora em diferentes perspectivas" (cf. Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do Estado*, p. 277). No mesmo sentido é o registro de Zagrebelsky: atribui-se aos juristas alemães, em meados do século XIX, a elaboração definitiva deste conceito clássico (moderno) de Estado de direito. Em particular, a obra de Otto Mayer. Perceba-se, no entanto, o contexto de sua elaboração e o caráter conciliador dos seus postulados entre o movimento liberal radical e o alicerce conservador das instituições políticas alemãs, antes da unificação. Segue o relato de Zagrebelsky: "Na clássica exposição do direito administrativo de Otto Mayer, a idéia de *Rechtsstaat*, no sentido conforme o Estado liberal, caracteriza-se pela concepção da lei como ato deliberado de um Parlamento representativo e se concretiza em: a) a supremacia da lei sobre a Administração; b) a subordinação à lei, e só à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, de que poderes autônomos da Administração possam incidir sobre eles; c) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e só a lei, às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a Administração do Estado. Desse modo, o Estado de direito assumia um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes; um significado particularmente orientado à proteção dos cidadãos frente a arbitrariedade da Administração". Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 23.

supremacia do legislativo sobre os outros poderes¹⁷²; e, portanto, seus corolários: (b1) a separação (rígida) de poderes¹⁷³ e b2) o dogma da neutralidade dos juízes; (c) a separação entre Estado e sociedade; e, portanto, seus corolários: (c1) a esfera privada delimitada (protegida) por direitos e garantias individuais, (c2) a atuação do poder público (da Administração Pública) limitado pela lei (legalidade administrativa)¹⁷⁴ e (c3) o poder judiciário independente para aplicar a lei¹⁷⁵.

Perceba-se o papel de destaque do conceito moderno de lei na idéia de Estado de direito. É ele que dará o sentido racionalista¹⁷⁶ ao paradigma. Destaque-se também o fundamento “b1”, “a separação de poderes é o elemento lógico e essencial do Estado de direito”¹⁷⁷.

¹⁷² Neste sentido: “O Estado liberal de direito era um Estado *legislativo* que se afirmava a si mesmo através do *princípio da legalidade*. [...] O princípio da legalidade, em geral, expressa a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao que, na linha de princípio, não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma ou fundamento: nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior ‘razão de Estado’, nem a inaplicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um direito mais alto (o direito natural ou o direito tradicional) ou de direitos especiais (os privilégios locais ou sociais)”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 24.

¹⁷³ “É sabido que a Revolução Francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de *checks and balances*, nunca se poderá sublinhar suficientemente”. Mauro Cappelletti. *Juizes legisladores?*, p. 48).

¹⁷⁴ Pelo princípio da legalidade administrativa, a Administração Pública só age legitimamente com expressa autorização legal. Assim, a falta de tratamento legal implica a presunção de proibição para a Administração e de permissão para o cidadão.

¹⁷⁵ Cf., também, a doutrina brasileira clássica: M. Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*.

¹⁷⁶ Na filosofia, o paradigma moderno é marcado pela influência do pensamento de René Descartes e, portanto, considerando a racionalidade individual o único meio idôneo para o conhecimento. Essa pretensão cartesiana foi levada a efeitos extremados desconsiderando a experiência como fonte de conhecimento e apegando-se exclusivamente na dedução a partir de idéias claras e inatas. A filosofia racionalista produz efeitos mais marcantes no direito do século XVIII: “Com o advento do Racionalismo, no século XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença dos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático”. Fioranelli Jr., p. 76.

¹⁷⁷ Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de direito público*, p. 42.

Por fim, há também outra maneira, mais didática, de apresentar os fundamentos do Estado de direito¹⁷⁸, consiste em identificá-lo com três doutrinas¹⁷⁹: (a) a doutrina dos direitos fundamentais (desenvolvida, pode-se dizer, a partir da doutrina dos direitos inatos de John Locke e de outros liberais); (b) a doutrina da soberania popular (desenvolvida, pode-se dizer, a partir das idéias expressas no *Contrato Social*, de Rousseau, mas marcadamente alterada pela composição com os institutos da representação política, do mandato livre e da soberania nacional); e (c) a doutrina da separação de poderes.

Esta concepção de lei e de Estado de direito se reproduziu na organização do poder com a nítida separação entre a esfera da sociedade civil (esfera das relações individuais), regulada pelo direito privado, e a esfera do Estado, regulada pelo direito público¹⁸⁰. A esfera estatal, por sua vez, também é separada entre a esfera do político e a esfera do jurídico; é a esfera jurídica que faz a mediação entre a sociedade e o Estado e é quem protege a sociedade da interferência indevida do Estado. Assim, nesta engenhosidade do paradigma do Estado de direito, os órgãos judiciais representam a prática jurídica e os órgãos legislativos e da administração representam a prática política. A ação jurídica, ou seja, a ação judicial é necessariamente vinculada, por isso é considerada neutra. A ação política é livre, ainda que não seja arbitrária; melhor seria, portanto, afirmar que é discricionária, não fosse a peculiaridade da ação legislativa que, embora seja limitada, dispõe de larga

¹⁷⁸ “Constituem garantias constitucionais da liberdade burguesa: o reconhecimento dos direitos fundamentais, a divisão de poderes e a participação do povo no Legislativo mediante uma representação popular”. Mário Lúcio Quintão Soares. Teoria do Estado, p. 265.

¹⁷⁹ “Hobbes, Locke e Rousseau deram importante contributo na teorização sobre o Estado liberal de direito”. Mário Lúcio Quintão Soares. Teoria do Estado, p. 268.

¹⁸⁰ “O pensamento jurídico medieval não conhecia as distinções entre direito público e privado, entre contrato e lei, entre direito e juízo, nem sequer requeria a vida de então uma diferenciação precisa entre direito objetivo e direito subjetivo”. Hermann Heller. Teoria del Estado, p. 151.

margem de discricionarietà. O certo é que as normas emanam dos poderes políticos, especialmente do órgão legislativo, mas este não pode aplicá-las; não se confia na assumida parcialidade dos legisladores; para tanto, a presunção de neutralidade dos juízes é condição indispensável para a validação do paradigma do Estado de direito. Corrobora esta afirmação o divulgado relato do súdito alemão que, diante de uma injustiça recebida, teria afirmado tranqüilamente: “há juízes em Berlin”¹⁸¹.

¹⁸¹ Sobre o Estado de direito, cf., também, Pablo Lucas Verdu. Estado liberal de derecho y Estado social de derecho; Nelson Saldanha. Estado de direito, liberdades e garantias.

CAPÍTULO II - ASPECTOS DA CRISE DO DIREITO E DO ESTADO MODERNOS

1 O DILEMA DA LIBERDADE E O DILEMA DA DEMOCRACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A crise paradigmática no direito se revela, de modo global, coincidindo com a própria crise da racionalidade jurídica, e se revela também com a constatação de contradições e ambigüidades setoriais. A crise da doutrina da separação de poderes é um destes indícios, que, como já se afirmou, servirá de modelo porque, através dele, se poderá didaticamente compreender mais aspectos da crise.

Antes de tratar diretamente da doutrina da separação de poderes, no entanto, convém abordar dois temas indicativos da crise e que se relacionam entre si. Apresentam-se, aqui, na forma de dois dilemas, que são resultado do conflito de paradigmas diferentes obrigados a conviver como se fossem compatíveis, ou ainda, como se fossem comensuráveis. O primeiro dilema é decorrente da construção teórica do Estado democrático de direito; e o segundo dilema é decorrente da construção teórica do Estado constitucional (entendendo-se que, ao contrário do que parte da doutrina admite, o Estado constitucional é distinto do Estado democrático de direito).

Como já se afirmou, no direito, os paradigmas se acumulam e não, propriamente, se sucedem. Assim, pelo paradigma do Estado democrático de direito,

pretende-se que o modelo democrático conviva com o modelo liberal. Os liberais, de maneira geral, na tradição de John Locke, pretendem resolver o dilema da liberdade delimitando a esfera privada contra a interferência estatal. Os democratas, de maneira geral, na tradição de Jean-Jacques Rousseau, pretendem resolver o dilema da liberdade tornando a esfera pública em esfera da liberdade, para tanto, a ampliação da participação nas decisões políticas, especialmente na elaboração da lei, torna os participantes livres, ou seja, súditos e soberanos ao mesmo tempo.

Houve tentativas de conciliação entre os dois modelos. Basta lembrar a doutrina de Benjamin Constant, ainda no início do século XIX, que considerava indispensável a participação política indireta como forma de proteção da esfera privada. Um observador atento verá, no entanto, que poucos liberais (geralmente ligados ao despotismo esclarecido) negariam a necessidade da representação política; portanto, nenhum negaria a participação popular no processo legislativo com o poder de estatuir ou, pelo menos, com o poder de impedir.

O confronto, nestes termos, então, é falso. Os liberais admitem e defendem a participação (especialmente a participação indireta) e os democratas também admitem e até defendem a existência de direitos individuais. Não se trata, também, do falso confronto entre democracia direta e democracia indireta. Não há hoje quem defenda de maneira convincente a aplicação ampla e irrestrita da democracia direta. Qual é, então, o dilema?

Gustav Zagrebelsky demonstrou que a concepção oitocentista de Estado de direito consagrava uma doutrina dos direitos e uma doutrina da supremacia do

legislador (soberania popular) ao mesmo tempo¹⁸². O jurista italiano explicou, no entanto, que, antes do paradigma oitocentista, não se fazia tal distinção: os direitos se expressavam pela lei. “No século XIX [...] não existia uma distinção substancial, juridicamente relevante, entre lei e direitos”¹⁸³. Para Zagrebelsky:

A primeira das grandes tarefas das constituições contemporâneas consiste em distinguir claramente entre a lei, como regra estabelecida pelo legislador, e os direitos humanos, como pretensões subjetivas absolutas, válidas por si mesmas com independência da lei¹⁸⁴.

A tradição norte-americana, no entanto, estabeleceu uma nova concepção de Estado de direito, desvinculando a idéia de direitos da idéia de lei. Os franceses se mantiveram fiéis à concepção oitocentista.

A partir destes dois modelos geográficos, Gustav Zagrebelsky elaborou dois modelos teóricos de Estado de direito: a concepção centrada nos direitos (ou concepção norte-americana) e a concepção centrada na lei (ou concepção

¹⁸² No mesmo sentido é a posição de Jorge Vanossi: [A partir do constitucionalismo surgido após a revolução francesa e a revolução norte-americana], “existiu uma noção acabada a respeito da separação de poderes, no sentido de que esta não é uma mera separação de funções, que já era conhecida desde a Antigüidade, de sorte que em vez de responder a essa necessidade de tipo funcional ou prático deve responder a um princípio essencialmente político, a uma finalidade primordialmente política, qual seja a de dividir o poder para assegurar dessa forma as liberdades ou os direitos individuais, debilitando o poder. Dentro desse esquema, a idéia que possuem os europeus sobre o enquadramento do poder judiciário não era de todo uniforme nem de todo clara”. Jorge Vanossi. Teoria constitucional, p. 75. E complementa que há duas idéias em jogo – a francesa e a norte-americana: “A idéia francesa da soberania popular ou da soberania nacional e, no seu caso, do parlamento como depositário único dessa soberania; e a idéia de lei como expressão primogênita, exclusiva e excludente da soberania popular. Se a lei era a expressão mais autêntica da soberania popular e a sancionavam representantes eleitos diretamente pelo povo, jamais poderia um juiz – órgão administrativo indiretamente designado, isto é, através do governo – que não dependia da confiança do povo nem da renovação do povo, impedir que se aplicara a expressão soberana do povo. Jamais poderia um *juiz-burocrata* desconhecer a lei soberana. [...] Por outro lado, no sistema americano, donde o poder judiciário possui o dever fundamental de velar pela divisão dos poderes e impedir a exorbitância de um sobre outros, o juiz era o encarregado nato dessa missão, que desempenhava mediante outro singelo e simples raciocínio” Jorge Vanossi. Teoria da constituição, pp. 87-8.

¹⁸³ Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, p. 47.

¹⁸⁴ Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, p. 47.

francesa)¹⁸⁵. Trata-se de duas respostas ao dilema entre liberdade e democracia no Estado democrático de direito. Ou seja, duas maneiras de resolver o impasse provocado quando um cidadão considera que sua liberdade é cerceada por uma norma emanada do poder legislativo com legitimidade popular. Mais raro, o impasse se dá também quando uma maioria considera que seu direito de decidir sobre as opções fundamentais da comunidade é cerceado pela obstrução fundamentada nos direitos de um indivíduo. Assim, os franceses decidem em favor da democracia e os norte-americanos decidem em favor da liberdade; ou como prefere Zagrebelsky, os franceses aplicam uma concepção de Estado de direito centrada na lei e os norte-americanos aplicam uma concepção de Estado de direito centrada nos direitos.

Perceba-se a sutileza da distinção. Em ambas as concepções se reconhece a prioridade dos direitos em qualquer Estado de direito, no entanto, para os franceses os direitos, isto é, o direito subjetivo, é decorrente da lei, do direito objetivo, logo é inconcebível se confrontar direitos e lei, pois os direitos que não são derivados da lei não são direitos¹⁸⁶. Para a concepção centrada nos direitos, os direitos antecedem a própria constituição do governo (do Estado) e a lei é um instrumento para exercer direitos ou para que a comunidade atue em outros domínios da vida não considerados pelos direitos, assim, também não há conflito entre direitos e a lei,

¹⁸⁵ Antes de Zagrebelsky, Dworkin já apresentava a mesma distinção: “O que é o Estado de Direito? [...] Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção ‘centrada no texto legal’. [...] Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção ‘centrada nos direitos’. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”. Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, pp. 6-7.

¹⁸⁶ “A criação dos direitos determinava o limite entre o poder do Estado e a liberdade dos particulares e, segundo os princípios do Estado de Direito, como se tem visto, esta determinação era tarefa da lei. [...] Os direitos, portanto, não consistiam em uma ‘substância’, mas em uma simples ‘forma’ jurídica, a forma da lei. A garantia dos direitos se reduzia à ‘reserva de lei’.” Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, p. 48. Sobre a tradição francesa: “Ao Tribunal de cassação [...] estava reservada uma autêntica tarefa constitucional que não consistia em assegurar a proteção judicial dos direitos, mas em

entre direito subjetivo e direito objetivo, porque o direito objetivo é decorrência do direito subjetivo¹⁸⁷.

O dilema apresentado aqui entre democratas e liberais é apresentando por Gustav Zagrebelsky como decorrente da oposição entre duas tradições: a tradição norte-americana e a tradição francesa, ou entre a concepção de Estado de direito centrada nos direitos e a centrada na lei.

Não significa que os franceses não acreditem em direitos, mas que os direitos precisam ser reconhecidos por lei, ou seja, destaca o legislador como protetor e até mesmo como criador de direitos. Para os norte-americanos, por sua vez, continuadores da tradição inglesa (abandonada pelos ingleses), os direitos são superiores e não derivados da lei, portanto, há de existir um órgão protetor de direitos inclusive contra a lei. Parece claro, portanto, que o embate entre a ênfase para os direitos e a ênfase para a lei é, na prática, o confronto entre duas preferências: o órgão do legislativo *versus* o órgão do judicial; como não há uma natureza do órgão legislativo ou uma natureza do órgão judicial, trata-se de uma preferência entre o método judicial e o método legislativo, ou ainda, entre um pretense método racional e um método político para resolver os problemas da sociedade.

assegurar, frente a interpretação dos juízes, a exclusividade do poder legislativo em matéria de direitos". Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 54.

¹⁸⁷ "A constituição do presente século – pode-se afirmar – fragmenta o direito, ao separar a lei dos direitos [...]". Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 51. "A característica principal das declarações americanas é a fundamentação dos direitos em uma esfera jurídica que precede ao direito que possa estabelecer o legislador". Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 54. "Para a concepção americana, os direitos são anteriores tanto a Constituição como ao governo (ou, segundo um modo de expressar-se mais usual entre nós, ao Estado). [...] A lei, cabe dizer, derivava dos direitos, justamente o contrário do que sucedia na França, onde eram os direitos os que derivavam da lei". Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 55.

O dilema persiste, ainda que com formas alternativas, tais como: a maioria pode determinar os direitos da minoria? Os juízes podem determinar os direitos da maioria e de qualquer indivíduo?

Como a tradição francesa não é contra direitos, mas apenas considera que o legislador é o protetor dos direitos, o argumento da tradição norte-americana se fundamenta na desconfiança dos órgãos políticos (particularmente do órgão legislativo) e na confiança de que os órgãos judiciais são confiáveis porque adotam um método científico que assegura a neutralidade (ou, pelo menos, a imparcialidade). Assim, a tradição norte-americana é mais do que uma doutrina que enfatiza direitos, é uma doutrina que enfatiza a proteção judicial dos direitos.

Há, também, argumentos fortes a favor da tradição francesa (dos democratas): (a) a comunidade está acima do indivíduo, assim a maioria consagra o bem do grupo e não os interesses da maioria; (b) o segundo argumento é mais convincente e sua fonte é antes liberal que democrática: há um controle interno no processo democrático; maioria e minoria, buscando o poder confirmado nas eleições, controlam-se; restringem-se as ações da maioria, principalmente pela possibilidade da oposição e da fiscalização da minoria e da possibilidade de uma reversão pelas eleições. Este segundo argumento democrático, por sua vez, enfraquece as premissas da doutrina democrática. O processo democrático passa a ser elitista, ou seja, pressupõe a existência de partidos, maioria e minoria, que lutam pelo poder. No sentido original da doutrina democrática, é o povo quem participa, é o povo quem governa. Em outro trabalho, demonstrou-se que este mito democrático

do autogoverno nunca teve aplicação e não se sustenta teoricamente, aplicando-se apenas como tipo ideal¹⁸⁸.

Mas, a despeito da doutrina democrática se sustentar ou não, ela apresenta uma contundente e convincente crítica à doutrina liberal. Por que os direitos proclamados (ou descobertos) pelos juízes são melhores que os direitos proclamados pelo legislador? Nas bases do paradigma moderno não há solução. A resposta estritamente oitocentista diria que o legislador tem uma posição preferencial, portanto, espera-se que a lei seja a expressão da razão e que o juiz seja o aplicador também racional da lei. Logo, não haveria conflito. O conflito só existe quando se põe em dúvida a capacidade do legislador decidir racionalmente ou que a lei seja expressão desta razão universal. O dilema persiste: quem protege o indivíduo ou a minoria contra a tirania da maioria? Quem protege qualquer um, inclusive a maioria, do protetor dos direitos? Quem nos protege dos juízes?

O dilema não foi superado. Como já se disse, os norte-americanos resolvem a favor dos juízes e a Europa, especialmente a França, resolve a favor do legislador.

Outra classificação bastante difundida, principalmente nos Estados Unidos, é formulada por Bruce Ackerman. Assim como Zagrebelsky, Ackerman distinguiu as democracias em monistas¹⁸⁹ e fundamentalistas. Curiosamente, Ackerman usou dois

¹⁸⁸ Cf. Nelson Juliano Cardoso Matos. Teoria do Estado.

¹⁸⁹ Ackerman destaca a doutrina de John Hart Ely como representante do monismo. Registra também posição similar compartilhada por autores como Alexander Bickel, bem como Woodrow Wilson, Charles Beard e Oliver Holmes Jr.

modelos geográficos diferentes, considerou a Inglaterra representante do monismo¹⁹⁰ e a Alemanha representante do fundamentalismo¹⁹¹.

O monismo parte da premissa que apenas o povo é o senhor do seu governo e que os representantes do povo, desde que escolhidos em eleições livres, detêm o poder governante legítimo. Assim, o monismo ressalta a prioridade democrática e confirma a retórica de que todo poder (legítimo) emana do povo.

O monismo constitucional consiste basicamente na idéia de que a democracia requer que governem aqueles representantes eleitos pelo povo e que o pleno poder de ditar leis seja conferido a estes representantes, desde que sua eleição tenha sido livre¹⁹².

O fundamentalismo, no entanto, considera que, embora as decisões tomadas pelos representantes do povo sejam legítimas, o povo não tem a autoridade suficiente para mudar certos princípios ou certos direitos, ou seja, que o direito da maioria em uma democracia está limitado por direitos fundamentais invioláveis.

¹⁹⁰ “Nessa teoria, a onipresença reguladora é uma versão idealizada da prática parlamentar britânica. Faz mais de um século que o Primeiro-ministro britânico vem ganhando poder após uma eleição justa e direta e somente em circunstâncias excepcionais, a Casa dos Comuns tem dado seu apoio incondicional para as propostas do governo monárquico. Se o povo da Grã-Bretanha se sentir insatisfeito com o curso da política vigente, ele simplesmente deve apelar para a oposição nas próximas eleições. Até o presente momento, nem a Casa dos Lordes, nem a Rainha, ou os tribunais, efetivamente podem solapar as decisões legislativas tomadas pela maioria dos Comuns”. Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 10.

¹⁹¹ “A democracia monista parece ser a forma em que os ingleses (e também os israelenses), tem organizado suas próprias instituições políticas enquanto que a democracia fundamentalista é a teoria que melhor descreve a prática constitucional alemã”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 15.

¹⁹² Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 19. “O monista levanta uma grande questão quando afirma que o vencedor de uma eleição justa e aberta tem o direito de governar com total autoridade do povo”. Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 11. “Certamente os monistas sofisticados não pensam que todos os controles às decisões majoritárias são inerentemente antidemocráticos. Por exemplo, todos os monistas concordam em justificar os controles a um governo que intenta restringir os direitos às minorias

O fundamentalismo constitucional rechaça a sugestão monista de que os direitos que a Corte deve proteger são nada mais que os direitos de participação no processo democrático. Os fundamentalistas são perfeitamente conscientes de que o parlamento legitimamente constituído pode violar direitos fundamentais [...]¹⁹³.

2 OUTRO ASPECTO DA CRISE: O ESTADO CONSTITUCIONAL CONTRA O ESTADO DE DIREITO E CONTRA A DEMOCRACIA

Constitucionalismo, para Ronald Dworkin, é “a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais”¹⁹⁴.

Ainda que se possa fazer alguma referência precedente, como o *Instrumento de governo* de Oliver Cromwell, o constitucionalismo norte-americano é o marco do moderno constitucionalismo. É necessário afirmar “constitucionalismo norte-americano” e não a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, porque o constitucionalismo só ganha sua definitiva feição, com a decisão *Marbury versus Madison*, de 1803¹⁹⁵. Apenas com a decisão de John Marshall é proclamada a supremacia constitucional.

limitando sua participação no debate político”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, pp. 20-1.

¹⁹³ Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, p. 24. “Para os fundamentalistas o povo não tem a autoridade necessária para mudar a constituição. Isto não significa que para o fundamentalismo não haja lugar para um governo democrático e popular, mas sim que um governo democrático e popular deve estar restringido pelo respeito a certos princípios e a certos direitos”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, p. 22.

¹⁹⁴ Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*, p. 222.

¹⁹⁵ Cf. John Marshall. *Decisões constitucionais de Marshall*.

O tribunal constitucional e a teoria de Gustav Zagrebelsky

Sob a perspectiva norte-americana, portanto, o constitucionalismo moderno se opõe diretamente à democracia, isto é, a supremacia da constituição em detrimento da supremacia legislativa. Gustav Zagrebelsky, no entanto, apresentou, em *Direito dúctil*, uma percepção distorcida do regime norte-americano. Como foi apresentada acima, para o jurista italiano, a concepção de Estado de direito norte-americana é centrada nos direitos e os direitos são não necessariamente constitucionais, mas anteriores a qualquer forma de governo ou de Estado. Ainda que não se possa necessariamente fazer referência a direitos naturais, é possível afirmar que os “direitos” são necessariamente direitos pré-estatais (ou melhor, independentes do Estado instituí-los ou reconhecê-los).

Gustav Zagrebelsky se preocupou com um problema tipicamente europeu¹⁹⁶. Entenda-se talvez o europeu como não francês, ou, particularmente, como alemão. Forte movimento, no século XX, pretendia abandonar a concepção francesa, isto é, de Estado de direito centrado na lei, e se aproximar da concepção centrada em direitos. Um fator decisivo para a mudança de tradição foi a experiência nazista na Alemanha e totalitária em diversos países europeus como na Itália e na Espanha que tinha indiretamente um fundamento democrático: não se pode esquecer que, antes do nazismo, o partido nazista foi o mais votado nas eleições para o

¹⁹⁶ “Aparte da França, que neste ponto segue a si mesma, o controle de constitucionalidade das leis na Europa está organizado para garantir um equilíbrio entre as exigências do legislador e as exigências dos direitos”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 62.

parlamento, e que o partido fascista também tinha enorme apelo popular¹⁹⁷, assim como Salazar, em Portugal, também foi conduzido democraticamente ao poder. No entanto, a tradição europeia tinha sérias reservas e desconfianças a pretensões metafísicas ou jusracionalistas, idéias como a de razão universal ou de direitos inatos não eram bem recebidos. Também não se deve esquecer que a doutrina nazista era, em certa medida, uma doutrina jusnaturalista (ainda que não fosse liberal). A experiência constitucional europeia teria, assim, segundo Zagrebelsky, solucionado o impasse entre direitos e lei, entre juízes e legisladores, entre liberdade e democracia, ao positivar com *status* constitucional os direitos individuais fundamentais e ao instituir um órgão especial, geralmente, denominado de tribunal constitucional¹⁹⁸.

Zagrebelsky considerou o modelo europeu (alemão, italiano, espanhol) uma mediação satisfatória entre os modelos francês e norte-americano¹⁹⁹. É uma concepção centrada em direitos, mas apenas considera direitos aqueles positivados na Constituição, que é um documento normativo estável e resultado de um consenso mais amplo na sociedade. É uma concepção centrada na lei porque a constituição é norma de direito positivo.

¹⁹⁷ Nas eleições legislativas alemãs de 1932, os nazistas (Partido Nacional-Socialista) receberam 32% dos votos. Nas eleições presidenciais do mesmo ano, Adolf Hitler recebeu 30,1% e 36,8% dos votos, respectivamente no primeiro e no segundo turno (perdendo para Hindenburg). Cf. Lionel Richard. República de Weimar, pp. 271 e 277.

¹⁹⁸ O constitucionalismo alemão frente ao pós-guerra: “A solução ao problema consistiu na constitucionalização dos direitos: uma solução que se aparta tanto da tradição estatista do Estado de direito do século XIX, como das distintas tradições que se compreendem sob o nome de jusnaturalismo, não obstante apresentar aspectos de ambos”. Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, p. 68.

¹⁹⁹ A ambivalência da concepção constitucional europeia dos direitos: “A atual concepção constitucional europeia dos direitos se situa no meio de ambas [as concepções francesa e americana de direitos] [...] Tanto a lei como os direitos tem sua própria dignidade constitucional. Rechaçando uma fundamentação jusnaturalista dos direitos [...], no direito atual estes adquirem valor jurídico positivo só com a Constituição, que institui também o poder legislativo. [...] Naturalmente, em caso de conflito prevalecem os direitos”. Gustav Zagrebelsky. El derecho dúctil, pp. 58-9.

O modelo europeu também oferece uma outra resposta que Gustav Zagrebelsky considerou superior à resposta francesa e à resposta norte-americana para o dilema. O conflito entre o poder judiciário e o poder legislativo é evitado quando um novo órgão, o tribunal constitucional, passaria a controlar os excessos do órgão legislativo. No entanto, o tribunal constitucional não teria natureza judiciária e por isso não causaria estranheza ao controlar os atos do legislativo. Zagrebelsky deixa externar uma comparação entre a jurisdição constitucional (jurisdição do tribunal constitucional nos moldes europeus) e a jurisdição administrativa, seria algo como uma justiça própria do legislativo, uma justiça especial, preparada para considerar as peculiaridades da decisão legislativa.

O controle de constitucionalidade reservado a órgãos *ad hoc* separados da jurisdição ordinária [...] está destinado a atender às exigências da lei e do legislador junto às dos titulares dos direitos constitucionais. [...] A este respeito se tem falado – diferentemente do sistema americano – do privilégio do legislador, uma expressão que indica, sobretudo, que o legislador tem seu próprio juiz, que atua através de procedimentos particulares e está formado por pessoal não exclusivamente judicial, capacitados para ter devidamente em conta, junto as exigências dos direitos, as exigências propriamente políticas expressadas na lei. [...] Assim como então se quis um juiz da administração, agora se quer um juiz do legislador²⁰⁰.

Bruce Ackerman, no entanto, respondeu ao dilema de outra forma. Primeiro, como já se tratou acima, considerou que o monismo e o fundamentalismo (isto é, a concepção centrada na leis e a concepção centrada nos direitos) se manifestam respectivamente na Inglaterra e na Alemanha. Esta divergência é crucial para comparar os dois autores. Embora não tenha maior discordância sobre os representantes do monismo, Inglaterra e França, há uma discordância constrangedora entre o representante do fundamentalismo (concepção centrada nos

direitos). O europeu (Zagrebelsky) indica os Estados Unidos e o norte-americano (Ackerman) indica a Alemanha (o modelo europeu). Curiosamente, a alternativa ao dilema para Zagrebelsky é a jurisdição constitucional alemã e a alternativa ao dilema para Ackerman é o constitucionalismo norte-americano.

Além da insatisfação com o modelo alheio, Ackerman e Zagrebelsky apontam para soluções diferentes. O aspecto que se destaca é a percepção distorcida que cada um tem sobre o modelo do outro, a ponto de ambos considerarem o diferente como fundamentalista (concepção centrada em direitos).

Gustav Zagrebelsky considerou o constitucionalismo europeu com a marca original distintiva, que consiste em uma constituição rígida consagradora de direitos fundamentais e de um tribunal constitucional com natureza não-judiciária.

Bruce Ackerman, por sua vez, parte de uma premissa monista: a crença inabalável na legitimidade da soberania popular, isto é, na legitimidade democrática. No entanto, Ackerman não confunde os representantes do povo com o próprio povo²⁰¹. Diferentemente da tradição européia (especialmente francesa), para quem o parlamento ou a assembléia eleitos pelo povo eram concebidos como o próprio povo agindo, a tradição norte-americana geralmente desconfiava de tal associação, assim, os representantes do povo são legitimados pelo povo para agir, mas não são o povo, são apenas seus delegatários²⁰². Também não está presente a crença de que os representantes do povo decidem como se fossem o povo decidindo, é

²⁰⁰ Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 62.

²⁰¹ "O dualismo constitucional é uma concepção que, por sobre todas as coisas, intenta distinguir entre duas classes distintas de decisões políticas as quais se adjudica distinta legitimidade; primeiro, decisões tomadas pelo povo mesmo; segundo, decisões tomadas pelo governo". Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, p. 16.

nítida a percepção dos norte-americanos que os representantes do povo constituem apenas o governo que age por sua própria conta, o povo os controla, destituindo os governantes pelas eleições, não se pode associar necessariamente a decisão do governo com a decisão do povo, pelo simples fato dos representantes terem sido eleitos. Parece que a crítica de Rousseau aos ingleses produziu efeito. Assim, Ackerman distinguiu duas maneiras do povo se manifestar: uma genuína e outra delegada. O povo soberano decide apenas em momentos extraordinários, em momentos que Ackerman denominou de “momentos constitucionais”.

Assim, a democracia de Bruce Ackerman é o governo do povo, mas o povo se manifesta apenas nos momentos constitucionais²⁰³. Quando os representantes do povo decidem, devem se ater aos limites impostos pela vontade genuína do povo nos momentos constitucionais²⁰⁴.

Na visão dualista da democracia as decisões tomadas pelo povo não são moeda corrente. Elas ocorrem raramente e só em momentos especiais que para denominá-los de alguma maneira podemos chamar de ‘momentos constitucionais’. Estes ‘momentos constitucionais’ estão caracterizados por distintas circunstâncias; primeiro, pelo fato de que um extraordinário número de cidadãos está seguro da seriedade do assunto que se discute, seriedade muito maior que a seriedade que se outorga às decisões políticas normais; segundo, pelo fato de que todos os cidadãos têm a oportunidade de se

²⁰² “Nas concepções européias, o poder legislativo sempre é visto como uma força originária que emana diretamente do soberano [...], para a concepção americana, a legislação [...] é concebida como poder derivado, isto é, delegado”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 55.

²⁰³ “As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. É somente dessa forma que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo”. Bruce Ackerman. *Nós, o povo soberano*, p. 7.

²⁰⁴ “Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”. Bruce Ackerman. *Nós, o povo soberano*, p. 7.

organizar para expressar sua forma de ver o problema que se discute; e, terceiro, pelo fato que existe uma maioria partidária de uma determinada forma de solucionar o problema em questão²⁰⁵.

Ackerman pretendeu também eliminar, ou melhor, reduzir os problemas decorrentes com a fragilidade teórica do princípio da maioria na teoria democrática. O jurista norte-americano alertava que os momentos constitucionais são extraordinários porque exigem um conjunto de condições difíceis de serem executadas (mas não impossíveis), a principal condição é que o resultado do momento constitucional seja uma decisão com ampla aceitação consciente da comunidade.

Com seus argumentos, Bruce Ackerman recusou o fundamentalismo, isto é, uma concepção centrada em direitos não positivados. Mas recusa também o monismo, pois os representantes do povo são limitados pela vontade do povo (isto é, pela constituição).

De acordo com a visão da democracia que tem os dualistas, os representantes do povo não podem se arrogar, pelo fato de ter ganhado uma eleição, a atribuição de anular ou invalidar as decisões tomadas pelo povo em momentos constitucionais²⁰⁶.

²⁰⁵ Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 16. “Por oposição às decisões do povo, as decisões do governo ocorrem diariamente. Podemos chamar os momentos em que o governo e não o povo toma decisões ‘momentos correntes’. O mais característico destes momentos correntes é que neles não existe nem o debate nem a mobilização popular. O eleitorado confia ao governo a gestão dos negócios públicos e, o governo, legitimado por este mandato, adota as decisões que crê mais convenientes. É importante destacar que a falta de debate e participação popular não vicia necessariamente a legitimidade das decisões do governo se certas condições institucionais são satisfeitas”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 16-7.

²⁰⁶ Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 17. Sobre o governo: “Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores”. Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 7.

Há outra distinção relevante entre a posição de Zagrebelsky e a posição de Ackerman, quanto aos efeitos de cada doutrina. Na teoria de Zagrebelsky, o tribunal constitucional tem poder ilimitado²⁰⁷; enquanto que, na teoria de Ackerman, a Suprema Corte se limita a proteger a vontade do povo, isto é, a proteger a constituição contra o ativismo legislativo, como também contra o seu próprio ativismo²⁰⁸.

A democracia dualista de Bruce Ackerman, portanto, pretende, assim como Zagrebelsky, resolver o dilema com a positivação (constitucionalização) dos direitos acima da lei. Distanciam-se quando Ackerman considera a constitucionalização um evento extraordinário e exclusivamente popular, enquanto que Zagrebelsky admite que o tribunal constitucional atue com certa independência para executar os direitos previstos na constituição. Não só isso, a teoria de Zagrebelsky não inclui uma teoria forte sobre um poder constituinte forte, como é o caso da teoria de Ackerman. Em todo caso, pesa contra Ackerman a falta de engenhosidade, ao considerar que a Suprema Corte adotará uma posição não-ativista ou auto-restritiva por opção própria. Em nenhum momento considerou a possibilidade da Suprema Corte agir nominalmente em defesa da constituição (isto é, da vontade do povo) quando está de fato agindo segundo as convicções ou os interesses dos próprios juízes da Corte. Nesse momento, parece que Ackerman não considerou um dado decisivo que é o reconhecimento de uma nova hermenêutica constitucional bem mais livre que a hermenêutica tradicional prescrevia.

²⁰⁷ Sobre os limites do controle de constitucionalidade das leis: “Se dá aqui uma situação paradoxal: na Europa [...] não existe cláusula de exceção frente à jurisdição constitucional como a que, segundo a jurisprudência norte-americana referente à *justiciability doctrine*, protege as *political questions*”. Gustav Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, p. 64.

O tribunal constitucional e o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

O dilema entre liberdade e democracia, que é similar ao dilema entre individualismo e coletivismo, reproduz-se na doutrina jurídica de várias maneiras: na teoria do Estado de direito, como concepção centrada nos direitos em contraste com a concepção centrada na lei; e, na teoria moderna da democracia, como democracia fundamentalista em contraste com a democracia monista. O mesmo dilema também se revela como oposição entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa, considerando-se o poder judiciário como o melhor instrumento de proteção dos direitos contra a indevida interferência da lei (do legislador); por outro lado, a supremacia judiciária carece de um fundamento de legitimação tão convincente como a legitimação democrática da supremacia legislativa.

Gustav Zagrebelsky e Bruce Ackerman apontam para uma solução intermediária ao dilema. Em ambas as teorias destacam uma nova figura mediadora entre direitos e lei: a constituição, isto é, uma nova figura, mediadora entre o judiciário e o legislador: o poder constituinte. Destaca-se, ainda, uma nova figura, mediadora entre o judiciário e o legislador: o tribunal constitucional.

As soluções apresentadas por Zagrebelsky e por Ackerman foram antecedidas por um famoso embate aparentemente superado, mas que tem toda valia para compreender do debate contemporâneo. Na primeira metade do século XX, Hans Kelsen propôs a adoção de um sistema de jurisdição constitucional para a

²⁰⁸ “A Corte para o dualismo constitucional é uma instituição conservadora da vontade popular tal como esta é expressada nos momentos constitucionais”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz.

Alemanha, o controle da constitucionalidade das leis deveria ser feito por um órgão novo: o tribunal constitucional²⁰⁹. Em oposição a Kelsen, Carl Schmitt asseverava que o controle de constitucionalidade, tendo a natureza política e não jurídica, deveria ser exercido pelo presidente da república²¹⁰.

É inegável que a idéia de jurisdição constitucional é inspirada no *judicial review* norte-americano, no entanto, a fonte próxima da proposta kelseniana é a experiência do constitucionalismo austríaco na década de 1920.

Não se deve esquecer que até o século XX as constituições européias desconheciam qualquer forma de jurisdição constitucional; considerava-se, na verdade, o *judicial review* como um instrumento anômalo, incompatível com o sistema constitucional de tradição européia. Causava estranheza aos europeus que os assuntos constitucionais fossem tratados como temas estritamente jurídicos e não como temas políticos. É neste contexto que Carl Schmitt manteve a contenda com Kelsen sobre quem deveria ser o guardião, o defensor, da constituição.

Hans Kelsen gastou boa parte dos seus argumentos para demonstrar a impropriedade do sistema norte-americano e para demonstrar que a atividade da jurisdição constitucional é necessariamente de natureza legislativa, de legislação negativa. Portanto, propôs a criação de um órgão especial, de natureza híbrida ou mista, o tribunal constitucional.

Carl Schmitt, por sua vez, não compreende a constituição como um texto normativo, exclusivamente, mas como uma decisão política fundamental. Destacou,

Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 18.

²⁰⁹ Cf. Hans Kelsen. La garantía constitucional de la constitución.

²¹⁰ Cf. Carl Schmitt. Defensor de la constitución. Complementariamente, cf., também, do mesmo autor, A crise da democracia parlamentar, O político, Teoria de la constitución.

então, o papel do presidente da república como aquele que poderia ter as condições necessárias para proteger a constituição. Bem no sentido hobbesiano, o defensor da constituição precisa ter antes de tudo as condições materiais para exercer esta função. Schmitt demonstrou as fraquezas da democracia liberal, particularmente do regime parlamentar, e defendeu a participação do chefe do poder executivo com uma função de proteção da constituição, isto é, de proteção do povo.

As duas posições contrastam com a tradição francesa, para quem só o povo ou a nação pode se defender, ou seja, a soberania permanece intacta na assembléia dos representantes do povo. Também contrasta com a doutrina inglesa da soberania do parlamento.

O resultado é conhecido, a maior parte das democracias constitucionais da Europa ocidental, no pós-guerra, adotou a posição de Kelsen. Saídos de regimes autoritários, os países europeus adotaram um tribunal constitucional. É o caso da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal; nos dois últimos, apenas na década de 1970, quando os regimes franquista e salazarista foram derrubados.

Em matéria constitucional, a experiência norte-americana tem sido vanguardista em relação à Europa. Cem anos antes do debate Kelsen-Schmitt, Marshall já proclamava o *judicial review*. Nas décadas de 1970 e de 1980, principalmente, o debate norte-americano versava sobre o ativismo judicial, a Suprema Corte deixava sua tarefa já reconhecida por Kelsen de legislador negativo e atuava mesmo como genuíno legislador (positivo); não apenas obstruía a ação excessiva (ilegítima) do legislador, como também atualizava e especificava o sentido das disposições constitucionais. O ativismo do tribunal constitucional só seria objeto de debate na Europa na última década.

Interpretativistas e não-interpretativistas no judicial review

Em certa medida, o debate norte-americano é provocado pela atuação marcante da Corte Warren na defesa dos direitos civis, na década de 1950. A decisão mais conhecida é a do caso *Brown versus Comitê de Educação de Topeka* (347 U.S. 483). Nela, o juiz Warren, presidente da Suprema Corte, usando uma retórica ainda nos moldes da hermenêutica tradicional (interpretativista) concluiu com um enunciado geral: “anunciamos agora que tal separação é uma negativa da igual proteção das leis”²¹¹. Warren decidia modificando a posição firmada pela própria Corte em outro caso, *Plessy versus Ferguson*²¹² (163 U.S. 537), de 1896, estabelecendo uma nova interpretação da constituição e proibindo a aplicação da doutrina “iguais mais separados” com base na 14ª Emenda²¹³. O caso doutrinariamente mais polêmico, no entanto, foi *Roe versus Wade*, em 1973, encerrando a fase ativista da Suprema Corte²¹⁴.

²¹¹ Carl Brent Swisher organizou uma coletânea das principais decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. Carl Brent Swisher. *Decisões históricas da Corte Suprema*, p. 173.

²¹² Trata-se da doutrina “iguais mas separados” adotada pela legislação de Louisiana. Voto do juiz Brown: “A constitucionalidade deste ato é posta em dúvida sob a alegação de que entre em choque tanto com a 13ª Emenda, que proibiu a escravidão, quanto com a 14ª Emenda, que proíbe certas leis restritivas por parte dos Estados. [...] Consideramos a subjacente improcedência do argumento dos suplicantes [...]”. Carl Brent Swisher. *Decisões históricas da Corte Suprema*, pp. 101-3.

²¹³ Warren apresentou argumentos semelhantes ao do juiz Harlan, no voto dissidente do caso *Plessy v. Ferguson*. Harlan: “Nossa Constituição é cega quanto à cor e nem conhece nem tolera classes entre cidadãos”. Carl Brent Swisher. *Decisões históricas da Corte Suprema*, p. 103.

²¹⁴ Na doutrina racionalista da separação de poderes, Judiciário, Executivo e Legislativo são separados e nenhum interfere na atividade do outro órgão. No entanto, no início do século XIX, no caso *Marbury v. Madison*, o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos proclamou a competência da Suprema Corte de invalidar um ato do Congresso Nacional que fosse inconstitucional; ainda que Marshall argumentasse que esta era uma conclusão óbvia decorrente da própria natureza da atividade jurisdicional, o certo é que a Constituição não dispunha expressamente desta maneira e nem era esta a posição dominante na comunidade jurídica e política. Tanto não era que a Europa só conheceu algo semelhante um século depois e que mesmo nos Estados Unidos a doutrina Marshall só teria ampla difusão cinquenta anos depois. Outras decisões marcam a trajetória

A doutrina divide as posições sobre o tema em dois grupos: interpretativistas e não-interpretativistas (ou literalistas e não-literalistas). Considera-se o interpretativista aquele que não admite o ativismo judicial e considera que a Suprema Corte deve se ater a interpretação literal da constituição. Considera-se não-interpretativista aquele que encontra o sentido da norma constitucional além do mero texto da constituição²¹⁵. É possível também cruzar outros critérios, como o contraste entre valores substantivo e valores objetivos e como o contraste entre ativismo e auto-restrição da Corte. Geralmente todos os critérios são aplicados simultaneamente, o que é fonte de mais ambigüidade.

Uma observação atenta, no entanto, exigiria um reparo nesta classificação binária – interpretativismo e não-interpretativismo. O originalismo precisa ser distinguido do textualismo; assim, um textualismo radical parte da premissa de que não cabe interpretação criativa a partir do texto constitucional, aproximaria da

da Suprema Corte para o ativismo. Pouco antes da Guerra Civil norte-americana, a Suprema Corte invalidou uma decisão do Congresso, o Compromisso Missouri, no caso Dred Scott. Durante o governo F. D. Roosevelt, a Suprema Corte adotou novamente uma posição de confronto com os poderes políticos (Executivo e Legislativo) e invalidou a legislação de proteção social do Partido Democrata; como se verá adiante, ocasionando forte reação ao perigo do governo dos juizes. Na década de 1950, a Suprema Corte novamente adota uma posição polêmica; desta vez, no entanto, o ativismo judicial buscava não invalidar leis do Congresso, mas dispor sobre o sentido da Constituição atualizado a interpretação constitucional; o caso Brown v. Comissão de Educação é o mais conhecido: abolia o sistema de segregação racial e proibia toda e qualquer legislação segregacionista sob o argumento de que a igualdade era direito prevista na Constituição. O debate é retomado com a eleição de Nixon e depois com a eleição de Reagan para Presidente dos Estados Unidos, ambos do Partido Republicano; os dois presidentes prometeram uma composição da Suprema Corte que se mantivesse fiel aos valores dos Fundadores da República, ou seja, juizes que interpretasse a Constituição no seu sentido original e não pelos juízos morais dos próprios juizes. Assim, a posição auto-restritiva da Corte recebeu a denominação de interpretativistas, originalistas ou textualistas. Os defensores da Corte Warren, isto é, de uma posição ativa da Corte atualizando os valores constitucionais receberam a denominação de não-interpretativistas ou de adeptos da interpretação livre.

²¹⁵ [Os interpretativistas] “propugnam uma interpretação ‘estrita’, segundo a tradição constitucional norte-americana (entenda-se a tradição anterior à revolução judicial de 1937) e sua corrente mais extremista é o originalismo – *strict constructionism* nas palavras de Nixon. Pelo contrário, os defensores do não interpretativismo [...] sustentam a existência de cláusulas abertas [...] que facultam ao Juiz para optar entre várias interpretações, recorrendo a fontes ou valores não explícitos no mero texto constitucional. Normalmente são partidários da jurisprudência dos valores, ainda que Dworkin

hermenêutica tradicional, similar à hermenêutica da *escola da exegese* francesa; tal posição, no entanto, nunca foi seriamente defendida na comunidade acadêmica; o originalismo, por sua vez, considera que a interpretação válida e imutável é aquela consagradora dos valores admitidos no momento da fundação da república, isto é, na convenção constituinte da Filadélfia em 1787 (e/ou nas emendas que passaram a ter o *status* constitucional)²¹⁶.

O não-interpretativismo também pode ter duas abordagens. Uma genuína e outra indireta. O não-interpretativismo genuíno considera que a Suprema Corte é a guardiã do sentido da constituição, devendo atualizar o seu sentido; significa desde uma posição radical (a possibilidade de adotar novos valores), como a posição moderada (que é agir com equidade aplicando os valores constitucionais ao caso concreto adaptado). O não-interpretativismo indireto não admite o ativismo judicial, mas não pode ser classificado como interpretativista porque não admite a intervenção da Suprema Corte contra a atividade dos órgãos políticos, como o do legislador; assim, o povo é o legítimo intérprete da constituição e o povo age pelos seus representantes eleitos.

Sob certo sentido, o que se denominou de não-interpretativista indireto é também originalista. É não-interpretativista porque defende que a interpretação da constituição pode ser atualizada, mas é originalista porque defende que a Suprema Corte deve ter uma postura auto-restritiva, isto é, deve interpretar a constituição com o sentido original e não criativo.

não faça deste tema o centro de sua teoria [...]”. Miguel Beltran. *Originalismo e interpretacion*, pp. 45-6.

²¹⁶ “Basicamente, o originalismo sustenta que o único que tem de reger a interpretação da Constituição é a vontade ou intenção dos constituintes (*original intent*). [...] Como justificação, o originalismo alega que a autoridade dos constituintes – do povo – não pode suplantarse pela de um

Assim, a dicotomia interpretativistas e não-interpretativistas parece ser insuficiente para descrever o debate, merecendo, pelo menos, a distinção entre: textualistas, originalistas, ativistas judiciais e ativistas legislativos. Bruce Ackerman acrescentaria ainda uma idéia de ativismo constitucional (ou ativismo popular), o que de certo modo parece ser uma nova versão do originalismo.

Desta maneira, podemos fazer comparações curiosas. Identificam-se semelhanças entre o fundamento originalista e o fundamento do ativismo judicial (isto é, argumento interpretativista e argumento não-interpretativista), ambas as posições asseguram a proteção dos direitos contra a ação ou omissão do legislador ordinário. E o que se denominou de ativista legislativo se aproxima do monismo (e da concepção centrada na lei). O dualismo de Ackerman trata-se de um caso a parte.

Ainda que seja comum associar os originalistas aos conservadores (ou ao partido republicano) e associar os ativistas aos liberais²¹⁷ (ou ao partido democrata), tal associação é impertinente²¹⁸. Assim, um originalista como Bork defende que a Suprema Corte defenda os valores da constituição inclusive contra intromissões indevidas do legislador. Mas um originalista moderado como Ely²¹⁹ considera que o legítimo intérprete dos valores da constituição não é o poder judiciário, mas os

simples tribunal: o povo falou em 1787, 1791 ou 1868, e só o povo pode retificar e completar sua vontade de então". Miguel Beltran. *Originalismo e interpretacion*, pp. 53-4.

²¹⁷ Vale lembrar que a distinção entre conservadores e liberais nos Estados Unidos não tem o mesmo sentido que a distinção no Brasil e na Europa. O liberal nos Estados Unidos é o equivalente ao progressista, ao social-democrata ou ao socialista em outros países.

²¹⁸ "Há respostas monistas para essa questão – que tentam reconciliar a revisão judicial com as premissas fundamentais da democracia monista. Assim, conservadores constitucionais como Alexander Bickel, políticos de centro como John Ely, e progressistas como Richard Parker propuseram papéis para a Suprema Corte com a finalidade de operar premissas monistas". Bruce Ackerman. *Nós, o povo soberano*, pp. 10-11.

²¹⁹ E frente ao originalismo 'fundamentalista' de Bork, Ely nega – e com toda razão – validade ao interpretativismo estrito e literal, e admite o valor 'atual' democrático e puramente procedimental. Miguel Beltran. *Originalismo e interpretacion*, p. 107.

poderes exercidos por representantes do povo, isto é, o congresso e o presidente. Assim, talvez merecesse a distinção didática entre textualista e originalista. O primeiro enfatizando o texto sem valores explícitos e o segundo enfatizando os valores dos *fundadores da república* que são exteriorizados pelo texto. Do outro lado, os ativistas consideram que a Suprema Corte deve defender os valores da constituição, mas os valores atualizados dela, isto é, os valores compartilhados pela sociedade norte-americana atual e não a sociedade da época dos *fundadores da república*. Isso implica o reconhecimento de “direitos morais”, para usar uma expressão corrente na obra de Dworkin, que valem contra o direito estatal, contra as leis, por exemplo. Pelo ativismo, a Suprema Corte não apenas age impedindo a legislação inconstitucional como também prescreve o sentido da constituição atualizada. A distinção entre o originalismo e o ativismo, portanto, é que o originalismo identifica como um dos valores fundamentais que a interferência estatal é, por princípio, abusiva, seja ela pelo legislador, seja pelo judiciário. Para o ativismo, a interferência do judiciário, desde que seja baseado nos princípios é boa. Para o ativismo legislativo, de Ely, a interferência do judiciário não deve ser superior a legitimidade do legislativo que é o próprio povo se governando.

Sem maior esforço, é possível associar o ativismo judicial ao fundamentalismo (concepção centrada nos direitos) e associar o ativismo legislativo ao monismo democrático. O originalismo não se enquadra bem nesta tipologia, principalmente porque as tipologias são posteriores ao debate doutrinário norte-americano e procuram mesmo retratar aquela discussão; neste caso, o originalismo foi omitido; provavelmente porque é a menos consistente das três posições ou

porque o originalismo no início usava um argumento semelhante ao do ativismo e depois passou a usar um argumento semelhante ao do ativismo legislativo.

O originalismo precisa necessariamente confiar na premissa de que a interpretação judicial pode ser neutra e que o texto tem um sentido claro sempre, inclusive o texto constitucional²²⁰, ou então que os *fundadores da república* tinham muito claramente quais os valores fundamentais da nova república e que também são claramente compreendidos; por fim, parte da premissa que por mais que se perceba mudanças tecnológicas, sociais, econômicas culturais etc. a sociedade norte-americana deve continuar regida pelos mesmos valores da *fundação*. Gradativamente, o argumento originalista centrado nos direitos (direitos conservadores) é reforçado por um argumento democrático para restringir o papel da Suprema Corte. A contradição entre os dois argumentos é que torna o originalismo uma doutrina periférica.

Embalados pela bem sucedida *corte Warren*, os ativistas ressaltam a importância da Suprema Corte para proteger e para promover os direitos. Vale lembrar que um aspecto da discórdia entre a percepção de Zagrebelsky e a percepção de Ackerman sobre a atuação judicial nos Estados Unidos é sobre se a Corte baseia suas decisões em direitos constitucionais ou em direitos pré-estatais (extra-estatais). O ativismo não considera que existam direitos fora da constituição, apenas considera que a constituição é um organismo vivo e que muda com a sociedade ainda que o texto originário permaneça inalterado, é aquilo que a própria doutrina alemã reconhece como “mutação constitucional”. Assim, quando a Suprema

²²⁰ “Assim, a famosa sentença *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), que constitucionalizou o aborto, ao prescindir da *original intent*, carece de fundamento constitucional, e se baseia em preceitos morais –

Corte decide fundamentada nos direitos (e nos princípios) ela julga com base no sentido atualizado da constituição.

O ativismo legislativo, no entanto, como doutrina monista, isto é, democrática, desconfia que a Suprema Corte²²¹ possa agir com objetividade na interpretação constitucional²²². Considera que a natureza do direito constitucional, ambígua e aberta, permitiria diversas interpretações possíveis, todas válidas, o que tornaria a vontade da Suprema Corte a própria constituição e não os sentimentos e valores do povo. Para o ativismo legislativo é o povo diretamente ou por seus representantes (que podem ser controlados) que determinará o sentido da constituição. Como o povo não age diretamente, mas por seus representantes eleições, a única função da Corte é proteger o procedimento democrático, isto é, garantir que as decisões do governo sejam legítimas porque os representantes foram escolhidos a partir de eleições limpas e livres²²³.

Para evitar outros problemas com este tipo de classificação, podem-se destacar três teorias expressivamente influentes: a teoria de Ronald Dworkin, a teoria de John Hart Ely e a teoria de Bruce Ackerman. Todas relacionadas ao debate norte-americano. Outras teorias expressivas foram propositalmente excluídas, ou porque se tornaram argumento periférico no debate ou porque seus aspectos

logo não neutrais [...] – e na subjetividade dos juízes, que deste modo impõem seus pontos de vista ao povo [...]”. Miguel Beltran. Originalismo e interpretacion, p. 54.

²²¹ Bork afirma que ‘o poder judicial não tem outro papel que julgar mais que o de aplicar a lei de uma maneira imparcial’, [...]. A idéia de ‘neutralidade’ ou de ‘imparcialidade’ constitui uma dos pontos centrais da teoria originalista. Miguel Beltran. Originalismo e interpretacion, p. 55-6.

²²² Não deixa de ser significativo que tanto Bork e os originalistas como Ely (e na Alemanha Peter Habermas) rechacem a constitucionalização de valores (de todo tipo para Bork, só substantivos segundo Ely). Miguel Beltran. Originalismo e interpretacion, p. 108.

²²³ “Tanto o monismo constitucional quanto o dualismo constitucional são teorias democráticas no sentido que ambos crêem que na última autoridade constitucional é o povo e que o povo tem absoluta autoridade para mudar também os princípios mais substanciais da atual constituição. Só diferem na forma em que a vontade popular se expressa nas instituições de uma democracia moderna”. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 22.

relevantes podem ser abordados indiretamente dentro de uma das três teorias escolhidas²²⁴. Das três, a doutrina Ackerman parece ser descritivamente a mais fiel ao sistema norte-americano e as outras duas parecem ser prescritivamente bem fundamentadas, a de Dworkin com melhores argumentos que a de Ely.

Teoria de John Hart Ely e a crítica de Ronald Dworkin

John Hart Ely²²⁵ é o principal autor do monismo; ainda que explique sua teoria em um contexto diferente daquele formulado por Zagrebelsky e por Ackerman. Ely propôs uma alternativa ao conflito entre interpretativistas e não-interpretativistas²²⁶ na doutrina norte-americana.

O próprio Ely apresentou uma síntese didática de sua teoria:

Em uma democracia representativa, as determinações valorativas devem ser adotadas por nossos representantes eleitos e se, de fato, a maior parte de nós não está de acordo, podemos votar para removê-los de seus cargos. O mau funcionamento se dá quando o *processo* não inspira confiança, quando 1) quem detém o poder bloqueia os canais de mudança política ou se assegura de permanecer no poder e excluir os demais, ou 2) quando ainda que a ninguém se negue na realidade voz ou voto, os representantes comprometidos com uma maioria efetiva sistematicamente colocam em desvantagem a alguma minoria, por simples hostilidade, ou por negar-se prejudicialmente a reconhecer uma comunidade de interesses e, ao fazê-lo,

²²⁴ Como é o caso da doutrina de Bork e de Bickel, incluídas nos argumentos da teoria de Ely.

²²⁵ Miguel Beltran destaca a teoria de Ely no embate entre valores substantivos e valores adjetivos: “[...] representado pela tese de John H. Ely (e na Alemanha por uma similar de Peter Haberer). A teoria de Ely, inspirada na idéia de ‘sociedade aberta’ de Sir Karl Popper [...] sustenta que não é missão do Juiz constitucional defender ou constitucionalizar valores substantivos ou materiais: o único valor objetivo, e portanto defensável pela Suprema Corte, é o valor democrático ou participativo. De maneira que não se critica a jurisprudência dos valores em si mesma, mas simplesmente seu aspecto material ou substantivo, posto que é subjetivo e arbitrário, e em consequência contrário aos princípios democráticos. Miguel Beltran. Originalismo e interpretação, p. 48.

²²⁶ Ely denomina também de conflito entre o textualismo e a interpretação livre. Cf. John Hart Ely. Democracia y desconfianza, p. 19.

negam a minoria a proteção subministrada por um sistema representativo a outros grupos²²⁷.

O resumo que Dworkin fez da obra de Ely é mais didático, ainda que Dworkin discorde das três últimas características:

(1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela. (4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa. [...] Penso que a primeira proposição é vigorosa e correta. Mas as outras três são erradas [...]²²⁸.

John Hart Ely demonstrou que o poder constituinte é o exercício da soberania popular e que não há argumento razoável que proteja a vontade do povo passado contra a vontade do povo presente. Assim, o povo se manifesta pelos seus representantes e as tentativas da Suprema Corte de obstruir a ação do legislativo sob o argumento de que desrespeita a constituição é uma contradição, pois apenas o povo é o guardião de sua vontade e de seus valores; se os governantes desrespeitarem os valores do povo, cabe ao próprio povo, nas eleições seguintes, eleger novos representantes e corrigir a falha. Também não cabe à Suprema Corte decidir com a interpretação livre que promove os direitos constitucionais, ou que atualiza livremente os direitos constitucionais. Cabe apenas ao povo tal atualização, isto é, aos representantes do povo. Ely, no entanto, considerou imprescindível o papel da Suprema Corte, mas um papel seletivamente auto-restritivo. Ely partiu da

²²⁷ John Hart Ely. Democracia y desconfianza, p. 130.

²²⁸ Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 81.

premissa de que o valor fundamental do sistema político e jurídico norte-americano é a democracia (democracia representativa) e que as decisões dos representantes são legítimas porque tais representantes foram devidamente eleitos segundo a vontade popular vê que há instrumentos para que o povo insatisfeito com o desempenho dos seus governantes os destitua do seu posto no governo. Com esta premissa, Ely concluiu que não é possível deixar sob a responsabilidade dos representantes do povo a proteção contra a livre escolha destes mesmos representantes. Significa dizer que os representantes eleitos não podem assegurar a legitimidade do procedimento que os elegeu. Caberá à Suprema Corte guardar a lisura das eleições. Caberá, portanto, à Corte a proteção do primeiro valor da sociedade democrática – a democracia – que é também o único valor que não é guardado pelo próprio governo popular.

John Hart Ely partiu de uma premissa que ele não demonstra: a legitimidade da democracia representativa²²⁹. Perceba-se um aspecto curioso, que Ely não considerou, como a doutrina democrática europeia, a vontade dos representantes do povo como a vontade do povo; parece claro que Ely manteve a distinção tipicamente norte-americana entre povo e governo; no entanto, considerou que, na democracia representativa, o povo, nas eleições, pode controlar os atos do governo. Democracia, portanto, é controle e não expressão da vontade geral. Assim, John Hart Ely desconfia da Suprema Corte exatamente porque não há instrumentos de controle popular sobre suas decisões.

No entanto, o governo (isto é, os representantes do povo) pode tentar burlar ou impedir o controle popular. Como o controle popular não é permanente, mas se

expressa, sobretudo, em eleições periódicas, o povo fica parcialmente desprotegido nestes interregnos. Seria uma insensatez deixar que o governo controlasse a si mesmo; assim, naquilo que não é possível o controle popular, faz-se necessário a participação de um terceiro ator, que não seja governo, mas que tenha atuação permanente e não periódica, como o povo nas eleições. Aproveitando a experiência norte-americana, Ely considera a Suprema Corte um órgão adequado para cumprir a tarefa²³⁰. Alerta-se, no entanto, que a Suprema Corte apenas guardará o procedimento democrático, nunca poderá decidir sobre as questões de fundo, como se fosse o povo.

Entretanto, John Hart Ely é obrigado a reconhecer, como corolário da última conclusão, que a Suprema Corte poderá decidir questões de fundo desde que produza efeitos sobre o procedimento democrático, isto é, assegurar eleições limpas e justas. É neste sentido, por exemplo, que Ely aceita a decisão no *Brown versus Comitê de Educação*, mas rejeita a decisão no *Roe versus Wade*. Considera que assegurar uma educação de igual qualidade é uma condição para cidadãos iguais e, portanto, uma condição para ter eleições justas. Outra questão de fundo que se reproduz também como uma condição do procedimento democrático é a proteção da minoria, não porque a minoria tenha algum direito próprio, mas porque a proteção das minorias significa assegurar outra característica da democracia que é a potencial alternância no poder²³¹.

²²⁹ “Obviamente, nossos representantes eleitos são as últimas pessoas em quem confiamos para identificar qualquer destas duas situações”. John Hart Ely. *Democracia y desconfianza*, p. 130.

²³⁰ “[...] como o tem feito primordialmente a Corte Suprema, de assegurar a livre e efetiva eleição popular de nossos representantes. Mas a eleição popular significará relativamente pouco se não sabemos o que fazem nossos representantes”. John Hart Ely. *Democracia y desconfianza*, p. 155.

²³¹ “Temos visto no capítulo V como vários dos direitos que não estão mencionados na Constituição deveriam, todavia, receber proteção constitucional pelo papel que desempenham em manter abertos

Para John Hart Ely, a chave da questão é mediar a tensão entre o princípio da maioria e o princípio da proteção da minoria; a idéia de mediar esta tensão é a do “sistema representativo”, tal como os norte-americanos a concebem:

O ‘Sistema Representativo’ surgiu como solução para o eterno conflito entre ‘Governantes’ e ‘Governados’: os governantes passaram a ser extraídos do seio dos governados, não deixam de ficar submetidos às mesmas Leis (que aprovam) e, depois de um período, retornam à condição anterior (de governados) [...]. Isso só não resolveu a questão dos interesses das Minorias. Embora houvesse a intenção de dar tratamento igual a todos, desde o início, não existiam os mecanismos. No fundo, achava-se que o ‘Povo’ era uma unidade homogênea em seus interesses... E mesmo se não fosse, as políticas ‘redistributivas’ acabariam por resolver tudo, porque a heterogeneidade seria só de riqueza, de bens²³².

Diante da dificuldade de classificar John Hart Ely como interpretativista ou como não-interpretativista, geralmente sua doutrina é apresentada como uma tentativa de conciliação ou de superação do conflito. Ely pretendeu resolver um confronto tipicamente norte-americano sobre o ativismo judicial, apresentando uma alternativa às duas posições: que os juízes (particularmente a Suprema Corte) podem interpretar livremente a constituição e, portanto, “atualizá-la” ou que a Suprema Corte não pode interpretar a constituição e deve aplicá-la tal como foi concebida pelos *fundadores da república*. Perceba-se que a segunda posição, que Ely denomina de “textualismo”, não é defensora de uma democracia parlamentar. É, sim, defensora de um conservadorismo constitucional, isto é, de que os valores fundamentais estão na constituição e não no legislativo ou no judiciário. A alternativa

os canais de mudança política. Uma análise similar parece aplicável ao âmbito do que nos ocupamos agora, o da proteção das minorias”. John Hart Ely. *Democracia y desconfianza*, p.207.

²³² Jorge Hage Sobrinho. “Democracy and distrust – a theory of judicial review” – John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional, p. 209.

de Ely é dar ao órgão do legislativo, por ser um órgão democrático, a faculdade de atualizar a constituição, negando ao judiciário tal prerrogativa.

A teoria de Ely abre uma alternativa bastante viável para solucionar o dilema entre a supremacia dos juízes e a supremacia do legislador. No entanto, é cheio de imprecisões. Ronald Dworkin mesmo, talvez o principal expoente do ativismo judicial, faz uma impiedosa crítica.

John Hart Ely, por exemplo, não explica sua premissa: a democracia como valor fundamental. Ely também não explica como tornar sua doutrina prescritiva em doutrina real, pois afinal, quem poderá assegurar que a Suprema Corte não excederá suas competências, para além da sua esfera legítima de atuação? Como lidar, por exemplo, com uma decisão da Suprema Corte que estabeleça como condição para a democracia que cada eleitor receba a renda mensal de mil reais e que obrigue o governo ou os empregadores a adotar este salário mínimo? Ou, também, em sentido inverso, como lidar com uma decisão do congresso (representantes do povo) que restrinja direitos políticos de grupos minoritários, como norte-americanos de origem árabe, palestina ou persa? Ou, ainda, como lidar com uma decisão do congresso ou da Suprema Corte que restrinja a liberdade de expressão de grupos políticos assumidamente antidemocráticos e antiliberais? Outra deficiência na teoria de Ely é que, ao conceder à Suprema Corte o poder superior de proteger a democracia, inclusive tomando decisões substantivas (como a do caso *Brown versus Comitê de Educação*), o que impediria a Corte de abusar de suas atribuições? E se for dado ao governo (aos representantes do povo) o poder de controlar os excessos da Suprema Corte, quem controlará o governo? Ou seja, Ely

não enfrenta a raiz da questão e não responde a questão pragmática mais importante: quem é o defensor da Constituição?

A crítica que Ronald Dworkin fez à doutrina de Ely é bastante interessante, pois se diz adepto da doutrina quanto aos fundamentos, quanto aos objetivos, mas discorda veementemente quanto aos meios; considera ainda que o próprio Ely não aplica os meios adequados; portanto, que a doutrina do próprio Dworkin é que é a devida correção na obra de Ely. Assim, Dworkin vai muito além da crítica e considera que os problemas na teoria de Ely não são de insuficiência, mas de contradição interna.

Pode-se verificar, nas palavras do próprio Dworkin, que ele considera que sua teoria dos direitos enquanto trunfos (sobre a vontade da maioria) é instrumento mais eficiente e adequado para proteger os cidadãos e as minorias do que qualquer outra estratégia apresentada superficialmente por Ely: “afirmo que o argumento de Ely, bem compreendido, é na verdade esse argumento e não o argumento da democracia que se encontra no título e na superfície de seu livro”²³³.

Ronald Dworkin considerou a premissa de Ely não devidamente esclarecida e, por isso, imprecisa: “Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo”²³⁴. É isto que dá margem à

²³³ Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 82.

²³⁴ Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 82.

deficiência que já se identificou sobre quem afinal controla quem? Nesse sentido, Dworkin considera que

A única versão aceitável da própria teoria de 'processo' faz o processo correto – o processo que o Tribunal deve proteger – depende de se decidir que direitos as pessoas têm ou não. Assim, faço objeção à caracterização que Ely oferece de sua própria teoria²³⁵.

O ativismo judicial na teoria de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, de certo modo, reconheceu os fundamentos e os objetivos da doutrina de Ely. No entanto, considerou que para assegurar o valor democrático exige-se muito mais do que prescreveu Ely, exige mais ampla e mais densa de proteção dos direitos dos cidadãos que exercem a democracia²³⁶. Assim, Dworkin apresentou seus direitos morais como direitos democráticos ou como direitos pró-democracia, e não como direitos contra a democracia.

No entanto, como consequência do fundamentalismo (concepção centrada nos direitos), o reconhecimento de direitos morais preferenciais exige que possam ser oposto contra o governo (contra os representantes do povo, ou melhor, contra a maioria). Para Dworkin, a atribuição que a Suprema Corte tem de proteger os direitos não se dá apenas por ser um órgão não eletivo (em parte é este a

²³⁵ Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 96.

²³⁶ Diferentemente de Ely, que confia na capacidade do povo para escolher seus representantes e controlá-los, Dworkin não confia na maioria, seja parlamentar, seja do eleitorado. Assim, tem-se um Dworkin precavido: “A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando àquilo que considera ser o interesse geral ou comum”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, pp. 208-9.

justificativa de Ely)²³⁷, mas Dworkin considera que os órgãos políticos de maneira geral (legislativo, executivo etc.) não conseguem desempenhar adequadamente essa função; o uso de procedimentos judiciais habilita a Suprema Corte como órgão judicial, a exercer a função de limitadora do poder²³⁸.

Para tanto, Ronald Dworkin rejeita o argumento formulado por Alexander Bickel (e recepcionado por Ely) de que os direitos morais podem ser protegidos pelos órgãos de representação popular²³⁹. Dworkin reproduz a posição de Bickel:

Apresentei a teoria de Bickel como exemplo de uma forma de argumento a partir da democracia, ou seja, o argumento de que, uma vez que os homens discordam quanto aos direitos, é mais seguro deixar a decisão final sobre direitos a cargo do processo político. Mais seguro no sentido de que os resultados provavelmente serão mais bem fundamentados²⁴⁰.

²³⁷ “[...] as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério.

²³⁸ “Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, em suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”. Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 101.

²³⁹ Dworkin, a partir da p. 223 testa diversos argumentos em defesa da supremacia judicial e em defesa da supremacia legislativa. Na p. 225 explica o argumento de Alexander Bickel de moderação judicial: “Devemos, portanto, nos voltar para outra linha de argumentação a partir da democracia, que sustenta que as instituições democráticas, tal como o poder legislativo, têm mais probabilidade do que os tribunais de chegar a resultados *mais bem fundamentados* sobre os direitos morais dos indivíduos”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 225. E, no mesmo sentido: “O fundamento alternativo de um programa de moderação é uma teoria da *deferência* judicial. Ao contrário da teoria cética, essa teoria supõe que os cidadãos têm direitos morais contra o Estado, além dos que o direito expressamente lhes garante. Contudo, essa teoria assinala que o caráter e a força desses direitos são discutíveis, e afirma que instituições políticas, outras que os tribunais, são responsáveis pela decisão sobre quais direitos deverão de ser reconhecidos”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 217. E, ainda, “Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas [...]”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 216.

²⁴⁰ Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 228.

Ainda sobre o argumento Bickel: “ela sustenta que o processo político orgânico irá assegurar com maior segurança os direitos humanos genuínos, caso seu caminho não seja atravessado pela intrusão artificial e racionalista dos tribunais”²⁴¹. Contra a posição anterior, retruca Dworkin: “mas essa proposição bizarra é apenas uma forma disfarçada da idéia cética de que, na realidade, não existem nenhum direito contra o Estado”²⁴².

A posição de Ronald Dworkin é clara, os direitos morais²⁴³ são preferenciais aos direitos democráticos (isto é, os direitos da maioria): “um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral”²⁴⁴. Ainda no mesmo sentido, sobre o sistema norte-americano: “Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado”²⁴⁵.

A atuação da Suprema Corte deve atualizar tais direitos morais, não se restringindo ao que textualmente prescreve a constituição ou à intenção original dos *fundadores da república*. Esta conclusão, no entanto, é bastante peculiar, pois a Suprema Corte não tem exatamente liberdade para decidir e realizar os valores morais, já que, não sendo órgão político, deve se submeter integralmente ao direito. Como foi descrito na Parte I, Dworkin considera que mesmo nos casos difíceis há apenas uma solução correta para o caso, logo a liberdade hermenêutica do julgador

²⁴¹ Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 229.

²⁴² Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 229.

²⁴³ Ronald Dworkin. Uma questão de princípio, p. 9.

²⁴⁴ Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 230.

²⁴⁵ “A concepção centrada nos direitos parece mais vulnerável a objeções filosóficas. Supõe que os cidadãos têm direitos morais – isto é, outros direitos que não os declarados pelo direito positivo – de modo que uma sociedade pode ser sensatamente criticada com base no fundamento de que sua legislação não reconhece os direitos que as pessoas têm. Muitos filósofos, porém, duvidam que as pessoas tenham quaisquer direitos que não os concedidos a elas por leis ou outras decisões oficiais,

não significa discricionariedade e menos ainda arbítrio (soberania), mas uma vinculação ao direito pré-existente, que é um corolário do Estado de direito. Considerar que a Constituição adota cláusulas abertas (vagas, imprecisas)²⁴⁶ não significa, para Dworkin, a autorização para qualquer decisão, ou a autorização para várias alternativas possíveis a juízo do julgador, significa que a partir daquelas normas é possível usando técnicas de hermenêutica jurídica encontrar a decisão apropriada para o caso²⁴⁷. Trata-se, portanto, da equidade de saber aplicar as normas (e os princípios são normas) adequadamente aos casos.

Perceba-se que Dworkin salta de uma teoria descritiva para uma teoria prescritiva sem avisar. O fato de Dworkin considerar que o juiz deve encontrar a única decisão correta, não significa nem que ele é capaz de encontrá-la (como o juiz Hércules), nem que, sendo capaz de encontrá-la, agirá como fiel aplicador do direito pré-existente. O que impede o último julgador de criar direito novo sob o argumento de que está aplicando um direito pré-existente?

A preferência de Ronald Dworkin pela Suprema Corte em detrimento do Congresso é também uma preferência do procedimento judicial (jurídico) em detrimento do procedimento político para a proteção de direitos. Ressalte-se, é claro, que Dworkin não considera o procedimento jurídico para decidir sobre questões

ou mesmo que a idéia de tais direitos faça sentido”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 231.

²⁴⁶ “Essa interferência na prática democrática exige uma justificação. Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que – afirma-se – disposições constitucionais, tanto ‘vagas’ como precisas, reconhecem e protegem”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 209.

²⁴⁷ “O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi [...] Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 215.

políticas, questões de governo, questões de políticas públicas. Para esses assuntos, considera o procedimento democrático o mais adequado.

A crítica que se fez a Ely, *mutatis mutandis*, também pode ser feita a Dworkin: qual a garantia de que os juízes da Suprema Corte se aterão apenas à participação neutra (estritamente jurídica) nas questões que julgar? Qual o fundamento consistente em que possa se basear um enunciado que considere que os juízes dispõem de qualidades para apreciar adequadamente questões que versam sobre direitos morais²⁴⁸, em detrimento dos órgãos eletivos?

A resposta de Dworkin é clara, mas não parece satisfatória:

A questão central que está no cerne do debate acadêmico deve ser colocada da seguinte maneira. Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam, mas correremos o risco de que os juízes venham a fazer as escolhas erradas. Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente²⁴⁹.

Parece mesmo que Dworkin tinha razão quando comparou sua teoria com a de Ely, não são tão diferentes nos fundamentos e nos objetivos, mas apenas quanto aos meios. No entanto, Dworkin, que consegue resolver ou superar alguns problemas e deficiências da doutrina de Ely, também cria outros problemas. Dworkin, que considera ambígua a idéia de democracia de Ely, também não apresenta uma resposta muito melhor, ao formular a idéia de direito como integridade ou de igual consideração e respeito. Mas a principal deficiência na

²⁴⁸ “De fato, a sugestão de que os direitos podem ser demonstrados ao longo de um processo histórico, e não por um apelo a princípios, mostra ou uma certa confusão ou uma falta de interesse real pelo que são direitos. Uma reivindicação de direitos pressupõe um argumento moral e não pode ser estabelecida de nenhum outro modo”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 230.

doutrina de Dworkin ainda é explicar satisfatoriamente a prioridade da Suprema Corte sobre o Congresso.

Ronald Dworkin é um liberal (um progressista ou um esquerdista, em algum parâmetro usado no Brasil), confia na Suprema Corte para proteger os direitos contra o Estado, mas, em verdade, não há como evitar que a Suprema Corte tendo os poderes que Dworkin quer que tenha, adote uma postura diferente. Por exemplo, que proteja direitos sociais em detrimento de direitos individuais, que proteja o bem social em detrimento da liberdade individual, que proteja direitos individuais de propriedade em detrimento de outros direitos como o de igual respeito e dignidade. Como muito bem alerta Bruce Ackerman, os fundamentos da doutrina de Dworkin servem para muitos fins²⁵⁰, sendo que sobre a Suprema Corte não é possível o controle popular.

O soberano na teoria de Bruce Ackerman

Para Bruce Ackerman, Ronald Dworkin é o melhor representante do fundamentalismo nos Estados Unidos e John Hart Ely é o melhor representante do monismo. Ackerman, no entanto, permanece insatisfeito com as duas doutrinas, não apenas no sentido prescritivo, mas também considera que nenhuma descreve adequadamente o sistema constitucional norte-americano. A conclusão de

²⁴⁹ Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 232.

²⁵⁰ “Em oposição, a primazia da soberania popular é desafiada por uma segunda teoria moderna. [...] os princípios democráticos, seus anseios populares são limitados por compromissos e direitos fundamentais. Não é de se admirar que os adeptos dessa teoria diverjam no que diz respeito à identificação dos direitos considerados fundamentais. Conservadores como Richard Epstein dão ênfase ao papel fundamental do direito de propriedade; liberais como Ronald Dworkin valorizam o

Ackerman é, portanto, ao mesmo tempo descritiva e prescritiva porque considera melhor o sistema adotado nos Estados Unidos.

Pragmaticamente, o debate entre Dworkin e Ely pode ser reduzido ao seguinte: para o primeiro, o impasse é resolvido pela Suprema Corte e, para o segundo, o impasse é resolvido pelo Congresso (deve-se mitigar esta última afirmação sobre a doutrina de Ely). Em outras condições, o debate poderia ser resumido com a preferência pelo princípio da liberdade (direitos morais) para o primeiro e a preferência pelo princípio democrático (soberania popular) para o segundo. Este último resumo, no entanto, não apresenta adequadamente o núcleo das duas posições, principalmente porque há forte elemento democrático na doutrina de Dworkin, assim como há forte elemento de proteção aos direitos na doutrina de Ely. Em todo caso, Dworkin reconhece a existência de direitos independentemente do reconhecimento pelo legislador ordinário, enquanto que Ely apenas em determinados casos reconhece direitos independentes do reconhecimento pelo legislador ordinário.

Bruce Ackerman se aproxima da posição interpretativista ou auto-restritiva da Suprema Corte. Considera, tal como os monistas de maneira geral, que a Suprema Corte não tem legitimidade para decidir contra a decisão do povo²⁵¹, mesmo quando para proteger direitos morais contra a maioria. No entanto, não considera que o governo (os representantes eleitos pelo povo) seja o povo²⁵², tampouco considera

direito ao respeito e à atenção igualitária; coletivistas como Owen Fiss, apontam para grupos menos favorecidos". Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 13.

²⁵¹ Sobre a Suprema Corte: "Quem deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?". Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 10.

²⁵² "Tanto quanto os monistas, os dualistas são também democratas – eles acreditam que o povo constitui a autoridade maior nos Estados Unidos. Eles discordam apenas do modo normalmente utilizado pelos políticos eleitos ao legislar em nome do povo". Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 13.

que o mero controle popular durante as eleições expresse a vontade popular e, mais, não considera que maiorias esporádicas ou apertadas possam ser traduzidas em vontade de todo o povo. Assim, Ackerman se distancia ao mesmo tempo da doutrina de Dworkin e da doutrina de Ely.

Ackerman parte de uma premissa duvidosa: a de que a Constituição, particularmente a Constituição dos Estados Unidos foi ungida pelo povo, ou melhor, por uma maioria consagradora, quase unânime do povo, após um amplo, demorado e profundo debate sobre as suas disposições. No entanto, considerando que a premissa de Ackerman seja válida, o jurista norte-americano considera que somente o povo novamente pode ser intérprete criativo da Constituição; nega, portanto, o ativismo judicial e o ativismo legislativo. Aos representantes do povo cabe governar dentro dos limites impostos pela Constituição (ou seja, pelo povo) e ao poder judiciário, particularmente à Suprema Corte, cabe fiscalizar os outros órgãos para que a Constituição seja cumprida²⁵³, assim, a função da Suprema Corte é de obstruir, de invalidar, as ações em desconformidade com a Constituição, ou melhor, em desconformidade com o sentido original da Constituição.

Quem desejar alterar o sentido da Constituição, assevera Ackerman, deve recorrer ao árduo procedimento de mudança da Constituição, ou seja, um procedimento de emenda constitucional. Alerta-se que o procedimento para reforma constitucional nos Estados Unidos é bem mais rígido que no Brasil, exigindo não

²⁵³ “O monista trata todos os atos de revisão normativa como algo presumidamente antidemocrático e luta, por meio de argumentos engenhosos, para poupar o Supremo do ‘obstáculo contramajoritário’. Em contrapartida, o dualismo interpreta o desempenho da função de preservação pelos tribunais como elemento essencial de um regime democrático bem ordenado. Em vez de ameaçar a democracia, frustrando as demandas legislativas da elite política de Washington, os tribunais a servem, protegendo princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a corrosão das elites políticas que falharam na obtenção do sólido apoio popular para suas inovações”. Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 12.

apenas a aprovação pelo Congresso, como também a aprovação pela maioria qualificada dos órgãos legislativos estaduais.

Bruce Ackerman pretendeu, assim, superar em favor do povo os dilemas relacionados ao controvertido tema do defensor da constituição:

Assim, diferentemente do monista, ele não terá problemas em apoiar a idéia de que os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular. Ele pode fazê-lo, entretanto, sem o auxílio dos princípios não-democráticos proferidos pelos fundamentalistas de direitos. Dessa forma, o dualismo oferece uma reconciliação mais efetiva da democracia e dos direitos daqueles que encontram propriedade nos dois pólos do debate²⁵⁴.

Quem controla o controlador?

Mais uma vez as teorias prescritivas não enfrentam problemas reais da sua aplicação. Quais os limites ao legislador? Quem os determina? Quais os limites aos juízes, quem os determina?

Não há, na verdade, como optar entre a doutrina prescritiva de Dworkin e a doutrina prescritiva de Ely. Para o primeiro, há uma inabalável confiança na Suprema Corte; para o segundo, há uma confiança relativa no legislativo e uma confiança inabalável no povo (que escolhe os representantes).

John Hart Ely também não considera o caso que é típico do liberalismo e secundário na democracia, que é a legitimidade da maioria determinar os destinos da minoria. O Estado de direito impõem uma limitação material aos excessos da maioria.

²⁵⁴ Bruce Ackerman. Nós, o povo soberano, p. 16.

Parece que o debate perdeu um pouco do senso em relação à realidade e à origem histórica destas instituições. O republicanismo - e, portanto, a doutrina de Montesquieu e de Madison - é uma doutrina do equilíbrio e da moderação. Assim, não versa como dilema entre liberalismo e democracia, ou entre direitos e lei, ou entre supremacia judicial e supremacia legislativa e muito menos entre originalismo e ativismo. Muitas vezes, o dilema é falso daí sua impossibilidade de superação interna.

Perceba-se que os argumentos democráticos não são genuinamente democráticos. Assim como os argumentos de direitos não são genuinamente protetores dos direitos. O debate contemporâneo esquece que o sistema político não é aplicado por deuses, por isso não pode ser feito para seres perfeitos. O argumento democrático parte da premissa de que os cidadãos participam conscientemente e agem assim quando tomam as decisões, quando elegem governantes e quando fiscalizam e controlam o governante; não é assim que se percebe na realidade. O argumento dos direitos parte da premissa de que os onze (ou nove) juízes são mentes privilegiadas ou são centros de moralidade superior para ponderar sobre o que é justo ou injusto, sobre quais valores são relevantes e quais precisam ser adaptados; não é assim na realidade, seja porque os juízes recebem influência, da mesma forma que outros órgãos de decisão política, como também agem segundo suas convicções tanto quando os órgãos políticos. Ora, se o argumento é que o Supremo Tribunal Federal (ou a Suprema Corte) é legítimo para controlar as ações dos outros, que é um bom argumento da imparcialidade, quem controla as ações do Supremo?; agregado à idéia de que aquele que controla não age apenas negativamente, obstruindo as ações dos outros, mas tem se tornando mais

freqüente a idéia de que age prescritivamente determinando como os outros órgãos devem agir²⁵⁵.

²⁵⁵ Sobre o tema, cf., também, Eliseo Aja (ed.) Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual, Enrique Alonso Garcia. La interpretacion de la constitucion, Eduardo Garcia de Enterría. La constitucion como norma y el tribunal constitucional, Ernesto Garzón Valdez. El consenso democrático, Roberto Gargarella. La dificultad de defender el control judicial de las leis, José Jardim-Rocha Jr. Supremacia da constituição ou supremacia do “defensor” da constituição?, Matônio Mont’Alverne B. Lima. Justiça constitucional e democracia, Ingeborg Maus. Judiciário como superego da sociedade, Christofer Wolfe. La transformacion de la interpretacion constitucional.

CAPÍTULO III - REVISITANDO O DEBATE SOBRE A DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

No Capítulo I, procurou-se identificar o núcleo ou, pelo menos, os elementos marcantes do paradigma dominante no direito e no Estado; considerou-se que o referido paradigma foi sintetizado no século XIX, especialmente pela doutrina jurídica liberal alemã; considerou-se, também, que a idéia fundamental do paradigma oitocentista é a concepção moderna de lei, e se considerou que a idéia mestra, que faz a conexão com todos os outros conceitos correlatos, é a separação de poderes.

O Capítulo III se restringirá apenas a este aspecto do paradigma oitocentista, isto é, a doutrina da separação de poderes; que será conduzido desde a sua elaboração teórica até os elementos necessários para a compreensão da crise, que foi objeto da última seção do capítulo anterior.

Assim, o objetivo do Capítulo III é revisitar o debate tradicional acerca da doutrina da separação de poderes, reconstituindo as etapas mais importantes de sua formação. Faz-se necessário tal reconstituição, sobretudo, porque, embora o princípio da separação de poderes seja amplamente difundido nas constituições ocidentais como dogma, e, embora a doutrina em direito constitucional, em teoria do Estado e em ciência política trate a respeito do tema superficialmente (como se não

fosse necessário perder palavras com um assunto por demais claro e incontroverso), o tema, quando devidamente abordado, é complexo e controvertido²⁵⁶.

Geralmente, o princípio jurídico da separação de poderes é entendido como estrita separação orgânica entre os três poderes do Estado, reservando exclusivamente a cada um deles o conjunto de atribuições da mesma natureza; o que resulta no seguinte quadro: o órgão legislativo legisla, o órgão executivo administra e governa e o órgão jurisdicional julga. Há variações desta concepção, enfatizando que as atribuições são distribuídas aos respectivos órgãos, não de forma exclusiva, mas apenas de modo preferencial, assim, explicam-se situações em que o órgão executivo legisla (decreto autônomo ou decreto-lei ou medida provisória), em que o órgão legislativo julga (crimes de responsabilidade) e em que o órgão jurisdicional administra (atos rotineiros da administração no âmbito da corporação de juízes e serventuários da justiça). Geralmente, também, considera-se que o princípio da separação de poderes é decorrente da doutrina de mesmo nome, que seria de autoria do Barão de Montesquieu, apresentada em meados do século XVIII, na França. No entanto, como se verá a seguir, tais informações tão difundidas pela doutrina tradicional, particularmente pelos manuais utilizados nas escolas jurídicas, expressam uma interpretação equivocada da doutrina original ou um mito formulado à margem do rigoroso exame a respeito do tema²⁵⁷.

²⁵⁶ “No entanto, o princípio da separação dos poderes tem gerado, ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 11. No mesmo sentido, recentemente, até os manuais começam a reconhecer: “Contudo, a tão elevado dogma não corresponde uma precisão terminológica e material que seria de supor que existisse”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1021.

²⁵⁷ “Contudo, o tão elevado dogma não corresponde uma precisão terminológica e material que seria de supor que existisse”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1021.

Pinto Ferreira, mesmo, lembra que Montesquieu nunca empregou a expressão “separação de poderes” na sua obra e que sua ampla aceitação está relacionada à fórmula reproduzida na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*²⁵⁸.

Pretende-se desmistificar a doutrina que chegou aos nossos dias, descortinando a posição de Montesquieu, situando-a no seu contexto, assim como extraíndo a contribuição para o debate contemporâneo. Parece mesmo que a contribuição de Montesquieu é mais rica e mais densa teoricamente do que aquilo que os seus divulgadores pretendiam.

1 SITUANDO O DEBATE: MONTESQUIEU E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Antes de tratar da doutrina da separação de poderes, e especialmente de analisar a obra-referência de Montesquieu, *O espírito das leis*, é necessário considerar um fator. Montesquieu publicou *O espírito das leis* em meados do século XVIII, enquanto as primeiras constituições no sentido moderno foram promulgadas apenas no final do XVIII. Estas novas constituições escritas, produzidas após o momento revolucionário, estabelecendo os moldes da nova organização do Estado, expressavam uma concepção de constitucionalismo diferente da empregada até

²⁵⁸ “Montesquieu, apesar de ser o pai da doutrina, não empregava propriamente a expressão ‘separação de poderes’ [...]. Essa expressão *séparation des pouvoirs* surgiu com a Constituição francesa de 1791 e a Declaração de Direitos de 1789”. Pinto Ferreira. Curso de direito constitucional, p. 87.

então. Esta nova expressão, o constitucionalismo moderno, tornou-se dominante, em substituição à concepção antiga.

Pode-se considerar o constitucionalismo no sentido descritivo e no sentido prescritivo. No sentido descritivo, “a constituição é, de fato, a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem. Deste modo, sendo a constituição imanente a qualquer sociedade”²⁵⁹. Geralmente, confunde-se o sentido descritivo do constitucionalismo com o constitucionalismo antigo; serve, em todo caso, para, por contraste, conceituar o constitucionalismo moderno, que também é confundido com o constitucionalismo no sentido prescritivo. Assim, constitucionalismo moderno é “a técnica jurídica da tutela das liberdades, surgido nos fins do século XVIII, que possibilita aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio”²⁶⁰. Não se pode negar que o constitucionalismo moderno, tal como definido acima, tem também caráter descritivo; no entanto, serve como parâmetro (prescritivo) para catalogar as regras constitucionais (legítimas) ou arbitrárias.

McIlwain, no entanto, identificou o mesmo caráter prescritivo nas constituições antigas e nas constituições modernas: a limitação do governo mercê do direito²⁶¹, embora se deva reconhecer que as formas de limitação na Antiguidade eram

²⁵⁹ Nicola Matteucci. Constitucionalismo, p. 247 (In Bobbio; Matteucci; Pasquino. Dicionário de política).

²⁶⁰ Uadi Lammêgo Bulos. Curso de direito constitucional, p. 10.

²⁶¹ Cf. Nicola Matteucci. Constitucionalismo, p. 253 (In Bobbio; Matteucci; Pasquino. Dicionário de política).

distintas das formas modernas. O constitucionalismo moderno, por exemplo, é expressão jurídica da ideologia liberal, desconhecida no mundo antigo.

Nicola Matteucci lembra também que “constitucionalismo” foi empregado diversas vezes no contexto específico da classificação das monarquias (particularmente da monarquia inglesa)²⁶². Assim, a monarquia constitucional se distinguia da monarquia absoluta e da monarquia parlamentar porque na monarquia constitucional havia separação de poderes, isto é, separação entre o poder do rei e o poder do parlamento.

O sentido consagrado no direito constitucional, entretanto, relaciona o moderno constitucionalismo com a doutrina liberal de limites do poder e com a expressão escrita da constituição. Neste sentido é que o marco do constitucionalismo moderno é a promulgação da constituição dos Estados Unidos e da constituição da França. A constituição como documento escrito permite a publicidade, a clareza e a segurança do direito²⁶³.

No sentido antigo, a constituição é o conjunto das regras fundamentais (geralmente costumeiras) que descrevem (e não determinam) a organização política e social; restringe-se, portanto, necessariamente, a constituição no sentido material, entendida restritivamente o seu conteúdo, ou seja, “quem governa?” e “como é escolhido o governante?”. Estava implícito no constitucionalismo antigo a indissociabilidade entre sociedade e Estado e a necessária vinculação a um objetivo: o bem comum. O debate do constitucionalismo antigo se restringia a apresentar uma constituição que pudesse proporcionar o bem comum em oposição ao bem do

²⁶² Cf. Nicola Matteucci. Constitucionalismo, p. 247 (In Bobbio; Matteucci; Pasquino. Dicionário de política).

²⁶³ Cf. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, pp. 10-1.

próprio governante (ou grupo governante). Assim, uma boa constituição era uma boa organização do poder político; e um poder político bem organizado era aquele que resultava no bem comum. É buscando este fim que se fala de governo das leis, de governo misto, de governo moderado, de formas puras de governo.

O moderno constitucionalismo produziu um divisor de águas no pensamento político e jurídico e na engenharia institucional. O constitucionalismo moderno é marcado pelo surgimento das constituições codificadas no século XVIII, mas principalmente porque estas constituições tinham o *status* de normas jurídicas superiores. Isso significa o domínio do jurídico sobre o político²⁶⁴. Como também a substituição das fontes de direito natural por uma fonte superior de direito positivo. E ainda o substituto da fonte consuetudinária por uma fonte legal especial. No constitucionalismo moderno, a referência ao bom governo passa a ser o governo segundo a constituição e não mais um bom governo voltado para o bem comum. E se fosse necessário dar substância ao moderno constitucionalismo, além do sentido restrito do conteúdo do constitucionalismo antigo, exige-se que a constituição consagre a proteção de direitos individuais, a participação popular (democracia representativa) e a separação de poderes.

Perceba-se que Montesquieu escreveu no contexto do constitucionalismo antigo, embora sua aplicação tenha se dado no constitucionalismo moderno. Deve-se, portanto, analisar as origens teóricas do princípio da separação de poderes com cautela, considerando as peculiaridades daquele contexto.

²⁶⁴ “O constitucionalismo – que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX – traduz exatamente certa idéia de Direito, a idéia de Direito liberal”. Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional - Tomo II, p. 17.

Deve-se lembrar que o constitucionalismo antigo desconhecia a separação de poderes²⁶⁵ (tal como foi descrito acima) e que, contemporaneamente a Montesquieu, vigorava com espantosa intensidade a doutrina (moderna) da soberania una, contrastando com a doutrina que “dividia” o poder do Estado²⁶⁶.

2 MONTESQUIEU REPUBLICANO: A DOUTRINA RACIONALISTA E A DOUTRINA REPUBLICANA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Embora bastante difundida, inclusive como princípio jurídico da separação de poderes, a doutrina da separação de poderes apresenta um significado complexo e ambíguo. Sua ambigüidade é causada, em parte, porque embora seja um conceito complexo, é tratado como se fosse um conceito simples; e, em parte, porque há um equívoco na investigação sobre suas origens históricas e teóricas. Tal ambigüidade, parece, poderá ser amenizada (ou mesmo superada) com a distinção, didática, entre uma doutrina racionalista e uma doutrina republicana da separação de poderes.

Antes, porém, para ressaltar o caráter complexo da doutrina, Nuno Piçarra enumerou cinco sentidos diferentes para o princípio da separação de poderes: (a) como distinção conceitual das funções estatais; (b) como independência orgânica dos poderes do Estado (não interferência); (c) como controle inter-poderes do poder do Estado; (d) como controle inter-orgânico da função legislativa; (e) como não

²⁶⁵ “É curiosa a constatação de que o constitucionalismo da Antiguidade funcionou sem a separação de funções e, freqüentemente, em conflito mesmo com esse princípio”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1022.

²⁶⁶ Inclui não apenas os seus mais conhecidos formuladores – Hobbes e Bodin – como também um autor posterior a Montesquieu como Rousseau.

acumulatividade de cargos em poderes distintos²⁶⁷. A doutrina da separação de poderes, na sua origem, relaciona-se com um emaranhado de outros conceitos antigos e modernos, como os de *rule of law*, constituição mista, balança de poderes, soberania popular, conceito moderno-iluminista de lei, Estado-sociedade, direitos fundamentais e liberdade²⁶⁸.

A despeito dos incontáveis sentidos possíveis, parece haver claramente dois sentidos marcadamente distintos da separação de poderes. Um sentido é parcialmente decorrente do debate clássico sobre o governo misto, sobre o governo da lei, sobre o governo moderado e sobre o governo republicano, e um outro sentido originalmente moderno, derivado de um racionalismo estritamente idealista.

O primeiro sentido pode ser denominado de “doutrina republicana” e ao segundo sentido, pode-se denominar “doutrina racionalista”. Não se pense que Descartes elaborou alguma teoria da separação de poderes, a denominação escolhida serve apenas para destacar como a filosofia cartesiana pode ter influenciado na formação deste sentido. Geralmente, a doutrina republicana da separação de poderes abrange três teorias: do governo misto, do governo da lei e do governo moderado. E, geralmente, a doutrina racionalista da separação de poderes abrange três aspectos: divisão de funções, independência orgânica e harmonia.

²⁶⁷ “Podem enumerar-se, para já, pelo menos as seguintes acepções: 1º Distinção entre os conceitos legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem. 2º Independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos, perante a ação ou interferência de outro. 3º Limitação ou controlo do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante outro. 4º Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos. 5º Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais.” Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 12.

É possível, também, considerar a distinção entre a doutrina republicana e a doutrina racionalista sob outra perspectiva, considerando a formulação moderna da doutrina republicana como originária de um fundamento liberal, por isso “impregnada por idéias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da constituição mista”²⁶⁹ e considerando a doutrina racionalista como fórmula democrática “impregnada pela idéia de soberania popular e de supremacia no Estado do poder dos representantes eleitos pelo povo”²⁷⁰. Para tanto, é necessário assumir que a doutrina racionalista reconhece apenas retoricamente a igualdade entre os poderes, pois o órgão legislativo, embora não possa exercer as outras funções, é superior aos outros poderes²⁷¹.

Como se verá adiante, detalhadamente, a doutrina da separação de poderes imputada a Montesquieu é a doutrina republicana e não a doutrina racionalista. Embora tenha sido a doutrina racionalista a que se difundiu e a que se converteu em princípio jurídico.

Quando a *Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão* enunciou que não há constituição sem a separação de poderes, ou seja, que não há como proteger a liberdade individual e o Estado de direito sem a adoção da doutrina da separação de poderes, isto expressa a doutrina racionalista e não a doutrina republicana (portanto, não expressa a teoria de Montesquieu). Desse modo, a declaração francesa se refere à separação rígida de poderes, à concentração do

²⁶⁸ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 145.

²⁶⁹ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 79.

²⁷⁰ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 79.

²⁷¹ Neste sentido é a descrição de Óscar Godoy Arcaya: “o surgimento da sociedade civilmente organizada consiste no estabelecimento do poder legislativo, como poder máximo, sob o qual se ordenam os demais poderes. Para Locke, as decisões fundamentais de uma sociedade política emanam da lei, aprovada ‘pelo poder legislativo eleito e nomeado pelo povo’. Deste modo, a lei e o

poder legislativo no parlamento e à limitação do poder judiciário a aplicador exegético (mecanicista²⁷²) da lei²⁷³.

A doutrina da separação de poderes de Montesquieu é tributária de uma concepção antiga²⁷⁴ de governo misto, governo moderado e governo das leis, atualizados pela doutrina inglesa na formulação do *rule of law* nos séculos XVII e XVIII²⁷⁵. A doutrina norte-americana dos freios e contrapesos também é uma expressão da doutrina republicana, neste caso, compatibilizando-se com o moderno constitucionalismo²⁷⁶.

Como doutrina do governo misto, considera-se que a melhor forma de governo é aquela que conjuga os aspectos positivos das formas puras – monarquia, aristocracia e democracia. Portanto, a organização do poder político não pode ser

parlamento seriam os garantidores últimos dos fins do Estado, que são a vida, as liberdades e a propriedade dos homens”. Óscar Godoy Arcaya. Antología política de Montesquieu, p. 347.

²⁷² “Assim, o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que funda a atividade do jurista em elementos predominantemente declarativos em detrimento de elementos criativos. Isso possibilita a redução do papel do intérprete no momento da aplicação do direito, assemelhando-o a um robô, um autômato programado para decidir de acordo com a letra da lei”. João Paulo Allain Teixeira. Jurisdição, tópica e razoabilidade, p. 233.

²⁷³ “De acordo com a concepção da função do juiz desenvolvida no continente europeu no século XVI e ainda hoje dominante, este deve, num caso jurídico específico, tomar uma decisão a partir dos enunciados estabelecidos. O ensino jurídico prático teria como tarefa fornecer ao juiz normas cujos enunciados fossem suficientemente amplos para que deles possa ser derivado um grande número de decisões; elas deveriam mostrar ao juiz como se aplicam enunciados gerais a casos concretos; por isto o ensino deveria ser abstrato e dedutivo. Com exceção da teoria geral do estado, toda a jurisprudência é abstrata e dedutiva (...)”. Eugen Ehrlich. Fundamentos da sociologia do direito, p. 13-4.

²⁷⁴ “Tradicionalmente entendida como tendo por objetivo a limitação ou a moderação do poder político e a garantia da liberdade, a doutrina da separação dos poderes entronca perfeitamente, numa das vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado ocidentais, a qual remonta à Antigüidade greco-romana. Mais concretamente, é a teoria da constituição mista que constitui a sua raiz histórica remota”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 17.

²⁷⁵ “A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à idéia de *rule of law* [...]”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 44.

²⁷⁶ “Este <princípio moderno> veio a associar-se ou mesmo a confundir-se com a doutrina da constituição mista. Da associação destas duas idéias que, à partida, nada tinham em comum, nasceu a teoria da balança de poderes que, por sua vez, evoluiu para uma teoria dos *checks and balances*, sobretudo na América do século seguinte, a qual se autonomizou em relação à <referência> social da constituição mista. Os freios e contrapesos, por seu turno, foram-se integrando progressivamente na

simples e deve ser necessariamente complexa²⁷⁷, prevendo um órgão popular, um aristocrático e outro monárquico²⁷⁸. Os defensores do governo misto pretendem atingir a três objetivos; (a) cada espécie de órgão tem uma índole própria que o torna mais eficiente, para atingir determinada finalidade, assim, um órgão popular exerce melhor a proteção das liberdades, mas um órgão monárquico exerce melhor a condução (administração) cotidiana dos negócios públicos; (b) cada órgão, sendo expressão de uma potência social distinta, poderá controlar os outros dois órgãos, conduzindo a comunidade para o bem comum e não para o bem de parte da comunidade; e (c) o governo misto conseguiria interromper o processo natural de degeneração das formas de governo e, portanto, estabilizar as relações políticas.

A doutrina do governo moderado, que, em parte, coincide com postulados do governo misto, influenciado pelo pensamento aristotélico, considera que a perfeição é evitar os extremos, isto é, moderar entre a falta e o excesso. Assim, o governo moderado é uma engenhosidade institucional que resulta em decisões moderadas, relacionada a controles mútuos que evitam as posições radicais. A finalidade do governo moderado é a mesma do governo misto: assegurar o melhor (e o mais estável) meio para o bem comum. Como governo moderado, não pode ser o governo de segmentos da comunidade com a exclusão dos outros, mas o governo

própria doutrina da separação dos poderes". Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 18.

²⁷⁷ Visto de outra perspectiva, pode-se dizer que o barão de La Brède sustenta que o governo da sociedade civil não pode estar a cargo de um órgão simples, mas de um órgão composto. Óscar Godoy Arcaya. Antología política de Montesquieu, p. 348.

²⁷⁸ A referência a Políbio é inevitável: "Com efeito, a quem fixar a atenção no poder dos cônsules a constituição romana parecerá totalmente monárquica; a quem fixá-la no Senado ele mais parecerá aristocrática, e a quem a fixar no poder do povo ela parecerá claramente democrática. (...) Cada uma das três partes é capaz, se quiser, de criar obstáculos às outras ou de colaborar com elas. (...) Sendo esses os meios de que dispõe cada um dos poderes do Estado para criar obstáculos aos outros ou cooperar com eles, sua união é benéfica em todas as contingências, a tal ponto que é impossível achar que um sistema político melhor do que este". Políbio. História, pp. 333-7. Cf., também, Bobbio,

de toda comunidade. Aristóteles, por exemplo, previa que, na *politeia*, o governo moderado, o controle entre ricos e pobres (entre democracia e oligarquia), resultaria no benéfico governo da classe média, adequada para governar para o bem da comunidade (bem comum).

O governo das leis (em contraste com o governo dos homens), como se verá atentamente depois, significa que o governo deve se conduzir dentro parâmetros estáveis reconhecidos imemorialmente pela comunidade (ou seja, pelo direito natural). Curiosamente, o governo das leis sofre mutação na mesma medida em que se adota concepção diferente de direito natural. Por exemplo: o direito natural antigo, cosmológico, se aproxima, pragmaticamente, da concepção moderna de direito costumeiro; o direito natural medieval, teológico, pode ser associado, entre outros aspectos, à autoridade reveladora do direito pela Igreja; e o direito natural moderno é racionalista. Depois, o governo das leis dentro da concepção jusracionalista se converte, por deturpação, no princípio da legalidade, que é uma disposição juspositivista.

Inegável também é a direta influência inglesa sobre a teoria de Montesquieu. Nuno Piçarra, considerando o contexto do *longo parlamento*, afirmou que a primeira versão da doutrina da separação dos poderes não visava a separação entre o poder executivo e o poder legislativo (não havia, ainda, tal compreensão), mas “visava servir de base à prescrição de que as leis não sejam feitas por quem, simultaneamente, tenha poder para as aplicar”²⁷⁹. Perceba-se uma sutil diferença

Norberto. A teoria das formas de governo, pp. 66-67. Também: Cf. Reis, Palhares Moreira. Regimes políticos, p. 20.

²⁷⁹ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 50.

nominal, mas que é de toda importância, entre as concepções racionalista e republicana sobre a não concentração de funções.

Destes três fundamentos recepcionados pela doutrina republicana moderna, o mais importante é concepção de governo moderado, que se revela para um liberal, sobretudo, como governo limitado²⁸⁰.

A doutrina racionalista da separação de poderes se originou de uma interpretação (pelo menos) equivocada da obra de Montesquieu. No capítulo *Da Constituição da Inglaterra*, Montesquieu abordou vários assuntos, todos ligados por um fio bastante tênue: o objetivo de descrever como os ingleses protegiam a liberdade individual. A doutrina racionalista da separação de poderes se apegou a apenas algumas passagens, a alguns detalhes, do referido trabalho, dando-lhes uma dimensão não pretendida pelo autor. Assim, a passagem secundária em que Montesquieu afirmou que aquele que cria as leis não pode ser o mesmo a aplicá-las, serve para, superdimensionada, dar fundamento à doutrina que prescreve uma

²⁸⁰ Óscar Godoy Arcaya descreveu como tal concepção é vital na obra de Montesquieu: “O tema geral onde se insere o estudo do regime político dos poderes divididos é a liberdade. Essa é questão substantiva que confere sentido à divisão de poderes. Mas, para chegar a entender como e porque a liberdade se vincula ao poder político deve-se fazer uma preliminar. A chave desta preliminar radica na concepção de Montesquieu do poder moderado [...]. Para Montesquieu a monarquia tradicional, que é distinta do absolutismo, funda-se na existência de poderes intermediários. [...] Deste modo, a liberdade vem justificar a idéia e a prática do regime político moderado. Ou seja, daquele tipo de regime onde a mútua ação entre os poderes impede o exercício de um poder absoluto”. Óscar Godoy Arcaya. *Antología Política de Montesquieu*, pp. 346-348. E complementou: “Ou seja, o sistema da máquina. Segundo Eisenmann o governo moderado não tem um princípio simples. Seu ponto de partida é redutível a um só princípio. Com efeito, seus princípios básicos são dois. O primeiro, como já se disse, nos diz que o poder não deve estar concentrado em um só órgão. O segundo estabelece que o órgão complexo que exige este tipo de governo contém elementos diferentes e heterogêneos, que devem corporizar princípios, forças políticas distintas, para que o poder sempre se exerça conjuntamente. Deste modo, as decisões políticas essenciais, ou seja, as decisões legislativas, não poderão expressar a vontade de uma só força política, mas de várias. O governo moderado sintetiza um processo, no qual três órgãos diferentes e com funções parcialmente distintas, e graças ao igual poder que tem de se oporem entre si, podem impedir-se, deter-se e limitar-se mutuamente. E assim, funcionar como uma balança, na qual os pesos e contrapesos se anulam e complementam entre si. Mas, a balança somente adquire todo seu sentido na liberdade. Porque o fim que persegue o governo moderado é governar o necessário para estabelecer um espaço de equilíbrio de forças dentro do qual o indivíduo é livre”. Oscar Godoy Arcaya. *Antología política de Montesquieu*, p. 349.

rígida separação entre os poderes e que destaca como característica mais marcante a natureza não criativa do poder judiciário, ou seja, nas palavras de Montesquieu, o judiciário como “a boca da lei”.

Quando a doutrina racionalista ressalta esse aspecto, esquece o principal objetivo de Montesquieu que é a defesa de um sistema de governo moderado, que é uma reprodução da idéia do governo misto prescrita pelos principais pensadores da Antiguidade grega e romana, recepcionadas pela *renascença* italiana e pelo republicanismo inglês dos séculos XVI e XVII. Assim, o sistema misto de Montesquieu equilibrava as potências sociais e, ao mesmo tempo, os aspectos positivos das formas de governo, ou seja, equilibrava o poder entre o rei, a nobreza e o povo, ao tempo em que integrava os benefícios da monarquia, da aristocracia e da democracia²⁸¹.

A doutrina racionalista, no entanto, tem um aspecto retórico. As constituições brasileiras, por exemplo, enunciam dispositivos como: são poderes “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁸² ou, no caso da Constituição do Império, de forma ainda mais explícita: “A divisão, e harmonia dos

²⁸¹ A conclusão de Oscar Godoy Arcaya foi no mesmo sentido: “A teoria da separação de poderes tem sido interpretada de distintos modos. Uma das versões mais radicais sustenta que Montesquieu atribui as três funções essenciais do estado a órgãos [...] completamente distintos e independentes entre si. Essas funções, por consequência, estariam completamente separadas. E esta radical separação seria funcional, pessoal e material: cada órgão exerceria a totalidade de uma função – legislativa, executiva ou judicial – em forma plenamente independente e monopolítica; nenhuma autoridade poderá revogar as decisões das outras; e todas elas estariam proibidas de manter qualquer relação ou comunicação entre si. Todavia, essa interpretação extremada, além de inaplicável na realidade, não parece presente nos textos de Montesquieu. Pois, se analisarmos o famoso capítulo sexto do livro XI, que trata acerca da monarquia inglesa, encontraremos um quadro diferente. Um ponto crucial da argumentação de Montesquieu é que a separação de poderes não é total ou absoluta, mas relativa”. Óscar Godoy Arcaya. Antología política de Montesquieu, p. 345.

²⁸² Art. 2º da Constituição de 1988. E aproximações como: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagrado no Art. 6º da Constituição de 1967, e no Art. 37 da Constituição de 1946. Semelhante é o Art. 15 da Constituição de 1891: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Um pouco diferente é a disposição do Art. 3º da Constituição de 1934: “[...] os Poderes

Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece”²⁸³. Este aspecto retórico proclama que os poderes são iguais, isto é, nenhum se sobrepõe ao outro, o que mesmo gerou a polémica doutrinária sobre como compatibilizar o dogma da separação de poderes com o dogma da unidade da soberania.

A doutrina racionalista, escondida pelo aspecto retórico, expressa a supremacia (soberania) do órgão do poder legislativo sobre todos os outros. Perceba-se que os órgãos executivos e judiciários são independentes para aplicar as disposições emanadas do órgão legislativo. Ao administrador e ao juiz é vedada, pela doutrina racionalista, a criação do direito.

A indevida associação da doutrina racionalista com Montesquieu não causou prejuízo apenas para o entendimento da doutrina republicana, causou prejuízo maior para o entendimento da própria doutrina racionalista.

A doutrina racionalista, por exemplo, tem uma expressão política de origem francesa e uma expressão jurídica de origem alemã; tem uma expressão liberal (ou seria republicana?) e uma expressão democrática; tem uma expressão idealista e uma expressão pragmática.

Assim, como utopia iluminista, a doutrina racionalista é a confiança no carácter racional da lei, seja porque sendo racional é justa, seja porque pretende ordenar o mundo a partir da ordenação da razão. Mas, como engenhosidade pragmática, a doutrina racionalista não confia que aquele que corta a fatia do bolo seja aquele que

Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si!”. O princípio é sugestivamente esquecido na Constituição de 1937.

²⁸³ Art. 9 da Constituição de 1824. No caso da constituição imperial este aspecto retórico dos poderes iguais não se aplica devidamente, pois o Poder Moderador foi colocado expressamente acima dos outros três.

distribui os pedaços, ou seja, não confia na concentração das funções de criar e de aplicar o direito.

Como instrumento democrático, a supremacia do legislativo na doutrina racionalista significa a supremacia do órgão popular. Mas como instrumento contra o arbítrio, pretende limitar o poder (desconcentrando-o e controlando-o). E como princípio jurídico, fundamenta, sobretudo, a retórica das decisões judiciais, principalmente com a postura auto-restritiva, para os juízes não se imiscuírem nas questões dos outros poderes, mas também com a interferência em um poder, com a justificativa de proteger o terceiro poder de uma interferência indevida.

Como estratégia política, a doutrina alemã pretendia proteger a sociedade civil de interferência arbitrária da administração pública (em explícita referência ao Estado de polícia, do regime anterior), a proteção era prévia, com a edição de leis pelo parlamento, representativo da sociedade civil, e posterior, por um corpo burocrático separado, o poder judiciário. Mas a estratégia política francesa era diferente, pretendia assegurar o domínio completo do povo, assim a separação de poderes francesa desconcentrava o poder real para transferi-lo integralmente ao parlamento (expressão da vontade popular) e transformava os outros dois poderes em aplicadores fiéis das disposições legais.

Logo, aquela idéia tão difundida da divisão rígida dos poderes²⁸⁴ nunca foi considerada seriamente, talvez apenas divulgada como um artifício ideológico ou resultado do lamentável equívoco de alguns doutrinadores. Esta ampla difusão levou

²⁸⁴ “Essencialmente, a ‘separação de poderes’ consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de direito constitucional, p. 133.

a que outros doutrinadores se obrigassem a produzir a estéril²⁸⁵ explicação de que a divisão rígida não passava de uma distribuição preferencial de funções entre três conjuntos de órgãos. Como se viu, a doutrina racionalista deixa de significar separação entre os poderes para explicitar a subordinação das funções administrativas e judiciais à legislação²⁸⁶.

Alguns doutrinadores, no entanto, uma parte deles de forma contraditória, relacionam a origem da doutrina racionalista à experiência inglesa do século XVII²⁸⁷. Parece, no entanto, que o marco inicial da doutrina racionalista é a *revolução francesa*, principalmente a partir da recepção expressa da doutrina na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. O que a Inglaterra experimentou nos séculos XVII e XVIII foi uma tensão entre o governo absolutista e o governo moderado (doutrina republicana). Talvez, apenas na breve experiência durante o regime de Cromwell, quando se aboliu a câmara alta, pode-se considerar a experiência inglesa como precursora da doutrina racionalista, mas não havia ali qualquer sentimento de

²⁸⁵ “É obvio que dentro do Estado não pode haver três órgãos que se ignorem reciprocamente e que queiram ser absolutamente bastantes a si mesmos”. Celso Ribeiro Bastos. Curso de teoria do Estado e ciência política, p. 156.

²⁸⁶ “Impregnada pelo ideário democrático, a separação dos poderes é colocada ao serviço da supremacia do parlamento-legislador, mediante a exclusão de qualquer controlo intra-estadual sobre as suas decisões majoritárias, que apenas o eleitorado sancionará”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 183.

²⁸⁷ Sobre as origens da doutrina na Inglaterra, no século XVII: “A separação orgânico-funcional aí estabelecida significava a ausência de interferência das funções de um sobre o outro poder”. . André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p.1023. Estranhamente, esta posição também é apresentada marginalmente por Nuno Piçarra: “Todavia, a doutrina da separação dos poderes, na parte em que envolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII. Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da *rule of law*. Esta constitui, portanto, a sua raiz histórica próxima”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, 178.

poderes integrados, junto com a câmara alta foram abolidas também quase todas as outras magistraturas, inclusive as magistraturas judiciais e os tribunais²⁸⁸.

Essa doutrina racionalista da separação de poderes, que pode ter sido bastante útil como instrumento liberal de controle do absolutismo monárquico no século XVIII, atualmente, é desprovida quase que completamente de aplicabilidade. A distinção em três funções do Estado, por um lado, não mais abrange toda atividade estatal como a jurisdição constitucional, a atuação do Ministério Público e a atuação dos tribunais de contas, por outro lado, os órgãos estatais não mais se restringem às suas atribuições típicas, como a posição de diretor que o Presidente da República exerce na atividade legislativa diretamente com a edição de medidas provisórias e indiretamente com o controle informal, por pressão política, sobre a atuação de parlamentares do bloco de apoio ao governo. Menos explícito, porém mais intenso, têm sido as conseqüências sobre o poder judiciário do fenômeno da judicialização da política, que passa a exigir dos juízes e, principalmente dos tribunais, uma atuação diferente daquilo que se entendia por jurisdição; que vai desde o poder criativo dos juízes até o poder normativo dos tribunais.

Em todo caso, foi a doutrina racionalista que se difundiu nos dois últimos séculos. E é por isso que causa estranheza ao leitor de *O espírito das leis* constatar que Montesquieu não defendeu a doutrina (racionalista) da separação de poderes.

O aspecto mais curioso é que Montesquieu dedicou pouco mais que dois parágrafos para explicar que havia três funções do Estado – executivo, legislativo e

²⁸⁸ Para compreender melhor aquele conturbado período da história da Inglaterra, cf. Antonia Fraser. *Oliver Cromwell: uma vida*, especialmente a Parte III.

judiciário – e que não convinha que o mesmo titular exercesse os três poderes. Mais curioso é que logo a seguir o próprio Montesquieu considerou legítimas as monarquias européias que concentravam os poderes legislativo e executivo nas mãos do rei e que davam independência aos juízes. Como também é interessante perceber certo desleixo de Montesquieu em relação ao tema, fazendo uma incompleta e ambígua descrição de cada um dos poderes/funções. Primeiro, associou o executivo com as relações exteriores (paz e guerra) - o mesmo que o federalismo de Locke - e, depois, caracterizou o executivo imprecisamente como aplicador da lei para o bem comum.

A obra de Montesquieu, na verdade, é bem mais rica do que a formatação dada pela doutrina racionalista. E deve enorme tributo à doutrina republicana inglesa, bem como à tradição teórica do governo moderado. Mas, é claro, não se pode deixar de perceber que Montesquieu é também um liberal e, portanto, o sentido de liberdade que adota é o de independência individual, e como liberal, via no Estado o principal inimigo da liberdade. Assim, diferentemente da tradição republicana clássica, a liberdade é realizada na esfera privada livre e não na esfera pública.

3 A EXEGESE DE A CONSTITUIÇÃO DA INGLATERRA

Geralmente, ao se buscar a origem da doutrina da separação de poderes, faz-se referência a um dos capítulos de *O espírito das leis*. Montesquieu teria se inspirado no sistema jurídico-político inglês para escrevê-lo. Para compreender

devidamente a origem moderna da doutrina é necessário o exame minucioso da sua fonte nominal: o capítulo *A constituição da Inglaterra*, de autoria de Montesquieu, onde está sintetizada a sua posição sobre o tema.

O contexto da vida de Montesquieu é bastante conhecido, portanto dispensa qualquer relato detalhado. Charles Louis de Secondat nasceu em janeiro de 1689, no Castelo de La Brède, na França; herdou do pai o título de Barão de La Brède e do tio o título de Barão de Montesquieu; por herança, também exerceu a função de *président à mortier* do Tribunal de Bordéus; na Universidade de Bordéus, concluiu o curso de Direito, em 1708, quando se transferiu para Paris, a fim de exercer a advocacia; em 1713, voltou para La Brède; em 1725, transferiu-se para Bordéus, onde iniciou a elaboração de *O espírito das leis*²⁸⁹.

Faz-se necessário compreender o contexto histórico e os fundamentos teóricos das duas doutrinas, para compreender suas distinções e relações. Montesquieu demorou vinte anos para concluir as pesquisas de *O espírito das leis*, cuja publicação ocorreu em meados do século XVIII (1748); depois, portanto, da publicação de *Dois tratados sobre o governo* (de John Locke), mas antes das principais obras do Iluminismo, incluindo o *Contrato social* (de Rousseau), de 1762. Vale lembrar que a Inglaterra visitada por Montesquieu (na década de 1730) não era ainda a monarquia parlamentarista, mas a monarquia constitucional posterior à *revolução gloriosa* (1689). Vale lembrar também que a França de Montesquieu era a monarquia dos Capetos, portanto uma monarquia absolutista, mas que admitia órgãos bastante singulares como o Parlamento de Bordéus (onde Montesquieu ocupou o cargo de *président à mortier*), que tinha funções administrativas,

legislativas e judiciais. Por fim, vale lembrar a condição de nobreza de Montesquieu e reforçar que Montesquieu morreu antes de conhecer as principais obras do Iluminismo, bem como antes das revoluções francesa e norte-americana. Assim, considerando as circunstâncias da vida de Montesquieu, percebe-se porque o erudito barão francês da primeira metade do século XVIII escrevia tendo em mente não uma sociedade de iguais, mas uma sociedade de liberdade entre diferentes.

Embora se tenha dado, aqui, destaque à obra de Montesquieu, é necessário afirmar que outros autores antes do século XVIII também trataram do tema, ou, pelo menos, de uma temática aproximada. Lembre-se que Montesquieu não usava esta terminologia consagrada – separação de poderes. Pode-se fazer um registro remoto²⁹⁰: a indicação de três atividades na *polis*, feita por Aristóteles – que só se assemelha à doutrina de Montesquieu com enorme esforço de comparação. E um registro próximo que é a segunda parte do *Tratado sobre o governo civil* de Locke²⁹¹, que, entre outros aspectos, destacou a distinção de quatro poderes: executivo, legislativo, federativo e prerrogativa. Também é necessário registrar que não era tão clara, entre os ingleses, a autonomia do poder judiciário em relação ao poder executivo, nos primeiros anos da *revolução gloriosa*, ainda que ficasse clara a distinção entre o rei (executivo, federativo e prerrogativa) e o parlamento (legislativo). Apenas em meados do século XVIII, é que se pode afirmar que o parlamentarismo qualificava o sistema de governo na Inglaterra e, portanto,

²⁸⁹ Cf. outras informações também em Óscar Godoy Arcaya. *Antología política de Montesquieu*, pp. 337-340; e em Raymond Aron. *Etapas do pensamento sociológico*, pp. 19-67.

²⁹⁰ “A doutrina da separação dos poderes, ao propor-se como objectivo fundamental a limitação do poder político, assume-se como tema recorrente do pensamento ocidental, desde a Antiguidade Clássica”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 31.

²⁹¹ A doutrina, no entanto, reconhece antecedentes a John Locke, tais como Harrington e Bolingbroke: “Bolingbroke (1678-1751) foi reputado por Schmitt como ‘o autor efetivo da doutrina

provocava uma fusão entre governo (executivo) e legislativo (parlamento). O que faz concluir que a constituição inglesa quando defendida por Montesquieu, aparentemente, já havia sido abandonada pelos ingleses.

Montesquieu publicou, anonimamente, no final de 1741, *O espírito das leis*, na Suíça. O livro foi proibido na França, ao mesmo tempo em que recebeu ampla acolhida por toda a Europa. Apenas em 1750 o livro é autorizado a ser publicado em território francês²⁹². Interessa, particularmente, um pequeno capítulo de pouco mais de vinte páginas, perdido nas quase setecentas páginas de qualquer edição moderna de *O espírito das leis*. Trata-se do Capítulo VI do Livro XI, denominado *Da Constituição da Inglaterra*. Nele o autor pretende sistematizar o sistema jurídico-político inglês, que seria o único capaz de proteger a liberdade individual. No entanto, a obra de Montesquieu também é conhecida atualmente como um dos primeiros estudos de sociologia, o que já o coloca à margem dos fundamentos do modelo liberal de fundo racionalista. Perceba-se, portanto, a distância entre as bases do pensamento de Montesquieu e as bases do racionalismo, do iluminismo e do modelo oitocentista do Estado de direito. O pensamento de Montesquieu é anterior à maioria desses fenômenos, assim pode ter influenciado, mas não sofreu influência por um impedimento cronológico.

Montesquieu também compartilhava das idéias da nascente doutrina liberal. Por isso, percebe-se uma confusão conceitual entre a liberdade no sentido republicano (consolidado) e a liberdade no sentido liberal (em formação). O próprio

teórico-constitucional do equilíbrio dos Poderes', [...]" . Pinto Ferreira. Curso de direito constitucional, p. 87.

²⁹² Óscar Godoy Arcaya. Antología política de Montesquieu, p. 340.

Montesquieu é um dos que contribuíram para a construção final (oitocentista) da concepção liberal de liberdade.

Ressalte-se que o objetivo de Montesquieu não era o de elaborar uma doutrina (racionalista) da separação de poderes, mas o de responder à seguinte indagação: como é possível proteger a liberdade²⁹³? Imediatamente, explicou que o sistema político inglês é um modelo de proteção da liberdade. Com isso deixa claro que a liberdade não é a decorrência da descoberta (ou da revelação) de direitos individuais inatos (idéia que pode ser imputada a Locke, mas que bem se ajusta à corrente racionalista); a liberdade é protegida por uma engenhosidade institucional, isto é, a liberdade só pode ser protegida por uma constituição (no sentido antigo) que propicie esta proteção. Para tanto, Montesquieu asseverou que a fonte da opressão, isto é, a fonte do ataque à liberdade individual é o poder (implicitamente, o poder estatal). Mais uma vez contra doutrinas metafísicas ou prescritivas, assegurou que o poder naturalmente (inevitavelmente) abusará da liberdade, isto é, o poder naturalmente (inevitavelmente) corrompe e que o governante tendo meios e necessidade agirá sem considerar as liberdades dos súditos.

Com isso, Montesquieu descreveu a origem do mal e o meio para evitá-lo²⁹⁴. Ao poder deve-se opor o poder²⁹⁵. Apenas o poder correspondente pode controlar o

²⁹³ O próprio Montesquieu, no entanto, já prevê a complexidade do tema: “Não existe nenhuma palavra que haja recebido significações tão diversas, e que haja impressionado os espíritos de tão variadas maneiras, do que a palavra *liberdade*”. Montesquieu. Do espírito das leis, p. 177.

²⁹⁴ “[...]: em vez de partir do direito que fundamentava a liberdade, ele partiu do poder que a ameaçava; em vez de se interrogar sobre a origem do poder, interrogou-se sobre seus efeitos. Ele foi, sem dúvida, o primeiro autor a falar no poder como uma *coisa*, separável de direito e de fato tanto de sua origem como de seu fim, separável de direito e de fato do homem que detém ou o procura”. Pierre Manent. História intelectual do liberalismo, p. 86.

²⁹⁵ “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder. Uma constituição poderá ser feita de tal forma, que ninguém seja constrangido a praticar coisa que a lei não o obrigue, e a não praticar aquelas que a lei lhe permite”. Montesquieu. Do espírito das leis, p. 179.

poder. Com isso, proclama que o governante deve ser considerado como potencialmente mau²⁹⁶ e assim uma engenharia institucional deve evitar a ação maléfica, mesmo quando tentada. A solução de Montesquieu, portanto, é que o poder deve necessariamente ser dividido para ser controlado. Por ora, o poder do qual se tratou aqui é no singular, não há referência assim aos famosos três poderes.

Não se deve esquecer de que a concepção de Montesquieu da liberdade embora tenha elementos modernos, é um misto de objetivos liberais (liberdade individual na esfera privada) por meios republicanos:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer aquilo que quer: mas a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em se poder fazer aquilo que se deve querer, e em não se ser constrangido a fazer aquilo que não se deve querer²⁹⁷. [...] É preciso, portanto, que se tenha em mente o que é a independência, e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer aquilo que as leis proibem, ele já não teria mais liberdade, porque os outros teriam também esse mesmo poder²⁹⁸.

Tendo em vista este objetivo liberal e o instrumento republicano, não só a restrição à legislação amplia a esfera privada e, portanto, amplia a liberdade individual, como também a lei não pode ser arbitrária; assim, o conteúdo da lei

²⁹⁶ “[...] na famosa expressão de Lord Acton, ‘todo poder corrompe’, inclusive o democrático”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de direito constitucional, p. 132.

²⁹⁷ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 178. Segue o comentário de Pierre Manent: “[...] no capítulo III do livro XI, intitulado ‘O que é liberdade’, Montesquieu nos adverte: ‘a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer... É preciso ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem...’ [...] e se a lei proibir tudo ou quase tudo? A solução dessa contradição encontra-se na concepção que Montesquieu tem da lei: num regime livre, isto é, baseado na separação dos poderes, as leis tendem necessariamente a ‘permitir’ ao cidadão um grande número de coisas [...], tendem a ampliar a esfera de sua ‘independência’.” Pierre Manent. História intelectual do liberalismo, p. 93.

²⁹⁸ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 178. Piçarra conclui: “Montesquieu apresenta a idéia de liberdade ligada intimamente à de legalidade”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 90.

também é controlado. “A um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade – eis outra trave-mestra do ideário liberal”²⁹⁹.

Pierre Manet fez uma análise densa dos fundamentos liberais da doutrina de Montesquieu:

Em tal sistema, a lei tende a proibir qualquer indivíduo de impor sua vontade a outro, e da mesma forma, ela proíbe a esse outro de impor-lhe sua vontade; ao impedir o indivíduo de fazer o que quer, caso ele queira impor sua vontade a um outro, ela limita sua independência; mas, ao lhe garantir a possibilidade de fazer o que quiser quando isso não implicar poder sobre um outro, ela protege sua independência. [...] Os cidadãos, não mais exercendo poder uns sobre os outros, tendem a se distanciar mutuamente, a viver separados. [...] A sociedade livre baseada na separação dos poderes é um estado de natureza aperfeiçoado: nela, os cidadãos gozam das vantagens do estado de natureza³⁰⁰.

Ressalte-se, no entanto, que relevante doutrina considera a doutrina de Montesquieu uma proteção contra a democratização inevitável, ou ainda uma proteção a favor da nobreza com o fim prenunciado. Seria uma engenhosidade para impedir que o poder soberano ficasse nas mãos do povo, a divisão do poder significaria, portanto, controlar as mudanças³⁰¹.

Em um olhar atento, é possível perceber que Montesquieu apresentou, nas poucas páginas de *A Constituição da Inglaterra*, três teorias; cada uma delas, em certo sentido, poderia ser denominada de doutrina da separação de poderes; ainda que todas elas sejam apresentadas no contexto da proteção da liberdade individual

²⁹⁹ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 185.

³⁰⁰ Pierre Manent. História intelectual do liberalismo, p. 94. Parece que nenhum autor considera que na esfera não legislada tudo volta ao estado de natureza, assim, se Hobbes tiver razão, dentro dos limites da não-lei, haverá guerra; ou ainda, se a lei só proteger um grupo, o grupo não protegido pela lei ficará a mercê do domínio alheio, pois travará uma guerra desigual, sem poder atacar (porque a lei proíbe) e sem poder defender (porque a lei proíbe).

e que o meio para protegê-la seja o controle institucional do poder. Assim, Montesquieu tinha um objetivo: proteger a liberdade; tinha um modelo: a Inglaterra, e tinha um ponto de partida: a desconfiança no homem (e a certeza de que todo aquele que tiver o poder o exercerá sem limites, ou seja, tenderá a abusar dele).

Diante disso, é possível destacar três teorias distintas da separação de poderes (ou três partes de uma mesma teoria): (a) uma teoria jurídica, (b) uma teoria social e (c) uma teoria política.

A teoria jurídica da "separação de poderes" não é inovadora, consiste em classificar os atos estatais segundo sua natureza em três espécies: a) os atos legislativos (ou funções legislativas ou ainda poderes legislativos), que criam normas jurídicas (ou expressam normas criadas pelos órgãos estatais); b) os atos executivos que aplicam as normas jurídicas, ou seja, as leis, acrescentando-se a formulação de política exterior, que, embora pudesse ser à margem da lei, não poderia contrariá-la,³⁰² e c) os atos jurisdicionais (ou judiciais), que resultam do julgamento de litígios e crimes, também segundo o direito vigente.³⁰³

Montesquieu classificou: "existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo que dependem do direito civil [...] Chamaremos este último o

³⁰¹ "Sobre a separação de poderes, convertida em dogma do Estado liberal, assentavam os constituintes liberais a esperança de tolher ou imobilizar a progressiva democratização do poder, sua inevitável e total transferência para o braço popular". Paulo Bonavides. *Ciência política*, p. 142.

³⁰² Ressalve-se os poderes de prerrogativa já previstos por Locke: "muitos assuntos há o que a lei não pode prover por meio algum, e estes devem necessariamente ser entregues à discrição daquele que tem nas mãos o poder executivo, para que regule conforme o exigirem o bem público". Locke, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 98.

³⁰³ "Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. (...) Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado". Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 118-9.

poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”³⁰⁴. Ou, adotando-se uma forma atual, os atos estatais se classificam em três espécies: a função legislativa (isto é, criar normas gerais e abstratas), a função executiva (administrar) e a função judiciária (isto é, resolver conflitos). A teoria jurídica da separação de poderes não é uma teoria prescritiva como as duas outras, apenas descreve ordenadamente as três funções sem considerar se as mesmas são exercidas por um só órgão ou se são distribuídas por inúmeros órgãos, menos ainda se tal distribuição se faz de forma seletiva distribuindo as funções segundo suas três naturezas. Neste sentido, a teoria de Montesquieu não inovou, Aristóteles já descrevia as mesmas funções na *polis*³⁰⁵. Também, neste sentido, a teoria de Montesquieu não é pacífica; John Locke classificava quatro funções – legislativo, executivo, federativo e de prerrogativa³⁰⁶; depois, Benjamin Constant chegou a enumerar cinco funções diferentes³⁰⁷. Karl Loewenstein, no século passado, apresentou outras três funções em aberto contraste com as funções descritas por Montesquieu³⁰⁸. E, antes de Karl Loewenstein, Hans Kelsen apresentou a mais consistente crítica à corrente adotada por Montesquieu, reduzindo as funções estatais a dois tipos ideais.

É esta a teoria tão duramente criticada por Hans Kelsen ao afirmar que existem apenas duas funções estatais: legislação e execução. E que são, na

³⁰⁴ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 180.

³⁰⁵ Aristóteles, analisando as constituições da Antiguidade, identificou que o governo exercia três espécies de funções ou poderes: "destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas (...); a terceira trata de como deve ser o poder judiciário". Aristóteles. A política, p. 152.

³⁰⁶ John Locke. Segundo tratado sobre o governo, pp. 93 e 98.

³⁰⁷ Real, executiva, representativa de duração, representativa de opinião e judiciária.

³⁰⁸ "A continuação se expõe uma nova divisão tripartida: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*)". Karl Loewenstein. Teoria de la constitucion, p. 62.

verdade, tipos ideais, pois a maior parte dos atos estatais são simultaneamente atos de legislação (criação) e de execução (aplicação). Assim, para Kelsen,

na função legislativa, o Estado estabelece regras gerais, abstratas; na jurisdição e na administração, exerce uma atividade individualizada, resolve diretamente tarefas concretas; tais são as respectivas noções mais gerais. Deste modo, o conceito de legislação se identifica com os de 'produção', 'criação' ou 'posição' de Direito. Portanto, a atividade individualizada do Estado, que se considere como ato jurídico, não pode ser mais que 'aplicação' ou 'proteção' do Direito, com o qual se situa em princípios num plano oposto ao da função criadora. Mas esta determinação refere-se propriamente [...] tão só à chamada 'jurisdição' ou 'poder judicial'. Por regra geral, a função designada com os nomes de 'administração' ou 'poder executivo' não pode considera-se nem como criação nem como aplicação do direito, assim como algo essencialmente distinto de toda função jurídica: como uma atividade a serviço dos fins de poder ou de cultura do Estado, portanto, como uma função negativa por referência ao Direito. [...] Assim, pois, a teoria corrente em torno das funções do Estado afirma que entre o poder legislativo, como criação do direito, e o poder judicial, como aplicação do mesmo (ou proteção jurídica), deve existir alguma regulação jurídica positiva³⁰⁹.

O congresso, quando promulga um decreto legislativo, exerce sua função legislativa (criadora), mas também exerce sua função executiva (aplicadora), pois aplica a constituição. O juiz, por sua vez, quando aplica uma lei ao caso concreto que julga, também cria normas (legisla), pois dispõe de certa discricionariedade.

³⁰⁹ Hans Kelsen. Teoria general del Estado, pp. 301-2. "Para penetrar na medula da verdade que contém esta velha distinção, há que romper previamente com os dois erros que a envolvem como uma casca. Em primeiro lugar, não há que identificar o conceito de criação de Direito expressado no conceito de legislação, *legis latio*, com a atividade de certos órgãos historicamente individualizados que realizam uma tarefa especializada, confundindo-se deste modo o conceito de Direito com o de 'lei'. Mas, em segundo termo, urge advertir que a antítese entre legislação e jurisdição, isto é, entre criação e aplicação do Direito, não é absoluta, mas relativa" [302]. "Por esse motivo, o ato de jurisdição é criação, produção ou posição de Direito como o ato legislativo, e um e outro não são senão duas etapas diferentes do processo de criação do jurídica. [...] Todo o processo de criação jurídica constitui uma sucessão continuada de atos de concreção e individualização crescentes do Direito" [305]. "A legislação é aplicação do Direito o mesmo que a jurisdição é criação jurídica – apesar de que a doutrina tradicional contraponha ambos os conceitos como criação e aplicação, respectivamente" [305]. Hans Kelsen. Teoria general del Estado, pp. 302-5.

Na Parte I, foi possível tratar com mais detalhes a respeito deste postulado de Kelsen. Registre-se apenas que Kelsen não distinguiu a natureza executiva da natureza judicial, mas reconheceu a possibilidade didática de distingui-los, assim como distinguiu governo de administração³¹⁰. Neste sentido é que Biscaretti de Ruffia descreveu o estado da doutrina sobre o tema na segunda metade do século passado:

Muitas vezes no passado e até a pouco tempo, se tem discutido, vivamente, a exatidão da tripartição até aqui exposta. Assim, por exemplo.: 1) tem-se pretendido anular uma das três categorias indicadas, encaixando a *função jurisdicional* na *executiva* (considerando a primeira apenas como um modo particular de aplicar as leis [...]); 2) tem-se considerado, ainda, as três funções tradicionais somente como momentos sucessivos de um único processo contínuo de formação derivada do direito ([...] por exemplo, Kelsen e a *escola de Viena*); 3) tem-se tentado, por outro lado, às vezes, criar uma *Quarta função de governo* [...]; 4) finalmente, tem-se configurado uma contraposição mais simples e diferente, que deveria ser inspirada numa consideração realística das atividades realizadas pelo Estado, divididas entre *função política* e *função administrativa* (compreendendo na primeira as grandes decisões próprias das *funções de governo* e da *função legislativa*; e na segunda os atos de menor relevância política próprios das *funções executivas* e *jurisdicionais*.³¹¹

A teoria jurídica da separação de poderes enuncia apenas a classificação dos atos estatais quanto à sua natureza. Assim, os atos podem ser judiciais, executivos e legislativos. Como já se afirmou, Montesquieu é negligente com o tema, sua caracterização da função executiva é incompleta e ambígua. O mais próximo da aplicação desta doutrina na teoria política é quando afirma que para proteger a liberdade não se deve acumular mais de uma função no mesmo titular. Também se

³¹⁰ “Sobre a base da antítese fundamental afirmada pela teoria dominante entre a atividade livre e a atividade vinculada do Estado, pode se admitir uma quarta função estatal ou, pelo menos, um domínio particularíssimo dentro da administração: o ‘governo’. [...] A intenção notória de todas estas especulações é a seguinte: lançar a idéia, e fundamentá-la ‘teoricamente’ na medida do possível, de que aquela atividade que se chama ‘governo’ de um Estado está fora do alcance de toda qualificação

afirmou, no entanto, que o próprio Montesquieu admitiu, por exemplo, a acumulação dos poderes legislativo e executivo sem necessariamente comprometer a liberdade.

Sobre a teoria social da separação de poderes, é necessário destacar que “poderes” são entendidos como “potências” ou “potências sociais”; constituem as três forças sociais existentes na Europa ocidental do século XVIII, especialmente na França e na Inglaterra: o rei, a nobreza e o povo. Outro elemento necessário para compreender a teoria social da separação de poderes é não se considerar o poder estatal organicamente dividido, ainda que seja internamente controlado; isto é, admite-se a doutrina da soberania única e que a soberania seja exercida pelo poder de legislar³¹². É neste contexto que Montesquieu afirma que, “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo”³¹³.

A teoria social é a fiel reprodução da doutrina do governo moderado combinada com a doutrina do governo misto. Destina-se a moderar as três potências sociais de tal modo que, no exercício da soberania (legislação), tenha a participação destas três potências, pelo menos com o poder de impedir a aprovação de leis. Montesquieu argumentou que a estabilidade social só poderia ser o resultado de um poder soberano exercido compartilhadamente por todas as potências sociais e que a

jurídica; isto é, que o ‘governo’ se move no âmbito que escapa à regulação do Direito”. Hans Kelsen. *Teoria general del Estado*, p. 319.

³¹¹ Paolo Biscaretti di Ruffia. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*, p. 159.

³¹² Deve-se advertir, no entanto, que a legislação como expressão da soberania é uma característica exclusivamente moderna e que é gradativamente que as instituições políticas e jurídicas vão se moldando no novo paradigma. “Somente a partir do século XVII, à medida da complexidade das relações sociais e da correlativa necessidade de regulamentação jurídica, é que a legislação parlamentar, já independente de precedentes, começou a adquirir um papel importante no sistema jurídico-político”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 45. “No sistema jurídico-político de então, a legislação era uma atividade excepcional de natureza muito específica: <até à Idade Moderna a lei declarava-se, clarificava-se mas não se fazia – a legislação fazia parte do processo judicial>. O próprio Parlamento inglês formou-se a partir da *Cúria Regis*, órgão de natureza jurisdicional, e nunca veio a perder totalmente essa natureza”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 45.

proteção da liberdade só poderia ser garantida com a participação de todas as potências sociais no processo de criação das leis, o que impediria que uma potência social restringisse a liberdade de alguém, integrante de outra potência social. Confirmam-se as palavras de Montesquieu:

Deste modo, o poder legislativo será confiado tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas assembléias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados. [...] O poder executivo, como dissemos, deve participar da legislação por meio do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas.³¹⁴

Espelhado na Inglaterra, Montesquieu formulou um procedimento de criação legislativa com a participação das três potências sociais através de três órgãos legislativos. O poder legislativo propriamente é bicameral para permitir a representação de duas potências sociais: a câmara alta - composta por nobres escolhidos pelo critério hereditário³¹⁵ - e a câmara baixa - composta pelo povo, cujos representantes serão eleitos.³¹⁶ O rei participa do processo legislativo, embora detenha propriamente o poder executivo, com a sanção ou o veto.³¹⁷ A promulgação de qualquer lei exige a anuência dos três órgãos - câmara alta, câmara baixa e rei, portanto, com a anuência das três potências sociais - nobreza, povo e rei.

Não se percebe, portanto, separação, a não ser no sentido de que se considera a sociedade dividida em estamentos (portanto, sem reconhecer, ainda, a

³¹³ Cf. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121. "Dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é de algum modo nulo". Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 184.

³¹⁴ Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 121 e 123.

³¹⁵ "O corpo dos nobres deve ser hereditário." Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

³¹⁶ "Todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito a dar seu voto para escolher o representante, exceto os que estão em tal estado de baixa que são consideradas sem vontade própria". Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

³¹⁷ "Chamo faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o que constitui o poder dos tribunos de Roma". Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

sociedade igualitária das revoluções liberais). A teoria social é, portanto, na verdade, uma teoria de controle (seria melhor, moderação) social. A teoria social de Montesquieu transportou o conflito, ou melhor, a moderação entre as potências sociais para a organização do Estado. Assim, se a soberania se expressa pela produção legislativa, as potências sociais são soberanas quando participam do órgão ou do procedimento de produção legislativa. Desta maneira, inspirado no modelo inglês, Montesquieu considerou que o rei é apresentado não apenas como um poder político e social, mas também como um órgão do Estado, o mesmo se aplica à nobreza e ao povo. Na engenhosidade descrita por Montesquieu, a lei só produziria seus efeitos se fosse aprovada pela câmara dos lordes, pela câmara dos comuns e se o projeto de lei não fosse vetado pelo rei³¹⁸. Significa dizer que, sem a anuência das três órgãos representativos das três potências sociais, o projeto de lei não prosperaria, assim, não haveria interferência estatal abusiva. Por trás desta conclusão não está exclusivamente o argumento liberal de limitação do poder do Estado em defesa dos cidadãos, está também o argumento republicano de impedir que um segmento social prevaleça sobre os demais.

Ressalte-se que o poder (função) jurídico genuíno é o legislativo; é a única função criativa (o executivo também é num âmbito específico), por isso a importância de tratar o controle do poder como o controle no legislativo. Montesquieu vai mesmo ao extremo de afirmar que o judiciário é um poder “nulo”, isto é, “a boca da lei”. Significa que as decisões políticas são tomadas em outro âmbito e também que o jurídico está subordinado ao político.

³¹⁸ “E dessa maneira, o poder legislativo será confiado, conjuntamente, à corporação de nobres e à corporação que for escolhida para representar o povo; a assim terá cada qual as suas assembléias e as suas deliberações à parte, e objetivos e interesses separados”. Montesquieu. Do espírito das leis, p. 184.

Este é o modelo de constituição da Inglaterra, constituição no sentido antigo, isto é, a organização do poder (poder legislativo) consiste em um parlamento bicameral com a participação do rei no processo legislativo, ou seja, câmara dos lordes (nobreza), câmara dos comuns (povo) e rei. A engenhosidade do sistema consiste em que cada uma das potências sociais tem o poder de obstruir a promulgação de uma lei desfavorável ao seu estamento. Portanto, as leis precisam ser derivadas, necessariamente, do consenso entre todas as potências sociais.

A teoria social da separação de poderes é o complemento necessário à concepção de liberdade de Montesquieu. Para ele a liberdade é permissividade da lei, isto é, liberdade é fazer ou deixar de fazer o que for permitido por lei. Não faria qualquer sentido, como teoria liberal, conceder o poder absoluto a um legislador com poderes ilimitados; assim seria um autor hobbesiano e não liberal. No entanto, Montesquieu não compartilha de idéias como a dos direitos inatos que delimitam abstratamente a esfera pública, a esfera legal, a esfera estatal. Assim, uma maneira de garantir que a lei seja expressão da liberdade é dar aos cidadãos o poder de limitá-la; e o controle entre as potências sociais é o controle para que uma potência social não subjugu as demais, usando a lei como instrumento do poder.

Repete-se: o conceito de liberdade de Montesquieu (liberdade como permissividade da lei) só faz sentido com o indispensável complemento: a teoria social da separação de poderes. A lei para não ser opressora precisa da estrutura do processo legislativo com lordes, comuns e rei (pretensamente as potências sociais) como único meio de proteção contra leis indevidas³¹⁹.

³¹⁹ “Na Idade Média, a tradição da constituição mista tinha sido utilizada para defender a limitação do poder real pelos direitos das ordens ou estamentos [...]”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 41.

Outro aspecto da teoria social da separação de poderes é que é legatária da teoria clássica do governo misto, isto é, a conjugação perfeita das formas de governo: de um (monarquia), de poucos (aristocracia) e de muitos (povo). A tese do governo misto, que permeou todo o pensamento político desde a Antiguidade, também recebeu a acolhida de Montesquieu. Mostra como o debate sobre teoria política ainda estava marcado pelas polémicas, soluções e tipologias que vinham desde Platão e Aristóteles. Assim, os três órgãos constituem a expressão das três formas de governo: o rei (monarquia), a câmara dos lordes (aristocrático) e a câmara dos comuns (democrático). É claro que o sentido de democrático em Montesquieu se distancia da tradição grega de democracia direta e se aproxima da contribuição do humanismo italiano de participação franqueada a um número mais amplo.

Há também um aspecto curioso na teoria social de Montesquieu; é assumidamente inspirada na organização política (constituição no sentido antigo) inglesa; no entanto, quando da publicação de *O espírito das leis*, a Inglaterra já adotava a doutrina da soberania do parlamento, isto é, já havia abandonado a teoria social descrita por Montesquieu.

Referindo-se à teoria social da separação de poderes, Nuno Piçarra considerou que “a doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à idéia de *rule of law* [...]”³²⁰.

³²⁰ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 44. “Nas condições políticas medievais, a teoria da constituição mista pouco mais terá sido do que uma tradição literária que só ocasionalmente moldou a vida política do tempo. Quando assim aconteceu, constituição mista tornou-se sinónimo de imitação ou moderação do poder monárquico através da intervenção (fundamentalmente direito de assentimento) dos estamentos e/ou dos seus órgãos representativos nas leis fundamentais e nas decisões políticas, nomeadamente de carácter financeiro e fazendário”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 42.

À data do começo do reinado de Jaime I (1603-1625) era entendimento comum em Inglaterra que o rei era <principal part of the Parliament> e o Parlamento um <single mixed sovereign body>, dotado de supremacia legislativa. O essencial da instituição *King-in-Parliament* (surgida na sequência do Acto de Supremacia de 1533 que marcou a ruptura da Inglaterra com Roma) consistia no facto de a função legislativa ser atribuída a uma assembléia de carácter misto composta pelo Rei, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns³²¹.

Montesquieu deixou claro que se trata de uma teoria social e não de uma teoria jurídica. De nada valeria que o poder legislativo fosse exercido compartilhadamente por três órgãos se todos eles representassem a mesma potência social. Nestas circunstâncias, para Montesquieu, não haveria separação de poderes, pois o poder soberano continuaria exercido por uma só potência social. Desta maneira, os objetivos da separação dos poderes - a estabilidade social e a liberdade - não seriam alcançados³²².

Por fim, Montesquieu também apresentou uma teoria política da separação de poderes, que é a predecessora da doutrina norte-americana de freios e contrapesos. Montesquieu percebeu que o núcleo da constituição inglesa é a formulação de uma engenharia institucional capaz de controlar o poder, independentemente de quem o ocupe e de qual a intenção ao exercê-lo.

A técnica é aparentemente simples: só o poder controla o poder, logo, o poder precisa, primeiro, ser dividido e, depois, deve-se criar instrumentos de controle mútuo. A teoria social não deixa de ser uma expressão desta teoria política, mas é importante destacar que a teoria política também é uma teoria orgânica e, mesmo, uma teoria síntese. Montesquieu explicou porque as funções não podem ser concentradas nas mãos do mesmo titular, explicou que o titular não é

³²¹ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 45.

necessariamente uma pessoa, mas um grupo social. Mostrou como os órgãos estatais devem interagir, quais devem ser fortalecidos, quais devem ser enfraquecidos, quais os instrumentos de controle.

Em suma, o poder só pode ser controlado pelo poder: controles recíprocos. Para tanto, Montesquieu confiou, implicitamente, que o egoísmo pode ser usado em benefício da liberdade e do bem comum. Cada um quer ampliar o seu poder, mas a ampliação do poder de um significa a redução do poder do outro; assim cada um age para aumentar o seu próprio poder, mas também para reduzir (ou pelo menos controlar) o poder alheio.

Montesquieu percebeu os efeitos nefastos para a liberdade, quando as principais funções do Estado estão concentradas em um só lugar. No entanto, este enunciado deve ser devidamente compreendido, não consiste na doutrina racionalista da separação de poderes (ainda que possa ter semelhanças formais). Portanto, as funções devem ser desconcentradas, mas não precisam seguir a rígida divisão funcional entre legislação, administração e jurisdição. Também, a concentração de funções indesejável não é apenas uma concentração pessoal ou orgânica, é, sobretudo, uma concentração social³²³ do poder; então, quando três órgãos distintos exercem três funções distintas, mas todos os três órgãos são compostos pelo mesmo segmento social³²⁴, há uma desconcentração pessoal, funcional e orgânica, mas não há desconcentração social do poder, logo, não há controle, logo não atende à teoria política de Montesquieu.

³²² Cf. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 119.

³²³ “Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as questões particulares”. Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 180.

Vale reproduzir uma passagem da obra, que demonstra como a preocupação de Montesquieu na teoria política é com os detalhes da aplicação prática de sua teoria. Assim, explicam-se aparentes contradições como defender a desconcentração do poder para, em seguida, reconhecer a legitimidade das monarquias européia que concentram a legislação e a execução nas mãos do monarca; neste contexto Montesquieu afirma que:

Quando o poder legislativo está unido na mesma pessoa ou no mesmo corpo, não há liberdade, porque se pode temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas para fazê-las cumprir tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder judicial não está separado do legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, o mesmo corpo de pessoas principais, dos nobres ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou as diferenças entre os particulares. Na maior parte dos reinos da Europa o governo é moderado porque o príncipe, que tem os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Na Turquia, onde os três poderes estão reunidos na cabeça do sultão, reina um terrível despotismo. Nas repúblicas da Itália, os três poderes estão reunidos e há menos liberdade que em nossas monarquias. Por isso, o governo necessita para manter-se de meios tão violentos como os do governo turco³²⁵.

Perceba-se, por exemplo, que Montesquieu admitiu a concentração das funções legislativa e executiva, na monarquia, desde que a função judiciária fosse exercida por órgãos independentes: “na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que tem em mãos os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro”³²⁶.

³²⁴ “Nas repúblicas da Itália, onde estes três poderes se acham reunidos, existe menos liberdade do que nas monarquias”. Montesquieu. Do espírito das leis, p. 181.

³²⁵ Trechos selecionados no anexo de Óscar Godoy Arcaya. Antología política de Montesquieu, pp. 391-2.

³²⁶ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 180. É o que Pierre Manet também destaca: “O que convém apreender, principalmente, é que Montesquieu realmente só considera *dois* poderes, o legislativo e o executivo. Decerto, ele faz uma distinção geral entre três poderes: esses dois e o judiciário. Mas o

Neste sentido, considerando o contexto do *longo parlamento*, na Inglaterra, Nuno Piçarra afirmou que a primeira versão da doutrina da separação dos poderes não visava à separação entre o poder executivo e o poder legislativo (não havia ainda tal compreensão), mas “visava servir de base à prescrição de que as leis não sejam feitas por quem, simultaneamente, tenha poder para as aplicar”³²⁷.

Não se deve perder de foco que toda a engenharia institucional que Montesquieu pretendeu construir na sua teoria política visava a um objetivo muito claro: a proteção da liberdade; e adotava uma técnica: o controle. Assim, a doutrina da separação de poderes é primeiro e, sobretudo, uma doutrina política liberal (e também republicana). Neste sentido, o federalismo, por exemplo, também se ajusta à teoria política da separação de poderes.

Montesquieu completou a sua teoria política em outro capítulo, distante de *A Constituição da Inglaterra*. Considerou que, em determinados contextos, o controle eficaz não é entre as potências sociais ou entre os órgãos estatais, mas está nas relações entre maioria e minoria³²⁸. A mesma percepção teve Pierre Manet:

judiciário só tem importância política real nos regimes em que os dois primeiros poderes se confundem: ‘Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que detém os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. [...]’. Pierre Manet. *História intelectual do liberalismo*, p. 87.

³²⁷ Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 50.

³²⁸ “Como existiriam, nesse Estado, dois grandes poderes visíveis, o poder legislativo e o executivo, e como todo cidadão exerceria ali a sua vontade própria, e faria valer, a seu arbítrio, a própria independência, a maior parte dos indivíduos, dedicaria maior afeição a um desses poderes, de preferência ao outro, a maioria não possuindo ordinariamente bastante equidade e bastante bom-senso para afeiçoar-se igualmente a ambos. [...] O ódio que existiria entre os dois partidos seria duradouro, porque permaneceria sempre impotente. [...] Esses partidos, sendo compostos de homens livres, quando um se levantasse muito, o efeito da liberdade faria com que ele fosse rebaixado, enquanto que os cidadãos, tal qual as mãos que lhe socorrem o corpo, viriam levantar o outro. [...] É essa a grande vantagem que apresenta esse governo sobre as democracias antigas, nas quais o povo exercia um poder imediato; e isto porque, quando os oradores o agitavam, essa agitação produziria sempre o seu efeito”. Montesquieu. *Do espírito das leis*, pp. 355-6.

O importante na doutrina da separação dos poderes é menos a definição estática das competências próprias de cada um do que a descrição dinâmica da relação entre a sociedade civil e os dois poderes igual e diferentemente representativos, por intermédio de dois partidos necessariamente hostis mas, mesmo assim, forçados ao compromisso. Esse jogo entre a sociedade e o poder dividido pode, pois, desenrolar-se sempre segundo o esquema proposto por Montesquieu, quando a separação entre o executivo e o legislativo já não passa de uma lembrança, quando a confusão entre eles prevalece sob a forma de ‘governo de gabinete’, no qual o chefe do governo – do executivo – é, ao mesmo tempo, chefe da maioria parlamentar – do legislativo. Os ‘dois poderes’ já não são, nesse caso, o executivo e o legislativo, mas a ‘maioria’ e a ‘oposição’. Não é que a oposição partilhe constitucionalmente do poder com a maioria – e, nesse aspecto, há certamente uma diferença considerável entre o regime livre descrito por Montesquieu e nossos regimes -, mas o efeito de sua presença, da ameaça que ele encarna de derrota do governo, ou melhor, do partido majoritário nas eleições seguintes, é constranger o partido majoritário, em regra geral, a uma utilização moderada de seu poder³²⁹.

No entanto, ainda persiste forte doutrina que vê a doutrina de Montesquieu, inclusive sua teoria política da separação de poderes, como uma frente contra a democracia e não exatamente contra o absolutismo monárquico. Para tanto, o controle não seria exatamente mútuo, mas o controle sobre o poder popular. Hans Kelsen é um destes interpretes³³⁰; e, no Brasil, Paulo Bonavides³³¹.

³²⁹ Pierre Manet. História intelectual do liberalismo, p. 95.

³³⁰ “E aqui se revela a função histórica do princípio. Nascido na véspera da grande Revolução democrática, em uma época em que o povo começava a ganhar terreno visivelmente contra o poder ilimitado do monarca, e em que a massa de súditos reclama cada vez mais energicamente uma participação na legislação, foi concedida esta, isto é, a criação de normas gerais, a uma representação popular, ainda que sempre em união do monarca, reservando-se ademais a este a execução. E desde o momento que o princípio em questão declarou a execução – contradizendo seu conceito e natureza – como uma função independente da legislação, quis se assegurar uma situação independente do parlamento ao órgão encarregado da execução, quis-se buscar refúgio para o princípio monárquico, lançado já na defensiva. [...] O dogma constitucional da separação de poderes não podia realizar com o êxito que o teve a função descrita (compreensível unicamente pela situação histórica de defensor do princípio monárquico que já se batia em retirada), mas porque, em parte ao menos, coincidia com a idéia da divisão do poder, daí que respondia a um instinto primário das massas submetidas: a desconfiança contra um governo pertencente a uma classe social de interesses opostos aos seus, acessível só em muito pequena escala às influências da massa; portanto, à aspiração crescente de evitar a formação de círculos de competência dotados de demasiado poder. Seguramente, era um mal-entendido – como se tema assinalado em tempos recentes – considerar essencialmente democrático o princípio da separação de poderes; mas tampouco é um princípio marcadamente autocrático, pois o último queria por nas mãos do monarca todo o poder indivisível, assim como o primeiro queria vê-lo nas mãos do povo. Mas a democracia mesma não pode eliminar por completo a contraposição entre governantes e governados: não já em princípio, mas sim em sua estrutura real”. Hans Kelsen. Teoria general del Estado, p. 337-8.

Outro aspecto pouco explorado pelos leitores de Montesquieu é a consolidação na obra de Montesquieu do instituto da representação política³³².

Novamente, vale transcrever o tratamento que Montesquieu deu ao tema:

Posto que no Estado livre, todo homem, considerado como possuidor de alma livre, deve governar-se por si mesmo, seria preciso que o povo em corpo desempenhe o poder legislativo. Mas como isto é possível nos grandes Estados, e como está sujeito a mil inconvenientes nos pequenos, o povo deverá realizar por meio de seus representantes o que não pode fazê-lo por si mesmo. [...] A grande vantagem dos representantes é que tem capacidade para discutir os assuntos. O povo, diferentemente, não está preparado para isto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. [...] O corpo representativo não deve ser eleito tampouco para tomar uma resolução ativa, o qual não faria bem, mas para promulgar leis ou para ver se tem cumprido adequadamente as que foram promulgadas, coisa que não só pode realizar muito bem, mas que só ele pode fazer³³³.

4 DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NOS ESTADOS UNIDOS ANTES DE JOHN MARSHALL

Identificou-se a obra *O espírito das leis* como marco teórico da doutrina republicana da separação de poderes (pelo menos de sua formulação moderna, considerando que remonta ao republicanismo clássico) e identificou-se a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* como marco normativo da doutrina racionalista da separação de poderes. Cronologicamente, os dois marcos se distanciam pelo período de aproximadamente cinquenta anos e entre eles há um outro documento

³³¹ “Sem a separação de poderes, ter-se-ia a vitória do princípio democrático, como expôs mais tarde Rousseau. Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei, e, de outro, não entregava o poder ao povo”. Paulo Bonavides. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 45

³³² “O liberalismo plenamente constituído, e ele só foi plenamente constituído em termos doutrinários com Montesquieu, fundamenta-se em duas idéias: a idéia de representação e a da divisão dos poderes”. Pierre Manet. *A história intelectual do liberalismo*, p. 96.

³³³ Transcrito do anexo de Óscar Godoy Arcaya. *Antología política de Montesquieu*, pp. 394-5.

normativo e outro documento doutrinário relevante: a constituição dos Estados Unidos e os *artigos federalistas* (publicados em periódicos nova-iorquinos sob o pseudônimo de *Publius*).

Faz-se necessário reconhecer que os *Artigos federalistas* foram explicitamente influenciados pela referida obra de Montesquieu e que a *Declaração* francesa foi influenciada pela experiência revolucionária norte-americana, que inclui tanto a *Declaração de Independência* como a constituição dos Estados Unidos. No entanto, é também necessário constatar que os três marcos reproduzem concepções distintas de separação de poderes, ainda que nem sempre fique nítida tal distinção.

É importante relembrar a seqüência de datas relevantes para compreender o assunto. A *revolução gloriosa* é de 1688; a publicação de *O espírito das leis* é de 1748; a *Declaração de Independência* dos Estados Unidos foi assinada em 1776; a constituição dos Estados Unidos foi aprovada em 1787 e ratificada no ano seguinte; os *artigos federalistas* foram publicados entre o período de 1787 e 1788; a *Queda da Bastilha* é de 1789; a *Declaração* francesa foi aprovada, também, em 1789; e a constituição francesa da monarquia constitucional foi promulgada em 1791. É um período intenso de eventos iniciados em 1776 (e que remontam à *revolução gloriosa* um século antes); nos três casos, embora diferentes, há referência a *O espírito das leis*: Montesquieu reconheceu sua inspiração no modelo inglês consolidado após a *revolução gloriosa*; James Madison, nos *Artigos federalistas*, reconheceu a contribuição da doutrina de Montesquieu para a constituição dos Estados Unidos e a

Declaração de direitos do homem e do cidadão positivou o que seria (equivocadamente) a doutrina da separação de poderes de Montesquieu.

Tratou-se da doutrina francesa (racionalista) e da doutrina republicana (inglesa). Resta compreender a contribuição da doutrina norte-americana para o tema. Vale adiantar que a concepção norte-americana filia-se à doutrina republicana, embora tenha elementos relevantes que a distanciam do pensamento de Montesquieu e tenha elementos relevantes que a aproxima da concepção francesa.

Geralmente, prefere-se denominar a concepção norte-americana de doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Serve apenas para efeitos didáticos, pois a doutrina de Montesquieu é também uma concepção de separação de poderes entendida como controles mútuos entre os poderes (entre os órgãos do Estado e entre os poderes sociais).

Há, no entanto, dois aspectos da obra de Montesquieu que a torna deficiente. A obra de Montesquieu não considerava o constitucionalismo no sentido moderno e considerava a sociedade dividida em estamentos (potências sociais). Estas duas deficiências na obra de Montesquieu (justificadas ao se considerar o contexto em que viveu Montesquieu) não são repetidas pela doutrina norte-americana. Assim, alguns doutrinadores chegam a considerar que a doutrina de freios e contrapesos nada mais é que a continuação de uma concepção de separação de poderes que tem sua origem próxima no regime constitucional instaurado pela *revolução gloriosa*, teorizada por Montesquieu sessenta anos depois e reformulada (adaptada) pelos *fundadores da república* norte-americana no final do século XVIII.

Além do moderno constitucionalismo, a constituição de 1787 inaugurou dois outros institutos que tiveram ampla difusão nos dois séculos seguintes: o

presidencialismo e o federalismo. No entanto, na presente seção, ater-se-á aos aspectos que diretamente se relacionam com a doutrina da separação de poderes. Portanto, as duas inovações serão apreciadas indiretamente como temas correlatos e não segundo a sua relevância autônoma.

A constituição dos Estados Unidos pode ser compreendida pela ótica dos *Artigos federalistas*. As reuniões da convenção da Filadélfia, assembleia constituinte que aprovou a constituição, foram secretas, dificultando a posteridade de conhecer o teor dos debates e a intenção original dos constituintes; no entanto, como a constituição precisou ser ratificada para ser promulgada, os *Artigos federalistas*, publicados antes da ratificação pelo Estado de Nova York, servem como a mais próxima referência desta intenção original.

Ao recepcionar a doutrina da separação de poderes de Montesquieu, ressalte-se a teoria política, isto é, a engenhosidade institucional com a finalidade de controlar o poder. Têm-se, assim, quatro instrumentos de controle do poder: (a) o controle interno no poder legislativo, semelhante ao que fez Montesquieu na sua teoria social, (b) o controle entre as facções, (c) o controle na forma federativa de Estado e (d) o controle pelo novo constitucionalismo³³⁴.

³³⁴ Registre-se também que a organização constitucional norte-americana era, por dois motivos, já limitada: (a) a forma federativa de Estado já descentralizava o poder político e (b) a adoção de uma constituição escrita e de uma declaração de direitos (emendas) demarcam explicitamente os limites do poder.

O regime norte-americano aboliu as formas rígidas de estratificação social.³³⁵ Assim, em certo sentido, o regime é necessariamente democrático, quando não mais distingue plebeus de nobres, conferindo a todos os mesmos direitos e submetendo todos ao mesmo regime jurídico e político. No entanto, isso não significa a abolição da doutrina do governo misto, nem a abolição da doutrina do governo moderado, significa apenas uma adaptação destas doutrinas ao espírito democrático. Portanto, mantém o espírito dos controles mútuos, embora as figuras do rei, da câmara dos lordes e da câmara dos comuns sejam substituídas pelo presidente da república, pelo senado e pela câmara, isto é, mantém-se a expressão dos princípios monárquico, aristocrático e democrático. É certo que a origem dos três órgãos é popular, mas o espírito de cada um deles é distinto. O único aspecto substancial da doutrina de Montesquieu que fica prejudicado é a concepção antiga de que a comunidade é heterogênea, formada por potências sociais distintas; para o novo regime norte-americano, a comunidade é juridicamente homogênea, desconsiderando, portanto, um estatuto jurídico distinto para nobres e plebeus ou para ricos e pobres, por exemplo. Se bem que, é necessário reconhecer, no início do novo regime aplicavam-se critérios censitários para determinar potenciais eleitores e potenciais candidatos³³⁶. A idéia de controle permanece, mas agora em outros

³³⁵ A diferença substancial entre Montesquieu e os *federalistas* (para os objetivos desse trabalho) é que Montesquieu não tratou legislativo, executivo e judiciário como poderes; fez apenas a ressalva de que aquele que legisla não pode ser aquele que julga, faz também a ressalva de que uma potência social não pode concentrar todos os poderes para os seus; os três poderes de Montesquieu são três potências sociais: rei, nobreza e povo; assim, quando Montesquieu trata de controles, se refere aos controles entre essas três potências ou entre os três órgãos que representam estas três potências: rei, câmara dos lordes e câmara dos comuns respectivamente. Os *federalistas* não precisam lidar com os problemas da opressão de um estamento sobre o outro como na obra de Montesquieu, mas é claro pelo contexto histórico a preocupação dos constituintes norte-americanos com a tirania da maioria que pode significar também o medo da opressão dos pobres sobre os ricos, dos ignorantes sobre os sábios, dos piores sobre os melhores.

³³⁶ A doutrina da separação de poderes de Montesquieu aplica a teoria do governo moderado como dando representação a cada potência social; os constituintes norte-americanos aboliram qualquer

termos. Os três novos poderes, ainda que em todos os casos tenham origem popular, selecionam seus integrantes e se organizam de formas diferentes, assim produzindo também uma percepção diferente das coisas e, com o dissenso, produzindo, de certo modo, alguma proteção à liberdade, que um procedimento legislativo com assembleia soberana (unicameral) não poderia garantir.

Embora todos os poderes tenham alguma origem popular, não se poderia afirmar que o regime norte-americano fosse propriamente democrático. Nos *Artigos federalistas*, distingue-se expressamente a democracia da república³³⁷, esclarecendo que os Estados Unidos constituem uma república e não uma democracia³³⁸. O décimo *artigo federalista* é esclarecedor; identifica que um dos principais perigos dos regimes antigos (inclusive da democracia) é o domínio das facções³³⁹; temia-se que o princípio da maioria associado à democracia direta produzisse o domínio tirânico dos interesses da maioria facciosa sobre a minoria indefesa (ou melhor, o domínio do interesse parcial sobre o bem comum). Nos *Artigos federalistas*, percebe-se que o surgimento de facções é natural dentro de qualquer comunidade, portanto, é um

referência ao Antigo Regime, seja a figura do monarca hereditário, seja a concessão de qualquer título de nobreza, assim, juridicamente todos ficam submetidos ao mesmo regime jurídico, assim, os três órgãos do poder legislativo – Rei, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns – são substituídos por três órgãos de origem popular (mas não necessariamente democráticos): Presidente da República, Senado e Câmara.

³³⁷ Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república são: primeiro, a delegação do governo, nesta última, em um pequeno número de cidadãos eleitos pelo resto; em segundo termo, o maior número de cidadãos e o maior território sobre o qual se pode estender esta última. Número 10 - *New York Packet*, viernes 23 de noviembre, 1787. Selección de El Federalista - Estudios Públicos, 13 (Verano 1984), p. 6.

³³⁸ Esta distinção, na verdade, ressalta uma forma de governo simples – a democracia – em relação a uma forma de governo complexa – a república.

³³⁹ “Por facção, eu entendo um número de cidadãos, cheguem ou não a ser maioria, que estão unidos e movidos por algum impulso passional ou interesse comum adverso aos direitos dos outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e agregados da comunidade. Existem dois métodos para curar os males das facções: um, eliminando suas causas; o outro, controlando seus efeitos. Também há dois métodos para eliminar as causas das facções: um, destruindo a liberdade, que é essencial para sua existência; o outro, dando a cada cidadão as mesmas opiniões, as mesmas paixões e os mesmos interesses”. Número 10 - *New York Packet*, viernes 23 de noviembre, 1787. Selección de El Federalista - Estudios Públicos, 13 (Verano 1984), p. 3.

fenômeno inevitável; o único meio de impedi-lo resultará em algo ainda mais nefasto que é a supressão absoluta da liberdade. Assim, os constituintes norte-americanos engendraram o sistema em que a proliferação de facções impede que qualquer delas se torne dominante, desta forma uma facção controlará a outra facção. Montesquieu (assim como Rousseau) considerava inadequada a forma de governo republicana para países com extenso território e grande população; nos *Artigos federalistas*, no entanto, considerava-se que uma república, em grande escala, é a condição necessária para remediar um dos principais males republicanos: o domínio das facções. A virada do republicanismo norte-americano não apenas admitia que a república fosse viável em grandes Estados, como considerava que só seria viável em grandes Estados. A república³⁴⁰, assim, é algo mais do que uma democracia representativa, é um prenúncio do que depois será denominado de democracia elitista; ou seja, o método democrático pelo qual o povo elege seus governantes (seus representantes) é um método de escolha dos melhores; assim o distanciamento entre eleitor e eleito é saudável, pois, enquanto durar o mandato, o representante agirá segundo sua consciência e não pela pressão da massa de eleitores incapaz de domar os instintos e decidir com domínio de causa, apenas movidos pelo interesse e pela emoção imediata. Deste modo, a república é um governo moderado sem precisar das categorias do *antigo regime*.

Ao inaugurar uma forma de Estado híbrida, entre a confederação e o Estado unitário, o Estado federal norte-americano também dispersa o poder em uma

³⁴⁰ “Se recorremos a um critério para os diversos princípios sobre os quais se estabelecem as diversas formas de governo, podemos definir uma república, ou pelo menos dar-lhe esse nome, a um governo que deriva todos os seus poderes direta ou indiretamente do grande corpo do povo e é administrado por pessoas que ocupam seus cargos enquanto contam com sua complacência, por um período limitado, ou enquanto observem uma conduta correta”. Número 39 - *Para el Independent Journal* - Selección de El Federalista - Estudios Públicos, 13 (Verano 1984), p. 9.

dimensão nunca antes observada; o poder do Estado é assim compartilhado entre a União e os Estados-membros, de modo que os excessos da União podem ser controlados pelos Estados-membros e os excessos dos Estados-membros podem ser controlados pela União. Não se trata aqui de um controle jurídico, pois os Estados-membros não têm poder de veto sobre os atos da União, nem vice-versa, mas de um poder social em que uma parte do aparato estatal é administrada autonomamente por outra esfera de poder que não a União, isto é, os Estados-membros não estão subordinados hierarquicamente à União. Ver-se-á adiante que é o federalismo que resultará, por vias transversas, no sistema do *judicial review*.

Por fim, o controle decorrente do moderno constitucionalismo enfatiza a importância do poder judiciário independente. Lembre-se de que o poder judiciário, mesmo nos regimes liberais, geralmente integrava o poder executivo. Trata-se aqui, antes de John Marshall, de um poder judiciário independente, mas, ainda, subordinado à legislação. Logo, não configurava por esta perspectiva um poder; sua independência tratava-se apenas de uma engenhosidade para que os juízes pudessem ser imparciais e aplicar a lei de forma objetiva, isto é, igualmente a cada um de todos. Esta independência dos juízes não era tanto inovação norte-americana; no entanto, inovava ao organizar hierarquicamente o poder judiciário estabelecendo um órgão de cúpula com o poder inclusive que vincular suas decisões aos órgãos judiciais inferiores. Este poder da Suprema Corte deu outra dimensão ao poder judiciário e deu as condições para elevação daquele órgão ao *status* de poder real e não apenas nominal³⁴¹. Posteriormente, a constituição ganhou

³⁴¹ Sem a hierarquização do poder judiciário, a doutrina tem outro sentido. Tanto no caso de Montesquieu como no caso dos *federalistas*, pode-se perceber a posição coadjuvante do poder judiciário. Em certa medida, isso pode ser explicado pela não institucionalização do poder judiciário, ou seja, considerando-se o judiciário como um conjunto de juízes e não como uma organização

o sentido atual com a adoção do princípio da supremacia constitucional e, depois, da supremacia judicial: elevando a Suprema Corte de poder nulo a poder máximo (ou último).

5 APLICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA

Montesquieu formulou sua doutrina para a França. Objetivava a reforma da constituição francesa (constituição no sentido antigo) convertendo a monarquia absoluta em monarquia moderada, ou seja, fazendo com que o rei compartilhasse o poder com as outras duas potências sociais: uma decadente (ainda que Montesquieu assim não reconhecesse), a nobreza, e outra ascendente: o povo (burguesia)³⁴². Montesquieu deu-se ao trabalho de tentar justificar a manutenção da câmara dos lordes (nobreza) contra a tendência vista na época: serviria como força moderadora entre povo e rei.

Os *artigos federalistas* formularam sua doutrina de uma república democrática para uma sociedade igualitária; almejavam a mesma liberdade de Montesquieu, mas

hierarquizada tendo tribunais com poderes de cassar decisões anteriores. Pode-se dizer que havia um senso comum de que os juízes deviam ser neutros e que esta neutralidade significava ser a boca do direito. Diante da tradição judicial norte-americana e de Montesquieu, seria bem difícil interpretar a boca da lei como um exegeta da lei, mais fácil seria interpretar que a boca da lei é a boca do direito que busca a justiça a partir da lei, dos costumes, dos precedentes, por equidade etc. Os *federalistas* confiavam no poder judiciário por dois motivos: confiavam que os juízes julgariam segundo o direito, mas principalmente considerava que o efeito de uma decisão inadequada ou irregular de um juiz não produziria grandes prejuízos que compromettesse o sistema (essa posição é defendida com mais ardor por Hamilton). Assim, a doutrina (republicana) de Montesquieu e dos *federalistas* tem inconciliáveis diferenças com a doutrina racionalista e suas derivadas, como o jusracionalismo e a escola da exegese; diferenças no contexto histórico de suas formulações, de seus fundamentos teóricos, de suas aplicações e de seus fins.

³⁴² “O princípio da separação dos poderes pôde garantir duradouramente a existência, na estrutura organizatória do Estado, de um poder monárquico independente do poder democrático e, por vezes, hegemônico em relação a este”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 229.

tinham a sua disposição novos instrumentos para o controle do poder: o constitucionalismo e o federalismo.

Na França revolucionária, a doutrina da separação de poderes almejou outra liberdade, a liberdade positiva. Assim, a separação de poderes significou a subjugação dos outros poderes ao poder popular, isto é, ao órgão legislativo.

As aplicações posteriores da doutrina da separação de poderes não se têm mostrado fiéis a nenhuma destas doutrinas. A não ser que se possa reduzi-las a um conceito mínimo: a doutrina republicana significando controle e a doutrina racionalista significando supremacia legislativa.

Autores como Paulo Bonavides, por exemplo, não vêem mais aplicabilidade do princípio da separação de poderes:

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda³⁴³.

Em todo caso, novos eventos colocam em constrangedora posição o sentido clássico (qualquer dos dois) do princípio da separação de poderes³⁴⁴. Registre-se,

³⁴³ Paulo Bonavides. Ciência política, p. 146. Em sentido semelhante: “É certo que a doutrina da separação de poderes, na sua interpretação e aplicação, evoluiu desde os dois séculos de sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros”. Anna Cândida da Cunha Ferraz. Conflito entre poderes, p. 16.

³⁴⁴ Muitas teorias, no entanto, demonstram que a obra de Montesquieu era a idéia geral do controle do poder e que os outros aspectos são desdobramentos e aplicações facultativas formuladas a partir do núcleo. Assim, o controle entre legislativo e executivo, entre nobres e comuns, também poderia ser reproduzido no controle entre maioria e minoria (partido majoritário e partido minoritário) no parlamento, agora soberano. Ou entre poderes eleitos e poderes neutros (isto é, entre executivo-legislativo e judiciário). Adotar uma concepção mínima da doutrina de Montesquieu, destacando o seu

pelo menos três: (a) o parlamentarismo, (b) a jurisdição constitucional e (c) o Estado providência.

O parlamentarismo revela a contradição mais explícita. O órgão do poder legislativo se confunde com o órgão do poder executivo. Com isso se produz um domínio quase absoluto do parlamento ou do primeiro-ministro (conforme for o modelo parlamentarista)³⁴⁵. Significa a falta de controle interno no poder legislativo. Significa também uma confusão entre o órgão legislativo e o órgão que aplica as leis. O parlamentarismo somado ao advento do Estado providência fará proliferar as leis-medida em detrimento da lei no sentido iluminista que precisa ser geral e abstrata para não violar o princípio do Estado de direito³⁴⁶.

A jurisdição constitucional também constrange a idéia de equilíbrio entre os poderes³⁴⁷. Considerando-se a constituição como norma fundamental acima das outras normas – supremacia constitucional – e considerando-se que um órgão judicial – Suprema Corte – ou especial – tribunal constitucional – tem o poder de proteger a constituição contra as violações dos outros poderes, não há como se falar de controles equilibrados, mas apenas do controle do órgão soberano (aquele que

núcleo, é a única maneira da mesma continuar válida apesar das mudanças na organização dos poderes do Estado nos últimos duzentos anos.

³⁴⁵ Neste sentido é a crítica de Manoel Gonçalves à doutrina de Montesquieu: “De fato, conforme o sistema de partidos, ela é mais aparente do que real. O bipartidarismo, sobretudo se disciplinados os partidos, tende a reduzi-la a mera aparência, quando, é claro, o mesmo partido detém o Executivo e a maioria parlamentar”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de direito constitucional, p. 136.

³⁴⁶ “A lei deixa, no Estado de Direito contemporâneo, de ser apenas regra de Direito para passar a instrumento político por excelência. Esta evolução do conceito de lei, de conceito essencialmente jurídico para conceito também essencialmente político traduz, com particular acuidade, as relações entre o jurídico e o político em tal Estado, totalmente diversas das relações entre ambos no modelo normativo do Estado de Direito liberal. É que, enquanto este procurou reduzir o político ao jurídico, assiste-se atualmente a uma instrumentalização do jurídico pelo político”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 254.

³⁴⁷ “Quando se admite a hierarquia nas funções estatais, como era o caso da prevalência da lei, isso implica, necessariamente, uma hierarquia dos respectivos órgãos. [...] Disso é que decorreu a inadmissibilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Portanto, essa proibição

diz por último), que não é controlado por nenhum outro. O moderno constitucionalismo, portanto, invalida o sentido clássico da separação de poderes como controle equilibrado.

Um aspecto ainda menos abordado é a mudança do sentido da doutrina da separação de poderes, deixando de objetivar a proteção da liberdade e passando a visar à eficácia das ações do Estado. Assim, a divisão orgânica do poder passou a tender ao fortalecimento do poder hierarquizado, para significar a divisão do trabalho e não propriamente a divisão (controle) do poder. Assim, a redução e a limitação do poder passaram a tender para a concentração e a ampliação do poder.

Diante do exposto, há ainda dois aspectos que merecem esclarecimento. O próprio Montesquieu já previa uma flexibilização do sentido do controle do poder, considerando que em determinadas circunstâncias o controle se daria não de modo inter-orgânico, mas partidário. O outro aspecto é o sentido de lei-medida com a adoção combinada do parlamentarismo e do Estado providência.

Montesquieu explicou que “como existiriam, nesse Estado, dois grandes poderes visíveis, o poder legislativo e o executivo, e como todo cidadão exerceria ali a sua vontade própria, e faria valer, a seu arbítrio, a própria independência, a maior parte dos indivíduos, dedicaria maior afeição a um desses poderes, de preferência ao outro, a maioria não possuindo ordinariamente bastante eqüidade e bastante bom-senso para afeiçoar-se igualmente a ambos”³⁴⁸. Continuou: “esses partidos, sendo compostos de homens livres, quando um se levantasse muito o efeito da

não estava vinculada a uma idéia rígida de separação de poderes, mas decorria da consideração de destaque que recebia a lei [...]”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1025.

³⁴⁸ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 355.

liberdade faria com que ele fosse rebaixado, enquanto que os cidadãos, tal qual as mãos que lhe socorrem o corpo, viriam levantar o outro”³⁴⁹.

Pierre Manet fez uma distinção original entre a estática e a dinâmica da separação de poderes; considerou que este controle feito pela minoria é expressão da fisiologia (da dinâmica):

Cada um dos dois poderes, justamente por enfrentar um outro poder de força aproximadamente igual, precisa de partidários. [...] Assim como o poder se divide em dois, a sociedade se dividirá entre os partidários de um e os do outro poder. [...] Por ser a sociedade *representada* por um poder *dividido*, os cidadãos serão *impotentes* para fazer muito mal uns aos outros³⁵⁰.

A clássica separação de poderes implicava separação entre o órgão legislativo e o órgão executivo (aplicador da lei). Atualmente, no entanto, por diversas causas, uma delas é a adoção do parlamentarismo e outra é a instituição do Estado providência, as funções legislativa e executiva são exercidas pelo mesmo órgão ou pela mesma unidade complexa de órgãos. Neste contexto, o sentido clássico de lei é descaracterizado; e em seu lugar se difundiu a concepção de lei-medida.

A lei-medida tem forma de lei, mas materialmente é ato administrativo, pois é particular e concreto, em contraste com a lei no sentido clássico, que é geral e abstrata. A difusão da lei-medida em detrimento da lei clássica (lei moderna) é justificada pela demanda que o Estado recebe para mais regulação e para solucionar problemas específicos não previstos em lei anterior. Trata-se de outra maneira de expressar a “progressiva perda do sentido antigo de ação, que cada vez

³⁴⁹ Montesquieu. Do espírito das leis, p. 356.

mais se confunde com o de trabalho”³⁵¹. Isto é, o direito dispensa toda a referência ao justo (inclusive uma maior estabilidade da vigência da lei) e se concentra na motocontínua atividade de alimentar as necessidades imediatas da sociedade, como objeto do consumo humano.

Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença³⁵².

No mesmo sentido, Nuno Piçarra apresentou com desenvoltura esta virada no sentido da lei. O texto é preciso e claro, vale transcrevê-lo:

No Estado de Direito democrático e social, a generalidade e a abstração não podem, sem mais, considerar-se atributos indefectíveis da lei. [...] O conceito de lei torna-se um conceito caracterizado pela forma, pelo processo que lhe dá origem e pela força jurídica de que dispõe, livre quanto ao conteúdo ou de conteúdo aberto, embora, obviamente, no respeito pelos superiores princípios de Direito vigentes no quadro constitucional concreto em que se integre. [...] Perde, por isso, sentido a tradicional distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal e tende mesmo a considerar-se como <inútil> o conceito de lei-medida³⁵³.

Com a lei-medida, que é também uma consequência da fusão entre os poderes legislativo e executivo, resta apenas como instrumento de controle o poder judiciário, que faz o contraponto com os poderes políticos³⁵⁴.

³⁵⁰ Pierre Manet. História intelectual do liberalismo, p. 91.

³⁵¹ Tercio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao estudo do direito, p. 24.

³⁵² Tercio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao estudo do direito, p. 28.

³⁵³ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional,

³⁵⁴ “A partir da idéia de um controlo do poder pelo poder, tem-se mesmo considerado que a função jurisdicional, tal como atualmente se configura, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto

Um efetivo controle do poder pelo poder pressupõe que os centros de poder entre os quais se há-de processar a relação de recíproco controlo possuam características diferenciadoras capazes de os contrapor ou de criar entre eles tensões. Entre o órgão legislativo e o órgão jurisdicional tais características não decorrem do fato de cada um deles representar forças político-sociais portadoras de interesses divergentes mas, simplesmente, do fato de cada um deles exercer funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais existe uma particular tensão. [...] Ora, o poder mais adequado e idôneo para isso é o poder judicial, cuja função se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a atualização daqueles valores³⁵⁵.

Nuno Piçarra, no entanto, enfatizou os limites do controle judicial sobre a atividade legislativa, do contrário se estaria “usurpando o núcleo essencial da função legislativa”³⁵⁶. Parece, contudo, que a ressalva de Nuno Piçarra é incompatível com suas premissas; parece que o autor esqueceu que a função legislativa, com a fusão entre os órgãos executivo e legislativo, foi descaracterizada no seu sentido clássico; e que contrapor politicamente o judiciário ao executivo-legislativo é manter o espírito da doutrina (republicana) da separação de poderes; em todo caso, outras formas de controle podem ser empregadas, como o já referido controle entre minoria e maioria.

instrumento da função política”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 259.

³⁵⁵ Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 260.

³⁵⁶ “A validade da lei já não está em si própria mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais. [...] Serão o legítimo <contrapoder> do legislador apenas na medida em que se confinarem no controlo exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis. Mas já não estão, de modo algum, legitimados a erigir-se em contralegisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa”. Nuno Piçarra. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, p. 261.

PARTE IV
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA
COMO SINTOMA (INDÍCIO) DA CRISE PARADIGMÁTICA

CAPÍTULO I - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA:

NOÇÕES GERAIS E DISTINÇÕES CONCEITUAIS

No último quarto do século XX, Torbjörn Valinder e Neal Tate publicaram, nos Estados Unidos, *The global expansion of judicial power*. Trata-se da obra-referência que analisou o fenômeno da judicialização da política naquele país; precisamente, analisou o fenômeno atual e crescente da expansão do poder judiciário. No Brasil, no final da década de 1990, os trabalhos *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política* (de Marcos Faro de Castro) e *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Burgos) são as referências do início do estudo sobre o tema no Brasil³⁵⁷. Antes destas obras, o tema da judicialização também foi objeto de estudo rigoroso, que, entretanto, apreciava apenas aspectos do fenômeno, sem reconhecê-lo como um dos principais indícios da crise paradigmática.

Esses dois trabalhos também apresentaram a mesma deficiência. Consideraram a judicialização da política destacando excessivamente a atuação da

³⁵⁷ É necessário registrar também outras obras da fase inicial do estudo sobre o tema no Brasil: Dircêo Torrecillas Ramos (*Politização do judiciário e a judicialização da política*), Roger Stiefelmann Leal (*A judicialização da política*), Vanessa Oliveira e Ernani Carvalho (*A judicialização da política: um tema em aberto*), Déborah Alves Macial e Andrei Koerner (*Os sentidos da judicialização da política*), Andrei Koerner (*Para além da judicialização da política*), José Jardim-Rocha Jr. (*Problemas com o governo dos juízes*), Luiz Werneck Vianna (*A judicialização da política e as relações entre os três poderes no Brasil*), José Reinaldo de Lima Lopes (*Processo e Justiça: social, distributiva, política*), Agripa Faria Alexandre (*Questão de política como questão de direito*), José Reinaldo de Lima Lopes (*Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude confronta a instituição*), José Eduardo Farias (*O Supremo e a judicialização da política*), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (*O judiciário frente à divisão dos poderes*), Ernane R. de Carvalho (*Em busca da judicialização da política no Brasil*), Gisele Silva Araújo (*Participação através do direito: a judicialização da política*), Rogério Bastos Arantes (*Judiciário e política no Brasil*), Rogério Bastos Arantes (*Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos*

Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal, isto é, considerando a judicialização como consequência do constitucionalismo somada à positivação de direitos sociais e de direitos de prestação (isto é, a instauração normativa do Estado providência). A judicialização da política é um fenômeno bem mais abrangente, atingindo toda a atividade judicial, toda a atividade legislativa e executiva, levando inevitavelmente à indagação a respeito da validade e da utilidade atual do princípio da separação de poderes ou de qualquer das doutrinas da separação de poderes.

Provisoriamente, podem-se identificar alguns indícios da existência do fenômeno da judicialização da política. Destacam-se os mais comuns: (a) o exercício pelo poder judiciário de atribuições que não são tipicamente suas, (b) bem como a independência do judiciário a ponto de agir contra os outros poderes; (c) as decisões judiciais que passam a ter também força normativa, antes exclusividade do legislador; (d) a abertura hermenêutica do direito que invalida o argumento de que os juízes são neutros, imparciais e, portanto, mecânicos aplicadores da lei. A judicialização da política também se revela com (e) a apreciação das “questões políticas” pelo poder judiciário, (f) a judicialização de conflitos sociais (isto é, a apreciação pelo poder judiciário de lides sobre interesses coletivos, difusos e individuais massificados), (g) o efeito normativo das decisões judiciais e (h) a posição dos tribunais constitucionais como controladores dos atos dos outros poderes³⁵⁸. Esses aspectos da judicialização da política se refletem também na

direitos coletivos), *Dossiê Judiciário* (nº 21 da Revista USP), Gisele Cittadino (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*).

³⁵⁸ Em um contexto um pouco diferente, ainda em 1992, José Eduardo Faria enumera os reflexos da crise paradigmática: inflação legislativa, multiplicação de conflitos gerados por sujeitos de direito privado, difusão do paradigma normativista de positivação da lei, expansão das normas de organização sobre as normas de conduta, expansão dos direitos sociais, superação de uma atividade judicial de estrutura triádica, desarticulação dos blocos sociais hegemônicos, juridicização da política e politização do direito, incapacidade de adaptação da racionalidade formal, revisão dos tradicionais

adoção de métodos e de procedimentos antes considerados inadequados para a atividade judicial.

Embora seja difícil determinar as causas da judicialização da política, até porque no último século a causa e o efeito se confundem, é possível identificar alguns fatores que interagem durante esse processo de judicialização. Destacam-se: (a) o advento do Estado social e do Estado do bem-estar e, por conseqüência, (a1) a inflação legislativa e a positivação de (a2) direitos sociais e de (a3) direitos à promoção de benefícios sociais pelo Estado, (b) a crise da modernidade e a conseqüente crise do direito moderno, refletindo-se na (b1) insuficiência dos paradigmas hermenêuticos tradicionais e na (b2) superação do debate sobre a criatividade judicial, e (c) o advento do Estado constitucional (e o preceito da supremacia constitucional) e da jurisdição constitucional. Poder-se-ia, ainda, acrescentar, como causa mais recente, (d) a crise de legitimação das democracias liberais-representativas-elitistas, que repercutem como deficiência de legitimação dos poderes legislativo e executivo.

Na Parte IV, pretende-se desenvolver o tema estudado na Parte III, isto é, a crise paradigmática no direito e no Estado. Destacou-se um aspecto do paradigma hegemônico (oitocentista): a doutrina da separação de poderes; demonstraram-se, genericamente, as contradições e as deficiências da doutrina; pretende-se aprofundar o tema demonstrando que a doutrina clássica da separação de poderes não tem validade teórica e que, principalmente, não tem utilidade; no entanto, as variações da doutrina clássica da separação de poderes, bem como a aplicação

modelos de hermenêutica jurídica, inviabilidade da imagem unitária do ordenamento jurídico, implantação de serviços de assessoria jurídica a organizações populares, expansão das

diferenciada em cada país destas variações, dificultam uma análise rigorosa que seja também universal sobre a judicialização da política; assim, o aprofundamento do estudo sobre a judicialização da política será reduzido, na medida do possível, a sua manifestação no Brasil.

O objeto do presente capítulo está relacionado a uma disfunção (anomalia) da doutrina da separação de poderes e coloca em evidência o papel institucional e a atuação do poder judiciário. Dá-se, ainda que de forma imprecisa, a denominação de judicialização da política a este complexo fenômeno e a outros aspectos relacionados a ele.

Como já se advertiu, a judicialização da política é tratada aqui, sobretudo, como indício da crise paradigmática; portanto, ressalta as contradições e as lacunas no paradigma hegemônico e não é propriamente uma proposta alternativa para o paradigma em crise. Por estas razões, faz-se necessário discorrer sobre os diversos sentidos que pode ter esta expressão “judicialização da política”, que, embora sejam sentidos correlatos, podem conduzir a entendimentos diferentes sobre o objeto desta pesquisa. Torna-se necessário afastar uma confusão bastante freqüente. Geralmente, faz-se uso da expressão “politização do poder judiciário” (ou politização da justiça) significando que os juízes atuam segundo interesses político-partidários ou político-eleitorais. Não é esse o sentido da judicialização da política (ou da politização da justiça) aqui adotado³⁵⁹.

competências judiciais e ênfase a um supralegalismo e um supranormativismo social. Cf. José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*, pp. 34-5.

³⁵⁹ Não se deve, portanto, confundir a judicialização da política com a partidarização do poder judiciário ou com a adoção pelos juízes de práticas espúrias muitas vezes associadas à atividade política, como a parcialidade, a troca de favores etc.

A expressão “judicialização da política” pode abarcar dois sentidos complementares: como politização da justiça e como judicialização da política propriamente dita. Como politização da justiça significa que os órgãos do poder judiciário (da justiça) agem politicamente ou que decidem questões consideradas políticas. Como judicialização da política (em sentido estrito) significa que os órgãos considerados políticos agem segundo critérios e procedimentos quase judiciais. Esta distinção serve apenas para fins didáticos, pois usualmente a expressão “judicialização da política” abrange tanto a expansão do poder judiciário quanto a adoção de procedimentos judiciais pelo poder executivo e pelo poder legislativo. Em ambos os casos, é o judicial que se expande sobre o não judicial. Em suma, a judicialização da política é um fenômeno que não é exclusivo do poder judiciário, pois considera também a adoção de práticas (quase) judiciais pelos outros poderes³⁶⁰. Percebe-se, portanto, que no fenômeno da judicialização da política o judicial é o protagonista; seja uma expansão do poder e das atribuições dos órgãos judiciais, seja uma expansão do método judicial³⁶¹.

³⁶⁰ Provisoriamente, pode-se adotar como conceito de judicialização da política o do fenômeno que atinge diretamente o poder judiciário, que significa uma ampliação do poder judiciário para áreas de competência que usualmente eram exercidas pelos poderes executivo e legislativo, ou melhor, que não só eram usualmente exercidas por estes poderes como se devia ao tradicional princípio da separação de poderes. Mas a judicialização da política acontece materialmente, quando formalmente ainda está ajustado ao modelo tradicional. Não é de se estranhar a constante afirmação de que os juízes apenas julgam, ou que os juízes são neutros, ou que a atividade jurisdicional não resolve questões políticas. A concepção original de judicialização da política é marcada por uma concepção formal das atribuições e relações os poderes, assim como uma conotação de progressividade, de processo unidirecional cuja pertinência empírica é discutível. Embora exista vasta bibliografia nos Estados Unidos, parece que a judicialização da política no Brasil é um fenômeno com tantas particularidades que seria difícil confundir os dois casos. De certo modo, talvez exatamente pela falta de apreciação esquemática, no Brasil, a expressão judicialização da política tem vários sentidos ainda que análogos, mas que eventualmente possuem cargas valorativas excludentes.

³⁶¹ “Judicialização da política” é a expressão usada para descrever um fenômeno complexo cujo núcleo é o judicial. Trata-se mesmo da expansão, difusão ou colonização do judicial e do jurídico sobre outras atividades do Estado e mesmo sobre outras esferas da vida social. No entanto, percebe-se que o órgão do poder judiciário também adota métodos e procedimentos típicos dos órgãos políticos; Isto faz do tema ainda mais complexo e instigante, pois os órgãos judiciais ao ampliarem seus poderes para, por exemplo, produzir legislação, precisam necessariamente também adotar

No presente trabalho, será enfatizada a dimensão da “politização” do poder judiciário, ou melhor, o objeto do estudo será reduzido às mudanças pelas quais vem passando o poder judiciário e a atividade judicial, afastando, portanto, o estudo das mudanças nos outros poderes e nas outras atividades. O corte é meramente metodológico já que as duas dimensões da judicialização da política são interdependentes.

A expressão judicialização da política deve ser entendida também de forma abrangente. Inclui não apenas a expansão do poder judiciário sobre a esfera considerada política, como também sobre as relações sociais e sobre a economia, por exemplo. Não é por outro motivo que uma obra sobre o tema bastante difundida no Brasil denomina-se “judicialização da política e das relações sociais”³⁶², estendendo o sentido além da significação estritamente literal³⁶³.

Mesmo reduzindo o âmbito do estudo da judicialização da política apenas à expansão do poder judiciário, ainda assim o fenômeno se manifesta diferentemente em vários aspectos. Por esta razão, é importante fazer duas distinções, ainda que os trabalhos sobre o tema não as façam explicitamente.

Primeiro, a judicialização da política manifestada nos órgãos de jurisdição constitucional (e nos órgãos de cúpula do poder judiciário) é diferente da manifestada nos outros órgãos do poder judiciário.

métodos mais adequados que os métodos estritamente judiciais, mas embora considerem das questões sob o enfoque não estritamente jurídico, adotam a forma jurídica.

³⁶² Luiz Werneck Vianna e outros. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.

³⁶³ Embora a expressão “judicialização da política” seja bastante abrangente. Trata-se não apenas da judicialização das questões políticas, ou seja, das atribuições típicas do executivo e do legislativo, como também a judicialização das relações sociais e a judicialização da economia, para acrescentar apenas os dois exemplos mais comuns.

Também, como desdobramento da distinção anterior, a judicialização da política manifestada como mera criatividade judicial é diferente da judicialização da política manifestada como apropriação das atividades típicas dos outros poderes, como a legislação e a determinação de políticas públicas. Há casos em que a apropriação da função legislativa pelos órgãos judiciais (especialmente os tribunais) é explícita, como a competência normativa da justiça do trabalho no Brasil.

Correlatamente à distinção do parágrafo anterior, também por razões didáticas, podem-se distinguir três manifestações da judicialização da política: (a) a simples expressão da criatividade judicial, ou seja, o reconhecimento de uma margem de liberdade na interpretação judicial, (b) a decisão judicial como ingerência negativa (controle) nos outros poderes, ou seja, como legislação negativa ou como controle judicial dos atos administrativos (controle das políticas públicas) e (c) a decisão judicial como ingerência positiva nos outros poderes, produzindo normas gerais e determinando políticas públicas.

A judicialização da política exige, portanto, uma nova percepção a respeito do poder judiciário e da atividade judicial, distinta daquela admitida pelo paradigma oitocentista, associada a um juiz neutro e mero aplicador da lei; percepção consagrada pela difusão de qualificações como “poder nulo” e como “boca da lei”³⁶⁴. A doutrina da separação de poderes, na versão racionalista ou na republicana, consistia em instrumento do Estado liberal, isto é, instrumento para proteção da liberdade individual contra o Estado, portanto, limitação do poder do Estado. Nesta

³⁶⁴ Também é o resultado de uma apologia da lei (moderna). E a conversão do juiz em “boca da lei”, isto é, um aplicador mecânico da lei, no molde do juiz da Escola da Exegese. Contribuiu para a formação desta imagem, a reação dos revolucionários franceses ao corpo de juízes do Antigo Regime que insistiam em não aplicar as inovações da Revolução. Os juízes do Antigo Regime precisavam ser enquadrados na nova ordem, ou seja, submetidos a soberania popular/nacional expressa na lei.

concepção original, o poder judiciário desempenhava um papel secundário; o espaço relevante da opressão é o do momento da criação legislativa ou é o do aparato burocrático dominado pelo executivo; era, portanto, nestes dois espaços onde se pensava fazer o controle do poder.

Assim, é possível afirmar que a judicialização da política se manifesta de diferentes maneiras e também que a judicialização da política pode ter diferentes causas. Por exemplo: a judicialização da política pode ser estudada a partir do advento do moderno constitucionalismo e da supremacia judicial; neste caso, o judiciário, particularmente o Supremo Tribunal, controla a atividade dos outros poderes segundo o parâmetro constitucional³⁶⁵.

O fenômeno pode também ser visto como resultado não da constitucionalização, mas da inflação legislativa. Assim, o âmbito privado cede espaço para o âmbito estatal, o que força também a ampliação do poder judiciário como consequência da ampliação dos outros dois poderes. Não há propriamente judicialização da política, mas a ampliação do poder judiciário para casos não típicos, justificados porque o Estado passa a atuar em casos também não típicos.

Ainda, o fenômeno pode ser visto como um novo espaço de solução de conflitos coletivos e sociais, ou como uma nova arena política. A positivação dos direitos sociais e o advento da sociedade de massas provocaram, também, a mudança do *locus* de resolução dos conflitos sociais, que foram deslocados para o âmbito do poder judiciário. No primeiro momento, essas novas lides eram tratadas

Contribuiu muito para isso a falta de unidade do poder judiciário e, no caso francês, a existência da Corte de Cassação, um órgão externo de controle das decisões judiciais.

³⁶⁵ Curiosamente, como cabe apenas à Suprema Corte guardar, em última instância, a constituição, a constituição é o que a Corte diz que é. Neste sentido, a Suprema Corte é o soberano no sentido

como lides convencionais, isto é, como se fossem litígios entre particulares em que a aplicação da lei ao caso concreto produziria efeito apenas *inter partes*, considerando para cada caso um tratamento singular. Gradativamente, foram sendo reconhecidos juridicamente outros tipos de interesses preteridos (além dos interesses individuais) e outros tipos de conflito (além do conflito estritamente jurídico entre particulares). Assim, os conflitos sociais também passaram a ser resolvidos no âmbito do poder judiciário, em certa medida porque os direitos já estavam positivados e o pleito era por sua efetivação. Os interesses coletivos e os interesses difusos passaram a ser também reconhecidos e protegidos pelo poder judiciário.

Assim como em uma sociedade de massas, a *standartização* também alcançou a atividade judicial, a repetição de sem-número de casos similares resulta na prolatação de sentenças quase idênticas (geralmente reproduzidas de modelos-padrão). Na verdade, a *standartização* das decisões judiciais pressupõe que os casos repetidos tenham sido resolvidos antes mesmo de serem ajuizados, isto é, o julgador faz uso dos fundamentos considerados para as primeiras decisões e reproduz a mesma decisão e o mesmo fundamento nas decisões seguintes. Esses casos são tratados, formalmente, como lides tradicionais de conflitos individuais, quando são, na verdade, uma nova categoria de conflito: conflitos individuais massificados.

Nesses casos - de interesses coletivos, de interesses difusos e de interesses individuais massificados -, os efeitos das decisões judiciais vão bem além do que a doutrina tradicional prescreve e o objeto dessas lides também não se adapta aos postulados da doutrina tradicional. Direta ou indiretamente, essas decisões judiciais

versam sobre a aplicação de políticas públicas, sobre conflitos sociais, sobre conflitos econômicos, isto é, o julgador nesses casos é obrigado a apreciar muito mais do que os aspectos jurídicos da questão (os aspectos jurídicos se tornam assim pano de fundo ou mesmo o pretexto para a apreciação judicial desses casos). Os efeitos dessas decisões também podem afetar um número expressivo de pessoas indiferentes à relação jurídica processual, isto é, podem afetar aqueles que foram “representados” por um substituto processual (que postula em nome próprio direito alheio) e a primeira decisão de um conflito individual massificado produzirá efeitos não apenas para os que participaram daquele processo, mas para as partes de todos os casos posteriores, sem que esses últimos pudessem se manifestar nos autos.

Esse poder normativo dos juízes, que é implícito e circunstancial quando aprecia essas novas lides, é explícito em outros casos; como as sentenças normativas da justiça do trabalho, como as consultas da justiça eleitoral e como a adoção de súmulas pelos tribunais. É explícito também no caso específico do Supremo Tribunal Federal, com o controle direto e concentrado da constitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, por exemplo), ainda mais explícito, pois se referem à apreciação da norma abstratamente e não, como é típico da atividade judicial tradicional, à apreciação da norma aplicada aos fatos.

O uso político do poder judiciário não é feito apenas pelo movimento social, mas por todos os grupos minoritários (ou mais fracos) no embate político, social ou econômico. Assim, por exemplo, os partidos da oposição derrotados no embate

é também o conceito de soberania para Carl Schmitt.

político ajuízam ações para reverter a derrota. Basta lembrar a avalanche de processos judiciais durante o processo de privatizações.

Há, ainda, outros aspectos, como a tese de que a judicialização da política representa, pelo contrário, uma privatização da cidadania, substituindo a cidadania da mobilização popular (entre outros pelo movimento social) pela cidadania individual diretamente recorrendo ao judiciário (cidadania judicial); ou pela contratualização das relações sociais tendo como causa o desaparecimento ou o enfraquecimento de outras formas de controle social, como a família, a religião etc.

No contexto dos séculos XVIII e XIX, ao poder judiciário (por carecer de legitimidade democrática) era vedado criar direito, formular políticas públicas, interferir nas atribuições dos outros poderes. Como desdobramento dessa vedação, o poder judiciário adotou uma postura de auto-restrição sobre alguns temas formalmente denominados de “questões políticas”. Assim, o poder judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estava impedido de apreciar as “questões políticas” que deveriam ser resolvidas no âmbito político, ou seja, do executivo e do legislativo ou da sociedade civil. As “questões políticas” eram, assim, o limite para que o poder judiciário não interferisse nas atribuições dos outros poderes.

A ampla positivação de direitos sociais, o aumento de encargos do Estado, a inflação legislativa, o agigantamento do poder executivo fizeram aumentar a demanda pela prestação jurisdicional. Os direitos sociais³⁶⁶ positivados precisavam ser efetivados, os benefícios sociais prometidos precisavam ser oferecidos, a

³⁶⁶ “Intimamente ligados à noção de cidadania e à sua concretização no seio da sociedade, os ‘novos direitos’ revelam feições absolutamente diversas das que caracterizam os direitos até então reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cunho eminentemente individualista e patrimonial. Nessa nova realidade jurídica, tomam corpo direitos que não se personalizam, não se individualizam numa

produção legislativa (entendida em sentido amplo abrangendo também a atividade regulamentar) intensificada precisava ser interpretada (e os conflitos de interpretação precisam ser resolvidos) e os abusos do Estado (principalmente do poder executivo) precisavam ser reprimidos. O Estado social, o Estado providência, o Estado administrador produziram indiretamente a necessidade de um poder judiciário compatível com as novas demandas; para tanto, o poder judiciário precisa se agigantar (o que talvez não seja possível) ou adotar novas práticas e novos métodos para obter eficiência³⁶⁷.

única pessoa, mas, ao contrário, pertencem, igualmente, a toda uma coletividade de pessoas". Boaventura de Sousa Santos e outros. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, p. 19.

³⁶⁷ Comparado ao executivo e ao legislativo, "no poder judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século". Dalmo de Abreu Dallari. Elementos de teoria geral do Estado, p. 5.

CAPÍTULO II - AS QUESTÕES CLÁSSICAS

A judicialização da política é um fenômeno percebido a partir da segunda metade do século XX. No entanto, fatores independentes, anteriores ao reconhecimento do fenômeno, já explicitavam a crise paradigmática, seja ao expor contradições, seja mesmo ao apresentar explicação pouco convincente³⁶⁸.

No capítulo II, serão tratados estes temas relacionados à judicialização da política, mas que se manifestavam antes mesmo da identificação do fenômeno. Particularmente nas seções 6 e 7, serão tratados temas tipicamente relacionados à judicialização da política, particularmente, dos problemas relacionados com o caso brasileiro.

Foram selecionados cinco temas relevantes para compreender (este momento precursor) a judicialização da política: (a) a apreciação das “questões políticas” pelo poder judiciário, (b) a natureza normativa da atividade judicial (e seu desdobramento extremado como a natureza legislativa de certos atos formalmente judiciais), (c) a atividade normativa dos tribunais (até mesmo com forma legislativa), (d) a posição conservadora do poder judiciário no momento da transformação para o Estado social e para o Estado do bem-estar polemizando com o poder legislativo, invalidando os atos deste e (e) o desenvolvimento da doutrina da supremacia constitucional e da supremacia judicial e suas implicações no Estado do bem-estar, ou seja, um poder judiciário que, além de impedir, também é atuante (ativo).

1 QUESTÕES POLÍTICAS

“Questões políticas” ou “questões dos atos políticos” têm, aqui, um sentido bastante particular. Não se trata de juízes que fazem política ou de juízes que apreciam politicamente (partidariamente ou eleitoralmente) questões jurídicas. Significa a distinção entre duas espécies de controvérsias: (a) políticas (não judiciais) e (b) judiciais ou jurídicas (não políticas). A distinção tem sentido apenas dentro dos parâmetros da doutrina clássica da separação de poderes³⁶⁹, de modo que determinadas controvérsias não poderiam ser apreciadas pelo poder judiciário, do contrário haveria uma indevida interferência de um poder no outro. É nos termos seguintes que a Constituição brasileira de 1934 sintetizou a doutrina: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões políticas” (art. 68).

A discussão sobre as questões políticas é de origem francesa, destacando-se dois fatores: (a) a tradição francesa de desconfiança com o poder judiciário frente ao órgão legislativo legitimado democraticamente e (b) a posição do Conselho de Estado francês ao (não) apreciar delicadas questões no momento da passagem do Império para a Monarquia³⁷⁰. Atualmente, a “doutrina dos atos de governo foi superada no direito francês. Restaram como limitações ao controle judicial as

³⁶⁸ Thomas Kuhn explicava que o paradigma contém desde a origem enigmas não resolvidos, mas que são ignorados ou considerados sem importância até a crise paradigmática.

³⁶⁹ “Na análise da jurisprudência concernente às ‘questões políticas’ aparece como dado constante a invocação do princípio da divisão e separação de poderes, que se esgrime ambivalentemente tanto para sustentar a procedência da justiciabilidade desses casos quanto para fundar a tese da abstenção dos juízes”. Jorge Vanossi, p. 177.

³⁷⁰ Cf. José Ribamar Soares. Controle judicial do mérito administrativo, p. 40. O autor recomenda a leitura complementar de Virally. Curso de Direito Administrativo, p. 497.

relações governo-parlamento e as relações internacionais, ficando os demais atos chamados políticos ou de governo sujeitos à sindicância pelo judiciário”³⁷¹.

A menos que se possa afirmar que tenha uma natureza das questões, isto é, das controvérsias (dos conflitos de toda ordem, como pretensos direitos resistidos), a distinção entre questões políticas e questões jurídicas (ou judiciais) é pleonástica. Resume-se, simplesmente, a afirmar que as questões políticas não podem ser apreciadas pelo poder judiciário e que as questões jurídicas podem ser apreciadas pelo poder judiciário. O aspecto relevante permanece obscuro: qual o critério, seja ontológico, seja normativo, para determinar o que o judiciário pode e o que não pode apreciar?

O mais curioso deste debate é que, na prática, a questão chegou ao poder judiciário, cabendo ao próprio poder judiciário apreciar se a questão é política ou jurídica³⁷². Se fosse diferente, por exemplo o Congresso Nacional com poderes para averiguar a politicidade da questão, produziria o necessário efeito colateral, que é o poder do Congresso controlar sobre quais questões o poder judiciário poderia apreciar. A controvérsia (ou a falta dela) sobre as questões políticas revela um poder judiciário pretensamente neutro e racional (daí porque só aprecia questões jurídicas) que não quer ou não pode se atritar com os outros poderes. A superação do tema revela-se, também, esclarecedora de um poder judiciário que não mede palavras para se afirmar como um órgão acima dos outros, pelo menos como um moderador institucional.

³⁷¹ José Ribamar Soares. Controle judicial do mérito administrativo, p. 44. Atente-se para a organização judiciária francesa e para a posição do Conselho de Estado, que não é órgão judicial nos moldes dos Estados Unidos e do Brasil.

Como já se afirmou, o tema pode seguir dois caminhos – ontológico ou normativo. No primeiro caso, há maior ambigüidade, pois o próprio juiz, juridicamente, aprecia a natureza do ato *sub judice*. No segundo caso, havendo um ato normativo próprio que explicita o que é ato político, o juiz também aprecia o caso, mas (no caso de constituições não imutáveis, seja rígida ou flexível) o legislador dispõe sempre do artifício de alterar a norma fonte da discriminação. No primeiro caso, o jurídico controla o político. No segundo caso, o jurídico ainda controla o político, mas o político tem formas jurídicas de defesa.

Há, no entanto, outra perspectiva para observar o problema. A doutrina das “questões políticas” não tem origem nos órgãos políticos (ou na prática dos órgãos políticos), mas nos órgãos judiciais. Trata-se de uma auto-restrição do próprio poder judiciário. A lição de Montesquieu não pode ser esquecida, parece improvável que alguém abra mão do poder espontaneamente. Desloca-se de uma explicação estritamente jurídica e formal, para uma explicação completa, inclusive considerando as condições reais do exercício do poder. Assim, a doutrina das questões políticas pode ser considerada como mero artifício dos órgãos judiciais, que, diante de embaraçosas circunstâncias concretas, difíceis de resolver (principalmente, considerando as implicações na sociedade, em especial a reação das partes interessadas), preferem não decidir. A auto-restrição não deixa de ser uma estratégia astuta e eficaz, pois preserva ao judiciário a prerrogativa de dizer o que é judicial (implicitamente) e, mesmo quando não decide, o fortalece, pois afirma o direito de fixar autonomamente sua própria competência. O caso emblemático é a já

³⁷² Bernard Schwartz (Direito Constitucional Americano) registra o primeiro caso de reconhecimento da questão política na Inglaterra, em 1460, sobre o direito de sucessão ao trono. Cf. Antônio Humberto Souza Jr. Entre o medo e a utopia, p. 59.

referida decisão de John Marshall no caso *Marbury versus Madison*. Ressalte-se que esta perspectiva pode ser considerada para o caso norte-americano ou para o caso brasileiro, mas não para o caso francês.

A doutrina dominante no Brasil, deve-se, em grande medida, à contribuição de Rui Barbosa; como relata Antônio Humberto de Souza Jr.:

Conclui-se, pois, que as questões políticas, na visão de Rui, guardava íntima equivalência com os atos discricionários, sendo jurisdicionáveis sempre que desrespeitados os limites de competência do poder emitente do ato ou violadas garantias individuais. Ao tribunal cumpriria averiguar a existência e a extensão dos poderes políticos e a contenção, ou não, do ato impugnado a tais limites. Nestes casos o efeito da interferência dos tribunais se restringiria a transformar uma questão política em questão judicial³⁷³.

Outros fatores também interferem na apreciação das “questões políticas”. Decisões anteriores sobre questões políticas formam jurisprudência e o peso da tradição também inibe mudanças futuras. O direito estrangeiro e a doutrina pátria tentaram enumerar as questões políticas, a partir de vários critérios: ontológicos, normativos ou empíricos (considerando casos passados e do direito comparado). No Brasil, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 3061, em 1911, o Supremo Tribunal Federal considerou que a questão política apreciada pelo judiciário, quando fosse inerente a ele, era questão jurídica. E, em 1914, o Tribunal passou a entender que o judiciário poderia apreciar questões exclusivamente políticas, desde que para proteger direito individual.

Perceba-se que, embora seja uma doutrina obsoleta (das questões políticas), a comunidade jurídica ainda a considera válida. Trata-se, como já se afirmou, de

³⁷³ Antônio Humberto Souza Jr. Entre o medo e a utopia, p. 86.

mero artifício retórico para que o judiciário, em momentos de fragilidade, possa não apreciar as questões difíceis (pelos seus efeitos e implicações), sem perder a prerrogativa de decidir sobre o que decidir.

Em uma constituição moderna, quando se adota o princípio da supremacia judicial, toda questão política é questão constitucional, logo, é questão jurídica, judicial. Com o papel de destaque exercido pelo judiciário na jurisdição constitucional, especialmente por seu órgão de cúpula, o tema das questões políticas perde importância ou se converte no tema da jurisdição constitucional³⁷⁴. Portanto, é o próprio Supremo Tribunal Federal que decide sobre o que é ou não política. Evidente que o papel, historicamente, auto-restritivo do Supremo Tribunal Federal não é apenas moderado por sua pretensa fraqueza frente ao executivo (ou ao legislativo); muitas vezes, o caso *sub judice* é embaraçoso ou irrelevante para os interesses imediatos da corporação, deixado, portanto, passar e que a solução seja encontrada em outro espaço. Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal tem algumas restrições motivadas por coerência orgânica; assim, a auto-restrição também é motivada por uma história de decidir sobre questões políticas em determinada direção.

2 JUÍZES LEGISLADORES

O debate sobre as questões políticas só faz sentido, se considerada a separação rígida entre o direito e a política. Outra separação rígida, também

³⁷⁴ Sobre a natureza da interpretação constitucional, cf, também, Wellington Saraiva. A natureza política da interpretação constitucional.

expressão do paradigma oitocentista, é entre as atividades (as funções) legislativa, executiva e judiciária.

A doutrina clássica sobre o tema apregoa a distinção das três funções do Estado exercidas, respectivamente, por três órgãos estatais. Ao órgão legislativo cabia a função de criar normas gerais e abstratas; ao órgão executivo cabia a função de aplicar as normas para o bem comum; e ao órgão judicial cabia a função de aplicar as normas para resolver litígios. Neste sentido é a doutrina de Francesco Carnelutti sobre a distinção entre legislação e jurisdição:

No fundo, a diferença entre elas é verdadeiramente funcional. A legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular³⁷⁵.

É desta doutrina que se constrói a imagem do juiz “boca da lei”, que exerce mecanicamente a sua função, pois não tem a atribuição de criar o direito, mas de aplicar ao caso concreto o direito pré-existente. Esta imagem ganhou contornos extremados, quando a *escola da exegese* proclamou que ao juiz não cabia interpretar a lei, cabia-lhe apenas aplicá-la.

Hans Kelsen³⁷⁶, no entanto, com clareza e precisão, demonstrou que os atos estatais são, na verdade, de duas espécies: (a) atos de legislação, que criam normas jurídicas, e (b) atos de execução, que aplicam normas jurídicas. Carece, portanto, fazer a distinção substancial entre os atos judiciais e os atos

³⁷⁵ Francesco Carnelutti. Teoria geral do direito, p. 147.

³⁷⁶ Cf. detalhes nas três obras mais difundidas de Kelsen: Teoria general del Estado, Teoria pura do direito e Teoria geral do direito e do Estado.

administrativos (de execução, no sentido estrito); ambos são atos de aplicação normativa. Kelsen, também, demonstrou a impertinência da rígida associação entre as funções e seus respectivos órgãos jurídicos. Demonstrou que a maior parte dos atos estatais não é pura, ou seja, que são, geralmente, atos legislativos (de criação normativa) e executivos (de aplicação normativa) ao mesmo tempo; portanto, de natureza mista. Assim, por exemplo, a lei editada pelo Congresso Nacional é ato legislativo, mas é, também, ato executivo, pois aplica a constituição. A sentença do juiz, por sua vez, é ato executivo (ato judicial), mas é, também, ato legislativo, pois a decisão do juiz foi uma escolha entre alternativas limitadas pela lei.

Cabe explicar melhor. O ato de aplicação normativa não é, geralmente, um ato vinculado, mecânico, mas uma complementação normativa, um ato criativo do aplicador diante das limitações hermenêuticas oferecidas³⁷⁷. Logo, o ato executivo é, salvo atos puros, também um ato legislativo.

A teoria de Hans Kelsen põe em xeque a doutrina clássica. Não há mais pertinência na indagação sobre se os juízes são legisladores; pois os atos judiciais são também atos legislativos. Se não há pureza dos atos estatais, como é possível distinguir os órgãos específicos pelas suas exclusivas funções especializadas?

Para Mauro Cappelletti, a diferença é de grau: os atos legislativos são mais criativos que os atos judiciais. A criatividade judicial de que trata Cappelletti não se restringe à criatividade da jurisprudência (como fonte do direito), aplica-se a toda

³⁷⁷ Ou, ainda, com mais liberdade: “a sentença, portanto, não apresenta a única solução possível. Ela é um elemento de persuasão acerca do ponto de vista do magistrado sobre a matéria. Dessa forma, busca criar um vínculo de coerência e verossimilhança entre o caso examinado e a legislação pertinente. Dessa forma, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do Direito em relação à magistratura, que cada vez mais não se contenta em mostrar a correção formal das sentenças, mas se esforça em torná-las convincentes”. Edil Batista Jr. No café, com os magistrados. Cf, também, João Maurício Adeodato. Ética e retórica.

atividade judicial. Deixou, no entanto, uma clara definição do problema: “com terminologia um pouco envelhecida [criatividade da função jurisdicional], trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”³⁷⁸. Ou seja, colocou o problema nos seguintes termos: interpretação judiciária da lei *versus* criatividade dos juízes³⁷⁹. Como superar a antítese?

Pelo depoimento do *chief justice* da corte australiana, Sir Garfield Barwick, segundo Cappelletti “a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”³⁸⁰. Hans Kelsen já havia feito afirmação semelhante, ainda que não fosse de forma tão direta, que todas as imprecisões terminológicas precisam ser resolvidas por alguém e que este alguém será sempre um juiz. Mauro Cappelletti arrematou que o dilema, o paradoxo, a antítese é falsa: “o verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e de criação do direito. [...] O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”³⁸¹. Mauro Cappelletti, surpreendendo a posição kelseniana, concluiu que não há

³⁷⁸ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 13.

³⁷⁹ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 20.

³⁸⁰ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 20-1. “Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção [...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”. Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 23. “Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais”. Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 24.

³⁸¹ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 24. Cappelletti alerta que reconhecer a criatividade judicial “não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto”. Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 26.

diferença, quanto a natureza, entre jurisdição e legislação; a diferença é simplesmente de grau; ou seja, a atividade judicial é mais limitada que a atividade legislativa³⁸².

Até aqui, não há nenhuma polêmica sobre o papel dos juízes. Quando se reconhece a jurisdição criativa não se trata de um enunciado prescritivo para que os juízes mecanicistas se tornem intérpretes mais livres, mas uma constatação de que todo juiz é necessariamente criativo, no mínimo pelas próprias limitações dos textos, necessariamente ambíguos e com plurisignificação. Assim, “quanto mais vaga uma lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”³⁸³.

Melhor que a distinção fundada no grau de criatividade normativa, Cappelletti enfatizou que a distinção entre jurisdição e legislação é processual³⁸⁴. Enumerou as características tipicamente judiciais, que ele denominou de “virtudes passivas” ou “limites processuais”: (a) o juiz não envolvido com as partes e isento de ser pressionado por elas, (b) o contraditório e (c) o *nemo iudex sine actore* (que Cappelletti ampliou o sentido para significar também o princípio da imparcialidade judicial)³⁸⁵. Explicou que estes limites constituem não apenas a distinção entre a jurisdição e a legislação (na verdade é a distinção mesmo entre a jurisdição e o poder político), mas que é a única forma de legitimação do poder judiciário³⁸⁶.

Atente-se, portanto, que, contrariando a doutrina clássica, não é a natureza da função que determina a natureza do órgão, mas é a organização funcional que

³⁸² Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 26.

³⁸³ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 42.

³⁸⁴ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 74.

³⁸⁵ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, pp. 74-6.

³⁸⁶ Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, p. 76.

determina a natureza da função. Da mesma maneira, a diferença entre legislação e jurisdição não está na distinção entre função criadora e função aplicadora do direito; como, também, parece, não está nem mesmo no grau de criatividade da produção normativa, mas em condições especiais que tornam o órgão judicial distante dos problemas que aprecia, visando alcançar a imparcialidade relativa decorrente do distanciamento sobre o objeto de sua ação. Por isso, os juízes gozam de certas prerrogativas e de certos deveres. Por isso, há rigorosos limites processuais, tudo visando à imparcialidade judicial. Assim, o que faz do judicial judicial não é a natureza da função que exerce, mas a qualidade (institucional) da imparcialidade que condiciona sua ação.

Diante do que se afirmou, a indagação sobre se os juízes são legisladores ou se deveriam ser legisladores perde muito de sentido. Mais importante é indagar sobre se a engenharia institucional assegura a imparcialidade aos juízes. Sem tais condições, não há atividade judicial.

3 PODER NORMATIVO DOS TRIBUNAIS

Afirmou-se que a soberania, antes da modernidade, se exercia, sobretudo, pelo poder de jurisdição, isto é, pelo poder de julgar em última instância. O rei, admitindo a súplica dos súditos, podia rever as decisões tomadas em outra instância. Na modernidade, transferiu-se a expressão da soberania para a legislação. O judiciário apenas aplica a lei. Assim, a independência dos juízes significa também independência em relação aos tribunais. E o recurso aos tribunais

justifica-se mais por uma necessidade de uniformização da jurisprudência ou pela revisão por um órgão colegiado experiente do que propriamente pela superioridade política ou jurídica do tribunal. A revisão judicial de uma decisão do juiz *a quo* pelo juiz (tribunal) *ad quem* é uma decisão para o caso *sub judice*, que revê a decisão, mas não vincula a ação do juiz para qualquer outro caso.

Esta seção ater-se-á ao poder normativo dos tribunais³⁸⁷, ou seja, ao poder judiciário que edita explicitamente normas gerais e abstratas, tal como o legislador, ainda que possa manter a forma de ato jurisdicional. Refere-se a poder normativo dos tribunais e não a poder normativo dos juízes. Sobre poder normativo dos juízes (criatividade judicial), de modo geral, tratou-se na seção anterior e será tratado, indiretamente, também, na seção 6 - “Apreciação judicial dos interesses difusos e coletivos e dos interesses individuais homogêneos”. Portanto, não se afirmou aqui que o poder normativo no poder judiciário é exclusivo dos tribunais, mas apenas que se manifesta diferentemente neles.

Neste sentido, geralmente, podem-se distinguir três situações em que o poder judiciário exerce o poder normativo: (a) quando os tribunais aprovam enunciados com os requisitos da generalidade e da abstração, porém sem efeito vinculante; (b) quando as decisões dos tribunais possuem efeito vinculante, além dos requisitos do item anterior; e (c) quando é conferido expressamente aos tribunais o poder regulamentar, ainda que sujeito a forma e aos procedimentos tipicamente judiciais, como o princípio da inércia e a decisão por acórdão – é o caso do mandado de injunção, das instruções da justiça eleitoral e dos dissídios coletivos da justiça do trabalho.

Também, o poder normativo dos tribunais se manifesta de forma (a) negativa ou (b) positiva, isto é, na terminologia kelseniana, como legislação negativa ou como legislação positiva. No primeiro caso, as decisões dos tribunais invalidam, retiram a eficácia, expurgam do sistema, normas emanadas do outro poder. No segundo caso, as decisões dos tribunais dão um sentido normativo distinto do sentido literal do texto ou editam normas na ausência de ou em substituição a normas emanadas de outros poderes. Portanto, aplica-se aqui a expressão “poder normativo”, no sentido de poder para editar “normas gerais e abstratas”, tal como a definição moderna de lei. Assim, trata-se de observar as decisões dos tribunais, ainda que tenham forma de atos judiciais, mas que tenham substancialmente o caráter legal. Registre-se que o tema não se restringe, mas inclui, a atividade dos tribunais em jurisdição constitucional.

Este poder normativo se manifesta de forma menos explícita com a edição de súmulas pelos tribunais. Embora fique claro que as súmulas³⁸⁷ não possam produzir efeito vinculante, nem mesmo para os órgãos judiciais inferiores vinculados ao tribunal, não há dúvida de que o tribunal exorbitou da consideração dos casos particulares, para cuidar do estabelecimento de tipos ideais, ou seja, gerais e abstratos. Assim, ainda que se possa desconsiderar a prescrição contida na súmula, pois formalmente não é norma jurídica, não se pode negar o efeito persuasivo de conhecer, antecipadamente, como o tribunal decidirá. Nos Estados Unidos, esta

³⁸⁷ Cf., também, Victor Nunes Leal. Problemas de direito público e outros problemas (particularmente o Capítulo VII – Funções normativas de órgãos judiciários).

³⁸⁸ “Originando-se as súmulas de um processo de padronização (equalização) da jurisprudência, seriam extremamente oportunas para impedir os conflitos dentro do próprio Judiciário”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 364.

discussão carece de sentido; o *stare decisis*³⁸⁹ impõe um efeito similar ao vinculante; portanto, as decisões dos tribunais, assumidamente, produzem efeitos normativos; mantendo-se a forma judicial.

A Constituição brasileira de 1988, originalmente, não previa a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a Emenda constitucional nº 3, de 1993, estabeleceu efeito vinculante para as decisões do Supremo Tribunal em sede de ação declaratória de constitucionalidade. A Emenda constitucional nº 45, de 2004, estendeu o efeito vinculante para as decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade³⁹⁰. E, por fim, instituiu o sistema de súmulas vinculantes: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”³⁹¹.

Antes, no entanto, o Brasil já adotava o sistema de súmulas. A Consolidação das Leis do Trabalho admite recurso contra decisões discordantes da súmula do

³⁸⁹ “O chamado *precedente* (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. [...] O precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 360-1.

³⁹⁰ §2º do Art. 102 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda constitucional nº45/2004: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. E, antes dela, a Lei nº9868/1999.

³⁹¹ Art. 103-A, acrescido pela Emenda constitucional nº45/04.

Tribunal Superior do Trabalho³⁹². O Código de Processo Civil trata no Art. 479³⁹³ a respeito da edição de súmulas, aprovada por maioria qualificada, e o regimento interno do Supremo Tribunal Federal trata da publicação das súmulas do Supremo Tribunal³⁹⁴. Antes da adoção das súmulas vinculantes pela Emenda constitucional nº 45, de 2004, por legislação infraconstitucional adotou-se a súmula impeditiva de recurso³⁹⁵. Deve-se, portanto, observar como gradualmente foi instituído um sistema de vinculação às súmulas dos tribunais, ainda que não expressamente, por mecanismos de cassação liminarmente das decisões judiciais em desconformidade com as súmulas. Atente-se que a súmula impeditiva não apenas dá competência para rejeição do recurso, como permite a reforma da decisão apreciada³⁹⁶.

Alexandre de Moraes ainda fez um interessante registro, identificou na tradição judicial brasileira o antecessor da súmula vinculante:

³⁹² Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 896, alínea a: “Cabe recurso de revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho [...] quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou à Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte”.

³⁹³ Art. 479 do Código de Processo Civil: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

³⁹⁴ Regimento interno do Supremo Tribunal Federal: “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na ‘Súmula do Supremo Tribunal Federal. §1º A inclusão de enunciados na ‘Súmula’, bem como a sua alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta”.

³⁹⁵ Código de Processo Civil, com a reforma pela Lei n. 9756/98, Art. 557: “O relator negará seguimento a recurso [...] em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Segue descrição da doutrina processualista: “O relator de qualquer recurso (apelação, agravo, embargos infringentes, recurso extraordinário ou especial) é autorizado a negar-lhe seguimento, quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior (art. 557, com a redação da Lei n. 9.756, de 17-12-1998). Ernani Fidelis dos Santos. Direito processual civil, p. 703.

³⁹⁶ “Ou seja, no regime jurídico atual da súmula impeditiva, esta permite tanto (i) a rejeição do recurso que a contrarie, como também (ii) a reforma da decisão que a contrarie, podendo o próprio relator (sic!) prover o recurso contra essa decisão”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 370.

A instituição da *súmula vinculante*, pela EC nº 45/04, corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*); porém, é importante lembrar que essa idéia já fora adotada no Império, quando, em 1876, o Supremo Tribunal de Justiça passou a ter a possibilidade de editar *assentos com força de lei*, em relação à 'inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas no julgamento divergentes do mesmo tribunal, das Relações e dos Juizes', nos termos do art. 2º, do Decreto nº 6.142, de 10-3-1876, sem porém que tivesse sido utilizado até a proclamação da República³⁹⁷.

O poder normativo dos tribunais se manifesta de forma mais explícita, no entanto, quando o tribunal edita normas gerais e abstratas, sem o subterfúgio de estar julgando litígios concretos. A justiça eleitoral brasileira tem competência para editar instruções normativas e a justiça do trabalho brasileira tem competência para resolver dissídios coletivos³⁹⁸. O terceiro exemplo é a competência do Supremo Tribunal Federal para editar normas supletivas nos julgamentos de mandado de injunção; na omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal poderá editar normas gerais e abstratas.

Perceba-se que, mesmo mantendo procedimentos e formalidades tipicamente judiciais, como a inércia do tribunal e a forma de acórdãos para a publicação das normas, trata-se substancialmente de normas gerais e abstratas, ou lei no sentido material. Hans Kelsen ressaltou que a decisão do tribunal que invalida ou suspende a aplicação de uma lei, isto é, que formalmente anula um dispositivo legal, consiste, na verdade, em legislação negativa, isto é, substancialmente é uma revogação. Perceba-se que a diferença está nos efeitos produzidos: (a) se *inter partes*

³⁹⁷ Alexandre de Moraes. Direito constitucional, p. 514-5.

³⁹⁸ O juiz da infância e da juventude também exerce poderes normativos. O Art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a competência da autoridade judiciária para disciplinar sobre a entrada, permanência e participação de criança ou adolescente em determinadas atividades culturais, esportivas, artísticas e de lazer

esclarecendo uma situação jurídica atual ou anterior; ou (b) se *erga omnes* prescrevendo soluções para casos futuros.

Neste sentido, quando um tribunal interpreta um texto legal dando-lhe sentido diferente do literal ou do sentido consagrado, está legislando positivamente. Destaca-se a posição do Supremo Tribunal Federal admitindo a “interpretação conforme a constituição sem alteração de texto”, ainda que formalmente se justifique que não passa de uma aplicação do sistema jurídico, tendo a constituição como norma fundamental.

4 GOVERNO DOS JUÍZES CONTRA A LEGISLAÇÃO SOCIAL

Pelas seções anteriores, poder-se-ia pensar que a preocupação com uma nova atividade judicial estivesse relacionada ao abuso das funções, abuso no sentido ativo de criar normas, quando não devia, ou seja, exorbitar de seus poderes, atuando como órgão legislativo.

Contudo, a primeira manifestação histórica sobre um excesso do poder destinado ao judiciário foi conservador, isto é, uma ação para invalidar os atos dos outros poderes, especialmente do órgão legislativo. Neste contexto, foi formulada a expressão governo ou tirania dos juízes. Ou ainda, de modo explicativo, o “governo dos juízes contra a legislação social”, já que as decisões judiciais não se destinavam a criar novas regras, mas a invalidar as inovações produzidas especialmente pelo poder legislativo.

O judiciário, portanto, era o reduto conservador contra as mudanças produzidas pelos órgãos democráticos, que tentaram impor mudanças sociais, sobretudo em três linhas: ampliação dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e dos deveres sociais (prestações) do Estado³⁹⁹. Ou seja, limites ao exercício da propriedade e ao exercício da liberdade de contratar, dois elementos presentes na dogmática jurídica privatista oitocentista.

É neste contexto, também, que o poder judiciário, especialmente a Suprema Corte dos Estados Unidos (ou órgão equivalente em outros países), passou a ser identificada como órgão aristocrático em contraste com o Congresso como órgão democrático. Assim, indaga-se sobre a legitimidade (democrática) dos juízes para invalidar a vontade do povo (dos representantes do povo). Na reação dos teóricos da supremacia judicial, o tribunal invalida as decisões do povo (da maioria) para proteger os direitos individuais (ou os direitos da minoria), ou o tribunal atua em defesa da constituição contra a legislação infraconstitucional, ou, ainda, o tribunal atua em defesa do povo (cuja vontade está expressa na constituição) contra o governo (que não é o povo).

Trata-se de um acontecimento presente em mudanças (institucionais) pacíficas do Estado liberal para o Estado social e para o Estado providência. É a expressão, por exemplo, da reação dos empregadores contra os direitos trabalhistas que cerceavam a autonomia da vontade, a liberdade de contratar; portanto, sob esta perspectiva, consistia no Estado tirano que ultrapassava os limites da esfera privada. Por trás da tensão social, o problema era apreciado pelo judiciário como questão

³⁹⁹ Sobre o Estado social e o Estado providência, cf., também, Wolfgang e outros. *El Estado social*; Ernst Forsthoff. *El Estado de la sociedad industrial*.

jurídica, como questão de direitos individuais, e não como um conflito político ou social.

O tema do “governo dos juízes” é recorrente na doutrina norte-americana, principalmente porque nos Estados Unidos, comparativamente aos outros países, o judiciário exerce um poder destacado. Gustav Zagrebelsky confirma que um judiciário forte é parte da cultura política norte-americana. No entanto, em alguns momentos da história dos Estados Unidos, percebeu-se uma direta oposição entre o poder judiciário (particularmente a Suprema Corte) e os poderes eleitos (Congresso e Presidente), nestes poucos momentos, o confronto não foi circunstancial, mas expressou uma ruptura no modelo vigente de Estado e de direito, dividindo nitidamente a sociedade. Nestes momentos, inevitavelmente se suscita sobre a (i)legitimidade democrática da Suprema Corte. Vale registrar quatro momentos marcantes: durante o governo Jefferson (o caso *Marbury v. Madison*), o caso *Dred Scott v. Stanford* (19 Howard 393, de 1857), durante o governo Andrew Jackson e durante o governo Franklin D. Roosevelt; depois, em outro sentido, destacam-se a corte Warren⁴⁰⁰ e a corte Burger⁴⁰¹.

Este confronto tipicamente norte-americano repercutiu na Europa, especialmente na França, quando se cogitou ampliar os poderes do judiciário. Preventivamente, a doutrina francesa alertou sobre os perigos do “governo dos juízes”. A obra mais conhecida é *O governo dos juízes e a luta contra a legislação social*, publicada no início do século XX, de autoria de Edouard Lambert. A obra teve ampla difusão; e se situa contemporaneamente ao conflito entre a Suprema Corte e

⁴⁰⁰ Chief justice Earl Warren, nomeado pelo Presidente Eisenhower, em 1953 (exerceu a função até 1969).

a presidência de Franklin D. Roosevelt sobre aplicação do *New Deal*, que é legislação social e trabalhista.

Edouard Lambert deixou claro que não se tratava de uma crítica ao princípio do controle pelo poder judiciário, mas à extensão da competência do judiciário para examinar a competência do legislativo⁴⁰². Lambert fez um apanhado da bibliografia norte-americana sobre o tema e identificou que muitas destas obras associavam a ampliação da atividade judicial sobre a atividade legislativa a formação de uma oligarquia ou uma aristocracia de toga⁴⁰³.

O autor lembrou, ainda, que, no início do século XX, enquanto na Inglaterra e na França a ruptura do equilíbrio idealizado por Montesquieu se dava em favor do legislativo, nos Estados Unidos, deu-se em favor do judiciário⁴⁰⁴. O que não deixa de ser um tremendo exagero, mas que pode refletir um sentimento comum na época. Basta ver a vasta literatura sobre o tema publicado naquele período. Neste sentido, Lambert destacou: “a conquista da supremacia política pelo judiciário se realiza às custas do poder legislativo e por uma invasão dos domínios do *statute-law*. O *statute-law* americano se opõe ao *common-law* ou *case-law*”⁴⁰⁵. Na tradição francesa: “por respeito ao princípio da separação de poderes, que dominou toda a obra da convenção de 1787, os juízes se recusaram a realizar a princípio a extensão do seu controle sobre a constitucionalidade das leis”⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Chief justice Warren E. Burger, nomeado pelo Presidente Nixon, em 1969 (exerceu a função até 1986).

⁴⁰² Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 8.

⁴⁰³ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 8-9.

⁴⁰⁴ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 16.

⁴⁰⁵ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 16.

⁴⁰⁶ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 45. Edouard Lambert apresentou de forma organizada os quatro instrumentos necessários para que a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse exercer a tutela sobre os outros poderes, especialmente sobre o legislativo: (a) o *due process of law*, (b) a interdição da *deprivation of liberty*, usado como

Apenas no final do seu livro é que Lambert se tornou contundente. Exaltou que o judiciário com o poder de controlar as leis é o mais perfeito instrumento da estática social, usado para reprimir a legislação trabalhista e para deter a legislação sobre intervenção econômica⁴⁰⁷. Por fim, registrou que o processo de ampliação do poder judiciário também poderia ser feito na França. A *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* poderia cumprir o mesmo papel que o *due process* desempenhou nos Estados Unidos, toda a defesa do indivíduo e da propriedade individual também poderia ser usada na França, para impedir a legislação social e trabalhista, interpretando com exaltação a atividade econômica e a propriedade econômica⁴⁰⁸.

Nos Estados Unidos, as posições são contraditórias. Isto porque a posição da Suprema Corte não é uniforme; a Corte intercalou períodos de excessiva auto-restrição, períodos de explícito conservadorismo (originalismo ou textualismo na terminologia empregada na Parte III deste trabalho) e períodos de ativismo. Assim, a mesma Suprema Corte que protegeu a escravidão contra o *Compromisso de Missouri*⁴⁰⁹ e invalidou a política do *New Deal*⁴¹⁰, também protegeu os direitos da

garantia do indivíduo contra entraves ao livre exercício da sua atividade econômica, (c) a interdição da *deprivation of property*, aplicada de forma ampla a qualquer ataque a propriedade ou a fortuna e (d) a proibição das leis *impairing the obligation of contract*, destinado a impedir a interferência da lei na esfera típica do contrato⁴⁰⁶. Além destes quatro instrumentos, no século XX, mais dois instrumentos complementavam o poder de controle do judiciário: (e) a *rule of reasonable*, contra a legislação e (f) o critério da *expediency*, ou seja, “da oportunidade e do valor econômico dos atos legislativos”. Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 53.

⁴⁰⁷ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 224.

⁴⁰⁸ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 225-7. “No dia em que a judiciatura francesa houver conquistado o controle de constitucionalidade das leis, ela reencontrará então na nossa Declaração de direitos todos os pedaços constitutivos do instrumento à quatro cordas que já descrevemos sob o nome de *due process of law* e que serviu nas judiciaturas americanas para dobrar as legislaturas sob sua supremacia”. Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 227.

⁴⁰⁹ “No caso Dred Scott, porém, o Presidente Roger Taney, da Corte, sustentou em nome desta que o Congresso havia excedido seus poderes constitucionais ao adotar o Acordo de Missouri, que proibira a escravidão em alguns territórios”. Lawrence Baum. *A Suprema Corte americana*, p. 39.

minoria no caso *Brown versus Comissão de Educação*⁴¹¹. Assim, um autor símbolo como Charles Beard, crítico do caráter elitista (no sentido de elites econômicas) da Constituição de 1781, defendeu um ativismo judicial progressista⁴¹².

Destaque-se, portanto, aqui, o caráter conservador do órgão de cúpula do poder judiciário para proteger os interesses das elites econômicas. Hoje, no entanto, com a ampla positivação de direitos sociais, uma posição juridicamente conservadora do poder judiciário significaria uma proteção de direitos sociais contra a tendência para o retorno ao Estado mínimo.

5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO PROVIDÊNCIA

A jurisdição constitucional é o corolário de dois princípios – o da supremacia constitucional e o da supremacia judicial. Considera-se, implicitamente, que a constituição é superior à lei (ordinária) e que um órgão judicial (ou especial) deve controlar os possíveis excessos do legislador ordinário. O constitucionalismo moderno ou sua manifestação estatal, o Estado constitucional, foram moldados pelo

⁴¹⁰ “Nos anos 20, a Corte Suprema declarou inconstitucionais mais de 130 leis regulamentadoras. As leis federais foram derrubadas porque a Corte as via como não apoiadas pelas garantias de poderes dadas ao Congresso pela Constituição e as leis estaduais e municipais foram derrubadas principalmente como violações dos direitos econômicos protegidos pela Décima-Quarta Emenda. [...] No entanto, a Corte não enfrentou uma ameaça séria senão nos anos 30, quando sua maioria a colocou em conflito direto com o Presidente Franklin Roosevelt e o New Deal. [...] Numa série de decisões tomadas em 1935 e 1936, a Corte revogou estas duas leis e outros diplomas legais federais de recuperação, geralmente por margens de 6x3 e 5x4. Como resultado, o programa do New Deal foi seriamente enfraquecido. Inevitavelmente, a Corte foi criticada com novo fervor”. Lawrence Baum. A Suprema Corte americana, p. 41.

⁴¹¹ “De 1954 a 1957, a Corte adotou políticas libertárias em várias áreas e, assim, suscitou grande descontentamento no Congresso e no País em geral. Membros do Congresso apresentaram projetos para atacar as políticas da Corte e limitar sua competência, e alguns dos projetos receberam séria consideração”. Lawrence Baum. A Suprema Corte americana, p. 206.

⁴¹² Mais sobre Charles Beard, cf. duas obras relevantes do autor: “A Suprema Corte e a Constituição” e “Uma interpretação econômica da Constituição dos Estados Unidos”.

seu antecessor, o Estado (liberal) de direito, objetivando, portanto, a proteção da liberdade (liberal) por um sistema de controles. É assim que o princípio da separação de poderes significa o poder distribuído entre vários órgãos para impedir os excessos dos outros órgãos. Como corolário, a distribuição do poderes implica a limitação e o enfraquecimento do poder arbitrário.

O Estado liberal pode ser estruturado conceitualmente a partir da idéia de direitos individuais; direitos que protegem a esfera fundamental de liberdade (individual), isto é, a esfera privada; neste sentido, para o exercício dos direitos individuais, o indivíduo dispõe de instrumentos jurídicos que invalidam as ações lesivas, principalmente as ações do Estado quando estas interferem indevidamente na esfera privada. O Estado social pode ser estruturado conceitualmente a partir da idéia de direitos sociais; considerando que a esfera privada liberal e o sistema de direitos liberal não asseguram a liberdade real, mas apenas formal; fazem-se necessários, assim, dispositivos que protejam materialmente os direitos dos mais fracos, ou seja, que o regulamento público considere as desigualdades materiais; limitam-se, portanto, os direitos e as liberdades do liberalismo oitocentista, como os direitos de propriedade e a liberdade de contratar; asseguram-se, por outro lado, direitos à jornada máxima de trabalho, ao salário-mínimo, às férias etc. O Estado providência (ou Estado do bem-estar) pode ser estruturado conceitualmente a partir da idéia de direitos de prestação; trata-se de direitos contra a omissão do Estado, ou seja, relacionados ao dever do Estado prestar determinados benefícios sociais; são direitos à educação, à saúde, à seguridade social etc. que devem ser prestados pelo Estado não apenas como programa político, mas como deveres.

Assim temos uma mudança fundamental de um Estado que assumia uma postura negativa (no sentido de não fazer) limitando-se a proteger direitos, ao não interferir nas liberdades individuais do cidadão e em seu direito de propriedade, para um Estado que passa a ter uma postura positiva, no sentido de promover direitos, ao articular as instituições capazes de suprir as demandas sociais⁴¹³.

Principalmente depois da *segunda guerra mundial*, os direitos sociais e de prestação foram sendo gradativamente positivados (e constitucionalmente positivados). O *status* constitucional dos direitos sociais e dos direitos de prestação criou as condições para a atuação inovadora do poder judiciário, especialmente dos órgãos de jurisdição constitucional.

Um órgão como a Suprema Corte dos Estados Unidos⁴¹⁴ ou como o Tribunal Constitucional do tipo europeu (Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, por exemplo), que tem por tarefa proteger a constituição, modificou a atuação clássica de invalidar as ações inconstitucionais, para atuar com um novo tipo de inconstitucionalidade motivada pela omissão inconstitucional, isto é, a omissão dos órgãos estatais, quando tinham o dever constitucional de oferecer determinada prestação. Resta aos órgãos de jurisdição constitucional determinar que os órgãos omissos ajam ou agir no lugar deles, seja suprimindo a omissão legislativa (editando normas gerais e abstratas ou criando normas individuais e concretas supletivas), seja suprimindo a omissão administrativa (fixando políticas públicas ou ordenando diretamente aos órgãos finais da administração pública). Como os recursos são necessariamente escassos diante da infinita necessidade humana, o poder público nunca responderá

⁴¹³ Eduardo Capellari. A crise do poder judiciário no contexto da modernidade – a necessidade de uma definição conceitual, p. 22.

⁴¹⁴ O caso norte-americano não é um exemplo adequado na medida em que não é explícita a positivação constitucional dos direitos de prestação. No entanto, a forte tradição de ativismo judicial, desde a década de 1950, supre esta deficiência.

completamente à demanda por direitos de prestação, logo, o poder público sempre será parcialmente omissor.

Mesmo quando os direitos sociais e os direitos de prestação não recebem *status* constitucional, a estrutura do Estado social e do Estado providência exige o aumento da regulamentação, ou seja, o aumento da legislação ou de outros atos normativos regulamentadores. Tal como o que aconteceu com a positivação constitucional dos direitos de prestação, a regulamentação dos direitos sociais e dos direitos de prestação juridiciza pretensões que eram consideradas pelo paradigma anterior como políticas, sociais ou econômicas. A conversão da pretensão não-jurídica em jurídica a torna objeto de apreciação judicial (mesmo segundo o paradigma antigo). Além da necessidade de regulamentação, o aparato estatal deve ser adequado à nova demanda (ampliada), ou seja, o Estado agiganta a sua burocracia para lhe responder com eficiência; trata-se de um fortalecimento dos órgãos executivos. Como os órgãos judiciários controlam os atos administrativos, o aumento da atividade executiva reflete também no aumento da necessidade de atividade judiciária correspondente.

Assim, no primeiro momento, a regulamentação foi promovida pela inflação legislativa e, principalmente, pela inflação da edição de decretos, portarias, instruções, regulamentos etc. pelos órgãos do executivo; paralelamente, a burocracia, especialmente do executivo, foi reforçada. O agigantamento do Estado significou, portanto, um desenvolvimento desproporcional dos poderes, resultando na hipertrofia do executivo (e não do legislativo). No segundo momento, o resultado foi (ou está sendo) a hipertrofia do judiciário, para se igualar a do executivo (e não

do legislativo)⁴¹⁵. O Estado providência, portanto, esfacela o sentido oitocentista de separação de poderes (com supremacia legislativa) para reduzir, praticamente, o órgão do legislativo a um resquício do Estado liberal.

O enfraquecimento do órgão do poder legislativo é, também, uma consequência da descaracterização da concepção moderna de lei, como regra geral e abstrata⁴¹⁶; as leis no Estado providência, ainda que mantenham a forma clássica, tornaram-se leis-medidas. A necessidade de eficiência parece que tornou a lei obsoleta:

Transformada em solução, a lei perde os seus contornos clássicos: passa a regular casos concretos e determinados, durante a contingência temporal em que isso seja necessário ou possível. Numa sociedade tecnicizada, os problemas são sempre cada vez mais técnicos, principalmente os de natureza econômica e financeira⁴¹⁷.

Isso revela, no entanto, uma nova tendência do princípio da separação de poderes. Distante da concepção distorcida de rígida separação entre executivo, legislativo e judiciário, mas também diferente da concepção de separação de poderes como desconcentração do poder do Estado para, pelo controle inter-orgânico, proteger a liberdade; a nova separação de poderes, ao contrário, pretende

⁴¹⁵ “Na medida em que tais direitos são incorporados às Constituições (Constituições escritas) ou declarados constitucionais, há uma mudança no papel do Judiciário, que passa a ter de politizar ainda mais suas atividades, pois terá de atuar no sentido de promover tais direitos da mesma forma que os outros poderes e, procurar dar solução aos conflitos entre os indivíduos e o Estado, e entre os poderes (há uma nítida concentração das atividades legislativas no Executivo e um conflito intermitente entre tais poderes)”. Eduardo Capellari. A crise do poder judiciário no contexto da modernidade – a necessidade de uma definição conceitual, p. 22.

⁴¹⁶ “Entre as causas de deficiência parlamentar pode-se indicar: a) o caráter técnico dos textos, para cuja apreciação os membros do Legislativo são incompetentes; b) a incapacidade da corporação legisladora em responder de pronto, com normas imperiosamente exigidas em face de alterações da conjuntura, porque deliberar exige tempo; c) a inconveniência do método de discussão pública, quanto a certas matérias, como a defesa do país, a política monetária e cambial”. Sílvio Dobrowolski. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional, p. 80.

⁴¹⁷ Sílvio Dobrowolski. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. p. 80.

fortalecer o poder. Neste contexto, a separação de poderes consiste na técnica da divisão do trabalho, portanto, embora as atribuições sejam distribuídas de forma especializada para se ter mais eficiência, reforça-se o aspecto hierarquizado das relações entre os órgãos do Estado; e se restringe às possibilidades de controle. Trata-se da nítida substituição do valor liberdade pelo valor (se é que é um valor) eficiência.

Em razão do próprio agigantamento do Estado, aumentam também os conflitos relacionados a ele e, portanto, cresce a necessidade da atividade judicial⁴¹⁸. Não é, assim, nenhuma surpresa que o poder judiciário tenha se agigantado (esteja se agigantando). O que causa perplexidade é que tenha deixado a posição de terceiro poder para se tornar o principal poder. E, ao que parece, o próprio judiciário nunca procurou esta ampliação de poder, mas foi provocado pela ação ou pela omissão dos outros poderes. Por exemplo, no Estado social e no Estado providência, houve a proliferação (inflação) de leis quando a estrutura convencional do poder legislativo era incapaz de produzi-las. Assim, as novas leis (o sentido das novas leis) tornaram-se, além de tudo, abertas e ambíguas, seja porque foram leis feitas às pressas (para responder a uma demanda urgente da sociedade), seja porque no jogo parlamentar a produção do consenso tenha ficado cada vez mais difícil. Antes, na falta de consenso ou de maioria segura, não se produzia lei, não havia necessidade de regulação da vida social pelo Estado; hoje há uma exigência por regulamentação, portanto, o Estado deve produzir normas, ainda que não tenham se formado as condições propícias para a boa lei. A lei-medida tem sido o

⁴¹⁸ Mauro Cappelletti procura entender este novo papel desempenhado pelos juízes, provocado sobretudo pela agigantamento do Estado e pela intensa intervenção do Estado (primeiro legislador, depois administrador) da sociedade. Uma distinção provocada, portanto, pelo Estado providência que

instrumento mais usado neste novo contexto, como um instrumento descartável de intervenção na sociedade; assim a (má) qualidade da lei é remediada pela facilidade de sua revogação, substituição ou alteração. Trata-se, provavelmente, de um instrumento adequado para a eficiência, dificilmente será um meio adequado para a proteção da liberdade contra o arbítrio.

6 OUTROS ENIGMAS (PROBLEMAS) NÃO RESOLVIDOS PELO PARADIGMA HEGEMÔNICO

O paradigma oitocentista parte de premissas úteis há dois séculos, mas que atualmente não respondem satisfatoriamente à complexidade do mundo contemporâneo, particularmente da organização política contemporânea. Fatores como o advento do Estado providência, a vitória da ideologia liberal e da democracia (como aliados), o desenvolvimento tecnológico, especialmente das comunicações e da informação, a globalização econômica e cultural etc. produziram um contexto que torna impossível a aplicação coerente dos princípios do paradigma. O paradigma em crise reage ora com pequenos ajustes, ora criando ficções jurídicas para explicar contradições, ora simplesmente ignorando os enigmas.

No que diz respeito aos postulados do princípio jurídico da separação de poderes, estes enigmas estão relacionados ao fenômeno da “judicialização da política”. No caso brasileiro, a judicialização da política explicita a crise paradigmática em três grupos de exemplos; não se pode ser exaustivo, mas se

“superou os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’”, provocou uma atuação mais marcante dos juízes. Mauro Cappelletti. Juízes legisladores?, pp. 34-41.

considera que são manifestações (aspectos) relevantes do fenômeno, isto é, oito enigmas que revelam a crise paradigmática: (a) a judicialização do executivo e do legislativo e (b) a politização do judiciário; (c) a apreciação judicial dos interesses difusos e coletivos, (d) a apreciação judicial de conflitos individuais homogêneos e (e) a judicialização dos movimentos sociais; (f) os casos da Justiça do Trabalho, (g) da Justiça Eleitoral e (h) da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro grupo de exemplos está diretamente relacionado aos órgãos superiores do Estado: refere-se à expansão do judiciário; seja pela difusão de suas práticas, seja pela ampliação do poder do órgão judicial, assumindo atribuições típicas dos outros poderes. O segundo grupo de exemplos se refere à apreciação pelo judiciário não apenas de lides sobre interesses individuais, mas de lides sobre interesses coletivos e difusos e sobre interesses individuais homogêneos. O terceiro grupo de exemplos descreve a experiência brasileira dos dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, da organização das eleições pela Justiça Eleitoral e da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Judicialização do poder legislativo e politização do poder judiciário

Os casos mais comuns de judicialização da política estão relacionados ao desempenho de funções por um órgão que não são consideradas tipicamente suas, isto é, o órgão judicial que exerce atividade executiva ou legislativa e o órgão legislativo ou executivo que exerce atividade judicial.

Outro aspecto também revela moderadamente a judicialização da política; convencionou-se (segundo o paradigma oitocentista) que cada poder tem um *modus operanti* próprio, assim se admite que as decisões nos poderes legislativo e executivo objetivem o bem comum (contra os interesses particulares) e se admite que as decisões dos órgãos judiciais sejam fundadas no formalismo do direito ainda que produzam negativas conseqüências sociais, econômicas ou políticas; admite-se que a decisão dos poderes legislativo e executivo seja o resultado da negociação e que se considerem as pressões de grupos sociais e se admite que as decisões judiciais sejam fundadas apenas na racionalidade técnico-jurídica que isentam o julgador de sua própria vontade e de qualquer outro tipo de pressão. Integra o imaginário (oitocentista) sobre os poderes a discricionariedade e a liberdade dos órgãos executivo e legislativo e a vinculação ao direito dos órgãos judiciais.

Como já se afirmou, a judicialização da política se expressa em dois sentidos: como judicialização dos poderes executivo e legislativo e como politização do poder judiciário. Trata-se, no entanto, de uma distinção estritamente didática, considerando que, em ambos os casos, o que se percebe é uma expansão do judicial, seja do poder do órgão judiciário, seja do método judicial.

Percebe-se a judicialização do Congresso Nacional principalmente nas atividades das comissões de constituição e justiça e das comissões parlamentares de inquérito. No primeiro caso, a comissão de constituição e justiça, que tem a competência para fazer o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, adota cada vez mais os métodos, as técnicas e os procedimentos dos tribunais, afastando argumentos políticos e priorizando argumentos técnico-jurídicos. A *comissão parlamentar de inquérito* expressa a faceta fiscalizadora do Congresso

Nacional, serve não apenas para a fiscalização política, mas também para uma prévia da investigação criminal, dispondo de poderes tipicamente do Ministério Público e do poder judiciário; é o que consagra o §3º do Art. 58 da Constituição de 1988: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais [...]”⁴¹⁹; em contrapartida impõe-lhe restrições típicas da atividade judicial como “o dever de fundamentar a decisão (art. 93, IX, da C.F.) ou de guardar sigilo, quando necessário”⁴²⁰; não se trata, portanto, apenas de desempenhar uma atividade tipicamente judicial, mas atuar fazendo uso de métodos e procedimentos judiciais.

Desde o regime da Constituição de 1934, explicitado na Constituição de 1937 com a instituição do Conselho de Economia Nacional, gradativamente, o espaço da política (da ação) vem sendo ocupado pelo espaço da técnica, isto é, o espaço da política, gradativamente, vem sendo regido por princípios referenciais de pretensa competência técnica; assim tanto nos órgãos do executivo quanto do legislativo as decisões são fundamentadas não mais pelos políticos, mas por especialistas para dispor sobre assuntos econômicos, sociais e também jurídicos. Portanto, a judicialização do político, neste contexto, significa uma tecnização das decisões políticas.

No outro sentido, há uma politização do poder judiciário na medida em que os órgãos judiciais ampliam a sua esfera de atividade, atuando em espaços tipicamente não-judiciais (isto é, esferas tipicamente do executivo e do legislativo).

⁴¹⁹ Por exemplo: “O STF, ao realizar o seu mister, definiu que a CPI tem como prerrogativa a quebra do sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico”. André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1069.

⁴²⁰ André Ramos Tavares. Curso de direito constitucional, p. 1068.

A doutrina dos atos discricionários, por exemplo, pela qual a administração pública possui, para alguns atos, a liberdade de decidir segundo seu juízo de conveniência e oportunidade (e de interesse público), tem sido bastante mitigada pelo controle judicial. Além da invalidação de atos administrativos, a judicialização da política se expressa pela determinação de políticas públicas pelo órgão judicial⁴²¹, fundamentada na proteção (concretização) de direitos fundamentais⁴²². Neste sentido Andréas J. Krell defendeu que “o fato que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exeqüíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos”⁴²³.

Quando as decisões dos tribunais possuem um caráter geral e vinculante considera-se um ato de legislação negativa. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que produza efeitos *erga omnes* é, materialmente, lei revogadora. Assim como o judiciário adota uma estrutura hierarquizada atribuindo aos tribunais o poder de revisão das decisões do juízo *a quo*, decisões reiteradas no mesmo sentido formam a jurisprudência dominante que produz, na prática, efeito

⁴²¹ “Assim, utilizando o conceito de Tate e Vallinder (1995:13), trato por judicialização o ‘processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais’. Simplificadamente, chamei de judicialização a capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o *status quo* vigente. Todavia, para poder intervir, o Judiciário deve antes ser acionado. Este processo, independentemente do ator que o promove – se partido político, organizações da sociedade civil, pessoas físicas etc. –, será chamado de *politização da justiça*, quando se referir ao acionamento desse Poder de modo a interferir em um processo político, nos termos acima descritos. Tratarei a judicialização como um processo de três fases, que implica: primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou *politização da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por fim, no julgamento do mérito da ação¹, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita. Este é o que chamarei aqui de *ciclo da judicialização*”. Vanessa Elias de Oliveira. *Judiciário e Privatizações no Brasil*, p. 560.

⁴²² “Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos”. Andréas J. Krell. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 101.

persuasivo maior que o da lei; explicita-se a jurisprudência dominante na publicação das súmulas, mais ainda com a adoção das súmulas vinculantes (no caso do Supremo Tribunal Federal). No modelo concentrado (e abstrato) de controle de constitucionalidade das leis, pelo Supremo Tribunal Federal, torna a legislação negativa ainda mais nítida.

O ativismo judicial resulta na produção de legislação, materialmente, positiva, sob a forma judicial e fundamentada em métodos de hermenêutica mais livres, baseada, por exemplo, na aplicação de princípios. A Constituição de 1988 prevê também o instituto no mandado de injunção, pelo qual, na omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal poderá, supletivamente, estabelecer normas.

Por fim, a judicialização da política também se revela como criminalização da política, isto é, a responsabilização criminal e não apenas política (eleitoral) dos agentes políticos; mitigada, por enquanto, pela manutenção do foro privilegiado⁴²⁴. Assim, o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar por crimes comuns o Presidente da República, os deputados federais e os senadores; o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar por crimes comuns os ministros de Estado e os governadores e o Tribunal de Justiça tem a competência para julgar os prefeitos e, geralmente⁴²⁵, os deputados estaduais por crimes comuns.

⁴²³ Andréas J. Krell. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, p. 102.

⁴²⁴ Cf. também: Antoine Garapon. Guardador de promessas.

⁴²⁵ De acordo com cada constituição estadual.

Apreciação judicial dos interesses coletivos e difusos e dos interesses individuais homogêneos: a judicialização dos movimentos sociais

No modelo oitocentista, os juízes resolvem conflitos entre particulares aplicando a solução previamente estabelecida pelo direito positivo (isto é, a lei e as disposições dos contratos). Neste sentido, cada caso merece um julgamento próprio, pois cada caso tem características próprias que o distingue dos demais, daí a análise dos fatos precisar ser particularizada para que o caso seja devidamente classificado dentro do tipo jurídico pertinente.

A atuação de movimentos sociais (não apenas de trabalhadores, mas também de outros grupos excluídos da proteção jurídica⁴²⁶), bem como a recepção no Brasil de elementos do paradigma do Estado social e do Estado providência e, ainda, de elementos da democracia de massa (sufrágio universal, pelo menos), resultaram na positivação de novos direitos e, depois, na respectiva ampliação do acesso à prestação jurisdicional.

Percebe-se a mudança em dois aspectos – quantitativa e qualitativa. Não apenas o número de casos que chega ao judiciário cresceu desproporcionalmente à capacidade do judiciário resolvê-los, como também novas formas de litígios se apresentam além do modelo típico do paradigma oitocentista. José Reinaldo de Lima Lopes distinguiu três espécies de conflitos surgidos (ou intensificados) na década passada: (a) conflitos entre os poderes do Estado, (b) conflitos coletivos⁴²⁷ e (c)

⁴²⁶ Sobre os novos movimentos sociais cf. José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*.

⁴²⁷ “O reconhecimento jurídico dos direitos coletivos, de um modo geral, foi fruto de movimentos sociais que emergiram em meados do século vinte, impulsionados, sobretudo, pela atuação dos chamados ‘corpos intermediários’, em defesa dos interesses de negros, mulheres, trabalhadores,

conflitos difusos⁴²⁸. No mesmo sentido, a doutrina processualista consagrou o reconhecimento do gênero dos direitos (conflitos) metaindividuais e a distinção das três espécies: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos⁴²⁹. A distinção entre direitos coletivos e direitos difusos, no entanto, parece ser meramente didática, considerando que as duas espécies podem ser tratadas indistintamente⁴³⁰.

Em todo caso, José Reinaldo de Lima Lopes considerou conflito coletivo aquele promovido por “grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc.). Nestes casos, a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. [...] Tais conflitos encontram no Judiciário um canal para sua visibilidade, para se criar impasses que obriguem a negociações: evitaram que demandas básicas levassem a revoltas populares contínuas”.⁴³¹ E considerou conflito difuso aquele “aparentemente individual e tradicional”, mas que na “sociedade de massas e de classes [...] a repetição dos casos individuais semelhantes indica a existência de classes, grupos, conjuntos em que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes. Assim, a adjudicação em um caso pode ter conseqüências em muitos outros semelhantes, podendo-se pôr em dúvida se haveria necessidade de um processo judicial completo para cada caso, ou se

consumidores, ambientalistas, dentre outras facções consideradas ‘minorias’ na sociedade contemporânea”. Christianine Chaves Santos. *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 52.

⁴²⁸ José Reinaldo de Lima Lopes considera o conflito difuso uma modalidade do conflito coletivo. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*, pp. 23-4.

⁴²⁹ Christianine Chaves Santos. *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 52.

⁴³⁰ É o que fazem, por exemplo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor”. Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à justiça*, p. 26.

⁴³¹ José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*, p. 24.

bastaria uma decisão seguida do reconhecimento dos casos individuais como participantes da mesma classe (o problema da extensão da *res iudicata*)”⁴³².

A doutrina processualista brasileira, por sua vez, prefere diferenciar as espécies de direitos metaindividuais⁴³³ da seguinte maneira: “os direitos difusos seriam os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos seriam os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e direitos individuais homogêneos seria os decorrentes de origem comum”⁴³⁴.

O reconhecimento jurídico de conflitos sobre interesses difusos ou coletivos, obrigou a mudança de percepção no judiciário acostumado a lidar com conflitos sobre interesses individuais resistidos⁴³⁵. O aspecto chave da apreciação judicial dos interesses difusos ou coletivos é possibilidade de nova forma de representação judicial destes interesses, como explica Christianine Chaves Santos:

[...] é possível definir a ação coletiva como um modelo processual de ação através do qual são tutelados direitos essencialmente ou processualmente coletivos e que se caracteriza pela presença de um mecanismo de legitimação ativa que permite a representação em juízo, por uma única pessoa, física ou jurídica, de direito pertencente a toda uma coletividade mais ou menos ampla de pessoas, e por um mecanismo de coisa julgada que possibilita que todos os integrantes dessa coletividade titular do direito sejam alcançadas pela imutabilidade da sentença ali prolatada⁴³⁶.

⁴³² José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*, p. 24.

⁴³³ Distinção adotada no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90.

⁴³⁴ Christianine Chaves Santos. *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 54-5.

⁴³⁵ “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema”. Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à justiça*, p. 50.

⁴³⁶ Christianine Chaves Santos. *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 81. A autora continua: “sob o ponto de vista estritamente processual, o que identifica a ação coletiva, permitindo distingui-la da ação individual, são os mecanismos de legitimação ativa e de extensão da coisa julgada,

Há direitos metaindividuais mesmo quando não são defendidos em ação coletiva. A doutrina geralmente os denomina de interesses individuais homogêneos. A massificação da sociedade e a ampliação do acesso do cidadão aos órgãos judiciais provocaram a massificação⁴³⁷ da prestação jurisdicional, o julgamento em série das lides individuais; assim, o que formalmente é um julgamento nos moldes clássicos, é, na prática, um julgamento *standartizado*; isto é, assim como em outras áreas da vida humana, tornou-se necessária a *standatização* da prestação jurisdicional, a fim de responder eficientemente à demanda. Neste caso, embora o juiz esteja formalmente julgando cada caso de uma vez, está, na verdade, aplicando uma norma geral, um caso-tipo original, aos casos posteriores.

De certo modo, a apreciação pelos órgãos do poder judiciário dos conflitos metaindividuais é expressão da judicialização do movimento social⁴³⁸, possível apenas pela positivação de direitos coletivos e difusos (principalmente com *status* constitucional); o conflito social é transformado em conflito judicial, alterando também a esfera apropriada para resolução destes conflitos, ou seja, por uma pretensa racionalidade jurídica⁴³⁹.

desenvolvidos justamente para permitir que as ações coletivas pudessem cumprir sua função social e política de promover a solução dos conflitos de massa com eficiência, o que implica a eliminação da multiplicação de demandas individuais, mediante uniformidade e celeridade na solução da lide coletiva". Christianine Chaves Santos. *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 81.

⁴³⁷ No sentido previsto por Ortega y Gasset em *A rebelião das massas*.

⁴³⁸ Isto é, os conflitos de todas as espécies – entre patrões e empregados, entre sem-terra e proprietários, entre consumidores e fornecedores, etc.; assim como entre cidadãos-usuários e administração. Todos estes conflitos que se solucionavam a partir da mobilização das pessoas para provocar constrangimentos e prejuízo ao seu oponente a fim de obrigá-lo a um acordo (concessão) ou mesmo a mudança da legislação concedendo direitos, agora utilizam como estratégia o acesso ao judiciário. Cf., também, José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*.

⁴³⁹ Assim, o poder judiciário é usado como estratégia no conflito social, podendo gerar, no entanto, uma desmobilização daqueles setores organizados, em preferência à estratégia que produz o melhor resultado com o menor esforço. Como há enorme contingente de trabalhadores, consumidores, usuários etc. com interesses diferentes nesta mesma categoria, típicos de uma sociedade complexa,

Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal

Nos três casos considerados no item anterior, pode-se afirmar que a judicialização da política se materializa de forma implícita. Naqueles casos, o judiciário não se assume como agindo fora da função jurisdicional.

No Brasil, em pelo menos três casos, o judiciário exerce explicitamente funções que não são tipicamente (tradicionalmente) judiciais. Trata-se da Justiça Eleitoral quando estabelece as suas instruções e suas resoluções, a Justiça do Trabalho quando decide dissídios coletivos e o Supremo Tribunal Federal quando exerce o controle concentrado (e abstrato) de constitucionalidade das leis.

O Código Eleitoral brasileiro⁴⁴⁰ prevê a complementação pelo Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar o próprio Código; como o Código é lacunoso, o Tribunal dispõe de ampla margem de regulamentação; portanto, o Tribunal Superior Eleitoral cria as normas (dentro de certos limites) que ele próprio aplica (com a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal). Assim, o modelo de judicialização do processo eleitoral brasileiro produziu não apenas a ampliação da

uma mobilização que possa ser ao mesmo tempo relevante, porque inclui uma parcela significativa dos interessados sobre pontos comuns também relevantes e que consiga produzir a pressão necessária e contínua, é bastante difícil.; o recurso ao poder judiciário dispensa todo o custo do financiamento e do esforço logístico para mobilizar pessoas, e produz um resultado mais seguro e com menos seqüelas que o virulento embate de forças.

⁴⁴⁰ A instituição da Justiça Eleitoral no Brasil é um exemplo dos bons resultados da engenharia institucional que considera os aspectos locais em destaque às teorias ou aos modelos estrangeiros. O anterior sistema eleitoral deixava sob a responsabilidade dos políticos a condução do procedimento de campanha, votação e apuração. O resultado foi um histórico de fraudes, de abusos e de degolas. A instituição da Justiça Eleitoral permitiu que o órgão composto por não políticos e afastados dos interesses eleitorais pudesse conduzir com certa imparcialidade o procedimento eleitoral.

competência da Justiça Eleitoral na esfera legislativa e administrativa, como principalmente produziu um modelo de concentração das funções em que o órgão que cria normas é o mesmo que as aplica e que julga as controvérsias.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê a competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre dissídios coletivos; nestes casos a decisão judicial adota a forma de “sentença normativa”⁴⁴¹. A doutrina pacificamente reforma este entendimento: “de certa forma, pode-se dizer que o Tribunal do Trabalho vai criar um direito novo, ao resolver a controvérsia coletiva dos grupos nela envolvidos”⁴⁴².

A despeito de sua origem, estritamente formal ou embrionário, é apenas a partir da Constituição de 1988 que se adota o modelo concentrado (e abstrato) de controle de constitucionalidade no Brasil. Este modelo se expressa pela competência do Supremo Tribunal Federal para decidir em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade. A apreciação em tese da validade de uma norma destoa da atividade jurisdicional típica centrada na resolução de conflitos⁴⁴³, a apreciação da validade da norma se dá, no contexto clássico, na aplicação da norma aos fatos.

⁴⁴¹ “A sentença normativa vigorará: [...]” (Parágrafo único do Art. 867 da CLT).

⁴⁴² Continua: “As aspirações envolvidas dos grupos representam interesses abstratos das categorias profissionais e econômicas e não interesses individuais dos particulares”. Sérgio Pinto Martins. Direito processual do trabalho, p. 528.

⁴⁴³ Definição de jurisdição: “o poder-dever do Estado de compor os litígios, de dar efetivação ao que se considera direitos [...]”. Ernane Fidélis dos Santos. Manual de direito processual civil, p. 11.

7 CINCO CASOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A REFORMA POLÍTICA E O MANDADO DE INJUNÇÃO

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal sempre manteve a postura (ou, pelo menos, a discurso) auto-restritiva, isto é, o Supremo, reconhecendo-se como órgão do poder judiciário, não interferia em questões políticas, sociais e econômicas, restringindo-se à apreciação estritamente jurídica (racional e neutra) das controvérsias.

A atual composição do Supremo Tribunal Federal, no entanto, abandonou, em parte, a retórica auto-restritiva e adotou (pelo menos por enquanto) uma postura comparativamente ativa.

Deve-se registrar que há pelo menos cinquenta anos a teoria do direito e a hermenêutica jurídica dão fundamento a atuação mais livre (mais criativa) do juiz (que poderia remontar a outros movimentos teóricos como a Jurisprudência pragmática, a Jurisprudência dos interesses, a Escola da livre investigação científica, o Movimento do direito livre etc.). A teoria que distingue princípios de regras, elaborada com contornos mais específicos por Robert Alexy e Ronald Dworkin, difundida na década de 1980 no Brasil por J. J. Gomes Canotilho⁴⁴⁴, por Eros Grau (atualmente ministro do Supremo) e por José Afonso da Silva⁴⁴⁵, permite ao julgador certa liberdade em relação ao texto e à literalidade da norma para “construir” uma interpretação correta do direito positivo (a partir e conformado pelos princípios).

⁴⁴⁴ Ainda que seja autor português, a obra de Canotilho é bastante difundida no Brasil.

⁴⁴⁵ Cf. Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales), Ronald Dworkin (Levando os direitos a sério), J. J. Gomes Canotilho (Direito constitucional e teoria da constituição), Eros Grau (A ordem econômica na Constituição de 1988) e José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo).

Princípios do direito positivo, ressalte-se, pois seus defensores não se reconhecem como jusnaturalistas.

Talvez o marco da mudança possa ser identificado com a aposentadoria de Moreira Alves, ministro do Supremo bastante influente e ardoroso defensor da posição auto-restritiva do Tribunal⁴⁴⁶. Ao mesmo tempo em que passaram a compor o Tribunal ministros de histórico ativista: Gilmar F. Mendes (influenciado pelo modelo de Tribunal Constitucional da Alemanha), Nelson Jobim (de intensa formação político-partidária precedente), Eros Grau (divulgador da teoria dos princípios) etc. De modo que, em apenas dez anos,⁴⁴⁷ dez novos ministros foram empossados no Tribunal⁴⁴⁸, sendo renovados três quartos da sua composição. Destaque-se, ainda, que os dois ministros mais antigos têm um histórico de votos vencidos, por adotarem uma posição ativista⁴⁴⁹.

Dois exemplos são reveladores da mudança de posição do Supremo Tribunal Federal: a reforma política e o mandado de injunção. O primeiro exemplo se desdobra em quatro decisões do Tribunal e o segundo exemplo é o quinto caso. Assim, os cinco casos são: o primeiro caso da verticalização das coligações partidárias (em 2002), o segundo caso da verticalização das coligações partidárias (em 2006), o caso da cláusula de barreira (ou cláusula de desempenho) e da distribuição do fundo partidário, o caso da fidelidade partidária e, por fim, o caso do mandado de injunção (sobre o direito de greve dos servidores públicos).

⁴⁴⁶ Na vaga de Moreira Alves, foi empossado Joaquim Barbosa. No mesmo dia, 25 de junho de 2003, também foram empossados outros dois ministros: Carlos Britto e Cezar Peluzo.

⁴⁴⁷ Entre 1997 e 2007, com as posses de Nelson Jobim e de Menezes Direito, respectivamente.

⁴⁴⁸ Das onze vagas, nove foram renovadas; a diferença das contas se dá em razão da aposentadoria antecipada de Nelson Jobim.

⁴⁴⁹ Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2628 contra a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que proibiu as coligações partidárias no âmbito estadual (eleição para governador, senador, deputado federal e deputado estadual) que estivessem em conflito com a coligação no âmbito nacional (eleição para presidente da República)⁴⁵⁰.

A decisão do Tribunal Superior Eleitoral foi o resultado de consulta formulada ao Tribunal que inovou a regra das eleições para 2002. Fundamentava a decisão do Tribunal a disposição constitucional de que os partidos têm caráter nacional⁴⁵¹, do que se concluiu que era vedado aos mesmos adotarem no âmbito estadual uma coligação partidária diferente daquela adotada no âmbito nacional; a lei que regulamenta as eleições, no entanto, facultava aos partidos a formação de coligações diferentes nos âmbitos estaduais e nacional; foi assim nas eleições gerais de 1994 e de 1998. O Tribunal Eleitoral, no entanto, quase quinze anos depois da promulgação da Constituição e depois de ter organizado duas eleições gerais, entendeu que a legislação eleitoral era inconstitucional e que a Constituição (norma superior) obrigava a “verticalização” das eleições tendo como parâmetro a eleição nacional, isto é, a eleição para presidente da República.

Resolução do Tribunal Superior Eleitoral invalidou explicitamente norma contida na legislação eleitoral (portanto, aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República). A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal que confirmou a constitucionalidade da Resolução nº 20.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, confirmou a inconstitucionalidade de dispositivo da lei

⁴⁵⁰ O objeto da ADI 2628 foi a Resolução nº 20.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral, que interpretava o Art. 6º da Lei nº 9.504/1997 (Lei Geral das Eleições).

⁴⁵¹ Art. 17 da Constituição.

eleitoral. Formalmente, os fundamentos da decisão (do Tribunal Eleitoral e do Supremo Tribunal) foram jurídicos e não políticos: a “verticalização” é uma disposição constitucional, portanto, a lei aprovada pelos poderes políticos não lhe tem precedência.

A despeito do argumento formalmente apresentado, causa estranheza que a mesma Constituição e a mesma lei eleitoral tenham sido aplicadas nas duas eleições gerais precedentes. Como é possível se sustentar um argumento pretensamente jurídico, neutro e racional com tamanha ambigüidade (para não afirmar contradição)? Conclui-se, necessariamente, que ou o Tribunal Eleitoral e o Supremo Tribunal até 2002 estavam enganados ou que as decisões de 2002 dos mesmos tribunais estavam erradas. Este dilema frustra todo o fundamento que legitima o poder judiciário, como é possível a segurança jurídica se o próprio juiz não sabe o que é o direito?

No contexto daquela decisão do Supremo Tribunal Federal (bem como da decisão do Tribunal Superior Eleitoral), proliferaram manifestações de inconformidade; muitas das quais alertavam para os perigos da interferência do poder judiciário nas questões políticas ou, ainda, na interferência do poder judiciário na competência do Congresso Nacional, isto é, legislar sobre eleições⁴⁵².

No Congresso Nacional, a inconformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal resultou na aprovação na Câmara dos Deputados de projeto de emenda constitucional que alterava a Constituição para expressamente permitir as coligações partidárias distintas nos âmbitos nacional e estaduais. O rigor do

⁴⁵² Não é pertinente para este trabalho considerar as manifestações de que a decisão dos dois tribunais foi motivada por interesses eleitorais, a fim de favorecer algum candidato.

procedimento legislativo para mudança constitucional, no entanto, logrou o intento de reverter a decisão do Supremo Tribunal por decisão do Congresso. O projeto de emenda constitucional foi aprovado apenas em 2006.

A reação do Congresso Nacional de aprovar uma emenda constitucional para confrontar a decisão do Supremo baseada no princípio da supremacia constitucional faz recordar o instituto do “recurso ao legislador” previsto na Constituição de 1937, que deixava ao poder político a última palavra sobre questões políticas, sendo que, neste caso, cabia ao Congresso determinar os limites entre o político e o jurídico.

A Emenda Constituição nº 52, no entanto, foi promulgada apenas no ano da eleição. O Tribunal Superior Eleitoral entendeu que, aplicando o princípio da anualidade eleitoral (Art. 16 da Constituição), as novas regras teriam aplicação apenas a partir de 2007, ou seja, nas eleições gerais de 2010. A Resolução nº 21.70-4/2004 do Tribunal Superior Eleitoral foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

O segundo caso da verticalização (2006) tem peculiaridades que confrontam ainda mais a legitimidade democrática (eleitoral) do Congresso e a legitimidade (racionalidade) jurídica do Supremo. A Emenda Constitucional nº 52 foi aprovado por ampla maioria em quatro votações (dois turnos em cada casa do Congresso). Tratava-se explicitamente de uma reação à decisão precedente do Supremo, ou seja, tratava-se, de fato, de um “recurso ao legislador”, retirando os fundamentos da decisão de 2002, alterando a própria Constituição.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, antecipada pela decisão do Tribunal Eleitoral, precisou se fundamentar na distinção de *status* entre as normas constitucionais. Assim, a norma que estabelecia a anualidade da legislação eleitoral

não se aplicava apenas à legislação infraconstitucional, mas também às normas constitucionais acrescentadas pelo poder reformador⁴⁵³.

Deve-se ressaltar a distinção. A lei pode ser o resultado da aprovação por uma maioria tênue ou mesmo de uma minoria; embora seja rigoroso o processo legislativo brasileiro, é possível, em determinadas situações, a célere alteração legislativa, por acordo de líderes, por exemplo, dispensando a apreciação pelo plenário; ainda que fosse apreciado pelo plenário, um projeto de lei ordinária, por exemplo, poderia ser aprovado por maioria simples, algo como 25% dos votos totais do órgão. A emenda constitucional, por sua vez, é regida por procedimento mais rígido; praticamente exige o consenso ou a sólida maioria estável nas duas casas legislativas; sem qualquer destas condições, uma minoria resistente conseguiria impedir ou adiar a tramitação de qualquer projeto de emenda constitucional. Com ou sem mobilização popular, a aprovação de uma emenda constitucional, deve-se reconhecer, é uma decisão inequívoca do Congresso Nacional.

No terceiro caso, o Supremo Tribunal Federal adotou a postura, sob certo sentido, contraditória com as outras três: impediu a reforma política promovida pelo Congresso.

O Congresso e o Presidente da República aprovaram a alteração na Lei dos Partidos Políticos instituindo a “cláusula de desempenho” pela qual 99% do fundo partidário e do tempo de propaganda gratuita seriam rateados apenas entre os partidos que tivessem recebido pelo menos 5% dos votos para eleição dos

⁴⁵³ Curiosamente, a redação do Art. 16 da Constituição foi determinada pela Emenda Constitucional nº 4/1993.

deputados federais⁴⁵⁴. Pretendia-se reduzir o número de partidos políticos, induzindo as pequenas agremiações a se incorporarem às maiores, a se fundirem entre si ou a formarem “federações de partidos”. De fato, foi o que aconteceu, na curta vigência da nova lei, até que a mesma fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁵, diversos partidos políticos foram incorporados ou anunciaram futuras incorporações.

Os fundamentos da decisão apresentados pelos ministros do Supremo, mais uma vez, foram estritamente jurídicos. E, também, mais uma vez, baseados em princípios constitucionais e não em regras⁴⁵⁶, ou seja, assumindo que cabe ao Supremo decidir sobre o sentido dos princípios e não ao legislador ordinário, seja ele legitimado democraticamente ou não.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a adoção de barreira, ou melhor, que as consequências dela (restrição ao fundo partidário e à propaganda política gratuita) violavam o princípio do pluralismo político.

Embora os fundamentos do Supremo tenham também uma retórica de proteção das liberdades civis, que faz lembrar muitas das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e de teorias como a de Ronald Dworkin, esta posição precisa ser vista com certa desconfiança. A posição do Supremo neste caso não expressa uma política clara do Tribunal sobre direitos civis (direitos fundamentais),

⁴⁵⁴ A Ação Direta de Inconstitucionalidade apreciou dispositivos da Lei nº 9096/1995, particularmente do Art. 13, de parte dos artigos 41, 48, 49 e 57.

⁴⁵⁵ ADI 1351-3/DF.

⁴⁵⁶ Por exemplo, Ricardo Lewandowski fundamentou o seu voto no inciso V do Art. 1º da Constituição, que trata do pluralismo político. Completou fundamentando na proteção das minorias, argumentou contra “restrições draconianas, irrazoáveis, desproporcionais para o acesso ao fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão” (fls. 97).

assim como não é o resultado de nenhum movimento social e político ativo que usa o Supremo como ressonância dos seus pleitos.

O Supremo Tribunal Federal não considerou satisfatório que a cláusula de barreira fosse convertida em cláusula de desempenho (isto é, não impedia a representação dos pequenos partidos, mas apenas restringia sua participação no fundo partidário e na propaganda gratuita), assim que a cláusula de desempenho de 5% dos votos não proibiria a existência dos pequenos partidos, e mesmo sua incorporação a outros partidos ou a fusão de partidos não impediria que o grupo minoritário atuasse internamente como “tendência” política ou mesmo como partido integrante de uma “federação de partidos”.

Não é pertinente no presente trabalho considerar se a decisão do Congresso Nacional foi melhor ou pior que a do Supremo Tribunal Federal: se a redução do número de partidos tornaria o sistema político mais ou menos democrático, mais ou menos plural. É pertinente demonstrar como o Supremo Tribunal se confrontou com a decisão do Congresso sobre matéria eleitoral e partidária. Assim como nos dois casos da “verticalização”, houve manifestações de desacordo com o ativismo do Tribunal. No entanto, sem provocar maiores consequências.

Em 2007, a atuação de 2002 se repetiu. O Supremo Tribunal Federal modificou sua posição tradicional⁴⁵⁷ e adotou novo entendimento sobre o princípio da fidelidade partidária sem que tenha havido qualquer mudança normativa (ou pelo

⁴⁵⁷ A posição tradicional foi conformada a partir do voto de Moreira Alves no MS nº 20.927-5/DF, de outubro de 1989. Moreira Alves entendeu que na Emenda Constitucional nº 1/69, o Art. 152 estabeleceu o princípio da fidelidade partidária, pelo qual o deputado que mudasse de partido perderia o mandato; a perda do mandato era decretada pela Justiça Eleitoral, assegurada ampla defesa; a Emenda Constitucional nº 25/85 extinguiu o princípio da fidelidade partidária; e a Constituição atual também não adotou o princípio da fidelidade partidária. Registre-se que naquela ocasião o voto de Celso de Melo foi dissidente, isto é, foi pela fidelidade partidária.

menos mudança de texto). Até 2007, por diversas razões, o Supremo considerava que o representante eleito por um partido (ainda que fosse pelo sistema eleitoral proporcional) não perderia o mandato por desfiliação partidária.

Ao julgar três mandados de segurança⁴⁵⁸, o Supremo Tribunal Federal instituiu que o representante desfilado do partido pelo qual foi eleito perderia o mandato, pois o mandato “pertence” ao partido e não ao candidato.

Há peculiaridades neste quarto caso. Além dos fundamentos estritamente jurídicos, os votos de vários ministros se tornaram explicitamente políticos⁴⁵⁹. Muitos dos quais proclamaram a superior atribuição do Supremo de atualizar o conteúdo da Constituição. O voto de um ministro moderado como Celso de Melo é revelador: Celso de Melo lembrou a conclamação de Gilmar Mendes, nos debates da ADI 1351/DF, para que a Corte revisse sua posição sobre fidelidade partidária (fls. 38). Depois, Celso de Melo, ao responder a sua própria indagação sobre se o Supremo Tribunal Federal estaria usurpando as atribuições do Congresso Nacional, afirmou que

Decididamente, não, pois cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair, nesse processo de indagação constitucional, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes que informam, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema de nossa Lei Fundamental⁴⁶⁰.

E, no mesmo sentido, afirmou que

⁴⁵⁸ MS 26602/DF, MS 26603/DF e MS 26604/DF, relatados pelos ministros Eros Grau, Celso de Melo e Cármen Lúcia, respectivamente.

⁴⁵⁹ Não confundir “político” com “partidário”.

⁴⁶⁰ Voto de Celso de Melo no MS 26603/DF, fls. 47.

Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, **tendo presente** o contexto em questão, **que assume** papel **de fundamental** importância a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional**, de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “*caput*”), **confere-lhe o monopólio da última palavra** em tema **de exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, [...]” (fls. 49). E, ainda, “**É preciso ter em perspectiva** que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, **tem por objetivo preservar a supremacia** da Constituição, **o que põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – **compreendida** a expressão “*dimensão política*” **em seu sentido helênico** (como **apropriadamente** a ela se referiu a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em outra oportunidade) -, **pois**, no processo de indagação constitucional, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, em última análise, **sobre a própria substância do poder**” (fls. 50). **Daí a precisa observação** de FRANCISCO CAMPOS (“**Direito Constitucional**”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar**, **inclui-se** a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** - segundo a lição desse eminente publicista - “**O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la**. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.⁴⁶¹

Agrava-se com a particularidade dos efeitos da decisão que retroagiu desde a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, desde a “**apreciação** da Consulta nº 1.398/DF, pelo TSE, **em 27/03/2007**”⁴⁶². Perceba-se que o Tribunal Eleitoral manifestou-se contra a clara posição do Supremo (ou seja, contra o entendimento do Supremo, formado desde o Mandado de Segurança nº 20927/DF, de 1989, de que não vigorava o princípio da fidelidade partidária para efeito de perda de mandato). O Supremo Tribunal, portanto, podendo retroagir os efeitos da decisão desde a própria Constituição ou fazendo valer a partir da decisão em questão, decretou discricionariamente uma data fundada na razoabilidade conhecida apenas

⁴⁶¹ Voto de Celso de Melo no MS 26603/DF, fls. 50.

⁴⁶² Voto de Celso de Melo no MS 26603/DF, fls. 61.

pelo próprio Tribunal. E, ainda, decretou que caberia ao Tribunal Superior Eleitoral “julgar” os casos especiais, ou seja, instituir regras retroativas.

O ministro Eros Grau, durante os debates advertiu que a decisão que estava sendo tomada exorbitava as competências do Tribunal. A manifestação não teve maior repercussão entre os outros ministros e na sociedade.

O caso da fidelidade partidária explicita não apenas que o Supremo Tribunal Federal se considera o principal intérprete (e guardião) da Constituição, como também habilita o Supremo a mudar de posição, portanto sem, nem mesmo, vincular-se às suas próprias decisões precedentes. Atente-se que não houve mudança substancial na conjuntura política brasileira ou no sistema jurídico para que o Tribunal “atualizasse” seu entendimento, o que mudou foi apenas a composição do próprio Supremo, o que leva a acreditar que os ministros não estão sujeitos a limites, ou melhor, que estão sujeitos apenas às suas próprias convicções.

Os quatro casos descritos têm a particularidade de versarem sobre a reforma política. Nos Estados Unidos, John Hart Ely percebeu que na democracia é temerário deixar a juízo dos políticos a determinação e a proteção das regras do jogo eleitoral. Ely apresentou sérias restrições ao ativismo da Suprema Corte, mas o defendeu quando o objeto era a preservação do jogo democrático. Não se trata de considerar que o conteúdo das decisões da Suprema Corte seja melhor ou pior que o conteúdo das decisões do Congresso; trata-se de uma engenharia institucional que permita ao povo manter o controle sobre o governo. Não há regra ou princípio explícito na constituição norte-americana que prescreva a posição de Ely, ela a extrai, implicitamente, do próprio princípio democrático (que talvez fosse mais bem entendido como princípio republicano). Nestes termos, é possível considerar a

aplicação deste postulado no caso brasileiro, não se pode esquecer que a desconfiança nos políticos levou a se instituir a Justiça Eleitoral. John Hart Ely, portanto, consegue apresentar convincentes argumentos para legitimar a interferência do Supremo Tribunal Federal (brasileiro) na reforma política. Não se aplica a mesma conclusão, no entanto, no caso da decisão do Supremo sobre o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Como no caso anterior, o Supremo mudou sua posição tradicional e estabeleceu regra supletiva ao apreciar o Mandado de Injunção nº 712/PA⁴⁶³. Até então o entendimento do Supremo variou do não conhecimento dos pedidos à formal comunicação ao órgão omissor de que o Tribunal reconhecia a omissão inconstitucional. A posição auto-restritiva do Supremo entendia que o mandado de injunção violava o princípio da separação de poderes, pois o órgão judicial estaria legislando.

O mesmo ministro, Eros Grau, que, no caso da fidelidade partidária alertou contra o ativismo do Tribunal, relatou o Mandado de Injunção nº 712/PA⁴⁶⁴ e estabeleceu regras supletivas para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Perceba-se que a decisão não é propriamente um meio para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, mas, em certo sentido, uma restrição ao direito de greve em favor da continuidade do serviço público. A decisão, no entanto,

⁴⁶³ No seu voto (MI nº 712/PA), Celso de Mello resumiu a posição anterior do Supremo Tribunal Federal: “**A jurisprudência** que se formou no Supremo Tribunal Federal, **a partir** do julgamento do **MI 107/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), **fixou-se** no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, **resume-se à mera declaração**, pelo Poder Judiciário, **da ocorrência de omissão inconstitucional**, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, **para que este promova** a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “*writ*”.”

⁴⁶⁴ Era objetivo do mandado de injunção dar efetividade ao inciso VII do Art. 38 da Constituição.

é relevante como marco do ativismo explícito do Supremo Tribunal Federal que legisla abertamente amparado na Constituição.

Em sentido oposto, Eros Grau argumentou que a regulamentação em mandado de injunção não é atividade legislativa:

27. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. [...] 28. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa⁴⁶⁵.

Em seguida, complementou seu argumento para reiterar que o mandado de injunção não viola o princípio da separação de poderes:

34. Afastado, contudo o critério tradicional de classificação das funções estatais, cumpre fixarmo-nos naquele outro, que conduz à seguinte enunciação: [i] *função normativa* - de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; [ii] *função administrativa* - de execução das normas jurídicas; [iii] *função jurisdicional* - de aplicação das normas jurídicas. 35. A *função legislativa* é maior e menor do que a *função normativa*. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a *função normativa* abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo. 36. Daí que a *função normativa* compreende a função *legislativa* [enquanto produção de textos normativos], a função *regimental* e a função *regulamentar*.⁴⁶⁶ [...] 41. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de "separação dos poderes", o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Voto de Eros Grau no MI 712/PA, fls. 21 e 22.

⁴⁶⁶ Voto de Eros Grau no MI 712/PA, fls. 23 e 24.

Há, no entanto, uma particularidade que diferencia a atuação do Supremo em mandado de injunção da atuação do mesmo órgão em sede de controle de constitucionalidade (em ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo). No mandado de injunção, a atuação do Tribunal é motivada pela falta de regramento; logo cesse a omissão, isto é, sobrevindo a novo regramento pelo órgão competente, a regulamentação supletiva pelo Supremo não mais se aplicará.

Neste sentido, há certa similaridade entre a medida provisória e o mandado de injunção. Ambos são instrumentos para remediar a incapacidade do Congresso de legislar na intensidade (e não segundo o conteúdo) que a sociedade espera. O órgão unipessoal, o Presidente da República, e os onze ministros do Supremo permitem que se decida com maior agilidade em contraste com a decisão resultado do complexo procedimento legislativo ordinário.

Atente-se para o caráter precário da medida provisória e do mandado de injunção. Ambos são instrumentos de legislação (em sentido material), mas mantêm formalmente dependência ao Congresso Nacional. A medida provisória precisa ser aprovada pelo Congresso e uma lei superveniente “revogará” a medida provisória e o regulamento estabelecido em julgamento de mandado de injunção.

Medida provisória e mandado de injunção são instrumentos típicos do Estado interventor, do Estado social e do Estado providência. São instrumentos típicos do Estado que promete e que não é capaz de cumprir suas promessas por via regular, ou melhor, pela via do modelo de Estado de direito (modelo oitocentista) e até pela via do Estado democrático. Liberdade (liberal) e democracia exigem controle, participação, discussão, isto é, demora. Os modelos de Estado eficiente precisam de

⁴⁶⁷ Voto de Eros Grau no MI 712/PA, fls. 26.

agilidade, ou seja, unidade de comando, procedimentos sumários, requisitos presentes nas ações do Presidente da República e nas ações do Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como poder político é recente, inclusive teoricamente. Mesmo no caso norte-americano; não se pode esquecer que, embora o princípio da supremacia judicial tenha sido proclamado por John Marshall no início do século XIX, só teve efetiva repercussão no século XX. Na Europa, somente no segundo quarto do século XX é que a criação do Tribunal Constitucional permitiu a intervenção de um órgão independente na atividade política; tendo suscitado, naquele contexto, o instigante debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem é (ou deveria ser) o “guardião da constituição”.

Do ponto de vista estritamente formal e jurídico é necessário reconhecer que é o Supremo Tribunal Federal o guardião (o defensor da constituição), ou seja, é o soberano no sentido daquele que decide por último, daquele que dá a última palavra. Vale recordar que, no conceito de Schmitt, o soberano não é aquele que exerce seu poder ordinariamente, mas excepcionalmente⁴⁶⁸. Agregando-se alguns outros elementos, a idéia de soberania como poder excepcional tem enorme semelhança com a idéia de poder moderador. O que leva a reflexão sobre uma situação hipotética: no caso de um conflito explícito entre a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, a posição consolidada divergente do Congresso Nacional e a terceira posição distinta e firme do Presidente da República, qual posição prevalecerá? Perceba-se que nos cinco casos descritos o Supremo decidiu na omissão conveniente do legislador ou em consonância com parcela significativa da

opinião pública; assim, embora tenha resultado em contrariedade e em reações na sociedade e nas instituições políticas, as decisões do Supremo não significaram nenhum conflito institucional. Sob a perspectiva de uma engenharia institucional, quem é (ou quem deve ser) o guardião da constituição? Quem é (ou quem deve ser) o soberano? Quem é (ou quem deve ser) o poder moderador?

⁴⁶⁸ Faça-se, também, o devido reparo, o soberano de Schmitt não exerce um poder formal ou estritamente jurídico, mas um poder político efetivo.

CAPÍTULO III - CONDIÇÕES PARA A MANIFESTAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Até aqui a judicialização da política tem sido observada exclusivamente como uma manifestação da crise do paradigma oitocentista. As peculiaridades do caso brasileiro, no entanto, permitem duas compreensões da judicialização da política: uma moderna (formal) e outra tradicional. Na próxima seção, a judicialização da política se expressa no rearranjo formal das instituições jurídicas e políticas. Na seção seguinte, a judicialização da política se expressa no contexto da prática jurídica e política.

1 AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS BRASILEIRAS – ELEMENTOS FORMAIS

O recente protagonismo do poder judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, ressalta a dissonância com o referencial paradigmático do sistema jurídico e político brasileiro, que, formalmente (nos moldes do paradigma oitocentista), destaca a importância do Congresso Nacional e que, materialmente, destaca a importância do Presidente da República.

Na análise do Capítulo III, adotou-se dupla abordagem. A primeira tendo como medida a eficácia do sistema, isto é, a organização do sistema político e jurídico que assegure ordem social e eficiência da máquina estatal. A segunda

abordagem considera a finalidade do Estado, isto é, se a organização do poder satisfaz a determinados valores pré-estabelecidos; por exemplo, se assegura os direitos individuais, se reduz as desigualdades sociais e econômicas, se reduz as formas de dominação. A pré-determinação dos fins interfere na descrição do próprio sistema. Por esta razão, não se pode negar que as premissas valorativas da presente pesquisa estão assentadas no republicanismo.

Feitas estas considerações, retorna-se ao último problema: o Supremo Tribunal Federal é o órgão adequado para exercer a soberania?

Princípios da tradição constitucional brasileira

Historicamente, a organização política brasileira segue três princípios: (a) o princípio da separação de poderes, (b) o princípio federativo e (c) o princípio republicano. Devem-se fazer, pelo menos, duas ressalvas. (1) O princípio republicano é aplicado no sentido fraco, significando pouco mais que governo não hereditário, talvez sendo mesmo mais apropriado denominá-lo de princípio da democracia representativa. Neste sentido, a Regência e o Segundo Império também são republicanos. E limitações impostas pela renda e propriedade, pela instrução e pelo gênero no Brasil não invalidam (comparativamente) a assertiva anterior, pois eram restrições comuns em outros lugares do mundo considerados republicanos. (2) O princípio federativo é formalmente dominante durante o período republicano (há também um breve período federalista durante a Regência e um breve período unitarista no Estado Novo); no entanto, é questionável o caráter federalista depois

da República Velha, ainda que seja inegável o alto grau de descentralização política e de, formalmente, adotar o modelo de Estado federal, com o senado representativo dos Estados-membros, com as constituições estaduais etc. Ainda, de fato, percebe-se uma assimetria do federalismo brasileiro em que alguns Estados-membros possuem nítida independência da União, enquanto a maioria deles possui vínculos de dependência com a União em diversos aspectos relevantes.

A história constitucional republicana brasileira é, geralmente, consagradora do presidencialismo forte. Significa um papel de destaque do chefe do poder executivo sobre os outros poderes, como também um papel de destaque da União sobre Estados e Municípios.

Sobre o princípio republicano no Brasil, é relevante destacar, ainda, duas características. (a) Desde a década de 1930, as eleições são organizadas pelo poder judiciário e, ainda que as leis eleitorais sejam aprovadas pelo Congresso Nacional, há ampla margem de regulamentação da Justiça Eleitoral. Parece haver certo consenso que, após um histórico de eleições manipuladas desde o Império, o processo eleitoral brasileiro passou a ser considerado confiável. (b) Outra característica é a adoção no Brasil do sistema eleitoral por listas flexíveis para eleição de vereadores, deputados estaduais e deputados federais. Geralmente, o sistema eleitoral vigente é considerado a causa da crise da legitimação da representatividade no poder legislativo. O debate a respeito deste tema, no entanto, está cercado lugares-comuns e de emotividade; é até possível considerar o sistema eleitoral causa da crise de representatividade, entretanto, não há necessária relação entre o sistema eleitoral e o crise de legitimação, mesmo porque talvez não haja incompatibilidade entre o desejo do eleitor e o representante escolhido, mas a falta

de legitimação decorre da irresponsabilidade política do eleitor com suas escolhas. Na eleição para senadores, por exemplo, adota-se o sistema majoritário e, ainda assim, permanece a crise de legitimidade. Tramitam, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei e de emenda constitucional para alterar o sistema eleitoral. As propostas abrangem desde a adoção do sistema majoritário por distritos uninominais, até a adoção do sistema proporcional por listas rígidas, passando pela adoção de um sistema misto (como o alemão) ou de um sistema dual, em que metade das vagas seria preenchida pelo sistema majoritário e a outra metade pelo sistema proporcional. Percebe-se como o paradigma iluminista (mesmo em crise) é implicitamente influente, não se discute o ajuste no sistema eleitoral a partir da experiência parcialmente bem sucedida, as propostas apresentam uma substituição integral do modelo vigente por outro modelo, como se os fatos se adequassem pacificamente às normas.

Sobre o princípio federativo, ainda que formalmente se observe os elementos necessários para tal classificação – (a) o princípio da participação, (b) o princípio da autonomia e (c) o princípio constitucional (repartição constitucional das competências) -, o presidencialismo forte mitiga o sistema federativo em favorecimento ao poder da União. Este federalismo de poder central forte se expressa não apenas na repartição de competências desigual, mas, sobretudo, na desproporcional distribuição da receita.

Na Parte III, tratou-se demoradamente sobre a doutrina da separação de poderes. No caso brasileiro, a fórmula clássica da distinção entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, harmônicos e independentes entre si, foi introduzida apenas na República. Durante o Império, adotou-se um princípio da

separação de poderes com o poder moderador (doutrina atribuída a Benjamin Constant). Difundiu-se o entendimento de que a doutrina da separação de poderes significava a rígida separação entre os órgãos dos três poderes, no entanto, as constantes anomalias produzidas por esta perspectiva transformaram o princípio da separação de poderes em argumento retórico aplicado a apenas algumas situações especiais, como fundamento para a não apreciação de questões políticas pelo judiciário, ou como fundamento para o não conhecimento de questões sobre matéria *interna corporis* de outro poder. Nunca impediu, por exemplo, a adoção de decretos-lei ou de medidas provisórias pelo Presidente da República. Não impediu, também, que integrantes do poder legislativo ocupassem cargos no poder executivo, sem ter que renunciar aos cargos no poder de origem.

Este entendimento tradicional a respeito da doutrina da separação de poderes no Brasil, também, não explica a classificação imprecisa do Supremo Tribunal Federal como órgão do judiciário, do Tribunal de Contas como órgão do legislativo e do Ministério Público como órgão do executivo. São outros três casos anômalos. Não explica, também, qual é a natureza da atividade constitucional, seja a promulgação de emendas constitucionais, seja o exercício da jurisdição constitucional.

Parece bastante plausível a explicação para o princípio jurídico da separação de poderes aplicada às democracias constitucionais formulada por Karl Loewenstein⁴⁶⁹. O jurista alemão considerou que as funções do Estado são outras três: (a) a decisão política fundamental, (b) a execução da decisão política fundamental e (c) a fiscalização da execução política fundamental. A decisão política

⁴⁶⁹ Cf. Karl Loewenstein. Teoria de la constitution.

fundamental resulta na própria constituição. A execução da decisão política fundamental corresponde, indistintamente, às funções executiva, legislativa e judiciária, todas aplicadoras da constituição (isto é, da decisão política fundamental). E, por fim, a fiscalização é exercida por órgãos como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal; protegem a constituição e zelam para o bom funcionamento da execução da decisão política fundamental.

Colocada a decisão política fundamental acima das típicas funções executiva, legislativa e judiciária, surge um instigante debate sobre qual órgão deveria exercer a função fiscalizadora, ou, na terminologia do debate explicitado na década de 1920, na Alemanha, quem deveria ser o defensor (o guardião) da constituição? Dele, pode-se fazer uma indagação mais intrigante: quem protege a constituição do defensor da constituição? O clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, isto é, entre o Tribunal Constitucional e o Presidente, é hoje apresentando como embate entre o Tribunal Constitucional (a Suprema Corte ou o Supremo Tribunal Federal) e o Congresso.

Curiosamente, a história constitucional brasileira já havia, em certa medida, resolvido o dilema teórico. O defensor da constituição é necessariamente o poder moderador. Logo, a separação de poderes sem o poder moderador é um sistema incompleto. Não se conclua que o poder moderador é necessariamente a figura do Imperador. Afirma-se apenas, *mutatis mutandis*, que a função de fiscalização da execução da decisão política fundamental é um outro nome que se dá ao que o constitucionalismo brasileiro denominou de poder moderador, seja ele exercido pelo Imperador, pelo Presidente da República, pelo Congresso, pelo Supremo Tribunal Federal ou por outro órgão.

Sobre estes três princípios formais que caracterizam a tradição constitucional brasileira, há um princípio materialmente dominante não apenas na organização dos poderes do Estado, como também no sentimento da comunidade. Trata-se do presidencialismo, ou melhor, do presidencialismo forte.

O presidencialismo forte contrasta com três outras formas de organização do poder: (a) o poder centrado na assembléia, (b) o poder centrado na burocracia e (c) o poder centrado no judiciário. Isto significa também a ênfase (aa) na ação em detrimento da discussão, (bb) a ênfase (pelo menos simbolicamente) no governo popular em detrimento do governo elitista e (cc) a ênfase na idéia democrática em detrimento da idéia liberal (democrático não apenas no sentido de governo popular, mas também que o poder popular é ilimitado). Neste sentido, o presidencialismo forte da tradição brasileira eleva o Presidente da República à posição de condutor da política nacional; embora não tenha o poder supremo, e embora formalmente seja um poder igual aos outros, o Presidente da República possui meios de interferir decisivamente em aspectos relevantes dos outros poderes, bem como o Presidente da República também tem meios de interferir decisivamente em aspectos relevantes de outros entes federativos como Estados-membros e Municípios.

Carl Schmitt, pensando no caso alemão, descreveu bem, indiretamente, o presidencialismo brasileiro. O poder do Presidente da República, assim, é limitado, sobretudo, porque, embora interfira nos outros poderes, tal interferência é um trunfo em favor do Presidente nas relações entre os poderes, o êxito do presidente depende também de sua *virtù* ao utilizar estas condições favoráveis. O poder do Presidente também é limitado porque o titular da presidência exerce um enorme poder, mas por pouco tempo, quando outro exercerá este poder superior. A

concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, a legitimidade eleitoral concentrada também em uma só pessoa, além de um respeito à autoridade, dão condições ao presidencialismo se firmar.

Não se pode esquecer, ainda, que, embora a distinção usual na doutrina jurídica sobre formas de governo seja entre monarquia e república, destacando-se a república presidencialista como principal forma republicana (já que o parlamentarismo pode ser monárquico), a história demonstra o contrário. Até o século XVIII, por influência da tipologia maquiaveliana, as duas formas de governo - monarquia e república – caracterizavam-se, respectivamente, pelo exercício do poder pessoalmente ou pelo exercício do poder coletivamente; ou seja, na monarquia o poder soberano reside na figura pessoal do rei, na república o poder soberano reside no órgão colegiado da assembléia ou do parlamento. A primeira república presidencialista, os Estados Unidos, no final do século XVIII, inspirava-se não no tipo clássico de república (com o poder concentrado no parlamento), mas em uma variação da monarquia inglesa, convertida de monarquia absoluta em monarquia constitucional parlamentar.

Considerando que a adoção do presidencialismo no Brasil foi inspirada na constituição dos Estados Unidos e que o presidencialismo norte-americano foi inspirado na monarquia constitucional parlamentar inglesa, faz-se necessário um breve relato desta evolução. A monarquia absoluta inglesa foi convertida em monarquia constitucional quando o rei passou a ter seus poderes limitados (o parlamento serviu como instrumento de controle do poder real), na monarquia constitucional o rei ainda concentrava as funções executiva, legislativa e judiciária; na monarquia parlamentar, o rei exercia as funções executivas e judiciárias e o

parlamento a função legislativa (há uma nítida separação entre a função legislativa e executiva, exercidas por órgãos distintos), a monarquia parlamentar foi instituída na Inglaterra pela *Revolução gloriosa* (1688); na primeira metade do século XVIII, iniciou-se, na Inglaterra, a formação do parlamentarismo, isto é, a supremacia do parlamento não apenas na atividade legislativa, mas também na atividade executiva (e judiciária). A chefia de governo passou a ser exercida pelo primeiro-ministro, que devia seu cargo a aprovação pelo parlamento; nos últimos anos, a eleição para os integrantes da câmara dos comuns tem se tornado, de fato, uma eleição direta para primeiro-ministro, assim, doutrinadores têm considerado que a Inglaterra adota o parlamentarismo de gabinete (em contraste com os modelos clássicos de parlamentarismo monista e dualista), isto é, um parlamentarismo em que o primeiro-ministro deve seu cargo, de fato, aos eleitores e não ao parlamento. Embora a constituição dos Estados Unidos seja do final do século XVIII, quando já vigorava o parlamentarismo na Inglaterra, os constituintes norte-americanos adotaram um modelo similar ao inglês do final do século XVII, substituindo a figura hereditária do rei pela figura eletiva do presidente da república. No caso norte-americano, o presidente devia ser eleito para um mandato curto, de quatro anos, mas outras experiências sul-americanas adotaram o instituto da presidência vitalícia; também foi assim que o consulado francês aplicou o presidencialismo, estabeleceu-se, em 1802, a hereditariedade do primeiro-cônsul⁴⁷⁰.

Perceba-se, portanto, que há forte elemento monárquico no presidencialismo. Trata-se, no sentido antigo, de monarquia, pois o conceito de monarquia não era do governo hereditário, mas do governo individual. Pode-se, portanto, dizer que no

⁴⁷⁰ Constituição do Ano X (1802).

Brasil este princípio presidencialista esteve sempre presente, desde o Imperador, passando pelo Regente (eleito) até o Presidente da República; a breve experiência parlamentarista na década de 1960 é pouco relevante neste contexto.

No caso brasileiro, o Presidente ainda está envolto pela mítica do herói. A eleição direta do Presidente da República e a pessoalidade do cargo dão um caráter messiânico ao eleito. É a esperança dos segmentos marginalizados político, econômico e socialmente de que o herói lute contra a injustiça em nome os fracos e oprimidos.

Segundo a estrutura formal da tradição constitucional brasileira, portanto, destacam-se três órgãos: o Presidente da República, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Ao lado dos quais integram também um sistema complexo: os governadores, os prefeitos, os outros órgãos do poder judiciário, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral, o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Presidente da República

Na tradição constitucional brasileira, aplicou-se o princípio da separação de poderes. Destacou-se, sempre, a distinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário; característica típica da monarquia constitucional parlamentar e da república presidencialista. Destaque-se apenas o instituto do poder moderador, considerando-se que tem sido mal compreendido e, portanto, merecedor de melhor

atenção⁴⁷¹. Em todo caso, a função executiva e a função moderadora eram exercidas pelo Imperador⁴⁷². A Constituição republicana de 1891 instituiu o presidencialismo e o federalismo; o federalismo, de fato, assimétrico (no sentido que determinados Estados-membros possuíam maior autonomia que outros), também resultava no presidencialismo assimétrico, na medida em que o poder do Presidente da República (da União) era mais forte em Estados-membros fracos.

De 1891 até hoje, houve uma crescente centralização e concentração do poder, reforçados por períodos de regime autoritário. A Constituição do Estado Novo, de 1937, embora nunca aplicada, já previa explicitamente a doutrina do presidencialismo forte; o Art. 73 prescrevia que “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país”. Perceba-se o simbolismo de tal dispositivo; com a derrocada do regime, a Lei constitucional nº 9, de 1945, suprimiu o referido artigo. A Constituição de 1937 também previa a competência do Presidente da República para expedir decretos-leis (Art. 74), bem como para “dissolver a Câmara dos Deputados” e para designar os membros do “Conselho Federal” (o substituto do Senado). Atente-se para algumas semelhanças com a idéia de moderação; no entanto, tenha-se o cuidado para distinguir o sentido

⁴⁷¹ Sobre o poder moderador, cf., também, Tobias Barreto. A questão do poder moderador e outros ensaios; Braz Florentino H. de Souza. Do poder moderador. Cf., ainda, Carlos Bastide Horbach. Parlamentarismo no Império do Brasil; Christian E. C. Lynch. A idéia de um Conselho de Estado brasileiro; Christian E. C. Lynch.. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil; Antônio Paim. A discussão do poder moderador no Segundo Império;

⁴⁷² Nelson Saldanha registra o equívoco na recepção da doutrina francesa do poder real (de Benjamin Constant) pelo constitucionalismo brasileiro: “[...] a frase, segundo a qual a distinção entre o ‘real’ e o ‘executivo’ (na mesma pessoa) era ‘*peut-être la chef de toute organization politique*’, foi o nó de um mal-entendido meio cômico. Os redatores de nossa Constituição imperial puseram (art. 98) que ‘o Poder Moderador’ é a chave de toda a organização política”. Nelson Saldanha. História das idéias políticas no Brasil, 124.

de moderação com o sentido de poder absoluto (ou pelo menos autoritário). A idéia de moderação pressupõe distanciamento das outras atividades que modera.

O regime da Constituição de 1967 (isto é, a Constituição e a Emenda nº 1 de 1969) mantém a forma de presidencialismo mitigado, com a ressalva apenas da reinstituição do decreto-lei (que constitucionalmente deveria ser apreciado pelo Congresso Nacional). No entanto, tal como na Constituição do Estado Novo, o poder de fato invalidava a constituição como documento normativo superior, pois admitia a permanência do poder revolucionário mantendo a competência jurídica⁴⁷³ e de fato, respectivamente, para a edição dos Atos Complementares e dos Atos Institucionais.

A Constituição de 1988 restaurou a essência do modelo de 1946. O Presidente da República deixou de ter poderes excepcionais, reinstituindo-se o modelo de república constitucional parlamentar (na semelhança da monarquia constitucional parlamentar). Ressalta-se apenas a competência do Presidente da República para editar medidas provisórias⁴⁷⁴, instituto semelhante ao decreto-lei, mas que invertia o sistema de validação pelo órgão do legislativo. Pelo regime da Constituição 1967/1969, o decreto-lei convertia-se em lei por decurso de prazo (caso

⁴⁷³ O Art. 182 da Emenda nº1, de 1969, prescreve que “Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados”. O Ato Institucional nº 5, decretado ao arripio da Constituição vigente (de 1967), proclamou a permanência do poder de fato, ainda que revestido com alguma forma de poder jurídico. O AI nº 5 atribuiu ao Presidente da República a competência para decretar o recesso dos órgãos do poder legislativo e durante o recesso concentrara as funções legislativas (Art. 2º); bem como explicitamente suspendeu as garantias típicas do Estado de direito e atribuía ao Presidente da República a competência para promover os atos do Estado de polícia.

⁴⁷⁴ Texto original no Art. 62 da Constituição de 1988: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não foram convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”. A doutrina costuma creditar o instituto das medidas provisórias no Brasil ao *decretileggi* italiano e não ao decreto-lei do regime constitucional anterior. No entanto, deve-se ressaltar que a Itália adota o sistema de governo parlamentarista e que o *decretileggi* é um ato do chefe de governo em que coloca em risco não

não fosse apreciado pelo Congresso Nacional); pelo regime da Constituição de 1988, a medida provisória deveria ser apreciada pelo Congresso em 30 dias, caso contrário produziria os mesmos efeitos da rejeição. Por diversas circunstâncias, no entanto, interpretou-se a possibilidade de edições sucessivas da mesma medida provisória, resultando na extensão infinita do prazo de aplicação da medida provisória. Apenas com a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, é que o instituto da medida provisória recebeu adequada regulamentação.

No presidencialismo forte, asseguram-se diversos meios de ingerência do Presidente da República no processo legislativo, atribuição tipicamente do Congresso Nacional. Além do poder de veto e da competência para edição de medidas provisórias (e de decreto-lei em regimes constitucionais e anteriores), o Presidente da República tem competência para iniciativa de projeto de lei e para requerer o regime de urgência nas votações; há também previsão constitucional para delegação de competência legislativa ao Presidente da República. No entanto, apesar de todos os instrumentos formais de ingerência na atividade legislativa, o Presidente da República interfere na atividade parlamentar ao apoiar a formação de bloco parlamentar de sustentação política ao governo, assim a interferência do Presidente da República é exercida formalmente pelos líderes do governo no Congresso. Percebe-se que a distinção entre os poderes se torna impossível quando coincide a maioria parlamentar com o grupo de apoio do Presidente da República; neste contexto o controle do poder só pode ser exercido pelo controle do judiciário ao executivo/legislativo ou pelo controle da minoria sobre a maioria.

apenas a aprovação do decreto como também a confiança do parlamento no governo; situação impossível no presidencialismo.

O exercício do poder no Estado providência, por sua vez, exige muito mais do que o exercício do poder na esfera formal de decisão estatal; requer capacidade e eficiência para que as ações do Estado repercutam na sociedade. É neste sentido que o poder institucional e pessoal do Presidente da República é inigualável, é também, no entanto, insuficiente. Assim, uma ação eficiente do chefe do executivo requer também uma coalizão favorável de vários segmentos importantes do Estado e da sociedade.

Sérgio Abranches⁴⁷⁵ identificou uma particularidade do presidencialismo brasileiro, especialmente a partir da eleição de Tancredo Neves. O poder do Presidente é, a princípio, virtual; o Presidente faz uso dele na medida em que forma a coalizão de apoio. O que significa que, embora seja um poder unipessoal, o Presidente precisa fazer concessões para cooptar aliados.

Sobre o presidencialismo de coalizão, considerem-se dois aspectos. A coalizão geralmente produz uma sólida maioria no Congresso Nacional, capaz, inclusive, de aprovar emendas constitucionais; no entanto, como consequência, se torna uma frente amorfa, reunindo aliados com posições políticas, econômicas, ideológicas divergentes. Assim, ao mesmo tempo em que o Presidente tem a maioria que o apóia, não é capaz de fazer mudanças radicais ou promover temas polêmicos sob o risco de se desfazer a maioria.

O outro aspecto é que a coalizão não se reproduz apenas no Congresso Nacional, mas é também o resultado de amplas alianças em outras esferas do Estado e na sociedade civil. Mesmo a base parlamentar de apoio ao Presidente não é uma simples aliança entre partidos, o complexo sistema político eleitoral e

partidário brasileiro faz com que a formação das coalizões tenha a participação de lideranças partidárias, lideranças parlamentares, lideranças nacionais, lideranças regionais etc. Os governadores, por exemplo, têm, geralmente, certa influência sobre a atuação dos deputados federais.

O presidencialismo forte, portanto, não implica no absolutismo (ou no autoritarismo) do poder pessoal do Presidente da República, mas na conciliação e na moderação do Presidente para conduzir (com *virtù* e com *fortuna*) todo o processo político nacional. Pois, se o Presidente tem dificuldades para levar adiante qualquer projeto pessoal, ainda que tenha sido eleito diretamente pelo voto do eleitorado nacional (assim, nenhum outro representante eleito terá expressamente a aprovação de tantos cidadãos), tem o indiscutível poder de obstruir as ações ou de influenciar nas decisões de outros órgãos.

Não se pode esquecer o efeito persuasivo que tem a execução orçamentária sob a direção do poder executivo, bem como a participação do Presidente no procedimento para escolha de integrantes de vários órgãos do poder judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Congresso Nacional

O órgão do poder legislativo brasileiro teve diversas denominações. No Império, o poder legislativo era exercido pela Assembléia Geral, órgão bicameral composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado; no regime constitucional de

⁴⁷⁵ Cf. Sérgio Henrique Abranches. Presidencialismo de coalizão.

1934, o órgão do poder legislativo era apenas a Câmara dos Deputados, foi extinto o Congresso Nacional; e o Senado Federal, embora participasse do processo legislativo, atuava como órgão de coordenação dos poderes, é o que dispõe o Art. 22: “O Poder legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal”⁴⁷⁶. Pela Constituição de 1937 (sem aplicação), dispunha-se que o poder legislativo era exercido pelo Parlamento Nacional, órgão bicameral composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal (as competências do Presidente da República, no entanto, restringiam bastante o exercício das competências do Parlamento Nacional)⁴⁷⁷; nas Constituições de 1891, de 1946, de 1967/69 e de 1988, o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado (Federal).

Geralmente, considera-se que o Congresso Nacional tem a única e exclusiva competência de legislar. Trata-se de um equívoco nos dois sentidos. Em todas as constituições brasileiras, o Presidente da República (ou o Imperador) interferia na atividade legislativa, seja com a competência para apresentar projeto de lei, seja com a competência para requerer regime especial de votação, seja com a competência de vetar o projeto de lei; logo a atividade legislativa nunca foi exclusividade do Congresso. Também o Congresso desempenha outras atividades como a fiscalização da aplicação da legislação, a fiscalização política e a aprovação do orçamento. Parece que este equívoco tem sido uma das causas do ocaso do Congresso brasileiro.

⁴⁷⁶ O Capítulo II da Constituição de 1934, que trata do “Do Poder Legislativo”, dispõe apenas sobre a organização e o funcionamento da Câmara dos Deputados. O Senado Federal é objeto do Capítulo V, “Da Coordenação dos Poderes”.

⁴⁷⁷ Por exemplo, “a iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo” e “qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto”.

A idéia moderna de parlamento nasceu, primeiro, como um órgão representativo da sociedade para controlar a atividade do rei (isto é, a atividade do Estado), tinha assim o poder de invalidar (não reconhecer) atos do rei sobre determinadas matérias, como a instituição de tributos ou a convocação do exército. O parlamento como detentor do poder legislativo também foi organizado com o objetivo de controle; a instituição do legislativo bicameral servia para que um órgão legislativo pudesse controlar o outro. Perceba-se que a idéia de parlamento foi construída dentro do contexto de formação do Estado liberal, em que a lei era a expressão do domínio, isto é, da não liberdade; a esfera privada livre era aquela não legislada, isto é, a permissividade atribuída pela omissão legislativa; portanto, quanto menos lei, mais liberdade; quanto mais difícil for o mecanismo para produção legislativa, maior a proteção da liberdade. O modelo oitocentista de parlamento, portanto, foi construído para ações seguras, consensuais e lentas. Isto se aplicava à Inglaterra do final do século XVII, aos Estados Unidos do final do século XVIII, bem como ao Brasil imperial e da República Velha. Neste sentido, pela Constituição imperial de 1824 e pela Constituição republicana de 1891, a sessão legislativa anual tinha a duração de apenas quatro meses (Art. 17, em ambas as constituições), gradativamente a duração da sessão legislativa foi ampliada até a Constituição de 1988 que prevê nove meses de sessão legislativa (dividido em dois períodos legislativos). A transformação do Estado liberal em Estado intervencionista (Estado social e Estado providência) passou a exigir do legislador mais ação e menos controle. No entanto, a organização do Congresso Nacional permaneceu inalterada, mantendo-se o desenho institucional compatível com a atuação lenta, mas segura.

A partir da Constituição de 1937, ao invés de tornar o desenho institucional do Congresso Nacional mais ágil para responder a demanda decorrente das mudanças na sociedade, na economia e no Estado, transferiu-se cada vez mais competência legislativa (supletiva ou não) para o Presidente da República. O desenho institucional oitocentista adotado no Brasil torna o Congresso Nacional incapaz de realizar satisfatoriamente qualquer uma de suas funções, nem mesmo a de controle institucional, considerando-se que o Presidente da República (e também o poder judiciário) passou a exercer, pelo menos supletivamente, as atividades do Congresso. Decreto-lei, medida provisória, mandado de injunção são apenas os exemplos mais evidentes deste resultado.

Percebem-se, entretanto, alguns ajustes naquele desenho institucional que deram sobrevida ao Congresso. Ressalte-se a atuação das *comissões* e do *colégio de líderes*. A opinião pública e mesmo a doutrina concentram sua atenção sobre a atividade parlamentar no plenário, no último momento do procedimento legislativo em que o projeto de lei é debatido e é votado. No entanto, nos dias de hoje, o núcleo essencial da atividade do Congresso (pelo menos potencialmente) é exercido no âmbito das comissões, sejam elas permanentes, especiais ou de inquérito; nelas é que os projetos de lei podem ser minuciosamente analisados, nelas é que a atividade dos outros poderes pode ser rigorosamente fiscalizada, nelas é que se forma a convicção do que vai ser votado no plenário. O regimento da Câmara e o regimento do Senado adotam, inclusive, o instituto da decisão terminativa⁴⁷⁸ (ou decisão conclusiva, conforma a Casa legislativa), pelo qual o projeto de lei pode ser

⁴⁷⁸ Regulamentando disposição constitucional: “às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”, §2º do Art. 58 da Constituição.

considerado aprovado tacitamente pelo plenário, isto é, decidido terminativamente no âmbito das comissões (sem recurso⁴⁷⁹ de congressista da respectiva Casa, o projeto de lei é aprovado sem ser submetido a votação no plenário).

Maurice Duverger, em trabalho da década de 1970 sobre as modernas tecnodemocracias⁴⁸⁰, apontava a importância das comissões do senado no sistema político norte-americano. Tais comissões não se preocupavam com a estrita atividade legislativa, mas, também, com a atividade fiscalizadora dos outros poderes - o orçamento do executivo, a corrupção, os problemas não solucionados pelas autoridades competentes.

Assim, vislumbra-se a organização do Congresso Nacional em dois aspectos. Por um lado, tornando os procedimentos do Congresso Nacional mais eficientes, seja na atividade legislativa, seja na atividade fiscalizadora, seja na atividade orçamentária; uma estratégia para tal intento é simplificar os procedimentos e descentralizar o âmbito das decisões. Por outro lado, o Congresso Nacional pode, na prática, assumir sua incapacidade para produzir legislação na intensidade exigida e reconhecer o fato de que a intensa legislação é proveniente de órgão do executivo e do judiciário e que, portanto, a função do legislativo é de fiscalizar a produção legislativa destes outros órgãos. Observe-se qualquer reunião do plenário de qualquer das casas do Congresso Nacional, salvo algumas poucas reuniões sobre questões polêmicas, poucos congressistas estão presentes e a decisão é tomada por *votação simbólica* ou por acordo de lideranças, destacando-se assim a importância do *colégio de líderes* e constatação de que boa parte das decisões do plenário é o resultado não de um debate público no plenário, mas de acordos feitos

⁴⁷⁹ Recurso assinado por 10% dos membros da respectiva Casa.

em reunião fechada do *colégio de líderes*⁴⁸¹. Não se quer desmerecer este tipo de procedimento, pelo contrário, a negociação é típica da atividade parlamentar. Quer-se apenas destacar que a mítica idéia de congressistas no plenário debatendo e votando diretamente tem raras aplicações nos dias de hoje. O recurso ao plenário parece que deve ser excepcional, mas intenso e de qualidade. Nestes casos o plenário serve como ressonância da (e para a) esfera pública, seja para iniciar a deliberação, seja para concluir a deliberação.

O órgão do poder legislativo brasileiro sempre foi bicameral⁴⁸² (salvo, talvez, a sutil variação da Constituição de 1934). O bicameralismo republicano é formalmente federativo, isto é, reserva uma câmara para representar o conjunto da nação (ou do povo) e a outra câmara para representar os Estados-membros (ou o povo dos Estados-membros). No bicameralismo imperial, diferentemente do que é difundido, o Senado não era representativo da nobreza, enquanto a Câmara dos Deputados representava o povo; o caráter vitalício do mandato dos senadores não os tornava representantes de uma elite de sangue ou de título (muito embora, nas condições para ser senador inclui-se a comprovação de significativa renda⁴⁸³, restringindo o acesso àquela Casa apenas aos mais ricos). A técnica do bicameralismo é nitidamente inspirada na organização política inglesa do século XVII (que tem sua

⁴⁸⁰ Maurice Duverger. As modernas tecno-democracias.

⁴⁸¹ O Art. 293 do Regimento do Senado é esclarecedor: “Art. 293. No processo simbólico observar-se-ão as seguintes normas: I – os Senadores que aprovarem a matéria deverão permanecer sentados, levantando-se os que votarem pela rejeição; II – o voto dos líderes representará o de seus liderados presentes, permitida a declaração de voto em documento escrito a ser encaminhado à Mesa para publicação; III – se for requerida verificação da votação, será ela repetida pelo processo nominal; IV – o requerimento de verificação de votação só será admissível se apoiado por três Senadores; [...]”.

⁴⁸² Tipos de regime bicameral: aristocrático, sistemático, técnico e federal. O bicameralismo federal pode ainda apresentar-se segundo o federalismo clássico (de equilíbrio), com a representação paritária dos Estados-membros, ou segundo o federalismo hegemônico (Weimar de 1919, Áustria de 1920 e Alemanha atual), com o número de representantes do senado mutável de acordo com a população.

origem indireta no republicanismo) e adaptada para o federalismo pelos constituintes norte-americanos.

Parece, no entanto, um equívoco a ênfase que se dá à natureza federativa do Senado. Inspirado na doutrina do jurista francês Louis Le Fur, estabeleceu-se que, no Estado federal, os Estados-membros participam (obrigatoriamente) da soberania da União⁴⁸⁴. Considerando-se que a soberania é exercida pela legislação, o órgão do poder legislativo bicameral permite que a lei seja o resultado da vontade da União (Câmara dos Deputados) e da vontade dos Estados-membros (Senado). Para Le Fur, sem o Senado (sem o bicameralismo) não há federalismo. No entanto, o princípio da participação significava originalmente uma representação paritária entre os Estados-membros e que a escolha dos senadores era feita pelos legislativos estaduais ou pelos governadores dos Estados-membros; isto é, assim como na dieta da confederação, os senadores não seriam representantes do povo dos Estados-membros, mas representantes orgânicos dos Estados-membros. Este modelo originário de escolha dos senadores, no entanto, nunca foi adotado no Brasil⁴⁸⁵. Neste sentido, Paulo Bonavides contrastou a democratização no processo para escolha dos senadores e a natureza federativa do Senado:

⁴⁸³ “Que tenha de rendimento anual por bens, indústria, comércio ou empregos, a soma de oitocentos mil réis” (Art. 45).

⁴⁸⁴ Sobre o Estado federal: “É um Estado que reúne em si o duplo caráter de Estado e de federação de coletividades públicas de uma natureza particular; estas últimas participam ao mesmo tempo da natureza da província autônoma e daquele do cidadão de uma república; elas se distinguem das outras coletividades não soberanas, em serem chamadas a tomar parte na formação da vontade do estado, participando, desta sorte, da própria substância da soberania federal”. Le Fur citado por Amaro Cavalcanti. Regimen federativo, p. 64.

⁴⁸⁵ Exceto no caso da Constituição de 1937 (sem vigência), pela qual o “Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados” e “cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, elegerá um representante” (Art. 50). A eleição de 1/3 dos senadores por colégio eleitoral, instituído pela Emenda Constituição nº8/77, não significa a representação orgânica, ainda que indireta, a representação é popular. (A Emenda nº 8/77 altera o Art. 41).

A introdução do sufrágio universal direta na escolha dos senadores enfraqueceu o lado federativo da instituição, retirando-se uma faculdade de designação quem, a rigor, deveria competir aos estados-membros, a saber, às respectivas Assembléias ou Governos⁴⁸⁶.

Para corroborar seus argumentos, Paulo Bonavides citou parte do pronunciamento do então senador Eptácio Pessoa:

Se a Comissão rejeitou a emenda que dizia respeito à igualdade de representação na Câmara, porque esta representa o povo e deve, portanto, ser proporcional à população, ao contrário do Senado que tem representação igual porque representa os Estados, pergunto: como aceitou a segunda emenda, determinando que a eleição dos senadores fosse feita pelo mesmo processo da eleição dos deputados? O projeto constitucional foi mais coerente, aceitou a doutrina e tirou os seus corolários, fazendo com que a Câmara que representa o povo fosse eleita pelo povo, e o Senado, que representa o Estado, fosse eleito pelas Assembléias dos Estados⁴⁸⁷.

No mesmo sentido, foi a conclusão de Cláudio Pacheco:

Mas o Senado brasileiro não apresenta elementos decisivos para que seja considerado órgão de pronunciamento de vontades particulares dos Estados componentes. Aliás, um feito rigoroso da Câmara de Estados-membros nele se apresenta apenas pela mencionada igualdade de representação, que é mais um procedimento particular de recrutamento de seus membros do que um efetivo método de captação das vontades próprias daquelas coletividades. [...] Se por sua mera composição circunscricional igualitária o Senado devesse ser considerado como verdadeira Câmara dos Estados-membros, deveríamos considerar também que a própria Câmara dos Deputados teria parcialmente esse caráter. Também a sua composição é circunscricional, pois os seus membros não são eleitos por votação geral nem suas eleições se apuram por quocientes nacionais, antes são eleitos dentro do quadro das votações estaduais, além do que, espiritualmente e em seus sentidos específicos de atividades, consideram-se como representantes dos Estados particulares⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Paulo Bonavides. O Senado e a crise da federação, p. 87.

⁴⁸⁷ Paulo Bovanides. O Senado e a crise da federação, pp. 88-9.

⁴⁸⁸ Cláudio Pacheco. Novo tratado das constituições brasileiras, p. 221-2.

O caso brasileiro bem demonstra que o Senado não é exatamente um órgão federativo⁴⁸⁹; sua existência está vinculada a duas razões, a necessidade de controlar internamente o órgão do poder legislativo, instituindo um processo legislativo complexo em que o projeto de lei deve ser aprovado em duas casas legislativas distintas e a necessidade de um órgão com características conservadoras para fazer o contraponto ao órgão progressista. Na Constituição de 1934, percebeu-se muito bem esta função potencial do Senado como órgão supra-legislativo coordenador dos poderes (Art. 88). Montesquieu, em *O espírito das leis*, também destacava a importância moderadora da câmara alta (para ele como moderação entre o rei e o povo). Perceba-se como é criterioso o procedimento para escolha dos senadores; no Império o senador tinha o mandato vitalício, na República os senadores têm o dobro ou o triplo da duração do mandato dos deputados federais, a composição do Senado é bem menor que a composição da Câmara dos Deputados (hoje, menos de 20%), os senadores são eleitos pelo sistema majoritário (portanto, destaca-se a representação pessoal em detrimento da representação partidária), as condições para ser senador são tão rigorosas quanto as para ser ministro do Supremo Tribunal Federal ou Presidente da República.

Da crise de legitimidade do poder legislativo, um novo desenho institucional passa, portanto, principalmente, pela redefinição do papel das *comissões* e pela redefinição do papel do Senado. Quando se trata do “novo desenho institucional”, não se pretende uma reforma normativa, mas uma nova prática institucional dentro de estrutura normativa vigente. Não se pode esquecer o exemplo norte-americano e

⁴⁸⁹ Não se nega que o Senado tem competências de interesse dos Estados-membros, mas isso não o torna exatamente um órgão federativo. Sem considerar que tais competências federativas são, comparativamente ao conjunto de atribuições do Senado, secundárias.

como a Suprema Corte passou a ter papel institucional relevante sem alterar o texto da constituição.

Supremo Tribunal Federal

Apartou-se do estudo do poder judiciário brasileiro o estudo do Supremo Tribunal Federal. Em parte, esta distinção é inapropriada, em parte não. Como órgão de cúpula do poder judiciário deveria ser objeto do estudo, mas como órgão especial, como tribunal da federação, como tribunal constitucional, não. Destaque-se mesmo que o Supremo Tribunal Federal, diferentemente dos outros órgãos jurisdicionais, é composto exclusivamente por escolha política, enquanto os demais são exclusiva ou majoritariamente compostos por magistrados de carreira.

O Supremo Tribunal Federal da Constituição de 1988 possui atribuições específicas que o distingue muito do Supremo Tribunal Federal instituído pelas constituições anteriores. O Supremo da Constituição de 1988 exerce assumidamente a jurisdição constitucional, atividade que, embora prevista desde o início da República, pelo controle difuso, nunca foi relevantemente exercida. Tratava-se de órgão de cúpula do poder judiciário, mas não de tribunal constitucional.

O antecessor remoto do Supremo Tribunal Federal é a Casa de Suplicação portuguesa durante o período colonial (transferida para o Rio de Janeiro em 1808). A Constituição imperial de 1824 instituiu o Supremo Tribunal de Justiça⁴⁹⁰ e a

⁴⁹⁰ "A Constituição de 1824 não contemplou qualquer sistema semelhante aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", bem como "velar na guarda da

Constituição republicana de 1889 adotou a denominação de Supremo Tribunal Federal, consagrada pelas seguintes (exceto pela Constituição de 1934, que adotou a denominação de Corte Suprema).

A doutrina costuma distinguir duas modalidades de jurisdição constitucional: o modelo norte-americano e o modelo austríaco; geralmente esta distinção é inapropriadamente reduzida a distinção entre o controle difuso e o controle concentrado da constitucionalidade das leis. Acessoriamente a este núcleo conceitual, relaciona-se o controle concreto ao controle difuso (modelo norte-americano) e o controle abstrato ao controle concentrado (modelo austríaco). Em todo caso, é necessário o registro de que as referidas associações não são teoricamente necessárias, ainda que a prática constitucional em vários países tenha conjugado as características da jurisdição constitucional segundo o modelo descrito.

O Supremo Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição de 1824, foi composto de 17 juízes, tirados dos Tribunais de Relação das províncias⁴⁹¹, portanto, tratava-se de órgão tipicamente judicial formado por juízes de carreira. A Constituição imperial adotava o modelo francês, atribuindo à Assembléia Geral a competência para “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como a competência para “velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”; na prática, no entanto, o Imperador, no exercício do poder moderador, pelo seu Conselho de Estado⁴⁹², exercia certo controle sobre a atividade legislativa da

Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º)”. Ives Gandra Martins Filho. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira.

⁴⁹¹ “[...] haverá um Tribunal com a denominação de – Supremo tribunal de Justiça – composto por Juízes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho”. (Art. 163 da Constituição de 1824).

⁴⁹² “O Poder Moderador e o Conselho de Estado pairavam, assim, por cima de todo o sistema representativo parlamentar, verdadeira ficção sustentada por fraudes eleitorais, sendo quem, no

Assembléia Geral⁴⁹³. Sob a vigência da Constituição republicana de 1891 adotou-se o modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade das leis⁴⁹⁴, isto é, o controle difuso e concreto⁴⁹⁵. A Constituição de 1934 estabeleceu a necessidade da maioria absoluta dos ministros da Corte Suprema para declarar a inconstitucionalidade das leis e inovou ao dar competência ao Senado Federal para dar efeito *erga omnes* à decisão da Corte Suprema, isto é, apenas o Senado poderia revogar (legislação negativa) uma lei, a decisão da Suprema Corte sem a resolução do Senado produziria efeitos apenas *inter partes*⁴⁹⁶.

Geralmente, considera-se que a Constituição de 1891 instituiu a jurisdição constitucional; a referida afirmação merece todo cuidado; o Supremo Tribunal

fundo, realmente fixava as estratégias da política nacional, constituindo uma elite dentro da elite". Christian Edward Cyril Lynch. A idéia de um Conselho de Estado brasileiro, p. 53.

⁴⁹³ "Os Conselheiros serão ouvidos [...] em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador" (Art. 142 da Constituição de 1824).

⁴⁹⁴ Com a reforma de 1926. Antes, o Decreto nº 510, de 1890, anterior, portanto, à Constituição, previa a competência do Supremo tribunal Federal para a jurisdição constitucional "quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis". Parece, no entanto, que não se trata aqui de um tribunal constitucional, mas de um tribunal da federação; a tarefa do Supremo Tribunal Federal era preservar a união contra as ações dos estados-membros.

⁴⁹⁵ "A Constituição de 1891 outorgou ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis, que inexistia no regime anterior, onde a sanção imperial expurgava-as de qualquer vício. Esse princípio – embora não expresso na Constituição Americana – firmara-o, como é sabido, a Suprema Corte daquele país, acolhendo o ensinamento de John Marshall no caso Marbury v. Madison, em 803, e declarando, em consequência, nulo o Judiciary Act de 1789: a doutrina foi reiterada, pela segunda vez, em 1857, no caso Dred Scot v. Sanford, e, a partir daí, mais freqüentemente, não havendo sofrido jamais qualquer contestação – Não é certo – ao contrário do que alhures se afirma – que a Constituição Federal sancionara apenas um judicial control restrito ou mitigado, ou seja, adstrito à inconstitucionalidade tão-só das leis estaduais (art. 59, §1º, alínea b), o que só teria sido corrigido com o art. 13, §10, da Lei nº 221, de 1894: leu-se mal o art. Citado, expressa a respeito a sua alínea a, e esqueceu-se que o princípio já havia inspirado o decreto orgânico nº 848, anterior à Constituição" Lenine Nequete. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, p. 23. No mesmo sentido: "O regime republicano inaugurou a adoção do controle judicial de constitucionalidade das leis para a realidade brasileira. A influência do direito norte-americano foi decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b) e confirmada pela Constituição de 1891, pelo qual qualquer juiz ou tribunal poderia, no caso concreto, afastar a aplicação de lei, por considerá-la inconstitucional". Ives Gandra Martins Filho. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira.

⁴⁹⁶ "Quanto à decretação de inconstitucionalidade das leis ou atos do Poder Público, em última instância, pelos Tribunais, inovou a Constituição de 1934, desde logo, com o exigir que ela só poderia ter lugar por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, já que, anteriormente, ela

Federal foi instituído antes da Constituição, pelo Decreto nº 510, de 1890; pelo Decreto, dava-se à Justiça Federal poderes para “contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis”, o poder judiciário tinha competência para invalidar atos dos Estados-membros e não havia qualquer referência aos atos dos poderes da União. Tratava-se, portanto, na verdade, da instituição do guardião da unidade federativa⁴⁹⁷ e não do guardião da constituição; esta interpretação não é de todo inapropriada, pois até o caso *Marbury v. Madison*⁴⁹⁸, nos Estados Unidos, a Suprema Corte norte-americana invalidava apenas atos dos Estados-membros e nunca atos dos outros poderes da União. Somente com a reforma constitucional de 1926, é inserida na constituição a disposição: “das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação”⁴⁹⁹, esta sim instituiu formalmente o controle de constitucionalidade difuso no Brasil.

A partir da Constituição de 1934, estabeleceu-se a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre esta nova competência do Senado, há um aspecto que merece atenção; geralmente se argumenta que tal atribuição foi dada ao Senado para

poderia ocorrer mesmo com a maioria relativa, ou seja, com a metade dos juízes presentes mais um [...]”. Lenine Nequete. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, p. 80-1.

⁴⁹⁷ Trata-se de guardião da unidade da federação porque invalidava os atos dos Estados contra a Constituição e às leis federais, mas não havia previsão de invalidar atos da união contra as leis estaduais constitucionais.

⁴⁹⁸ O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, é paradigmático, mas a doutrina da supremacia judicial (sobre o Congresso e o Presidente da República) só se estabeleceu por reiteradas decisões, especialmente na segunda metade do século XIX.

preservar o princípio da separação de poderes, isto é, para que um órgão judicial não revogasse uma lei emanada do órgão legislativo, no entanto, pela Constituição de 1934, o Senado não era considerado órgão legislativo, mas órgão de coordenação entre os poderes, parece assim que, implicitamente, restaurou-se um novo poder moderador⁵⁰⁰. A Constituição de 1934 adotou também a representação interventiva, semente do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil⁵⁰¹. A Constituição de 1937 instituiu um interessante instrumento de controle parlamentar sobre a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos, em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”⁵⁰². O instituto, no entanto, com a concentração das competências do Parlamento Nacional no Presidente da República serviu para reafirmar o Estado de polícia⁵⁰³. Na vigência da

⁴⁹⁹ Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que alterou o Art. 60 da Constituição de 1891.

⁵⁰⁰ “E inovou mais: instituindo o Senado Federal como órgão encarregado de promover a coordenação dos poderes federais entre si, quase que como um novo Poder Moderador, outorgou-lhe a competência de suspender, no todo ou em parte, a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, que o Poder Judiciário declarasse inconstitucionais (Constituição, arts. 88 e 91, IV)”. Lenine Nequete. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, p. 81.

⁵⁰¹ “Se é certo – como se pôde sustentar – que a Constituição de 1934, com o seu complicado sistema de freios e contrapesos, chamado de ‘coordenação de poderes’, o que procurou foi evitar a supremacia do Executivo, a que conduziu a nossa primeira experiência republicana, e em oposição àquele da Constituição de 1891 – em que o objetivo era obviar a supremacia do Congresso, a verdade é que o intento não haveria de ser bem sucedido [...]”. Lenine Nequete. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, p. 83.

⁵⁰² Parágrafo único do Art. 96 da Constituição de 1937. Sobre a defesa deste instituto, cf. Francisco Campos. Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro.

⁵⁰³ “A última instância judiciária concentrava-se, em consequência, no Chefe do Executivo”. Lenine Nequete. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, p. 84. No mesmo sentido: “Não bastasse tanto, o Chefe do Poder Executivo deixou claro que a atividade de controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não seria respeitada pelo governo, se este considerasse que a decisão do STF contrariasse o interesse nacional (Decreto-Lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, cassando declaração de inconstitucionalidade de lei tributária proferida pelo STF). Assim, essa atividade de controle de constitucionalidade existiria, na realidade,

Constituição de 1946 adotou-se, sem prejuízo do modelo difuso, o modelo concentrado⁵⁰⁴, com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade. Não há inovação significativa na Constituição de 1967/1969.

A Constituição de 1988 reforçou o sistema de controle concentrado. Sob o regime constitucional vigente: ampliaram-se os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e instituíram-se instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade; deram-se efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratório de constitucionalidade. Também se reforçou o poder do Supremo no controle difuso com o critério da “repercussão geral” e a instituição da súmula vinculante. Adotaram-se, ainda, institutos híbridos como a reclamação constitucional e como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, institutos do controle concentrado, mas que apreciam a constitucionalidade da norma concretamente.

O Supremo Tribunal Federal atua em múltiplos papéis. É a mais alta corte judiciária com poder de revisão das decisões dos outros órgãos do poder judiciário. É o tribunal constitucional com poderes para invalidar os atos contrários à constituição, inclusive dos outros poderes; também como tribunal constitucional assume a missão de concretizador da constituição, produzindo normas e determinando políticas públicas supletivamente na omissão dos outros poderes ou, ainda, corrigindo a atuação dos outros poderes que considere inadequada em relação à constituição. O Supremo Tribunal Federal é o tribunal da federação,

apenas no papel, como, de resto, a própria estrutura legal que pretendia legitimar o governo”. Ives Gandra Martins Filho. *Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira*.

⁵⁰⁴ Emenda Constitucional nº 16/1965.

resolvendo conflitos entre os entes federativos. É também um tribunal entre os poderes resolvendo conflitos entre os órgãos estatais, como também entre o governo e a oposição. Este papel complexo destinado ao Supremo Tribunal Federal não se ajusta perfeitamente a nenhuma categoria a que lhe é atribuída, não é integralmente órgão do poder judiciário, também não é integralmente tribunal constitucional, nem mesmo órgão de “fiscalização da decisão política fundamental”; parece que revisitar a categoria do poder moderador seja bastante elucidativo do desenho institucional brasileiro. Oscar Vilhena Vieira registra um comentário de D. Pedro II, em meados de 1889: “parece-me se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição ficaria ela melhor”⁵⁰⁵.

Assim como na instituição do Supremo Tribunal de Justiça, aproveitaram-se os juízes do regime anterior na instituição do Supremo Tribunal Federal. É um dado bastante curioso como a mudança política (e jurídica) do regime, na história brasileira, manteve quase sempre intacta a composição do Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁶. Os juízes do antigo regime aplicam a nova ordem constitucional⁵⁰⁷. Em todo caso, destaca-se a relevante jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, nesta primeira fase republicana, na formulação da doutrina do *habeas corpus*⁵⁰⁸. A partir da Constituição de 1891, a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal se

⁵⁰⁵ Oscar Vilhena Vieira. Supremo Tribunal Federal, p. 73.

⁵⁰⁶ Com exceções como a aposentadoria compulsória de Victor Nunes Leal, de Hermes Lima e de Evandro Lins e Silva pelo Ato Institucional nº 5. O §1º do Art. 6º do Ato Institucional nº 5 atribuía ao Presidente da República o poder para “demitir, remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”. Também em 1931 foram aposentados compulsoriamente Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antônio Pires e Albuquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca (Decreto nº 19.711).

⁵⁰⁷ Corrobora neste sentido a análise de Castro Nunes: “Nos primeiros tempos da República, o tribunal não tinha consciência de seu papel no regime. [...] Coube a Rui um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte”. Teoria e prática do poder judiciário, p. 168.

deu por indicação livre⁵⁰⁹ do Presidente da República e aprovação pelo Senado; portanto, inspirado na Suprema Corte norte-americana, o Supremo deixou de ser o último posto na carreira da magistratura. Também desde a Constituição de 1891, o Senado tem a competência para julgar os integrantes do Supremo Tribunal Federal por crime de responsabilidade. Na Constituição de 1937, o Parlamento Nacional poderia rever a decisão do Supremo que declarasse uma lei inconstitucional⁵¹⁰. O regime da Constituição de 1967/1969 tinha enorme confiança no Supremo Tribunal Federal, especialmente depois do expurgo promovido com amparo no Ato Institucional nº 5; adotou-se a advocatória e a representação de inconstitucionalidade, forçando o poder hierárquico do Supremo na estrutura do poder judiciário. O Supremo Tribunal Federal da Constituição de 1988 também manteve os ministros do regime anterior, apenas dez anos depois, mais da metade da composição do Supremo foi renovada.

2 CRISE DA MODERNIDADE E O CASO BRASILEIRO: IMPERTINÊNCIA?

No caso brasileiro, o dualismo paradigmático impõe que a análise da estrutura formal do sistema jurídico e político seja complementada pela análise das práticas políticas e jurídicas.

⁵⁰⁸ Luís Carlos Martins Jr. transcreveu trechos relevantes das decisões deste período. Cf. Luís Carlos Martins Jr. O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras, pp. 150-193.

⁵⁰⁹ A constituição exigia determinadas condições como ser cidadão de “notável saber e reputação, elegíveis para o Senado”, isto é, maiores de 35 anos, no gozo dos “direitos de cidadão”, alistável como eleitor, nacionalidade brasileira há mais de seis anos. (Artigos 26 e 48 da Constituição de 1891).

⁵¹⁰ No Estado Novo, com a suspensão das atividades do Parlamento, o Presidente da República chamou para si as competências do órgão legislativo. Assim, invalidou pelo Decreto-Lei nº 1564/1939 uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

A crise paradigmática no direito e no Estado é uma manifestação da crise da modernidade. Preferiu-se a expressão crise do paradigma “oitocentista” para determinar um objeto mais preciso, menos ambíguo que a expressão “modernidade”. A delimitação não é apenas temporal – o século XIX -, mas, também, espacial: o paradigma moderno é um modelo teórico europeu, particularmente da Europa Ocidental. A origem européia do paradigma não impediu que o mesmo se expandisse pelo mundo, pacífica ou impositivamente. Neste sentido é que o paradigma norte-americano é, *mutatis mutandis*, o mesmo paradigma moderno de origem européia.

O debate sobre a modernidade é, portanto, inevitavelmente, um debate eurocentrista; pois, impõe a referência moderna (modernidade européia) às outras partes do mundo. O referencial moderno também é um referencial valorativo, no sentido de que o que não é moderno é considerado ilegítimo, não-emancipador ou não-desenvolvido.

A peculiaridade da modernidade européia contrasta com outros modos de organização social, com outras civilizações, com outros sistemas teóricos, vale dizer, com outros paradigmas, muitos dos quais mais antigos que o paradigma moderno, isto é, um paradigma europeu em contraste com o chinês, o indiano, o egípcio, o muçulmano etc. Todos diferem do modelo europeu, mas, tal como o modelo europeu, foram aplicados além do âmbito restrito da comunidade, assumindo pretensões imperiais ou universais.

Nos lugares onde não se vivenciou a Antiguidade e o Medievo, a adoção da modernidade produziu, inevitavelmente, resultados diferentes daqueles que são esperados, por comparação, com os resultados verificados na Europa e nos Estados

Unidos. Assim, os lugares onde não se adotam a modernidade, isto é, o diferente, recebem a conotação negativa em contraste com o referencial moderno.

O peso do referencial moderno, no entanto, é intimidador. Quem não é moderno vive na “idade das trevas”. Não é por outro motivo que autores como Boaventura de Sousa Santos⁵¹¹ se obrigam a distinguir a modernidade central da modernidade periférica, a fim de explicar a situação portuguesa, que, embora europeia (geograficamente), não adota os mesmos parâmetros da modernidade inglesa, francesa, alemã e norte-americana, por exemplo. Ou mais, ainda que adote o parâmetro moderno, não se percebem os resultados positivos da modernidade. Em certo sentido, a distinção entre modernidade central e periférica é também uma reafirmação da modernidade como paradigma referencial, ou seja, o paradigma português não é outro, mas uma corrupção do paradigma moderno.

Assim, a modernidade, além do que representa para a Europa e para os Estados Unidos, serve também de referência para outros modelos paradigmáticos, isto é, adota-se um critério simples de comparação que classifica o mundo em moderno e não moderno. Neste sentido, o não-moderno pode ser a etapa anterior à modernidade; por exemplo, uma sociedade organizada pelo regime feudal ou uma sociedade em que não se percebe a diferenciação das ordens éticas (uma sociedade não complexa) etc. Ou, o não-moderno pode ser, também, a aplicação deformada dos preceitos modernos; de certo modo é o que Boaventura de Sousa Santos denominou de modernidade periférica. Em ambos os casos, a não-modernidade é um déficit e não uma alternativa.

⁵¹¹ Cf. Boaventura de Sousa Santos. Pela mão de Alice.

Há, no entanto, duas outras possibilidades que não adotam a modernidade como referência única. Pode-se, simplesmente, adotar um paradigma assumidamente diferente da modernidade, como alternativa melhor (seja em razão do contexto específico onde é aplicado, seja porque se considera absolutamente melhor). Pode-se, também, adotar a distinção entre a modernidade européia e outras modernidades; assim, a modernidade continua sendo o referencial de comparação, mas como uma idéia frouxa de modernidade que abrange a modernidade européia e outras modernidades; esta posição se difere da posição de Boaventura de Sousa Santos porque, para o autor português, a modernidade periférica é uma disfunção da modernidade central, portanto a modernidade não-européia é independente da modernidade européia. Parece, no entanto, que tal distinção não dá clareza ao debate; a modernidade é mesmo uma construção conceitual da Europa para descrever (e prescrever) um fenômeno tipicamente europeu e se difundiu no mundo, não em razão da sua superioridade teórica, mas, pela hegemonia política, econômica e militar da Europa e dos Estados Unidos.

Neste contexto, de certo modo, parte relevante da doutrina brasileira sobre o tema da formação da sociedade (e do Estado) brasileiro procura desenvolver a idéia de que a modernidade brasileira é diferente da modernidade européia sem deixar de ser moderna.

Embora as teorias sobre a brasilidade, sobre a formação do Estado ou sobre a formação da sociedade brasileira se apresentem como um diagnóstico sociológico, antropológico, político, histórico ou geográfico do Brasil, pode-se perceber, em todas elas, uma relação direta com as posições políticas dos autores. Pode-se, assim, ter sérias suspeitas de que o diagnóstico é determinado, em parte, pela conclusão.

Como já se explicou, a abdução, também, opera com a antecedência da conclusão em relação a pesquisa empírica (verificação ou falseamento), mas, nos casos referidos, a antecedência da conclusão não é explícita e se apresenta como uma conclusão inevitável diante da constatação de uma evolução da formação da identidade nacional.

Não se pode afirmar se em razão disto, mas é possível, por exemplo, perceber insuperáveis contradições entre as teorias concorrentes, como a de Raymundo Faoro que descreveu a colonização no Brasil como expressão do patrimonialismo português e, portanto, do Estado (o centro) forte; e, por contraste, a de Nestor Duarte que descreveu a organização do Brasil colonial como feudalismo, isto é, como poder do feudo prevalecendo sobre o poder do centro (sobre o Estado). Ou interpretações conflitantes sobre o coronelismo em que, para alguns, é a concessão do poder central em favor da clientela local e para outros o inverso.

Em todo caso, parece ser possível identificar, também, diversos aspectos comuns em todas estas posições conflitantes. Em muitos casos, o conflito é sobre uma especificidade, mantendo-se uniforme, *mutatis mutandis*, o aspecto central da teoria. Ou ainda, que a imprecisão terminológica (ou melhor, a confusão terminológica) possa ter produzido falsas distinções, bem como falsas associações.

A doutrina brasileira sobre a formação do Estado e sobre as relações de poder da sociedade adota um vocabulário confuso e impreciso⁵¹². Ressalte-se que a imprecisão e a confusão conceitual estão no debate e não em cada teoria particularmente. Neste sentido, o patrimonialismo de Raymundo Faoro não é o

⁵¹² No mesmo sentido, cf. José Murilo de Carvalho: "Há momentos, no entanto, em que o acúmulo de pesquisas passa a girar em roda, sem conseguir avançar devido a confusões e imprecisões

mesmo de Simon Schwartzman. O coronelismo não se confunde com o clientelismo; para a maioria da doutrina, o clientelismo é um fenômeno pré-moderno, para outra parte é uma manifestação tipicamente moderna. Assim, há um emaranhado de expressões para tentar sintetizar a brasilidade, o que não deixa de causar certa nebulosidade: mandonismo, clientelismo, cordialismo, conciliadorismo, conservadorismo, patrimonialismo, feudalismo, tradicionalismo, coronelismo, autoritarismo, centralismo, nacionalismo, patronagem, patriarcalismo etc. Como advertiu José Murilo de Carvalho, “convém parar para revisão e tentar esclarecer conceitos e teorias”⁵¹³.

Pode-se fazer uso do trabalho de José Murilo de Carvalho para se ter uma distinção clara dos conceitos mais confusos. Coronelismo é

um sistema político nacional baseado em barganhas entre governo e os coronéis. O governo estadual garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e seus rivais, sobretudo cedendo-lhe o controle dos cargos públicos, desde o de delegado de polícia até o de professora primária. O coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Para cima, os governadores dão seu apoio ao presidente da República em troca do reconhecimento desde seu domínio no estado⁵¹⁴.

José Murilo de Carvalho distinguiu o coronelismo do mandonismo. Para Carvalho, o mandonismo se aproxima do que a doutrina hispano-americana denomina de caciquismo, “refere-se à existência local de estruturas oligárquicas e personalizadas de poder. O mandão, o potentado, o chefe, ou mesmo o coronel como indivíduo, é aquele que, em função do controle de algum recurso estratégico,

conceituais”. José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. Do mesmo autor, cf., também, Ciudadania e Desenvolvimento de la ciudadania en Brasil.

⁵¹³ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

em geral a posse da terra, exerce sobre a população um domínio pessoal e arbitrário que a impede de ter livre acesso ao mercado e à sociedade política”⁵¹⁵. José Murilo de Carvalho concluiu que o coronelismo (de Victor Nunes Leal) é um “momento particular do mandonismo, exatamente aquele em que os mandões começam a perder força e têm de recorrer ao governo. Mandonismo, segundo ele [Victor Nunes Leal] sempre existiu. É uma característica do coronelismo, assim como o é o clientelismo”⁵¹⁶.

A expressão mais imprecisa de todas as referidas é, para José Murilo de Carvalho, o clientelismo⁵¹⁷. “De modo geral, indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto”⁵¹⁸. Enquanto que no mandonismo o poder é exercido unilateralmente, no clientelismo há uma relação bilateral, ainda que assimétrica, de troca de bens; é a assimetria que aproxima o clientelismo do mandonismo, pois a parte fraca se vê obrigada a aceitar a troca. Por outro lado, embora o clientelismo seja uma característica do coronelismo, não pode se confundir com ele, a complexidade do coronelismo absorve o clientelismo, mas, também, possui outras características e é descrito em circunstâncias bastante particulares. Assim, enquanto o clientelismo é um conceito reconhecido internacionalmente, o coronelismo é descrito como um fenômeno exclusivamente brasileiro durante um período determinado da Primeira República.

⁵¹⁴ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵¹⁵ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵¹⁶ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵¹⁷ “O conceito de clientelismo sempre foi empregado de maneira frouxa”. José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵¹⁸ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

Temos, assim, três conceitos relacionados, mas não sinônimos, guardados cada um sua especificidade, além de representarem curvas diferentes de evolução. O coronelismo retrata-se com uma curva tipo sino: surge, atinge o apogeu e cai num período de tempo relativamente curto. O mandonismo segue uma curva sempre descendente. O clientelismo apresenta uma curva ascendente com oscilações e uma virada para baixo nos últimos anos⁵¹⁹.

Victor Nunes Leal considerou que o coronelismo é o resultado do empobrecimento das lideranças locais, obrigadas a manter uma relação de dependência com o poder central a fim de resguardar algum domínio⁵²⁰, portanto, o coronelismo é, antes, uma expressão do enfraquecimento do “campo” (do poder local). Pelo “acordo”, os coronéis asseguravam os votos para a eleição dos governadores, que asseguravam os votos para a eleição do presidente. Salvo os estados fortes, como Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Pernambuco e Bahia, para os outros, o poder central, isto é, o poder do Presidente da República, era incontestável.

Concebemos o ‘coronelismo’ como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. [...] É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o ‘coronelismo’ é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras⁵²¹.

⁵¹⁹ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵²⁰ “O ‘coronelismo’ pressupõe, ao contrário, a decadência do poder privado e funciona como processo de conservação do seu conteúdo residual”. “[...] ‘coronelismo’: este sistema político é dominado por uma relação de compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido”. Victor Nunes Leal. Coronelismo, enxada e voto, pp. 251-2. E completa: “O ‘coronelismo’ – já o observamos anteriormente – pressupõe a decadência da nossa estrutura rural”. Victor Nunes Leal. Coronelismo, enxada e voto, p. 256.

⁵²¹ Victor Nunes Leal. Coronelismo, enxada e voto, p. 20.

Na percepção de Victor Nunes Leal, não se trata apenas do enfraquecimento do poder local, mas do empobrecimento do poder rural. O coronelismo só é possível em condições de completa dependência econômica do indivíduo à terra, assim, o dono da terra também se apoderava do indivíduo⁵²².

O gênero “mandonismo”, portanto, é o primeiro elemento material da estrutura política e jurídica brasileira não percebido pela estrutura normativa formal.

O feudalismo também não se confunde com o patrimonialismo. Weber os distinguiu e assim também o fizeram Raymundo Faoro e Simon Schwartzman; ainda que ambos integrem a mesma família tradicionalista, no sentido weberiano (posição que não é dominante da doutrina brasileira). No contexto brasileiro, o feudalismo se caracteriza pelo acentuado poder dos “potentados rurais e suas parentelas diante do Estado desde o início da colonização. Os proprietários rurais são vistos como onipotentes dentro de seus latifúndios [...]. Durante a Colônia eram alheios, se não hostis, ao poder do governo. Após a Independência, passaram a controlar a política nacional, submetendo o Estado aos seus desígnios”⁵²³. Em sentido oposto, o patrimonialismo, no contexto brasileiro, consiste no capitalismo de Estado de natureza patrimonial, de modo que o estamento burocrático, “minoría dissociada da nação, é que domina, dele saindo a classe política”⁵²⁴.

Algumas associações são recorrentes na doutrina brasileira. Os teóricos do patrimonialismo descrevem um Estado forte e autoritário, assim, a superação das

⁵²² “O ‘coronelismo’ atua no reduzido cenário do governo local. Seu *habitat* são os municípios do interior, o que equivale a dizer os municípios rurais, ou predominantemente rurais; sua vitalidade é inversamente proporcional ao desenvolvimento das atividades urbanas, como sejam o comércio e a indústria. Consequentemente, o isolamento é fator importante na formação e manutenção do fenômeno”. Victor Nunes Leal. *Coronelismo, enxada e voto*, p. 251.

⁵²³ José Murilo de Carvalho. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*.

⁵²⁴ José Murilo de Carvalho. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*.

mazelas do desenvolvimento nacional está no enfraquecimento do Estado, seja pelo federalismo, seja pelo fortalecimento da sociedade civil. Os teóricos do feudalismo descrevem um Estado fraco, subordinado ao poder privado dos enclaves locais e regionais, assim, a superação das mazelas do desenvolvimento nacional está no fortalecimento do Estado, no fortalecimento do poder central e da unidade nacional.

Na distinção weberiana entre os três tipos de dominação legítima – carismática, tradicional e racional-legal, a dominação tradicional significa que a legitimidade do poder se fundamenta na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais tradicionais ('existentes desde sempre'). "Trata-se da crença na legitimidade do poder de quem exerce a dominação pelo fato de que sua 'investidura' decorre de longa tradição, de um costume inveterado, a partir de uma autoridade que sempre existiu. É o costume de determinada coletividade que indica quem exerce o poder e quem também garante a legitimidade do exercício da dominação"⁵²⁵. Há diversas formas de dominação tradicional: a gerontocracia, o patriarcalismo, o sultanismo, o feudalismo e o patrimonialismo, por exemplo⁵²⁶. O patrimonialismo é, portanto, na classificação weberiana, uma forma de dominação tradicional⁵²⁷. Para Max Weber, o patrimonialismo é originário do desenvolvimento da organização familiar, isto é, a mesma forma de dominação exercida pelo *pater* sobre os seus dependentes é ampliada na mesma medida em que o poder da família se amplia territorial e demograficamente. Não há, portanto, no

⁵²⁵ Daniel Barile da Silveira. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro, p. 3.

⁵²⁶ "Tal legitimação pela tradição é ambivalente em relação à tendência dos dirigentes ao arbítrio pessoal. [...] Se o arbítrio predomina, o patrimonialismo aproxima-se do que Weber classifica de patrimonialismo sultanista, ou patricarcal, ou puro. Se prevalece a tradição, o patrimonialismo tende a transformar-se em patrimonialismo estamental ou descentralizado, no qual as relações entre o príncipe e o corpo administrativo são mais estáveis e equalizadas". Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, pp. 156-7.

⁵²⁷ Cf. Daniel Barile da Silveira. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro, p. 4.

patrimonialismo weberiano, a divisão entre o público e o privado, porque não há o público; tudo não passa da propriedade do *pater* sobre os seus bens e sobre os seus dependentes; desta forma, o governo é a gestão pessoal do *pater* sobre o que é seu⁵²⁸.

No final da década de 1950, Raymundo Faoro publicou *Os donos do poder*. Por inspiração explicitamente weberiana, Faoro procurou demonstrar que a organização social brasileira é o resultado da colonização segundo o modelo patrimonial. Faoro, portanto, identificou as raízes do desenvolvimento nacional na formação do Estado português; Portugal desconheceu o feudalismo⁵²⁹, em seu lugar, o nascimento do Estado português se organizou como Estado patrimonial. Significa que as relações de poder entre o rei e os súditos, intermediada, no feudalismo, por uma nobreza forte, no patrimonialismo, eram feitas sem intermediários, assim, o rei exercia o poder direto sobre os seus súditos. Não havia, no entanto, a separação entre a política e a economia, de modo que o poder político e o poder econômico eram indissociáveis no patrimonialismo.

Estado patrimonial, portanto, e não feudal, o de Portugal medievo. Estado patrimonial já com direção pré-traçada, afeiçoado pelo direito romano, bebido na tradição e nas fontes eclesiásticas, renovado com os juristas filhos da Escola de Bolonha. [...] Na monarquia patrimonial, o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio – o reino tem um *dominus*, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como

⁵²⁸ Cf. Daniel Barile da Silveira. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro, p. 5. No mesmo sentido, “A dominação tradicional subdivide-se em patrimonial e feudal. A dominação patrimonial tem sua legitimidade baseada em uma autoridade sacralizada por existir desde tempos antigos, longínquos. Seu arquétipo é a autoridade patriarcal. Por se espelhar no poder atávico, e, ao mesmo tempo, arbitrário e compassivo do patriarca, manifesta-se de modo pessoal e instável, sujeita aos caprichos e à subjetividade do dominador. A comunidade política, expandindo-se a partir da comunidade doméstica, toma desta, por analogia, as formas e, sobretudo, o espírito de ‘piedade’ a unir dominantes e dominados” Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 156.

⁵²⁹ “[...] Portugal não conheceu o feudalismo [...]”. Raymundo Faoro. *Os donos do poder*, p. 19.

se fosse empresa sua. O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano. Mais um passo, e a categoria dos auxiliares do príncipe comporá uma nobreza própria, ao lado e, muitas vezes, superior à nobreza territorial⁵³⁰.

Raymundo Faoro, diferentemente de Weber, no entanto, deu contornos modernos ao patrimonialismo português (e brasileiro). Enfatizou que o monarca absoluto do patrimonialismo português necessitava constituir uma intermediação entre ele e os súditos, mas diferente daquela feudal. Assim, o poder era exercido por uma burocracia plebéia, que devia seu poder exclusivamente à vontade do monarca, de modo que tal poder precário poderia ser revogado a qualquer momento. A burocracia do Estado patrimonial dá um sentido diferente do poder exercido pela nobreza no feudalismo⁵³¹. No feudalismo, o rei está à mercê dos nobres que são tão ou mais poderosos que ele, pois o poder tradicional reside no nobre; no patrimonialismo, o estamento burocrático não tem legitimidade tradicional, que reside no rei, estranhamente sua legitimação é racional-legal, mesclada com uma fonte tradicional do rei.

O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência⁵³².

⁵³⁰ Raymundo Faoro. Os donos do poder, p. 20.

⁵³¹ Para Rubens Goyatá Campante, no feudalismo, diferentemente do patrimonialismo, “ocorre, de forma acentuada, uma ‘apropriação dos meios administrativos’ por parte dos ‘servidores’, que acaba por gerar uma situação contratual entre estes e o governante patrimonial, embora não de cunho moderno, formal-objetivo, mas baseada na ‘honra’ subjetiva das partes”. Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 157.

⁵³² Raymundo Faoro. Os donos do poder, p. 84.

A idéia de burocracia estamental de Raymundo Faoro é, talvez, o núcleo da divergência com Max Weber. Para Weber, o estamento burocrático é o estamento feudal que rivaliza o poder real. Para Faoro, o estamento burocrático fortalece o poder do rei⁵³³. Faoro constrói, portanto, o seu estamento, ibero-americano, nem feudal nem antipatrimonial⁵³⁴.

Mas, no Estado patrimonial, não há uma burocracia nos moldes do Estado de direito, isenta, neutra e procedimental. É uma burocracia de administração substancial. Não se esqueça de que o Estado é patrimônio do rei; não há sociedade civil para contrastá-lo. Assim, o agente público é o mesmo que agente do rei e o rei não é o representante da nação ou da sociedade, o rei é o dono do Estado. Os súditos, assim, não são apenas súditos, mas empregados, servos, sócios, meeiros do rei.⁵³⁵

Neste sentido é que o Estado patrimonial é um Estado forte, de certo modo, é um Estado total, pois não há limites formais para sua intervenção.

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre as esferas pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social⁵³⁶.

⁵³³ Cf. Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 163.

⁵³⁴ Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 163.

⁵³⁵ “Ao analisar as raízes históricas do Estado Português, Faoro descobre que a fundamental peculiaridade de sua forma de organização estava calcada no fato de que o bem público – as terras e o tesouro da Corte Real – não estava dissociado do patrimônio que constituiria a esfera dos bens íntima do governante”. Daniel Barile da Silveira. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro, p. 10.

Na história brasileira, o Estado patrimonial forte e, portanto, autoritário, só decaiu no final Primeira República. A expressão do enfraquecimento do Estado patrimonial, para Faoro, é o coronelismo, isto é, a afirmação do poder local em detrimento do poder central⁵³⁷. No entanto, parece que a mesma estrutura patrimonial persiste em escala menor, as relações de poder se dão também entre o senhor que é o detentor do *imperium* e do *dominium* ao mesmo tempo, isto é, do dono da propriedade rural e chefe político ao mesmo tempo; nesta relação, o agregado tem uma dependência insuperável ao dono da terra, meio de moradia e de sustento.

No entanto, essa passagem do Estado patrimonial nacional para o exercício local do poder, também, de tipo patrimonial (ou seria feudal?)⁵³⁸, se deu por um reconhecimento do poder dos “coronéis” pelo poder central; o título de coronel corrobora esta posição, era conferido pela autoridade nacional, mas não ao seu arbítrio e sim como reconhecimento de uma liderança política e econômica de

⁵³⁶ Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, pp. 154-5.

⁵³⁷ Perceba-se que a conclusão de Faoro é diferente da conclusão de Victor Nunes Leal. “O fenômeno coronelista não é novo. Nova será sua colaboração estadualista e sua emancipação no agrarismo republicano, mais liberto das perias e das dependências econômicas do patrimonialismo central do Império. O coronel recebe seu nome da Guarda Nacional, cujo chefe, do regimento municipal, investia-se daquele posto, devendo a nomeação recair sobre pessoa socialmente qualificada, em regra detentora de riqueza, à medida que se acentua o teor de classe da sociedade. Ao lado do coronel legalmente sagrado prosperou o ‘coronel tradicional’, também chefe político e também senhor dos meios capazes de sustentar o estilo de vida de sua posição”. Raymundo Faoro. Os donos do poder, pp. 621-2. Campante percebe, também, os inconvenientes do modelo: “O problema da manutenção do controle pessoal sobre territórios extensos é um dilema típico do governante patrimonial, diante das dificuldades causadas pelas distâncias e precariedade das comunicações e pelos focos de poder locais. Ele o faz por intermédio de ‘servidores’ nem sempre fiéis, que apresentam, não raro, tendências centrífugas. Para o governante patrimonial, o servidor é, ao mesmo tempo, uma ‘solução’ para problemas administrativos e de consolidação do poder central, e uma fonte de problemas e preocupações”. Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 158.

⁵³⁸ Rubens Goyatá Campante explica que o patrimonialismo não significa centralismo, assim o enfraquecimento do poder central não descaracteriza o patrimonialismo. Cf. Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 159. “Faoro, porém, provavelmente temendo que a descentralização comprometa a noção de patrimonialismo e

fato⁵³⁹. O poder local, no entanto, compreendia os limites do seu poder e a extensão do poder do Estado patrimonial nacional, de modo que não podia dispensar o reconhecimento do Estado.

O Estado patrimonial não tem nenhum caráter democrático ou republicano. O compartilhamento do poder com uma burocracia também não lhe dá qualquer característica liberal. No patrimonialismo, o exercício do poder continua sendo pessoal, privado.

O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos. O grupo dirigente não exerce o poder em nome da maioria, mediante delegação ou inspirado pela confiança que do povo, como entidade global, se irradia. É a própria soberania que se enquista, impenetrável e superior, numa camada restrita, ignorante do dogma do predomínio da maioria. [...] A minoria exerce o governo em nome próprio, não se socorre da nação para justificar o poder, ou para legitimá-lo jurídica e moralmente⁵⁴⁰.

No início da década de 1970, Simon Schwartzman publicou *São Paulo e o Estado nacional*. Na década seguinte, a pesquisa foi revista e resultou na publicação de *Bases do autoritarismo brasileiro*. Simon Schwartzman procurou explicar a formação do Estado brasileiro como um patrimonialismo diferente do patrimonialismo de Raymundo Faoro.

O uso do termo 'patrimonialismo' nas ciências sociais tem sua origem nos trabalhos de Max Weber, e foi utilizado para caracterizar uma forma

caracterize a de feudalismo, prioriza a proeminência do centralismo na tradição política brasileira". Rubens Goyatá Campante. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, p. 160.

⁵³⁹ "O coronel, antes de ser um líder político, é um líder econômico, não necessariamente, como se diz sempre, o fazendeiro que manda nos seus agregados, empregados ou dependentes. O vínculo não obedece a linhas tão simples, que se traduziriam no mero prolongamento do poder privado na ordem pública". Raymundo Faoro. Os donos do poder, p. 622.

⁵⁴⁰ Raymundo Faoro. Os donos do poder, p. 88.

específica de dominação política tradicional, em que a administração pública é exercida como patrimônio privado do chefe político. Mas ela remonta à diferença estabelecida por Maquiavel entre duas formas fundamentais de organização da política, uma mais descentralizada, do 'Príncipe e seus barões', e outra mais centralizada, do 'Príncipe e seus súditos'. No seu uso mais recente, o termo 'patrimonialismo' costuma vir associado a outros como 'clientelismo' e 'populismo', por oposição ao que seriam formas mais modernas, democráticas e racionais da gestão pública, também analisada por Weber em termos do que ele denominou de 'dominação racional-legal', típica das democracias ocidentais⁵⁴¹.

Neste sentido, Simon Schwartzman advertiu que os teóricos europeus (destacou Max Weber e Karl Marx) consideram a modernidade como um fenômeno universal, mas o observam como um fenômeno histórico europeu. Assim, a legitimação tradicional que antecedeu a modernidade é a tradição feudal (isto é, do príncipe e seus barões) e não a tradição patrimonial. Num conveniente esquecimento dos modelos patrimonialistas chinês e egípcio⁵⁴².

Quanto ao caso brasileiro, Simon Schwartzman distinguiu a sua concepção de patrimonialismo das concepções de Raymundo Faoro e de F. Uricechea. Schwartzman considerou que sua posição é "mais fiel [...] à inspiração weberiana original"⁵⁴³.

Segundo Schwartzman, na descrição weberiana da modernidade, isto é, da legitimação racional-legal:

todas as funções públicas estavam codificadas em um sistema de normas racionalmente elaboradas (daí o 'racional'), que definiam com precisão o âmbito de atuação e o poder dos agentes públicos (daí o 'legal'). Subentendido a este conceito estava a noção de que as leis eram definidas pelos parlamentos, que representavam a sociedade organizada em partidos

⁵⁴¹ Simon Schwartzman. Sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea, p. 1.

⁵⁴² Simon Schwartzman. Sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea, p. 1.

⁵⁴³ Simon Schwartzman. Sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea, p. 2.

políticos, e demarcavam com clareza o alcance da delegação de poder que outorgavam ao executivo para governar. Alguns corolários importantes da dominação racional legal são a burocracia moderna, que opera através de atos formais e escritos com separação restrita entre os interesses privados dos burocratas e sua função pública; a existência de um poder judiciário independente; de uma profissão legal bem constituída, formando juristas e advogados para fazer as leis, operar o sistema judiciário e defender os direitos dos indivíduos; e de um sistema de normas jurídicas estável e previsível. É bastante claro que este sistema não é o mais eficiente quando o que prima é o interesse pela racionalidade substantiva, ou seja, a consecução dos fins, situação em que os agentes buscam o máximo de autonomia e liberdade de ação, independentemente das normas formais. [...] [Sobre a racionalidade substantiva no caso brasileiro] Em relação ao judiciário como um todo, esta questão surge na discussão sobre os limites dos poderes dos juízes e tribunais de tomar decisões atendem ao que consideram como de interesse substantivo das partes, em detrimento, novamente, da obediência aos procedimentos legais estabelecidos pela legislação⁵⁴⁴.

Simon Schwartzman enfatizou que o patrimonialismo brasileiro é expressão do poder do príncipe e que o clientelismo e o coronelismo são instrumentos de cooptação patrimonial pelo poder central diante da fragilidade dos poderes locais⁵⁴⁵. A cooptação⁵⁴⁶ é a forma patrimonial de seleção de lideranças e da burocracia, em contraste com a eleição (democracia representativa) e o concurso como formas modernas. Neste contexto, Simon Schwartzman destacou o caso de São Paulo como alternativa ao modelo patrimonialista:

É possível mostrar que, se formas embrionárias de representação política existiram no Brasil, elas tenderam a concentrar-se na área de São Paulo. [...] uma das conclusões que poderiam ser extraídas dessa análise seria, por exemplo, que existiria somente uma forma de levar o Brasil para um sistema mais aberto de participação política: fomentar o papel de São Paulo na

⁵⁴⁴ Simon Schwartzman. Sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea, p. 3.

⁵⁴⁵ Cf. Simon Schwartzman. Sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea, p. 3-4.

⁵⁴⁶ “A expressão ‘cooptação política’ é sugerida para referir-se a um sistema de participação política débil, dependente, controlado hierarquicamente, de cima para baixo. [...] Assim, a participação política deixa de ser um direito e torna-se um benefício outorgado, em princípio revogável. Como em todo tipo ideal, esse arranjo ocorre todo o tempo, em todos os sistemas políticos abertos, e não é uma peculiaridade brasileira. Mas a cooptação política tende a predominar em contextos em que estruturas governamentais fortes e bem-estabelecidas antecederam historicamente os esforços de mobilização política de grupos sociais”. Simon Schwartzman. Bases do autoritarismo brasileiro, p. 37.

política nacional, ao longo de toda sua estrutura de estratificação sócio-econômica, fazendo com que este sistema regional se expanda até predominar sobre as demais áreas do país, urbanas não-industriais e rurais⁵⁴⁷.

Simon Schwartzman ressaltou o que parece ser o núcleo do patrimonialismo (e também do feudalismo) em contraste com os modelos modernos liberais e democráticos: o não reconhecimento da esfera pública. Assim, “o termo ‘patrimonialismo’ – um conceito fundamental na sociologia de Max Weber – é usado para se referir a formas de dominação política em que não existem divisões nítidas entre as esferas de atividade pública e privada”⁵⁴⁸.

É precisamente neste sentido que os estados modernos que se formaram à margem da revolução burguesa podem ser considerados ‘patrimoniais’. Este patrimonialismo moderno, ou ‘neopatrimonialismo’, não é simplesmente uma forma de sobrevivência de estruturas tradicionais em sociedade contemporâneas, mas uma forma bastante atual de dominação política por um ‘estrato social sem propriedades e que não tem honra social por mérito próprio’, ou seja, pela burocracia e a chamada ‘classe política’.⁵⁴⁹

A tese do feudalismo brasileiro teve menor acolhida na doutrina. Destaca-se a posição de Nestor Duarte:

A formulação mais contundente da tese feudal está em Nestor Duarte. As capitâneas hereditárias seriam, segundo este autor, instituições legitimamente

⁵⁴⁷ Simon Schwartzman. Bases do autoritarismo brasileiro, p. 39.

⁵⁴⁸ Simon Schwartzman. Bases do autoritarismo brasileiro, p. 57.

⁵⁴⁹ Simon Schwartzman. Bases do autoritarismo brasileiro, pp. 59-60. Complementa: “A linha de continuidade que Weber estabelece entre dominação patrimonial tradicional e dominação burocrática [...] deve ser vista em contraste com a continuidade que parece existir entre feudalismo e dominação racional-legal, que surge historicamente associada à emergência do capitalismo. O que as duas primeiras têm em comum é que em ambas o poder central é absoluto e incontestável, ainda que organizado, sustentado e legitimado por sistemas completamente diferentes de normas e valores. Os dois últimos são similares de forma oposta: são ambos exemplos de relações contratuais estabelecidas entre unidades relativamente autônomas” Simon Schwartzman. Bases do autoritarismo brasileiro, p. 60.

feudais e o feudalismo teria dominado os três primeiros séculos da história nacional. Pouco teria mudado após a Independência, pois 'o poder político se encerra nas mãos dos que detêm o poder econômico' (Duarte, 1939: 181). A ordem privada, antagônica e hostil ao Estado como poder público, teria governado soberana durante todo o período imperial e ainda predominaria à época em que o livro foi escrito. Para ser tolerado pela ordem privada, o Estado, enquanto tal, omite-se e reduz suas tarefas à mera coleta de impostos. No resto, o Estado é privatizado e age em função dos interesses da classe proprietária⁵⁵⁰.

Também, em divergência com o patrimonialismo, Gliberto Freyre identificou as relações sociais no Brasil colonial com o que ele denominou de “patriarcalismo”⁵⁵¹.

A comparação entre as três correntes – patrimonialismo, feudalismo e patriarcalismo – torna difícil a conclusão sobre a brasilidade, pois, nitidamente, apresentam conclusões distintas sobre o problema. De certo modo, as três teorias poderiam ser reduzidas a duas tendências: a tensão entre o domínio do “centro” (ou da corte) e o domínio da “periferia” ou domínio local (ou do campo), ou seja, entre o poder centralizado e o poder descentralizado (e, ainda, o poder concentrado e o poder desconcentrado). Não se conclua, precipitadamente, que o poder descentralizado é mais democrático, mais liberal ou mais republicano; em sentido inverso, boa parte da doutrina defendeu que a “modernização” do Brasil seria realizada por um programa adequado de centralização política⁵⁵². Por outro lado, a falta de consenso pode ser reveladora da tensão presente historicamente de dois

⁵⁵⁰ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵⁵¹ Cf. Gilberto Freyre. Casa grande & senzala. Bem como Gilberto Freyre. Sobrados e mucambos.

⁵⁵² Cf., por exemplo, Alberto Torres e Oliveira Vianna (A organização nacional), Oliveira Vianna (Instituições políticas brasileiras e Populações meridionais do Brasil) e Francisco Campos (Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro). Cf., também, Rogério D. Santos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil; Ricardo L. de Souza. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres; João Paulo Allain Teixeira. Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Viana.

projetos de Brasil: o projeto do campo e o projeto da corte, isto é, o projeto descentralizador e o projeto centralizador.

Devem-se explicar melhor estas duas tendências. O “partido da corte” é a um só tempo centralizador, concentrador e estatizador. O “partido do campo” é a um só tempo descentralizador, desconcentrador e municipalizador. Em nenhum dos dois projetos, em princípio, é pertinente considerar qualificadores tipicamente modernos como a democracia, o liberalismo, o socialismo, nem mesmo o republicanismo. Não se perca de vista que o feudalismo, o patrimonialismo e o patriarcalismo são também modelos de organização social desigual em que o chefe, o líder, o patriarca exercem o poder hierarquizado. O partido da corte, muitas vezes, assumiu o discurso libertador porque rompia as relações de dominação local submetendo todos ao poder central. Entretanto, a tensão se converte em acomodação ou em conciliação, quando o partido da corte faz uso da estrutura de poder local para afirmar seu próprio poder com menor esforço.

O patrimonialismo, o feudalismo e o patriarcalismo, no entanto, têm em comum o não reconhecimento da distinção entre a esfera pública e a esfera privada, ou melhor, o desconhecimento da esfera pública. Assim, a esfera estatal é regida como patrimônio privado, ou seja, nas três teorias impera o “privatismo”, que, na falta de outra expressão melhor, significa não apenas que os critérios, os procedimentos e as regras típicas das relações privadas, isto é, no âmbito da família, dos amigos, do empreendimento agrário, comercial ou industrial (ênfase para o agrário), aplicam-se, também, nas relações com o Estado e em espaços que a modernidade considera públicos. O “privatismo”, portanto, não é a redução do

Estado ou o Estado mínimo, em proveito do mercado ou da sociedade civil; o privatismo é a apropriação do público e do estatal pelo privado.

Um elemento típico deste ambiente privado, para não falar de ambiente familiar, é a cordialidade.

Antonio Cândido, já no prefácio de 'Raízes do Brasil', assevera com extrema propriedade que o conceito de 'patrimonialismo', assim como o de 'burocracia', foi de forma pioneira utilizado por Sérgio Buarque de Holanda para explicar a sua concepção de que o típico indivíduo brasileiro – o denominado 'homem-cordial' – caracterizava-se profundamente por seu caráter de afabilidade, fundamento remoto de seu ambiente familiar. Essa característica, segundo Cândido, importaria na extrema dificuldade do padrão médio de indivíduo nacional em tratar seus pares de forma impessoal e formal, pois os laços de pessoalidade e de intimidade – próprios do ambiente familiar – transcenderiam a esfera privada e eclodiriam na pública⁵⁵³.

Sérgio Buarque de Holanda explicou que a feição do homem, da sociedade e do Estado brasileiros foram moldados por sua origem rural. O meio impôs que o único critério conhecido para as relações sociais fosse o da família. O Estado brasileiro, assim, seria descendente “em linha reta, e por simples evolução, da família. A verdade, bem outra, é que pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade”⁵⁵⁴

⁵⁵³ Daniel Barile da Silveira. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro, p. 9.

⁵⁵⁴ Sérgio Buarque de Holanda. Raízes do Brasil, p. 141.

A cordialidade⁵⁵⁵ do brasileiro, portanto, é determinada pelo privatismo (patrimonialismo, feudalismo e patriarcalismo) da organização social originalmente rural.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário 'patrimonial' do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. [...] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade⁵⁵⁶.

Não se deve entender, no entanto, que Sérgio Buarque de Holanda fez alguma apologia do homem-cordial ou do brasileiro-cordial; constatava apenas esta característica e pretendia explicar a sua origem.

Em todo caso, a natureza cordial se manifesta, também, no espírito conciliador (que pode também se manifestar como espírito conservador) da brasilidade⁵⁵⁷. Assim, é o espírito conciliador que permitiu apaziguar a tensão entre o partido do campo e o partido da corte. A partir desse acordo tácito entre o poder central e o poder local é que são criadas práticas como a do coronelismo. É curioso

⁵⁵⁵ “Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o ‘homem cordial’.” Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*, p. 146.

⁵⁵⁶ Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*, p. 146.

perceber que, sendo o coronelismo uma prática tipicamente do período republicano (não confundir com sua origem formal na patente de coronel da *guarda nacional* durante a Regência), parte da doutrina identifica na instauração da República o fortalecimento do poder central e a outra parte identifica o fortalecimento do poder local; em ambos os casos, percebe-se a conciliação entre uma força ascendente e uma força descendente.

Não se perca de vista, no entanto, que o coronelismo é também uma expressão do privatismo.

Não é preciso, por exemplo, demonstrar que o papel de um juiz de paz, de um juiz municipal, de um delegado de polícia ou de um coletor de impostos está estreitamente vinculado à sustentação dos interesses econômicos dos donos de terra e dos grandes comerciantes. As tarefas do juiz e do delegado eram importantes para o controle da mão-de-obra e para a competição com fazendeiros rivais. Ser capaz de oprimir ou proteger os próprios trabalhadores ou de perseguir os trabalhadores dos rivais fazendo uso da polícia era um trunfo importante na luta econômica. Como observou Oliveira Vianna (1949), a justiça brasileira caracteriza-se, nessa época, pelas figuras do 'juiz nosso', do 'delegado nosso', isto é, era uma justiça posta a serviço dos interesses dos mandões. [...] No coronelismo, como definido por Leal, o controle do cargo público é mais importante como instrumento de dominação do que como empreguismo. O empreguismo público adquire importância em si, como fonte de renda, exatamente quando o clientelismo cresce e decresce o coronelismo⁵⁵⁸.

O privatismo e o cordialismo (ou a derivação deste, que é o espírito conciliador) são os dois outros elementos materiais da estrutura jurídica e política brasileira.

Em trabalho recente, Francisco Farias⁵⁵⁹ procurou demonstrar que, na última década, os resquícios de coronelismo (particularmente no Nordeste) foram

⁵⁵⁷ Cf. Paulo Mercadante. A consciência conservadora no Brasil.

⁵⁵⁸ José Murilo de Carvalho. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual.

⁵⁵⁹ Cf. Francisco Farias. Clientelismo e democracia capitalista.

substituídos por uma versão capitalista de clientelismo. No coronelismo, a dependência econômica nas relações de patronagem assegurava a fidelidade do eleitor (voto) ao coronel (ou a quem o coronel indicasse). A independência do eleitor em relação ao poder do coronel transformou o “voto de cabresto” em “voto-mercadoria”; assim o eleitor, proprietário do voto (outra manifestação do privatismo), faz dele o que achar melhor, inclusive vendê-lo. O que para Farias é uma expressão da difusão do capitalismo, parece, no entanto, ser, ainda, expressão do privatismo sem o mandonismo.

A confusão paradigmática se torna explícita em teorias como a de Francisco Farias: o capitalismo – moderno – determina o clientelismo – tradicional.

Procurando “clarificar” essa aparente confusão paradigmática, Roberto DaMatta⁵⁶⁰ explicou que as relações sociais no Brasil são marcadas por uma dualidade de paradigmas: o paradigma da rua e o paradigma da casa⁵⁶¹. Não se trata, por ora, de uma explicação da convivência entre modernidade e tradicionalismo; trata-se de uma explicação sobre a convivência entre dois princípios tão distintos como o mandonismo e o cordialismo. Ou, em termos damattianos: o princípio do “você sabe com quem está falando” e o princípio do “jeitinho”. Assim, convivem simultaneamente dois parâmetros privatistas.

Mas há dualismo também na relação entre o tradicionalismo e a modernidade. Parâmetros modernos convivem com parâmetros tradicionais. Não se pode negar que valores como a democracia, a liberdade, a igualdade, os direitos individuais, os

⁵⁶⁰ Cf. Roberto DaMatta. O que é o Brasil?. Cf., também, a crítica feita por Jessé de Souza (A sociologia dual de Roberto DaMatta).

⁵⁶¹ “A ‘casa’ e a ‘rua’ interagem e se complementam num ciclo que é cumprido diariamente por homens e mulheres, velhos e crianças, ricos e pobres”. Roberto DaMatta. O que é o Brasil?, p. 13. Em sentido próximo, cf., também, Nelson Saldanha. O jardim e a praça.

direitos sociais, o princípio da separação de poderes, a neutralidade judicial etc. – valores modernos – convivem com as práticas tradicionais, que vão do mandanismo ao jeitinho, passando por relações clientelistas e de patronagem, por exemplo. Gilberto Freyre, em *Sobrados e mocambos*, apresentou uma explicação bastante plausível para este fenômeno. A influência ibérica no Brasil transmitiu a idéia e a prática da “escravidão moura” (ou escravidão muçulmana), pela qual era permitido ao escravo assimilar a cultura do dominador, de modo que quanto mais assimilado, mais direitos (ou menos obrigações) o servo tinha. Da idéia de escravidão moura, Freyre demonstrou a vigência do princípio da “reeuropeização”, pelo qual os brasileiros ascenderiam de *status*, na medida em que demonstrassem que assimilavam a cultura européia. Em outros termos, mesmo com práticas tradicionais, apenas ao adotar a forma moderna é que as relações sociais, as relações de poder e a organização do Estado ganhavam legitimidade. Daí a necessidade brasileira de acomodar suas práticas tradicionais com a forma moderna.

Aceitar uma posição dualista, ainda que não seja nos termos de Gilberto Freyre, significa concluir que a “modernidade à brasileira” é decorrente de uma estranha idiossincrasia entre um espírito prático, segundo o paradigma tradicional e um espírito idealista segundo o paradigma moderno. Explica-se, assim, o descompasso entre a teoria e a prática; pois o dualismo paradigmático implica a compatibilidade entre práticas tradicionais e a aparência moderna.

Pode-se identificar, portanto, três elementos da estrutura material das relações de poder no Brasil: o mandonismo, o privatismo e o espírito conciliador. O tradicionalismo, particularmente expresso no mandonismo e no privatismo, revela-

se, respectivamente, em dois princípios aparentemente contraditórios: o princípio da rua e o princípio da casa (“você sabe com quem está falando?” e o jeitinho)⁵⁶².

Percebe-se também um dualismo paradigmático entre a modernidade européia e o tradicionalismo brasileiro, também aparentemente contraditório, mas que convivem pacificamente.

⁵⁶² “E na gangorra, no espaço entre as leis e os amigos, surgem a malandragem, o ‘jeitinho’ e o famoso e antipático ‘você sabe com quem está falando?’.” Roberto DaMatta. *O que o Brasil?*, pp. 45-6.

PARTE V

O REPUBLICANISMO COMO

ALTERNATIVA NA CRISE PARADIGMÁTICA

(O CONTEXTO DA REFLEXÃO PRESCRITIVA)

Nas Partes III e IV, apresentou-se o diagnóstico circunstancial do fenômeno da judicialização da política no Brasil. O modelo teórico da organização do poder do Estado e das relações entre governante e governado (ou entre indivíduo, sociedade e Estado), fundamentado em um paradigma ultrapassado, inevitavelmente, produziu uma incompatibilidade com a realidade (ou com a prática cotidiana desse modelo de organização do poder). Até aqui, no entanto, não se fez mais do que descortinar a crise, do que tornar explícitas as contradições, as lacunas, os mitos. Dar seguimento a este estudo, apresentando tendências ou propondo alternativas, só pode ser feito demarcando um contexto específico. Até agora, o objeto sobre o qual este estudo se debruçou situava-se no passado ou no presente, o estudo consistiu, até então, em submeter a um crivo de verificação para constatar se as promessas vinham se realizando; assim se tratava, sobretudo, de um trabalho de “clarificação”, eliminando os mitos e as ficções e submetendo as teorias à realidade da sua aplicação.

Na Parte V, o republicanismo será apresentado como uma teoria prescritiva alternativa ao paradigma em crise. O republicanismo, no entanto, é uma teoria peculiar (assim como o pragmatismo), pois não se trata de um projeto acabado, completo, perfeito, com pretensão de aplicação universal; o republicanismo é, antes, a escolha de alguns poucos fins como a liberdade como não-dominação e de vários meios experimentais para alcançá-los.

As teorias nas ciências sociais, nas ciências humanas, na filosofia e no direito versam sobre um terreno movediço. Os objetos destas teorias são a sociedade, o homem, o meio, todas em constante mudança. Assim, uma teoria rigorosa e correta em determinado contexto se torna obsoleta com a mutação do próprio objeto. No entanto, a experiência da aplicação da teoria ultrapassada serve de subsídio para

sua reformulação ou para a construção de nova teoria. Neste sentido é que o republicanismo, mesmo sendo uma teoria prescritiva, precisa também compreender o contexto descritivo em que seus postulados poderão ser aplicados.

CAPÍTULO I - DO REPUBLICANISMO CLÁSSICO AO REPUBLICANISMO CONTEMPORÂNEO

A expressão “república” pode ser utilizada no sentido fraco e no sentido forte. No sentido fraco, república é, simplesmente, o governo não hereditário. Assim, república no sentido fraco se opõe à monarquia, também entendida no sentido fraco. Seguindo este entendimento, a idéia de república se confunde com a idéia de democracia representativa, isto é, confunde-se com uma organização política em que os governantes são eleitos para mandatos determinados, sujeitos, portanto, a periódicas eleições.

Em sentido forte, república se opõe às formas tirânicas, despóticas, autocráticas e absolutistas de governo. Neste sentido, a princípio, a monarquia em sentido fraco não se opõe à república em sentido forte.

O republicanismo é uma teoria sobre o sentido forte da república⁵⁶³.

1 MODELOS HISTÓRICOS DO REPUBLICANISMO

Preferiu-se, também, fazer a distinção entre o republicanismo clássico e o republicanismo contemporâneo (neorepublicanismo). Considera-se republicanismo clássico, apenas para fins didáticos, toda a tradição republicana desde a Antiguidade grega até as revoluções liberais na Europa e nos Estados Unidos dos séculos XVII e

XVIII. Neste sentido, a república se manifestou originalmente na Grécia (como *politeia*) e em Roma (como *politia* ou como *res publica*, inclusive durante o Império); a segunda onda republicana foi promovida pelo humanismo italiano (especialmente em Veneza e em Florença); a terceira onda republicana se manifestou na *commonwealth* inglesa (no século XVII), nos Estados Unidos e na França (no final do século XVIII). O republicanismo contemporâneo (ou neorepublicanismo) ressurgiu no contexto do debate sobre a boa sociedade entre liberais e comunitaristas.

O neorepublicanismo, portanto, é herdeiro de uma larga tradição, e não a renega. Assim, o republicanismo é uma teoria pragmática por excelência, adaptando-se a cada situação para alcançar seus fins. O passado fundamenta e explica o presente e o presente é voltado para o futuro.

Uma teoria republicana contemporânea, portanto, precisa considerar três aspectos recepcionados da teoria tradicional: (a) conjugar os modelos de república no âmbito comunitário, nacional e universal, (b) mediar a rivalidade entre os modelos democrático e aristocrático de república e (c) compreender a associação entre as idéias de governo das leis, governo moderado e governo misto.

Republicanism da cidade-Estado

Durante muito tempo, defendeu-se que a república só era possível em pequenas comunidades; este era o entendimento dominante desde Aristóteles e Platão até Montesquieu e Rousseau; logo, a república cabia apenas no tamanho da

⁵⁶³ Neste sentido, a república não se opõe à monarquia, mas ao despotismo e à tirania.

cidade-Estado. Mesmo em Roma, durante o Império, vigoravam dois princípios, o republicano, válido para os romanos (a pequena comunidade dos romanos), e o princípio despótico, válido para os outros povos que integravam o Império.

Há cinco casos bastante conhecidos de experiência republicana em cidades-Estado: Atenas, Esparta, Roma, Veneza e Florença. Os três primeiros exemplos são cidades antigas e os dois últimos são cidades modernas (do século XV).

As três repúblicas antigas nasceram como comunidades pequenas rigidamente coesas por laços sangüíneos e religiosos. Fustel de Coulanges⁵⁶⁴ descreveu como estas comunidades antigas se formaram a partir do culto familiar aos deuses domésticos (relacionados com os antepassados⁵⁶⁵) e da associação entre famílias (para cultuar outros deuses); assim, as famílias se organizaram em fratrias⁵⁶⁶, que se organizaram em tribos⁵⁶⁷, que se organizaram na cidade⁵⁶⁸; a

⁵⁶⁴ Na explicação de Fustel de Coulanges, o núcleo da organização política na Grécia e em Roma é a religião. A família se organiza em torno do culto aos deuses familiares, as outras organizações não passam da união de famílias. O poder reside absolutamente no chefe da família, no *pater familiae*. E quem não está vinculado a alguma família não está sob a proteção religiosa. Ver sobre a organização da cidade no Livro Terceiro e ver sobre as tensões entre a aristocracia e a anti-aristocracia no Livro Quarto. Fustel de Coulanges. A cidade antiga.

⁵⁶⁵ Fustel de Coulanges considera a origem religiosa da organização política ocidental (Grécia e Roma). Demonstra como a crença na imortalidade da alma levou gregos e romanos a criarem religiões domésticas associadas a proteção dos antepassados (entes sagrados). A organização familiar, portanto, segundo Fustel de Coulanges, não se firmou naturalmente, mas em decorrência da organização do culto a antepassados comuns. “O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga seria pois uma associação religiosa, mais que associação natural”. Fustel de Coulanges. A cidade antiga, p. 45.

⁵⁶⁶ “A religião doméstica proibia que duas famílias se misturassem e se confundissem. Mas era possível que muitas famílias, sem abrir mão da sua religião particular, se unissem, pelo menos para celebrar outro culto que lhes fossem comum”. É a origem da fratria ou cúria. Fustel de Coulanges. A cidade antiga, p. 128. “Na fratria, como na família, havia um deus, um culto, um sacerdote, uma justiça e um governo. Era pequena sociedade modelada exatamente sobre a família”. Fustel de Coulanges. A cidade antiga, p. 130.

⁵⁶⁷ “Diversas cúrias, ou fratrias, se agruparam, formando a tribo. Este novo agrupamento teve também a sua religião; em cada tribo houve altar e divindade protetora”. Fustel de Coulanges. A cidade antiga, p. 130.

⁵⁶⁸ “A tribo, como a família e a fratria, constituía-se em corpo independente, com culto especial de onde se excluía o estrangeiro. Uma vez formada, nenhuma nova família podia nela ser admitida. Duas tribos de modo algum podiam fundir-se em uma, pois a religião a isso se opunha. Mas, assim

cidade, no entanto, não era a aniquilação das organizações anteriores, mas uma espécie de confederação de famílias⁵⁶⁹. A cidade antiga (a comunidade) resultava em uma relação tirânica entre o chefe da família (o *pater*) e os seus dependentes e, ao mesmo tempo, em uma relação igualitária (republicana) dos chefes de família (patrícios, cidadãos) entre si.

A cidade antiga, no entanto, não deve ser confundida com a cidade moderna; aquela se constituía apenas da comunidade de famílias patrícias que se reuniram originalmente para o culto do deus da cidade; não fazia parte da cidade, ainda que habitasse na *urbe* ou próximo dela⁵⁷⁰, aquele que não adotasse (talvez ficasse melhor, fosse adotado) a religião da cidade; para cultuar o deus da cidade era preciso cultuar um deus doméstico vinculado a uma das famílias fundadoras da cidade e o culto doméstico era restrito a poucos⁵⁷¹. A distinção entre patrícios, clientes e plebeus⁵⁷², portanto, é decorrente deste critério; os patrícios e os clientes cultuavam um deus doméstico (os patrícios descendentes do deus e os clientes agregados à família) e os plebeus não cultuavam nenhum deus da cidade⁵⁷³. Com o passar do tempo, o poder absoluto dos chefes de família⁵⁷⁴ foi gradualmente perdido

como várias fratrias estavam reunidas em uma tribo, diversas tribos puderam associar-se, sob condição de o culto de cada uma ser respeitado. No dia em que se firmou essa aliança nasceu a cidade” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, pp. 137-8.

⁵⁶⁹ “A cidade era uma confederação” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 138.

⁵⁷⁰ “Cidade e urbe não foram palavras sinônimas entre os antigos. A *cidade* era a associação religiosa e política das famílias e das tribos; a *urbe*, o lugar de reunião, o domicílio e sobretudo o santuário desta sociedade” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 145.

⁵⁷¹ “Se quisermos definir o cidadão dos tempos antigos pelo seu atributo mais essencial, devemos dizer que é cidadão todo o homem que segue a religião da cidade” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 213.

⁵⁷² “O que mais manifestamente separa o plebeu do patrício é que plebeu não segue a religião da cidade. [...] O plebeu é um estrangeiro e, por isso, sua presença profana o sacrifício” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 262.

⁵⁷³ “Ao contrário, o estrangeiro é aquele que não tem acesso ao culto, a quem os deuses da cidade não protegem e que nem sequer tem o direito de invocá-los” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 214.

⁵⁷⁴ Fustel de Coulanges identifica um fator relevante para a origem das desigualdades na cidade antiga: “O filho primogênito, sucedendo sozinho ao pai, tomava em suas mãos o sacerdócio, a

em decorrência de tensões sociais e políticas⁵⁷⁵ que resultaram, primeiro, no fim do privilégio da primogenitura⁵⁷⁶, depois, na libertação dos clientes⁵⁷⁷ e, por fim, na participação da plebe na cidade⁵⁷⁸.

Da história destes conflitos resultou a formulação da doutrina do governo moderado e da doutrina do governo misto, assegurando um equilíbrio social com o reconhecimento da participação de todas as forças sociais na cidade. Há, no entanto, um aspecto mítico no republicanismo clássico; a comunidade reconhecida como tal é a comunidade originária dos patrícios, estes sim se reconheciam como iguais ainda que não entendessem o sentido de uma comunidade, além do agrupamento familiar; entre outros fatores (como a guerra), eram os laços religiosos que os tornavam fortemente unidos⁵⁷⁹. O advento da república democrática foi decorrente da fragilidade dos laços religiosos (sustentáculos do sistema aristocrático) e, portanto, encontrou na igualdade e na participação os fundamentos da nova comunidade e da nova república. No entanto, perceba-se que o modelo de república que ficou no imaginário dos republicanos modernos, inclusive no de Jean-Jacques Rousseau, foi Esparta, aquela cidade que, das três, conseguiu por mais tempo se manter fechada, e que, por isso, manteve um corpo reduzido e

propriedade, a autoridade; seus irmãos eram, a seu respeito, o que já haviam sido em relação ao pai. De primogênito em primogênito, não havia mais que um chefe de família; este presidia ao sacrifício, dizia a oração, julgava e governava. [...] Depois de várias gerações formam-se naturalmente, em cada uma das grandes famílias, ramos mais novos que estão, pela religião e pelo costume, em estado de inferioridade em relação ao ramo mais velho e assim, vivendo sob sua proteção, devem obediência à sua autoridade” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 255.

⁵⁷⁵ “Revolução semelhante, com aspectos ligeiramente diferentes, aconteceu em Atenas, em Esparta, em Roma, em todas as cidades enfim, cuja história nos é conhecida. Em toda parte a revolução foi obra da aristocracia, com o fito de suprimir a realza política deixando subsistir a realza religiosa” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 275.

⁵⁷⁶ Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 282.

⁵⁷⁷ Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 283.

⁵⁷⁸ Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 297.

⁵⁷⁹ “A cidade, na origem, nada mais foi do que a reunião dos chefes de família. Temos testemunhos do tempo em que só eles podiam ser cidadãos” Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 257.

homogêneo de cidadãos, à custa de um grupo numeroso de escravos, plebeus e clientes (excluídos da cidade).

A despeito de Esparta ser celebrada como modelo republicano, é em Atenas que se percebe a engenhosidade do desenho institucional⁵⁸⁰. É Atenas, e não Esparta, que precisa lidar com a diversidade de forças sociais.

As duas repúblicas modernas são duas cidades-Estado italianas: Florença e Veneza. Apesar da distância cronológica, há semelhanças entre a cidade antiga e a cidade italiana dos séculos XV e XVI: (a) em ambos os casos, tratam-se de cidades-Estado (embora fosse conhecido dos italianos o Estado nacional e o Império), (b) o sentido de comunidade política, em ambos os casos, era restrito e não se confundia com a população ou com qualquer pretensão de universalização da participação política (pretensão típica do século XX), (c) todas as cidades-Estado adotavam uma política de relações exteriores conflituosa com os vizinhos. Estas semelhanças fizeram com que, no *renascimento* italiano, a política italiana fosse inspirada na *imitatio* dos gregos e romanos antigos⁵⁸¹.

Veneza e Florença representavam dois modelos de república: a república aristocrática e a república popular, respectivamente. Curiosamente, a estabilidade política veneziana em contraste com a instabilidade florentina resultou em duas conseqüências: (a) a formulação do mito de Veneza e (b) a intensa produção doutrinária florentina sobre o bom governo. O debate republicano em Florença, portanto, girava em torno da percepção que os florentinos tinham de Veneza: como

⁵⁸⁰ Sobre o modelo grego, Aristóteles descreve a *politeia* em *A política* e descreve as instituições atenienses em *A constituição de Atenas*. Cf. Aristóteles. *A política*; e Aristóteles. *A constituição de Atenas*.

⁵⁸¹ Cf. Paulo Levorin. *República dos antigos e república dos modernos*, p. 73.

governo moderado ou como governo oligárquico. Sobretudo, depois da morte de Cosmo Médice, em 1465, e do turbulento governo de Savonarola.

A controvérsia se firmava sobre o desenho da organização política da nova república a partir de instituições já estabelecidas. No século XII, no lugar do príncipe, as repúblicas italianas elegiam anualmente um cônsul⁵⁸² e, depois, um *potestà*; o *potestà* era cidadão de outra cidade para que fosse imparcial⁵⁸³; e governava com dois órgãos consultivos, um *conselho maior* (aristocrático) e um *conselho menor* (popular); ao final do mandato, o *potestà* submetia a avaliação do seu governo aos cidadãos para ter permissão de sair da cidade⁵⁸⁴. Em 1282, em Florença, o regime do *potestà* foi substituído pelo priorato; as funções do *potestà* foram atribuídas à *signoria*, órgão colegiado composto por nove magistrados (*prioris*); juntamente a *signoria* foram instalados outros dois órgãos consultivos, o *colégio dos doze sábios*⁵⁸⁵ e o *colégio dos dezesseis gonfaloneiros*⁵⁸⁶; todos os *prioris*, sábios e

⁵⁸² Depoimento do historiador germânico Oto de Freising, no século XII, sobre a organização social e política no Norte da Itália: “Tinham-se tornado, as cidades italianas, ‘tão desejosas de liberdade’ que se converteram em repúblicas independentes; cada uma delas era governada ‘pela vontade de cônsules mais que de príncipes’, a quem ‘trocavam [do cargo] quase que anualmente’, a fim de garantir que fosse controlado seu ‘apetite de poder’ e preservada a liberdade popular”. Quentin Skinner. As fundações do pensamento político moderno, p. 25.

⁵⁸³ “A primeira cidade italiana a adotar uma forma consular de governo como a descrita, tanto quanto se sabe, no ano de 1085 [...]. Na segunda metade do século ocorreu uma importante modificação: o poder dos cônsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *potestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade. Normalmente o *potestà* era cidadão de outra cidade, procedimento seguido a fim de garantir que nenhum vínculo ou lealdade local o perturbasse na administração, que deveria ser imparcial, da justiça. Era eleito pelo voto popular, e geralmente governava consultando dois conselhos principais, sendo que um deles poderia chegar a ter até seiscentos membros, enquanto o conselho menor ou secreto usualmente estaria limitado a uns quarenta cidadãos de maior destaque”. Quentin Skinner. As fundações do pensamento político moderno, pp. 25-6.

⁵⁸⁴ “Contudo, a principal característica a marcá-lo era que sua condição sempre foi a de um funcionário assalariado, nunca a de um governante independente. Seu tempo de mandato costumava limitar-se a seis meses, e por todo esse prazo ele se conservava responsável perante o corpo de cidadãos que o elegera. Não tinha o direito à iniciativa das decisões políticas, e ao terminar seu mandato era obrigado a submeter-se a um exame formal de suas contas e sentenças, antes de obter permissão para deixar a cidade que o empregara”. Quentin Skinner. As fundações do pensamento político moderno, p. 26.

⁵⁸⁵ Dodici Buonomini.

⁵⁸⁶ Literalmente aquele que porta a bandeira ou estandarte (*gonfalone*).

gonfaloneiros eram eleitos para mandatos de, no máximo, quatro meses. Florença, no século XIV, já constituía, para os padrões da época, um governo popular; tratava-se de um autogoverno, que, no entanto, excluía a nobreza e os assalariados da participação política⁵⁸⁷; destaca-se, na organização política florentina, a engenhosidade do desenho institucional com a finalidade de evitar o governo pessoal, mantendo o poder coletivo, republicano.

Os cargos públicos são preenchidos em duas fases distintas: a qualificação do candidato através do voto e o sorteio dos candidatos aos cargos vagos, seguindo o critério de rodízio [...]. [Podem candidatar-se apenas aqueles estiverem inscritos em uma das diversas guildas (*arti*)] – tanto nas *arti maggiori* (advogados, banqueiros, médicos, mercadores de tecidos, de especiarias e de couro, que formam os *amgnati*) quanto nas *arti minori* (açougueiros, pedreiros, carpinteiros, vinhateiros, alfaiates, padeiros e outros artesãos menores). Ao final do escrutínio [...], [os candidatos habilitados precisam obter] obtêm pelo menos dois terços dos votos [...]. Sempre que um cargo se encontra vago, é feito um sorteio público, eliminando-se sucessivamente aqueles que ocuparam recentemente um posto, pois, para assegurar a rotatividade dos cargos, a reeleição só é permitida a cada dois ou três anos. A idéia é que o maior número de cidadãos qualificados (os membros das guildas que estão em dia com os impostos) pudesse participar diretamente da vida pública da cidade⁵⁸⁸.

A dualidade entre o modelo de Veneza (aristocrático) e o modelo de Florença (popular) teve início, pode-se dizer, com a idealização da república florentina por Leonardo Bruni de Arezzo, no início do século XV. Declaradamente inspirado em Atenas, durante o período de Péricles, para Bruni

⁵⁸⁷ Cf. Paulo Levorin. A república dos antigos e a república dos modernos, p. 70.

⁵⁸⁸ Paulo Levorin. A república dos antigos e a república dos modernos, pp. 70-1. A história política de Florença, entre os séculos XIII e XVI, foi turbulenta. Até meados do século XIII, Florença foi sacudida pelo conflito entre guelfos e gibelinos; a vitória dos guelfos provocou nova rivalidade entre duas novas facções - brancos e negros; que resultou na vitória dos negros e no expurgo dos rivais. No século XV, a história de Florença foi marcada pelo predomínio político da família Médici, sob uma fachada republicana. A queda dos do regime dos Médici foi sucedida pela turbulenta e breve república popular de Savonarola e, depois, por uma república inspirada em Veneza (com o chefe da *signoria* vitalício, tal como o *doge* veneziano). Em 1512, o regime dos Médici é restaurado e, em 1527, os Médici são novamente banidos e a república renovada; três anos depois, Florença é conquistada pelo Imperador

o completo desenvolvimento da cidadania requer que o poder resulte exercido por tantos homens como seja possível. Se o número de cidadãos efetivos é reduzido, então o número de grupos de elite que governam a cidade será igualmente reduzido e, em consequência, ao ser também reduzido o número de virtudes que se exercem no governo, cabe o traço – segundo os princípios aristotélicos e polibianos – de que essas virtudes se corrompam ao não ter a necessidade de reconhecer a existência de outras⁵⁸⁹.

A idealização da Florença de Bruni passou pela defesa de que Florença recebeu o legado republicano de Roma. Para Bruni, “seguindo a concepção aristotélica, a virtude cívica exige a igualdade política, assim como a participação direta de todos os cidadãos no governo exige que todos comunhem esta mesma disposição ética”⁵⁹⁰ O projeto de Bruni teve sua aplicação na ampliação dos guildas e, de forma mais radical, na república democrática durante o período de Savonarola.

Opondo-se à doutrina do mito de Florença (democrático), a doutrina aristocrática em Florença defendia o mito de Veneza. O principal teórico do mito de Veneza foi Francesco Guicciardini⁵⁹¹ (que publicou, no início do século XVI, *Del reggimento di Firenze*). O mito de Veneza procurava demonstrar que o desenho institucional veneziano não era aristocrático, mas representava a imitação da república antiga, isto é, a reprodução moderna do governo moderado e do governo misto:

A primeira era a análise do poder dos governantes repartido entre um *Dogo*, um Senado e um *Consiglio Maggiore*, no que parecia residir aquela combinação de um, poucos e muitos de que falaram os teóricos clássicos. A outras era a limitação, estabelecida desde algum tempo, da cidadania –

Carlos V, a república é novamente dissolvida, e é instituído o Ducado de Florença, que se mantém até 1737.

⁵⁸⁹ John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 177.

⁵⁹⁰ Paulo Levorin. Republica dos antigos e república dos modernos, p. 80.

⁵⁹¹ Sobre Guicciardini, cf., também, Felipe C. Teixeira. O melhor governo possível.

entendida como participação política – a um corpo certamente numeroso ainda que limitado de antigas famílias. Uma classificação deste estilo parecia obrigar a definir Veneza como uma oligarquia ou aristocracia. Ainda assim, era usual tratar a classificação numérica de um, poucos e muitos como equivalente à classificação social da monarquia, da aristocracia e da democracia. Então, Veneza era um regime misto no verdadeiro sentido do termo ou uma pura e efetiva aristocracia? Uma parte importante do mito que revestia a *Sereníssima* República pode ser atribuído à ambivalência de fundo deste paradigma⁵⁹².

Politicamente, a doutrina de Guicciardini e o mito de Veneza foram sustentados, em Florença, por um grupo conhecido como *ottimati*⁵⁹³, em direta referência à aristocracia senatorial romana.

Curiosamente, tanto Bruni quanto Guicciardini faziam apologia ao governo moderado e ao governo misto; a própria organização política de Florença, desde o século XIII, foi formalmente adequada a estes dois preceitos republicanos. A distinção entre eles é que Bruni concentrava os poderes importantes no órgão popular e Guicciardini concentrava os poderes importantes no órgão aristocrático. Outra distinção é que Guicciardini defendia que apenas o órgão popular fosse submetido a eleições periódicas para escolha dos seus membros e que o órgão aristocrático e o órgão monárquico fossem compostos por magistrados com mandato vitalício ou hereditário. A história política de Florença até o predomínio dos Médici foi uma progressiva democratização da república.

⁵⁹² John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 186.

⁵⁹³ Os *ottimati* representam as famílias “estabelecidas há bastante tempo, de origem mais comerciante que nobre, que se consideravam a si mesmas como uma classe governante hereditária ou como um elemento determinante da cidade, distinguidos por sua prudência, sua experiência e por possuir umas amplitudes políticas acima da média; um grupo, em suma, assimilável àquelas elites aristotélicas às que epítetos como ‘poucos’, ou ‘aristocracia’, poderiam ser perfeitamente aplicados”. John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 187.

Republicanism do Império

A despeito do que possa parecer, a república romana que se converteu em Império com Otávio, continuou republicana. A confusão é provocada pelos modernos quando confundem a monarquia com o império, embora sejam duas categorias distintas. O império se distingue da cidade-Estado e não da república; refere-se, portanto, a uma nova dimensão da comunidade política, para muito além da pequena comunidade homogênea unida por laços de parentesco e religiosidade⁵⁹⁴.

O republicanismo no Império romano é possível com adoção de um regime dualista: (a) republicano em Roma e (b) despótico nas províncias. Isto é, o Imperador era o *principes senatus* (o primeiro entre iguais) em Roma e era o *imperator proconsular* nas províncias (o comandante militar); ou seja, republicano entre os cidadãos romanos e despótico para os estrangeiros (os não romanos)⁵⁹⁵. A forma republicana foi mantida durante todo o Império, mas, de fato, o republicanismo desapareceu quando o Imperador passou a acumular os poderes que tradicionalmente estavam separados e quando assumiu para si o caráter de divindade.

⁵⁹⁴ Olavo de Carvalho destaca: “o feito máximo de Roma [foi]: unificar, sob uma mesma legislação e um mesmo governo, uma multiplicidade de povos, convivendo na harmonia de suas diferenças e todos contribuindo para a riqueza e grandeza do Império”. Olavo de Carvalho. O jardim das aflições, p. 209.

⁵⁹⁵ “Em primeiro lugar, convém pôr de lado todas as nossas idéias sobre política moderna, e não imaginarmos os povos a entrar na participação do Estado romano um após outro, como seria em nossos dias com as províncias conquistadas e anexadas a um reino, que acolhendo esses novos membros, expande suas fronteiras. O Estado romano, *civitas romana*, não crescia pela conquistas; continuava constituído só pelas famílias que figuravam na cerimônia religiosa do censo. O território romano, *ager romanus*, não se estendia mais que o próprio estado; continuava encerrado nos limites imutáveis que os reis lhe haviam traçado e a cerimônia das (Ambarvales) santificava todos os anos. Somente duas coisas aumentavam a cada conquista: era a dominação de Roma, o *imperium romanum*, e o território pertencente ao estado romano, o *ager publicus*”. Fustel de Coulanges. A cidade antiga, p. 398.

Mesmo com a queda de Roma, a idéia de império é recorrente até os dias de hoje⁵⁹⁶. A *translatio imperii* para Constantinopla (Império bizantino), neste sentido, se repete na constituição do *Sacro império* de Carlos Magno, em 800; novamente no *Sacro império romano-germânico* de Otto I, em 962; mais uma vez com o Império de Napoleão, em 1806; com o Império britânico e com o Império norte-americano (este último por outras bases)⁵⁹⁷.

Os impérios restaurados, no entanto, nem sempre tiveram a forma republicana. No momento crucial da passagem do Medievo para a Idade Moderna, Dante Alighieri fez, na Itália, uma apologia ao império republicano, que coincidia com o contexto imediatamente anterior ao da afirmação dos Estados nacionais (reinos nacionais) na Europa. Dante apresentou sua doutrina em obra menos difundida, denominada *De Monarchia*, publicada no início do século XIV⁵⁹⁸.

O título – *Sobre a monarquia* – pode levar à falsa impressão de se tratar de uma obra não republicana. Trata-se, no entanto, de direta referência ao Império romano (e seus sucessores). O objetivo de Dante não foi, portanto, contrapor a monarquia à república, mas foi contrapor o governo universal ao governo da cidade (por um lado) e contrapor o governo temporal (universal) ao governo espiritual (universal). O título, portanto, bem que poderia ser “do governo universal” ou “da república universal”.

⁵⁹⁶ “A história política do Ocidente pode ser, sem erro, facilmente resumida como a história das lutas pelo direito de sucessão do Império Romano”. Olavo de Carvalho. O jardim das aflições, p. 209.

⁵⁹⁷ Cf. Olavo de Carvalho. O jardim das aflições, *passim*.

⁵⁹⁸ Dante era uma figura respeitada em Florença e, em 1300, foi escolhido como um dos prioris. Não se sabe se foi durante seu mandato ou logo depois, o certo é que os negros tentaram um golpe de Estado que terminou frustrado. A *signoria*, com influente participação de Dante, decidiu exilar os principais líderes de ambas as facções para sedimentar a paz. Menos de um ano depois de exilado, Corso Donati (chefe dos negros), com o apoio do Papa (Bonifácio VIII), invadiu Florença e tomou o governo. Houve intensa perseguição aos opositores do regime. Dante e outros foram julgados e

Na obra, Dante explicou que a necessidade do império (governo universal) é a da própria natureza humana: “toda humanidade se ordena a um fim único. É preciso, então, que um só coordene e seja. Tal chefe deverá chamar-se Monarca ou Imperador”⁵⁹⁹. O governo universal, no entanto, não é governo absoluto, trata-se apenas de um governo que, acima dos governos nacionais (dos reinos, por exemplo), pode cuidar de temas de caráter universal, bem como pode dirimir as controvérsias entre os reinos⁶⁰⁰. É como interpreta Raymond Gettel:

O imperador, ao invés de ser um déspota universal, tem que ser uma espécie de árbitro nos assuntos internacionais, para decidir as contendas que possam suscitar-se entre os governos dos diversos principados e cidades, e manter a paz entre eles⁶⁰¹.

O republicanismo de Dante é um republicanismo aristotélico, transmitido por S. Tomás de Aquino. Baseia-se, sobretudo, na idéia de governo submetido às leis, isto é, governo submetido à “lei eterna”. É esta a característica que distingue o governo republicano do tirânico.

condenados. Dante foi obrigado a se exilar e teve seus bens confiscados. Nunca mais voltou a Florença e foi no exílio que escreveu *De Monarchia*.

⁵⁹⁹ Dante Alighieri. Da monarquia.

⁶⁰⁰ Perceba-se como o pensamento político de Dante ainda está impregnado com o paradigma medieval.

⁶⁰¹ Raymond Gettel. Historia de las ideas políticas, p. 206.

Repúblicas modernas

A terceira onda republicana atingiu diferentemente a Inglaterra, os Estados Unidos e a França. A Inglaterra no século XVII, principalmente durante a *revolução puritana*, e os Estados Unidos e a França, no século seguinte.

Na Inglaterra, antes da vitória do parlamento, da decapitação do rei e da instituição da *Commonwealth*, a doutrina republicana foi enunciada pelos partidários do rei Carlos I. Durante a guerra civil, o parlamento aprovou as *Dezenove proposições do parlamento*; em resposta, o rei mandou publicar um documento que declarava que “a Inglaterra era um regime misto e não uma monarquia condescendente⁶⁰²”; tratava-se de uma proclamação elaborada em junho de 1642, pelo Visconde Flakland e por Sir John Colepeper, conselheiros do rei, inspirados, principalmente, na doutrina florentina sobre o mito veneziano; o documento ficou conhecido como *His Majesty’s Answer to the Nineteen Propositions of Both Houses of Parliament*. John Pocock transcreveu parte da declaração:

Posto que não existam mais que três tipos de governo entre os homens, monarquia absoluta, aristocracia e democracia, e todos eles tem suas particulares vantagens e inconvenientes, a experiência e a sabedoria de vossos antepassados ao modelar esta (nossa) forma mesclando as três, proporcionou a este reino (até onde pode fazê-lo a prudência humana) as vantagens das três sem os inconvenientes de nenhuma, em tanto que o equilíbrio se mantenha entre os três estados e cada um deles discorra exatamente por seu próprio curso (produzindo verdor e fertilidade nos prados de ambas as ribeiras) o desbordamento de um ou outro ou qualquer não ocasionará dilúvios ou inundações. A enfermidade da monarquia absoluta é a tirania, a enfermidade da aristocracia é a facção e a divisão, e a enfermidade da democracia são os tumultos, a libertinagem e a violência. O bom da monarquia é que une a nação sob uma cabeça e resiste a invasão do estrangeiro e a insurreição interna; o bom da aristocracia é a conjunção em conselho das pessoas mais capazes do estado para benefício público; o bom

⁶⁰² John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 439.

da democracia é a liberdade e a coragem e a indústria que engendra a liberdade.⁶⁰³

Desta maneira, como destacou Pocock, o fundamento de legitimidade da monarquia inglesa não se encontrava na origem divina ou na vontade racional, mas na prudência humana⁶⁰⁴, isto é, na engenharia institucional para proteger a liberdade. Liberdade no sentido republicano, ressalte-se.

Assim como a doutrina real foi inspirada no mito de Veneza, depois da guerra, durante o regime de Cromwell, James Harrington apresentou, em *Oceana*⁶⁰⁵, sua utopia republicana para a Inglaterra inspirada no mito de Florença. É da adaptação das milícias-cidadãos de Maquiavel que Harrington desenvolveu a idéia de uma república (democracia) dos proprietários de terra, ou melhor, percebendo que a república só seria possível com cidadãos independentes, auto-suficientes, a república deveria necessariamente promover não apenas a extensão da cidadania, mas as condições para a cidadania, assim instituir uma república dos pequenos proprietários de terra, dos *gentlemen*. Harrington antecipou a democracia dos pequenos proprietários de Thomas Jefferson e a democracia dos cidadãos-proprietários de John Rawls.

⁶⁰³ John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 440.

⁶⁰⁴ Cf. John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 441. É o que ressalta, também, Paulo Levorin: “apesar da reabilitação dos clássicos da política na Inglaterra desde o século XVI, para conferir autoridade ao seu documento, Carlos I recorre não à Antigüidade, mas à própria tradição. Esta ‘antiga, justa, ótima, bem balanceada e jamais suficientemente louvada Constituição deste reino’, informa Carlos I aos seus súditos, foi fruto ‘da experiência e da sabedoria dos nossos ancestrais’.” Paulo Levorin. A república dos antigos e a república dos modernos, p. 107.

⁶⁰⁵ “Harrington escreve sua obra para Cromwell, quando ele havia dissolvido o Parlamento e governava com o apoio exclusivo do exército. O autor conclama o general a seguir o exemplo do mítico legislador de *Oceana* [e de Licurgo]. [...] Tomados por estas palavras, chegou a duas conclusões, que a república deve ser obra de um único legislador e que nela o governo deve ser de todos e, além do mais, unânime”. Paulo Levorin. A república dos antigos e a república dos modernos, p. 128.

James Harrington relacionou a idéia maquiavélica da cidadania em armas com a idéia feudal de que a nobreza armada era também uma nobreza proprietária; a partir desta ligação desenvolveu os argumentos para concluir pela necessidade de uma democracia de proprietários de terras.

Harrington acreditou firmemente que só uma democracia de proprietários de terras (*'democracy of landholders'*) – isto é, uma sociedade em que um *demos* ou um grande número de proprietários livres, possuindo a terra em condições de relativa igualdade – contaria com os recursos humanos (Maquiavel havia falado de *matéria*) necessários para poder efetuar uma repartição da autoridade política segundo os postulados de diversificação e equilíbrio que permitem a uma *politeia* alcançar a auto-estabilidade; e uma república desse gênero, poderia resultar teoricamente imortal⁶⁰⁶.

Neste sentido, John Pocock considerou que a ampla distribuição da propriedade visava assegurar a estabilidade e garantir condições aceitáveis de vida; “a propriedade vinculava o homem a uma estrutura de poder na que podia participar e demonstrar sua virtude, e a deparava o ócio necessário para praticá-las”⁶⁰⁷.

A república norte-americana e a república francesa, de certo modo, também refletem um *imitatio*. Na França, Robespierre e Saint-Just, inspirados em Jean-Jacques Rousseau, procuraram adotar uma república nos moldes da cidade antiga, com a participação direta dos cidadãos nas decisões políticas, sem conseguir perceber a distinção entre a prática política das repúblicas antigas e o mito que as encobria; por exemplo, a constituição da Convenção prescrevia a instituição da democracia direta em um Estado moderno (com imenso corpo eleitoral). Nos Estados Unidos, tal como em Florença, distinguiram-se dois grupos republicanos: os

⁶⁰⁶ John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 469.

⁶⁰⁷ John G A Pocock. El momento maquiavélico, p. 473.

partidários de Thomas Jefferson (democrático)⁶⁰⁸ e os partidários de John Adams (aristocrático)⁶⁰⁹; esta rivalidade se expressava em posições antagônicas sobre o federalismo, os jeffersonianos (“democratas-republicanos”) defendiam a descentralização dos espaços de decisão política para que o povo pudesse participar do e controlar o governo⁶¹⁰; os “federalistas” (partidários de John Adams e Alexander Hamilton) defendiam um governo central forte e um procedimento de seleção das lideranças (elite) para exercer o poder nacional.

Na América Latina, especialmente na América espanhola, é forjado um republicanismo de inspiração francesa, mas de um republicanismo pós-revolucionário; assim, inspirado em Montesquieu e não em Rousseau; depois, por influência do republicanismo norte-americano. No Brasil, particularmente, percebe-se

⁶⁰⁸ “Nesta opinião sobre a importância do termo ‘república’, ao invés de dizer, como se disse, ‘que pode significar tudo ou nada’, podemos dizer, no verdadeiro sentido, que os governos são mais ou menos republicanos quando têm mais ou menos dos elementos de eleição popular e controle em sua composição; e acreditando, como realmente acredito, que a massa dos cidadãos é o depositário mais seguro de seus próprios direitos, e especialmente que os males que fluem dos logros do povo são menos prejudiciais que os que derivam do egoísmo de seus agentes, sou partidário da composição de governo que tenha em si o máximo desse ingrediente”. Thomas Jefferson. Escritos políticos, pp. 48-9.

⁶⁰⁹ Carta de Thomas Jefferson a John Adams, em 1813: “Concordo convosco em que há uma aristocracia natural entre os homens. Os fundamentos destas são virtude e talento. [...] Há, também, uma aristocracia artificial, fundada na riqueza e no nascimento, sem virtude ou talento; essa pertenceria à primeira classe. Considero a aristocracia natural como o mais precioso dom da natureza para a instrução, a confiança e o governo da sociedade. [...] A aristocracia artificial é ingrediente malévolos no governo, e devia-se fazer provisão para impedir-lhe a ascendência”. Thomas Jefferson. Escritos políticos, p. 86.

⁶¹⁰ “O ponto, porém, que mais aprecio é o da divisão de condados em distritos. Estes serão puras repúblicas elementares, a soma de todas as quais, consideradas em conjunto, compõe o Estado, e tornará o todo uma verdadeira democracia quanto aos negócios dos distritos que são os de maior interesse cotidiano. As questões das grandes seções: de condados, de estados e da União, não admitindo transações pessoais pelo povo, serão delegadas a agentes eleitos por ele mesmo, e a representação será assim substituída onde a ação pessoal se torne impraticável. Contudo, mesmo sobre esses órgãos representativos, caso se tornem corruptos e perversos, a divisão em distritos, constituindo o povo em seus distritos um poder regularmente organizado, possibilita-o por essa organização esmagar, de modo regular e pacífico, a usurpação de seus agentes infieis, poupando-se-lhe a horrível necessidade de fazê-lo pela insurreição. Desse modo, seremos tão republicanos quanto uma grande sociedade possa ser e asseguraremos a continuação de pureza em nosso governo pelo controle salutar, pacífico e regular do povo. Não se encontrou ainda nenhum outro depositário de poder que não acabe em converter para ser próprio proveito os ganhos daqueles de cujos cargos foram incumbidos [...]”. Thomas Jefferson. Escritos políticos, p. 92.

pela influência francesa o constitucionalismo imperial e pela influência norte-americana o constitucionalismo da Primeira República.

Perceba-se como os temas republicanos são recorrentes, como pelo *imitatio*, as experiências ou os mitos persistentes influenciam as aplicações posteriores.

2 TEMAS CLÁSSICOS DO REPUBLICANISMO

A república como politeia, como res publica e como commonwealth

Até duzentos anos atrás, considerava-se que a república era possível apenas em cidades-Estado. Autores modernos como Rousseau e Montesquieu reconheciam que a república era incompatível com os grandes reinos europeus do século XVIII. O sentido do republicanismo antigo está preso a estes limites. Dois fatores resultaram neste dogma, a república só é possível em comunidades homogêneas e em comunidades de iguais que se conheçam face-a-face. Neste contexto, república e comunidade se confundem. Também, neste sentido, na república, o bem comum, o interesse geral, o bem da cidade é mais importante que o bem de um cidadão ou de um grupo de cidadãos. Seguiu a concepção antiga de que a organização política (a *polis*) era naturalmente humana e que sem ela os seres humanos não desenvolveriam plenamente suas potencialidades; assim, a sobrevivência do todo é necessária para a sobrevivência da parte, ainda que o inverso não seja necessário.

A necessária unidade do grupo exigia também o combate às facções. O tema é recorrente, desde autores como Aristóteles, passando por Rousseau; parte da

premissa prescritiva de que o governo precisa ser organizado de modo que o bem comum prevaleça sobre os interesses parciais, isto é, das facções. Perceba-se, no entanto, o contexto; trata-se de pequenas repúblicas, cuja principal qualidade é a coesão para se opor aos estrangeiros; temia-se, portanto, não apenas que a proliferação de facções produzisse uma inversão dos interesses importantes, como uma desagregação do corpo social. Em certo contexto, James Madison demonstrou o inverso: como o reconhecimento das facções, devidamente manejadas, poderia resultar no governo de unidade nacional.

Assim, virtude cívica é colocar o bem da comunidade (o bem da cidade) acima do bem pessoal.

A liberdade como liberdade da cidade

O sentido da liberdade, atualmente, está impregnado com os sentidos modernos de liberdade, principalmente na acepção liberal e na acepção democrática⁶¹¹. No sentido antigo, a liberdade significa a liberdade da cidade. Consiste em considerar a liberdade na medida em que se é integrante de uma cidade livre, ou seja, de uma cidade que não esteja sob o domínio estrangeiro; é apenas neste sentido que se pode afirmar que o povo se autogoverna, em contraste com povo que é governado por outro povo. No mesmo sentido é o entendimento de Quentin Skinner:

Segundo consta, os autores neo-romanos estavam preocupados com a liberdade das cidades e não com a liberdade dos cidadãos individualmente. Todavia, esta controvérsia não logra arcar com a estrutura da teoria neo-romana da liberdade. [...] De acordo com sua tese – e sem maiores rodeios – somente se pode ser livre em um Estado livre⁶¹².

O contexto histórico das cidades-Estado antigas pode explicar esta associação da república com a cidade livre (de dominação estrangeira). Atenas, Esparta e Roma formaram pequenas comunidades fechadas que conviviam com seus vizinhos em constante hostilidade; naquele contexto, de conflito entre duas cidades, não era possível (não era compreensível, pelos motivos religiosos já expostos) que os integrantes da cidade derrotada fossem incorporados à comunidade vitoriosa; assim, aos perdedores imputava-se a aniquilação completa da cidade (da comunidade e da *urbe*); para evitar a vingança, a comunidade era dispersada (perdendo, portanto, não apenas a coesão como a proteção dos deuses) ou a comunidade derrotada era escravizada.

Perceba-se, portanto, que viver em uma cidade que não é livre é viver na condição de escravo (de servo), sujeitando-se, assim, ao arbítrio dos cidadãos (da outra cidade). O perigo constante da guerra aumentava a unidade do grupo. Percebia-se que apenas uma comunidade forte e coesa poderia fazer frente ao inimigo estrangeiro e que a derrota frente ao inimigo significaria a própria escravidão. Olavo de Carvalho, em palestra sobre Maquiavel⁶¹³, destacou como em situação de guerra as relações sociais se tornam transparentes e verdadeiras, a guerra coloca em jogo bens tão preciosos que as pessoas se tornam intolerantes com o discurso ideológico e passam a observar cruamente a realidade. Nesta situação, a unidade

⁶¹¹ Deve-se ter cuidado para não ser induzido ao equívoco por Benjamin Constant; o que Constant denomina de liberdade dos antigos é, na verdade, a liberdade moderna democrática.

da comunidade se torna firme, pois é o único instrumento para a vitória na guerra. A comunidade passa a se reconhecer como tal e não como um conjunto disperso de indivíduos. É considerando esta premissa que Bruni e, depois, Maquiavel⁶¹⁴ relacionam cidadania com formação de uma milícia da cidade em substituição à contratação de mercenários.

A liberdade da cidade não é a liberdade para todos os que habitam a *urbe* ou seus arredores. A liberdade da cidade é apenas para os que pertencem à cidade, isto é, para os cidadãos⁶¹⁵. Neste sentido, há um relevante contingente populacional que tem vínculos com a cidade, mas porque não tem vínculos políticos (religiosos) com ela não pode ser considerado como integrante da comunidade. É neste sentido que Quentin Skinner explicou:

Dizem que se deve seguir o seguinte conselho: caso um indivíduo deseje manter sua liberdade, deverá assegurar-se de que vive num sistema político, em que não há nenhum elemento de poder discricionário e, portanto, nenhuma possibilidade de seus direitos políticos fundamentais virem a depender da boa vontade de um governante, de um grupo dominante ou de qualquer outro agente estatal. Noutras palavras, o indivíduo deverá viver num sistema, em que o único poder de criação de leis permaneça com o povo ou com seus representantes devidamente credenciados, e em que todos os indivíduos membros do corpo político – tanto os governantes quanto os cidadãos – permaneçam igualmente sujeitos a quaisquer leis que escolham para impor a si mesmos. Se – e somente se – o indivíduo viva num sistema de autogoverno deste gênero, seus governantes serão destituídos de quaisquer poderes discricionários de coerção e, consequentemente, desprovidos de toda e qualquer capacidade tirânica para reduzir o indivíduo e seus concidadãos à condição de dependentes da boa vontade deles e ao *status* de escravos⁶¹⁶.

⁶¹² Quentin Skinner. Estados livres e liberdade individual, p. 213.

⁶¹³ Cf. Olavo de Carvalho. Maquiavel (DVD).

⁶¹⁴ Sobre Maquiavel, cf., também, Newton Bignoto. Maquiavel republicano (e Newton Bignoto. As fronteiras da ética).

⁶¹⁵ No sentido que emprega Fustel Coulanges, para aqueles que são vinculados à religião da cidade.

⁶¹⁶ Quentin Skinner. Estados livres e liberdade individual, p. 218-9.

Os cidadãos que participam da comunidade, portanto, constituem uma comunidade de iguais, o que reforça a unidade da república. A causa da república é a causa de todos, sem que seja a causa de nenhum, pois a virtude cívica impõe que o bem da comunidade prevaleça sobre o bem particular. Assim, as virtudes republicanas não devem ser confundidas com as virtudes modernas ou com a moralidade moderna (individualista), a virtude republicana clássica é necessariamente uma virtude organicista.

Do governo (da organização das magistraturas)

Há ainda três outros temas clássicos importantes para o republicanismo; todos se referem ao governo (ou à organização das magistraturas e dos conselhos): o governo moderado, o governo misto e o governo das leis.

Dois temas foram objeto de capítulos anteriores, o governo moderado e o governo misto têm direta relação com a doutrina republicana da separação de poderes. O governo misto significa a conjugação de três princípios de governo: o monárquico, o aristocrático e o democrático; de modo que, no desenho institucional do governo, o poder seja exercido por órgãos com um, com poucos (os melhores) e com muitos magistrados; espera-se do governo misto dois resultados: que cada órgão tenha uma organização própria para o seu fim específico e que os órgãos regidos por princípios diferentes possam fazer um governo equilibrado. Este segundo resultado do governo misto o aproxima do sentido de governo moderado. O governo moderado significa o equilíbrio do poder, a fim de evitar que uma facção ou

que um interesse parcial se sobreponha sobre o interesse da cidade; fica implícito, no governo moderado, portanto, o objetivo de controlar o domínio das facções (políticas ou sociais). O governo não equilibrado, isto é, o governo de uma facção é, para o republicanismo, um governo tirânico.

O governo das leis também objetiva impedir o governo tirânico, fixando parâmetros (limitações) para a ação do governante. Geralmente se confunde o Estado de direito (liberal) e um dos seus corolários, o princípio da legalidade, com o governo das leis, na tradição antiga; trata-se, no entanto, de duas concepções distintas, ainda que possam ser associadas. O governo das leis, em contraste com o governo dos homens, para ser bem entendido, poderia ser melhor formulado como o governo segundo o direito natural em contraste com o direito positivo, sem o parâmetro no direito natural; a “lei” do governo das leis não é a lei formal, escrita, emana do poder legislativo; é, pelo contrário, o contraste à lei escrita oriunda da assembléia; é a lei acima da assembléia que é composta por homens. Assim, uma monarquia submetida às leis naturais é um governo das leis, existindo ou não uma assembléia com poderes deliberativos; por outro lado, uma democracia em que tudo é decidido diretamente pela assembléia pode não ser considerada governo das leis, se a assembléia não pautar suas decisões nas leis naturais (ou pelo menos para não confrontá-las)⁶¹⁷.

3. REPUBLICANISMO CONTEMPORÂNEO

O neorepublicanismo conjuga o sentido clássico de república ao debate contemporâneo sobre a boa sociedade. A tradição republicana abrange desde a experiência ateniense, espartana e romana, a experiência florentina e veneziana do século XVI até a experiência inglesa, norte-americana e francesa dos séculos XVII e XVIII, e abrange também desde teorização de Platão e Aristóteles até a teorização de modernos como Montesquieu, Rousseau e Madison. O debate contemporâneo também não se restringe ao embate entre liberais, comunitaristas e libertaristas, pois inclui outros temas contemporâneos como a democracia de massa, a constitucionalização de direitos fundamentais, o Estado providência, o comunismo etc⁶¹⁸. Os principais divulgadores do neorepublicanismo são John Pocock, Quentin Skinner e Philip Pettit.

⁶¹⁷ É curioso notar como a evolução do sistema político ateniense se dá sem relevante alteração formal das instituições; alguns órgãos são criados, algumas funções são redistribuídas, mas formalmente as instituições antigas se preservam, pois são naturais.

⁶¹⁸ Perceba-se um dado curioso, os novos republicanos precisam demonstrar a peculiaridade da liberdade republicana frente à liberdade liberal; embora a liberdade republicana seja cronologicamente anterior à liberdade liberal. No entanto, a hegemonia paradigmática foi eficaz em afastar os elementos do paradigma velho; assim, diversos elementos republicanos foram adequados ou substituídos por elementos modernos, particularmente liberais e democráticos.

CAPÍTULO II - A NÃO-DOMINAÇÃO COMO NÚCLEO CONCEITUAL DO REPUBLICANISMO

Toda doutrina republicana é dirigida a um objetivo, ou seja, a dar resposta à indagação: como é possível evitar as relações de dominação na sociedade? Para tanto, o republicanismo propõe institutos, instituições e estratégias visando evitar ou mitigar tais relações e visando dar instrumentos de defesa aos dominados contra os dominadores. Neste sentido, o republicanismo é uma doutrina teleológica e não deontológica, pois seus fundamentos não estão nas premissas (causa material), mas nos objetivos (causa final).

Conceitualmente, a liberdade opõe-se à dominação. Assim, o objetivo do republicanismo é uma sociedade livre, isto é, uma sociedade sem relações de dominação, seja a dominação do Estado sobre os indivíduos, seja a dominação entre indivíduos.

Pode-se afirmar que a relação é de dominação, quando, em algum aspecto relevante da vida, alguém detém a capacidade de interferir arbitrariamente nas escolhas de outrem. Para haver uma relação de dominação, portanto, não é necessário que se verifique uma efetiva interferência de alguém na ação do outro; a característica da dominação é a potencial interferência e não necessariamente a atual interferência. No entanto, não é qualquer interferência ou potencial interferência que define a dominação, a (potencial) interferência precisa ser arbitrária.

Arbítrio significa o poder de decidir sem limites. Assim, quando se afirma que o núcleo conceitual da dominação é o arbítrio, se quer afirmar que há dominação quando as escolhas de alguém dependem do querer (arbitrário) de outrem. Neste sentido, o arbitrário é o oposto da liberdade, pois liberdade significando agir sem limites (não-interferência), é também agir por vontade própria (autonomia) e não por vontade alheia.

Para o republicanismo, dominação não se confunde com interferência, de modo que a interferência legítima não é considerada dominação, assim como se pode admitir uma relação de dominação sem que se perceba interferência. Note-se que se afirmou acima que o elemento constitutivo da dominação não é propriamente a interferência, mas a potencialidade da interferência e o que faz dela dominação é a capacidade arbitrária de alguém interferir nas escolhas de outrem.

A dominação, portanto, raramente é explícita; é percebida apenas, na maioria das vezes, nas entrelinhas das relações humanas. Não resta dúvida de que a força e a ameaça são instrumentos de dominação, mas também o são o dinheiro, o prestígio, o parentesco, a autoridade moral, a informação, a educação, o domínio tecnológico etc.; percebe-se que todos estes instrumentos, inclusive a força e a ameaça, em outras situações são bens legítimos nas relações humanas. Neste sentido é que Philip Pettit esclareceu: “o que é constitutivo da dominação é o fato de que, em algum aspecto, quem detém o poder tem a capacidade para interferir arbitrariamente, ainda que nunca vá exercê-lo”⁶¹⁹.

Philip Pettit descreveu um caso de dominação em que não se fez qualquer uso da força: quando um povoado é atendido por apenas um médico, as

necessidades naturais de qualquer ser vivo (como está sujeito a enfermidade, por exemplo) coloca cada habitante do povoado em posição de dependência em relação àquele médico, o domínio se expressa pela faculdade (arbitrária) que tem o médico de, se quiser (potencial), não prestar atendimento a alguém. Neste caso, percebe-se que o instrumento que produz a dependência não é necessariamente uma agressão imediata, mas é a dominação estratégica, calculada sobre a eventual necessidade do atendimento médico e da impossibilidade real de, em situação emergencial, recorrer ao atendimento de outro. A condição de único médico da região (isto é, capacidade técnica) coloca uma pessoa na posição de dominação (estratégica) sobre os outros. Neste sentido, Philip Pettit destacou o caráter implícito da dominação: “a pessoa dominada, forçada ao medo estratégico, é uma pessoa que tem razões para andar com cuidado com o que diz, uma pessoa que tem sempre que ter um olho posto em agradar os seus dominadores”⁶²⁰.

Diferentemente da interferência, que é necessariamente atual e explícita, a dominação é, geralmente, estrutural e implícita. Revelam a dominação regras conhecidas por todos, embora não precisem ser reconhecidas por ninguém; a dominação, também, impõe-se não apenas para uma pessoa, mas é, geralmente, dominação coletiva, imposta, portanto, a um grupo que se encontra em determinada situação; lembre-se que a dominação por ser a potencial interferência, significa que a efetiva interferência nas escolhas de uma pessoa demonstra a possibilidade de interferência nas escolhas de qualquer outra naquela mesma situação. Assim, a dominação das mulheres em uma sociedade não significa que os maridos, os pais, os irmãos determinem todas as escolhas das mulheres da família, significa que as

⁶¹⁹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 92.

mães, esposas, filhas e irmãs devem suas liberdades (negativa) aos homens da família e que estes podem restringir a liberdade, quando e como quiserem; é a condição de dependência que faz o arbítrio. O medo estratégico faz com que as escolhas sejam auto-restritivas, não necessitando, portanto, de interferência.

Neste contexto, portanto, é que a não-dominação é um bem comunitário; ou seja, não decorre da condição individual, mas do *status* que qualifica o indivíduo. Assim, as condições de dominação não se aplicam apenas a um indivíduo, mas a todo o grupo ou ao segmento ao qual pertence o indivíduo; uma sociedade que não protege a mulher contra a agressão física do marido torna toda mulher vulnerável; inclusive àquela que nunca foi agredida pelo marido e que confia que, pela índole do marido, a agressão nunca acontecerá. A estrutura social assegura a potencial interferência arbitrária, logo, a mulher depende da “boa vontade” ou da “boa índole” do marido para não agredi-la, pois não possui meios institucionais de proteção. Assim, para Philip Pettit,

Liberdade como o status social de estar relativamente a salvo da interferência arbitrária de outros, e ser capaz de desfrutar de um sentido de segurança e de paridade com eles. Este enfoque apresenta assim a liberdade como não dominação: como uma condição na qual a pessoa é mais ou menos imune, a mais ou a menos notoriamente imune, a interferências arbitrárias⁶²¹.

⁶²⁰ Philip Pettit. Republicanismo, p. 126.

⁶²¹ Philip Pettit. Republicanismo, p. 11-2.

No mesmo sentido é o exemplo de Quentin Skinner⁶²², ao comparar a situação de um súdito no Sultanato de Constantinopla e a situação de um cidadão da República de Lucca: ainda que o sultão seja um bom governante e governe assegurando a liberdade a seus súditos, mais liberdade, inclusive, que a usufruída pelos cidadãos da república, ainda assim, há dominação e não liberdade; pois toda liberdade (não-dominação) do súdito está à mercê da vontade do sultão e, caso o sultão mude de idéia, não há proteção contra aquele poder arbitrário.

A interferência, portanto, não é necessariamente dominação; como no exemplo do cidadão de Lucca, que, embora não tivesse a liberdade para fazer o que quisesse, a interferência da república na suas escolhas não significava dominação. A interferência consentida⁶²³, assim, é interferência legítima. Deve-se, no entanto, considerar certa ambigüidade nesta solução; a princípio, justificaria, por exemplo, a servidão voluntária, isto é, o domínio consentido. La Boetie, no século XV, debruçou-se sobre um problema semelhante: como explicar que um só tirano exercesse a dominação sobre todos, afinal, todos não seriam mais fortes que o tirano? Do que La Boetie concluiu que a origem da dominação não está no dominador, mas no dominado, é o dominado que aceita a dominação⁶²⁴. Neste sentido, a dominação,

⁶²² Skinner reproduziu um exemplo apresentado por Harrington em oposição à Hobbes: se o cidadão da República de Lucca é tão livre quanto o súdito do Sultanato de Constantinopla. Arremata que a liberdade do súdito é dependente da boa vontade do sultão. “Em outros termos, a simples fato de a lei e a vontade do sultão serem a mesmíssima coisa tem como conseqüência a limitação da liberdade do indivíduo. Seja o Estado monarquia ou popular, a liberdade nem sempre é a mesma”. Portanto é possível a dominação sem a interferência, bem como é possível a interferência sem a dominação. O exemplo acima ilustra que o bom sultão pode não interferir na vida dos súditos, mas os súditos estarão sempre a mercê da mudança de humor do sultão, ou seja, continuam dominados por ele.

⁶²³ Interferência “consentida” deve ser tratada com cautela. Em tópico posterior, far-se-á a devida distinção entre consentimento e contestabilidade.

⁶²⁴ “É incrível como o povo, quando se sujeita, de repente cai no esquecimento da franquia tanto e tão profundamente que não lhe é possível acordar para recobrá-la, servindo tão francamente e de tão bom grado que ao considerá-lo dir-se-ia que não perdeu sua liberdade e sim ganhou sua servidão. É verdade que no início serve-se obrigado e vencido pela força; mas os que vêm depois servem sem pesar e fazem de bom grado o que seus antecessores haviam feito por imposição. Desse modo os homens nascidos sob o jugo, mais tarde educados e criados na servidão, sem olhar mais longe,

para La Boetie, é uma questão de cálculo e de como organizar uma pirâmide de relações de dominação:

A primeira razão por que os homens servem de bom grado é que nascem servos e são criados como tais. Desta decorre uma outra: que sob os tiranos as pessoas facilmente se tornam covardes e efeminadas⁶²⁵. [...] Mas agora chego a um ponto que em meu entender é a força e o segredo da dominação, o apoio e fundamento da tirania. No meu juízo, muito se engana quem pensa que as alabardas, os guardas e a disposição das sentinelas protegem os tiranos. Creio que a eles recorrem mais como formalidade e espantinho do que por confiança. Os arqueiros proíbem a entrada do palácio aos mal-vestidos que não têm meios, não aos bem-armados que podem fazer alguma empresa. Certamente é fácil contar que entre os imperadores romanos não forma tantos os que conseguiram escapar de algum perigo graças a seus guardas quanto os que foram mortos por seus próprios arqueiros. Não são os bandos de gente a cavalo, não são as companhias a pé, não são as armas que defendem o tirano; de imediato, não se acreditará nisso, mas com certeza é verdade. São sempre quatro ou cinco que mantêm o tirano; quatro ou cinco que lhe conservam o país inteiro em servidão. Sempre foi assim: cinco ou seis obtiveram o ouvido do tirano e por si mesmos dele se aproximaram; ou então por ele foram chamados para serem os cúmplices de suas crueldades, os companheiros de seus prazeres, os proxenetas de suas volúpias, e sócios dos bens de suas pilhagens. Tão bem esses seis domam seu chefe, que ele deve ser mau para a sociedade não só com suas próprias maldades, mas também com as deles. Esses seis têm seiscentos que crescem debaixo deles e fazem de seus seiscentos o que os seis fazem ao tirano. Esses seiscentos conservam debaixo deles seis mil, cuja posição elevaram; aos quais fazem dar o governo das províncias ou o manejo dos dinheiros para que tenham na mão sua avareza e crueldade e que as exerçam no momento oportuno; e, aliás, façam tantos males que só possam durar à sua sombra e isentar-se das leis e da pena por seu intermédio. Grande é o séquito que vem depois e quem quiser divertir-se esvaziando essa rede não verá os seis mil mas os cem mil, os milhões que por essa corda agarram-se ao tirano servindo-se dela como Júpiter em Homero, que se gaba de trazer a si todos os deuses ao puxar a corrente⁶²⁶. [...] Assim o tirano subjuga os súditos uns através dos outros e é guardado por aqueles de quem deveria se guardar, se valesse alguma coisa; mas, como se diz, para rachar lenha é preciso cunhas da própria lenha. Eis aí seus arqueiros, seus guardas, seus alabardeiros; não que eles mesmos às vezes não sofram por causa dele; mas esses perdidos e abandonados por deus e pelos homens ficam contentes de suportar o mal para fazê-lo, não àquele que lhes malfez, mas àqueles que suportam como eles e que nada podem fazer. Vendo porém essa gente que gera o tirano para se encarregar de sua tirania e da servidão do povo, com frequência sou tomado de espanto por sua maldade e às vezes de piedade por sua tolice. Pois, em verdade, o que é aproximar-se do tirano senão recuar mais de sua liberdade e, por assim dizer, apertar com as duas mãos e abraçar a servidão? Que ponham um pouco de lado sua ambição e

contentam-se em viver como nasceram; e como não pensam ter outro bem nem outro direito que o que encontraram, consideram natural a condição de seu nascimento". La Boetie. O discurso sobre a servidão voluntária, p. 6.

⁶²⁵ La Boetie. O discurso sobre a servidão voluntária, p. 9.

⁶²⁶ La Boetie. O discurso sobre a servidão voluntária, pp. 11-2.

que se livrem um pouco de sua avareza, de depois, que se olhem a si mesmos e se reconheçam; e verão claramente que os aldeões, os camponeses que espezinham o quanto podem e os tratam pior do que a forçados ou escravos - verão que esses, assim maltratados, são no entanto felizes e mais livres do que eles⁶²⁷.

O republicanismo, entretanto, adota uma sutil distinção. A interferência consentida não é servidão quando o súdito puder retirar o consentimento se quiser. Não se percebe, no entanto, como bem explicou La Boetie, que o consentimento da interferência muitas vezes é irreversível; e onde não havia dominação, ela se fez pela vontade do próprio dominado.

A idéia de não-dominação pode ser desdobrada em dois elementos fundamentais: a liberdade como não-dominação e a contestabilidade.

1 LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO

Isaiah Berlin difundiu a distinção entre duas concepções de liberdade: a liberdade negativa e a liberdade positiva; pode-se entender a liberdade negativa como ausência de constrangimento e de restrição, isto é, como não-interferência, e pode-se entender a liberdade positiva como autonomia. Assim, no primeiro sentido, haverá dominação, quando houver interferência e, no segundo sentido, haverá dominação, quando não houver autonomia.

O republicanismo, no entanto, demonstra a insuficiência teórica das duas concepções; demonstra que há dominação sem interferência (e há interferência sem dominação) e que há dominação com autonomia. Registre-se o que foi afirmado

⁶²⁷ La Boetie. O discurso sobre a servidão voluntária, p. 13.

anteriormente, o núcleo conceitual da dominação é o arbítrio, apenas onde há uma relação arbitrária há dominação.

Assim, é possível dominação sem interferência e interferência sem dominação. Por exemplo, quando o senhor permite ao seu escravo fazer o que quiser fazer como se fosse um homem livre, há dominação sem que aja interferência; há dominação porque há interferência (arbitrária) potencial; porque a liberalidade concedida ao escravo não é um direito que o escravo possa opor com eficácia ao senhor, mas uma concessão que o senhor dá ao escravo e que pode ser revogada a qualquer instante pela vontade de quem a concede.

Também, não há dominação quando a interferência não é arbitrária; isto é, quando a interferência levou em conta os interesses das pessoas afetadas. É o caso de atletas de um clube de futebol amador que escolhem um capitão, para comandar a equipe; o líder interferirá nas ações dos integrantes da equipe, determinará, por exemplo, quem jogará e em qual posição jogará, mas a interferência não é arbitrária, logo não há dominação ainda que aja interferência.

Os republicanos, no entanto, na ânsia de distinguir a liberdade republicana (como não-dominação) da liberdade liberal (como não-interferência) cometem um perigoso equívoco. Se é certo que a liberdade como não-dominação é distinta, a princípio, da liberdade como não-interferência, também é certo que muitas vezes a concepção negativa de liberdade é a melhor estratégia para evitar a dominação. Não se pode esquecer que a doutrina da liberdade liberal (liberdade como não-interferência) foi elaborada visando uma situação real de dominação, o domínio absoluto do rei sobre os súditos (domínio este que significava a não-interferência potencial, pois o próprio rei concedia direitos aos súditos).

Neste contexto, não parece adequado opor não-interferência à não-dominação. É importante frisar sua distinção, principalmente quanto aos objetivos, mas, ainda que não sejam necessariamente tão distantes, muitas vezes são complementares. Perceba-se que a não-interferência só faz sentido, se for possível identificar aqueles aspectos da vida que de tão valiosos devem ficar estritamente na esfera privada da vontade do indivíduo; esta técnica é de toda importância para os objetivos republicanos, principalmente na passagem de uma situação opressora para uma situação de libertação, sem o risco de cair em outra armadilha dominadora.

A liberdade como não-interferência é também um importante instrumento para a não-dominação. Na liberdade como não-dominação, a regra da liberdade é circunstancial, sendo circunstancial é variável, o que é um perigo, considerando a possibilidade do mais forte usar esta discricionariedade a seu favor; neste contexto, a objetividade e a generalidade da liberdade como não-interferência é mais republicana que a liberdade como não-dominação. A promessa de liberdade como não-interferência é sempre universal e geral; conhecida por todos e obedecida por todos; na liberdade republicana, a regra é adaptável às circunstâncias⁶²⁸.

⁶²⁸ “Nesta luta pela liberdade, alguma intervenção pública pode ser necessária, como o estabelecimento de leis que determinem a ilegitimidade do domínio de uns sobre os outros (*ibid.*, p. 27). Daí que para os republicanos as restrições legais sejam menos graves do as limitações de liberdade que se verificam no domínio das relações privadas: porque as premissas são impostas em nome do interesse público; estabelecidas pela república; gerais e libertas de arbítrio; correspondentes, não a violações, mas a ‘freios’ ou ‘limitações’, ao *arbítrio* de cada um; correspondentes, em contrapartida, à ‘liberdade republicana’. Eis os exemplos de Viroli: ‘para libertar as mulheres da dependência [dos maridos] é necessário aprovar leis que garantam uma condição de igualdade no seio da família e limitem o poder arbitrário dos maridos; para proteger os trabalhadores dependentes é necessário estabelecer leis que tutelem a sua dignidade física moral e limitem o poder arbitrário dos empregadores; para emancipar aqueles que têm necessidade da caridade é necessário criar impostos que permitam garantir uma assistência pública adequada. Em qualquer dos três casos, reduzir o domínio de que sofrem alguns dos cidadãos implica a aumentar a restrição da liberdade (negativa) de outros; ou melhor, impor limites a indivíduos que eram livres de agir segundo o seu arbítrio. Não é possível reduzir a dependência sem impor os vínculos da lei. É necessário escolher e entre o domínio (e a dependência) e os vínculos da lei. Os que se revêem na tradição republicana

Faça-se justiça: quando os liberais dizem não-interferência, querem dizer também não-dominação. A crítica republicana só seria válida, se significasse que a liberdade como não-interferência não protegeria contra a dominação. Neste sentido, Antônio Hespanha mal distingue as duas concepções,

Para M. Viroli, a grande divisão entre o republicanismo e o liberalismo reside em que, enquanto o último se preocupa apenas com a não interferência (do Estado nas esferas de liberdade de acção dos cidadãos), o segundo se preocupa, sobretudo, com evitar a dependência dos cidadãos, actual ou apenas virtual, tanto em relação ao Estado, como entre eles (p. 20). Para retomar uma distinção de Benjamin Constant, retomada por Isaiah Berlin, a liberdade republicana é uma liberdade negativa (*i.e.*, de não ver invadida a esfera pessoal de cada um), *mas aplicada a um domínio que vai além do Estado, abrangendo toda a sociedade civil* (cf., *ibid.*, p. 24). E, neste sentido, o liberalismo aparece como um republicanismo empobrecido; e o republicanismo como um liberalismo mais radical, que não se preocupa apenas com o “Estado liberticida” e expande o âmbito da luta pela liberdade à própria sociedade civil⁶²⁹.

A maneira conciliatória de relacionar a liberdade republicana com a liberdade liberal é distingui-las, em termos de quantidade e qualidade; de modo que a preocupação liberal seja com a quantidade (o tamanho) de esfera privada enquanto que a preocupação republicana seja com a qualidade de liberdade.

Deve-se, também, atentar para uma conjectura; talvez, ao contrário do que os republicanos pensam, os liberais têm sido mais realistas ao desconfiarem da bondade humana e ao serem cautelosos quanto à capacidade humana para distorcer as regras a seu favor. Assim, concluem, quanto menos regras e quanto mais simples, menos chances de serem distorcidas.

devem escolher as políticas que atenuam o domínio, bem como aquelas que procuram atenuar os deveres civis em nome do desejo de ser livre de impedimentos’.” Antonio Hespanha. *Republicanismos e estadualismo*, p. 4.

⁶²⁹ Antonio Hespanha. *Republicanismos e estadualismo*, p. 4.

Os republicanos também distinguem a liberdade como não-dominação da liberdade como autonomia (liberdade positiva). Enquanto que, no núcleo da liberdade positiva está a ideia do consentimento, por contraste, a característica da liberdade republicana é a contestabilidade. Neste sentido, Philip Petit explicou que:

De acordo com esta concepção de arbitrariedade, pois, um ato de interferência não será arbitrário, na medida em que se veja forçado a tomar em consideração os interesses e as opiniões ou interpretações da pessoa afetada pela interferência⁶³⁰.

2 CONTESTABILIDADE

Pode-se considerar que a liberdade positiva, isto é, a liberdade como autonomia, é o núcleo da legitimidade democrática (ou vive-versa). No sentido moderno, de democracia representativa, pode-se afirmar também que a interferência legítima é a interferência consentida. E se o consentimento não puder ser direto, pessoal, que seja pelos representantes. No entanto, como já se abordou detalhadamente em outro trabalho⁶³¹, a democracia, na sua versão clássica ou na sua versão moderna, não consegue se sustentar a uma crítica teórica minimamente rigorosa. Ficções como do autogoverno e do princípio da maioria não são explicadas nem mesmo sob um juízo de coerência interna.

A contestabilidade é o ajuste republicano à doutrina da legitimação democrática, ou melhor, à doutrina da legitimação pelo consentimento. Como seria possível justificar uma interferência derivada de uma lei, por exemplo, que não foi

⁶³⁰ Philip Pettit. Republicanismo, p. 82.

⁶³¹ Cf. Nelson Juliano Cardoso Matos. Teoria do Estado.

consentida por parte dos seus destinatários? E quando, por exemplo, a lei é aprovada pela maioria; a minoria, portanto, embora não tenha consentido, está submetida a ela. Neste rastro, não é necessário explicitar as deficiências do sistema representativo.

Nesta situação, a não-dominação requer menos consentimento e mais contestabilidade. Imagine-se que um indivíduo possa interferir, e realmente o faça, nas ações de alguém, mas que este realmente seja capaz de se opor a qualquer interferência contrária a suas idéias e interesses relevantes. Apenas se ele realmente puder contestar qualquer interferência desta natureza – apenas se se puder forçá-la a fazer parte de seus interesses e de suas idéias relevantes – é que a interferência não será arbitrária, e o interferente não será dominante⁶³².

O que importa não é a origem histórica das decisões em alguma forma de consentimento, mas que se responda à possibilidade de contestação. Requerer que a tomada de decisões públicas seja contestável, particularmente que seja contestável de qualquer canto da sociedade, é insistir que a tomada de decisões adote um determinado perfil democrático (republicano). A fim de que a tomada pública de decisões seja contestável, há pelo menos três pré-condições devem ser satisfeitas. A primeira é que a tomada de decisões se conduza de modo tal que haja uma base potencial para a contestação. A segunda é que não haja só uma base potencial para a contestação, mas que haja também um canal ou uma voz, pelo qual possa percorrer a contestação. E a terceira é que, não só haja uma base e um canal

⁶³² Sobre democracia e república, cf, também, André Berten. Republicanismo e motivação política; Luiz Carlos Bresser-Pereira. Democracia republicana e participativa; José Arthur Giannotti. Res publica, res populi; Simone Goyard-Fabre. O que é democracia?; Luís Felipe Miguel. Democracia domesticada; Luís Felipe Miguel. Representação política em 3-D; Chantal Mouffe. Coidadania democrática e comunidade política. Chantal Mouffe. Globalização e cidadania democrática; Ulrich

para a contestação, mas que exista ademais um foro adequado em que se faça audível essa contestação: um foro que estime a validade das exigências e determinar as respostas adequadas⁶³³.

Parece apropriado fazer uma distinção, para fins didáticos, entre (a) a contestabilidade democrática e (b) a contestabilidade judicial. Ressalte-se que não se trata de dois fenômenos distintos, mas de dois aspectos da estratégia de não-dominação. A importância da distinção é para que um aspecto não se apresente como o todo. Trata-se, assim, de dois espaços para a contestação; como também se trata de dois momentos para a contestação.

Na contestabilidade democrática, o momento é, geralmente, prévio, isto é, anterior às decisões políticas; trata-se do espaço da política, propriamente dito, abrangendo não apenas os espaços de tomada de decisão, como também os espaços para eleição dos representantes e os espaços públicos para deliberação (esfera pública, sociedade civil etc.). A contestabilidade, neste sentido, exige não apenas um direito amplo de participação política como uma efetiva participação de segmentos relevantes da sociedade. Isto porque o republicanismo se preocupa com as condições reais (e não apenas formais) do exercício e dos limites do poder. A máxima de Thomas Jefferson é de toda pertinência: “o preço da liberdade é a eterna vigilância”. Afirma-se “ampla participação” não apenas no sentido quantitativo de ser permitido a quase todos participarem, como também a que tenha uma participação efetiva de representantes (sociais) de todos os segmentos da sociedade, como também uma participação qualitativa em que haja liberdade e efetividade da

Preub. Os elementos normativos da soberania; Henry S. Richardson. Em defesa de uma democracia qualificada; Norberto Bobbio. O futuro da democracia.

⁶³³ Cf. Philip Pettit. Republicanismo.

participação, ou seja, imprensa livre e efetivamente plural, liberdade de manifestação que seja também com paridade de poder de pressão etc.

A contestabilidade democrática se dá, portanto, quando o eleitor interpela os candidatos durante a campanha eleitoral ou interpela o representante depois de eleito, ou quando os grupos organizados (ou o cidadão) pressionam o representante nos órgãos políticos; destaca-se aqui o componente de uma representatividade eletiva, ou seja, um canal obrigatório de interlocução. Ainda que os exemplos tenham se limitado à intermediação entre eleitores e Estado, a contestabilidade se dá em qualquer esfera; por exemplo, atos de desobediência civil, greve por melhores salários em uma fábrica, manifestação de alunos contra o aumento das mensalidades escolares etc. Também há contestabilidade democrática quando a minoria interpela a maioria, durante as eleições ou depois delas, no próprio órgão decisório, como a minoria parlamentar no Congresso Nacional, ou na sociedade (esfera pública). Como já se afirmou, aquelas condições da ampla participação, típicas da democracia (legitimação consensual) se aplicam, por outros fundamentos, também à república (legitimação pela contestabilidade).

Assim, para a liberdade republicana, a participação democrática só é legítima na medida em que contribui para a não-dominação⁶³⁴. Desta forma, a dominação da maioria sobre a minoria, pode até ser democrática, mas não é republicana. É neste sentido que André Berten afirmou que a participação política não é simplesmente instrumental, é “condição do exercício da liberdade individual”.

⁶³⁴ “O controle democrático é certamente importante nesta tradição, mas sua importância vem, não da sua conexão diferencial com a liberdade, mas do fato de ser um meio para proteger a liberdade”.

Há outra estratégia de contestação, que aqui se denominou de contestabilidade judicial. São espaços qualificados, formalmente, como de fiscalização e, formalmente, sem características políticas ou eleitorais; portanto, espaços pretensamente neutros ou, pelo menos, imparciais. Trata-se dos órgãos do poder judiciário, do ministério público, dos tribunais de contas etc. Podem-se incluir ainda, talvez de forma imprecisa, órgãos internos da administração pública de controle, como ouvidorias, controladorias etc. É uma contestação à margem, ou paralela, à contestação democrática; para tanto, o que é indispensável é um amplo acesso a estes órgãos; e também que tais órgãos tenham o poder de interferir de algum modo na ação arbitrária; o canal precisa ser audível.

Em ambos os casos – a contestabilidade democrática e a contestabilidade judicial – o canal só será audível, se o espaço que receber a contestação for representativo. No entanto, para os republicanos, a representação democrática é insuficiente; é necessário representatividade social. Lembre-se que a dominação se manifesta não sobre um indivíduo isoladamente, mas sobre um *status* ou sobre um grupo determinado, assim a representatividade social dos órgãos permite que o ponto de vista de todos os segmentos seja considerado. Não se trata de uma fiel reprodução da sociedade; mas de uma representatividade inclusiva⁶³⁵.

Se permitimos que o executivo ou o judiciário se tornem não-representativos em relação a grandes grupos sociais, não se poderá mais garantir que os membros do grupo não representados possa fazer-se ouvir nas devidos círculos de debates⁶³⁶.

⁶³⁵ “É imperativo que a democracia seja não apenas deliberativa, mas também inclusiva”. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 374.

⁶³⁶ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 376.

Ressalte-se que a inclusão republicana não é simplesmente inclusão pessoal, é inclusão de todo o grupo social. Também, ressalte-se que “os canais de contestação serão mais efetivos, caso haja movimentos sociais, tais como o movimento verde, aos quais o cidadão possa endurecer sua reclamação em primeira instância”.⁶³⁷ A república contestatória, portanto, é necessariamente deliberativa. A democracia não é deliberativa, é majoritária. A minoria não precisa participar, mas obedecer. A contestabilidade exige, ainda, outras duas condições: a transparência (em contraste com o poder oculto) e uma esfera pública livre (este será objeto do próximo capítulo). Sobre a transparência: “as decisões precisam ser feitas com transparência, sob a ameaça de investigação, com base na liberdade de informação, e assim por diante”⁶³⁸.

Mais uma vez a solução republicana ainda é impregnada de certa ambigüidade. A contestabilidade não é tão facilmente mensurável, assim como não é possível mensurar se a decisão tomada levou em conta os interesses das pessoas afetadas ou se a contestação foi devidamente ouvida e considerada. Não se pode aceitar o argumento ingênuo de que a simples consulta às partes afetadas vinculará a decisão. Com a mesma preocupação é que Philip Pettit sintetizou as três pré-condições para a contestabilidade; a república precisa ser: (a) deliberativa, (b) inclusiva e (c) responsiva⁶³⁹.

A primeira pré-condição assegura que as decisões legítimas deverão ser tomadas com uma base potencial de contestação; para tanto, não basta a ampla

⁶³⁷ Philip Pettit. Republicanismo, p. 376-7.

⁶³⁸ Philip Pettit. Republicanismo, p. 373. Mais sobre governo transparente, cf. Norberto Bobbio. O futuro da democracia.

⁶³⁹ Cf. Philip Pettit. Republicanismo, p. 244; e cf. Philip Pettit. Democracia e contestabilidade, pp. 372-7.

participação, como também que a decisão seja o resultado de um debate público, isto é, transparente (público) e aberto a todos (público); espera-se ainda que as decisões sejam o resultado do próprio debate e não de barganhas (negociações). Apenas o debate pode considerar cada um como igual; na negociação, aqueles que possuem capital de troca têm vantagens que não podem ser compensadas pelos outros.

A segunda pré-condição, a inclusividade, assegura que os órgãos de decisão (em qualquer dos poderes) sejam representativos eleitoral e estatisticamente. Ou seja, possíveis distorções do sistema eleitoral precisam ser ajustadas para assegurar um canal de interlocução (contestação) aberta a todos. Neste sentido, é importante, por exemplo, a representatividade social (estatística) de um negro ou de uma mulher no Supremo Tribunal Federal. É menos importante a fidelidade à proporcionalidade dos representantes em relação a composição da sociedade, e é mais importante que todos os segmentos estatisticamente relevantes tenham direito à voz em todos os órgãos superiores do Estado. Ainda assim, para assegurar o direito de voz (de contestação) a todos, mesmo sem a referida representatividade social no Estado, a qualquer um deve ser facultado o direito de pessoalmente contestar.

A terceira pré-condição, a responsividade, assegura que a contestação será respondida. Deve-se assegurar também que o segmento dissidente possa, inconformado com a resposta recebida, retirar-se da república.

CAPÍTULO III - OUTROS ELEMENTOS REPUBLICANOS

No contexto contemporâneo, o republicanismo emerge (ressurge) perifericamente ao debate entre liberais e comunitaristas. Na verdade, o debate contemporâneo é bem mais complexo e abrangente e envolve diversas vertentes comunitaristas, assim como liberistas (libertaristas) e humanistas cívicos (habermasianos), por exemplo.

Antes, o estudo sobre a república se resumia, de certo modo, à análise dos meios adequados para se atingir aos fins republicanos: a não-dominação. Assim, o debate entre democráticos e aristocráticos era interno ao republicanismo. Durante toda a história política ocidental, havia o consenso de que a república era preferível à tirania, ao absolutismo e ao despotismo. O cerne do problema era, portanto: como evitar as formas degeneradas de governo e como promover a forma republicana?

No século XX, a retórica republicana foi abandonada. Em seu lugar, a organização política e jurídica se legitimava por fundamentos democráticos, liberais e socialistas. No início do século XXI, no entanto, percebeu-se que estes novos fundamentos não se mostraram inteiramente satisfatórios, o que propiciou o retorno do republicanismo. O ostracismo do republicanismo, no entanto, permitiu a mudança da agenda política, ao qual o republicanismo precisa se adequar.

No núcleo do debate contemporâneo está o liberalismo, ou melhor, a teoria da *justiça como equidade* de John Rawls. Trata-se, portanto, do principal interlocutor do republicanismo contemporâneo. Atente-se que a expressão “liberalismo” está sendo

empregada em sentido restrito, o movimento ou a tendência liberal é bem mais ampla que a teoria de Rawls; na verdade, quase todos os interlocutores do debate contemporâneo são de alguma forma liberais (no sentido amplo).

A análise de três temas importantes no debate contemporâneo servirá como pano de fundo para compreender o republicanismo neste contexto: a igualdade como não-opressão (e a teoria da justiça social), a cidadania e a virtude cívica (e as idéias de comunidade, sociedade civil e esfera pública) e a relações entre direito e política (e a tese liberal da prioridade do justo sobre o bem).

1 IGUALDADE COMO NÃO-OPRESSÃO: NO CONTEXTO DO DEBATE SOBRE A JUSTIÇA SOCIAL

No núcleo conceitual da dominação está o arbítrio. O arbítrio significa que, de alguma maneira, alguém está vulnerável à vontade do outro; ou seja, na relação de dominação, o dominado não dispõe de meios para reagir eficientemente contra o seu opressor. Neste sentido, não-dominação significa, também, independência e, de certo modo, auto-suficiência para que se possa tomar as decisões por conta própria sem depender do consentimento alheio. Era nesse sentido que Bruni e Maquiavel consideravam que participar da milícia da cidade é que dava o verdadeiro *status* de cidadão; é no mesmo sentido que James Harrington idealizava a república dos *gentrys* e que John Rawls idealizava a democracia dos cidadãos-proprietários; é, também, este o sentido pelo qual Van Parijs defendeu a aplicação do programa de

renda básica. Assim, igualdade como não-opressão significa dispor de opções reais de escolha na vida.

Adotou-se, no presente trabalho, a expressão “igualdade como não-opressão” e não “igualdade como não-dominação”, numa explícita referência à obra de Michael Walzer; com prejuízo, deve-se reconhecer, da clareza na exposição das idéias, mas como reconhecimento à contribuição de Walzer (ainda que o mesmo seja classificado, geralmente, como comunitarista e não como republicano). A associação da teoria da igualdade complexa de Michael Walzer com o republicanismo é clara; percebe-se por afirmações, como: “o objetivo do igualitarismo político é uma sociedade livre de dominação”⁶⁴⁰.

No republicanismo, inevitavelmente, a idéia de igualdade como não-opressão está associada à idéia de liberdade como não-dominação. A distinção, meramente didática, que se pode fazer é destacar na idéia de igualdade o pano de fundo de uma teoria da justiça social (uma teoria da distribuição dos bens sociais). No contexto do debate contemporâneo, nitidamente, percebe-se três posições: o libertarismo (ou liberismo) defende que a distribuição justa dos bens sociais deve ser feita pelo mercado sem a interferência do Estado; o comunitarismo defende que a distribuição justa dos bens sociais deve ser promovida pelo Estado (como expressão da vontade da comunidade); e o liberalismo⁶⁴¹ defende uma interferência seletiva do Estado na distribuição dos bens sociais. As três posições não são, a princípio, republicanas, mas é possível identificar em cada uma delas elementos úteis para

⁶⁴⁰ Michael Walzer. *Las esferas de la justicia*, p. 11. No mesmo sentido: “Meu propósito neste livro é descrever uma sociedade onde nenhum bem social sirva ou possa servir como meio de dominação”. Michael Walzer. *Las esferas de la justicia*, p. 11.

⁶⁴¹ “Liberalismo” no sentido da teoria da *justiça como equidade*. Sobre liberalismo, cf. também, Richard Bellamy. *Liberalismo e sociedade moderna*.

promover a igualdade como não-opressão; por exemplo, não-paternalismo dos libertários, a democracia dos cidadãos-proprietários dos liberais e a justiça complexa de Michael Walzer.

A teoria da igualdade liberal é parte da teoria da *justiça como equidade* de John Rawls. O filósofo norte-americano partiu de uma teoria (neo)contratualista para elaborar dois princípios de justiça fundamentais para a boa (justa) organização social, inclusive para dar referência à distribuição dos bens econômicos; a partir destas premissas teóricas, Rawls concluiu que a democracia dos cidadãos-proprietários é a organização econômica mais justa porque concede a cada indivíduo a independência econômica, ou seja, não confunde a igualdade como não-opressão com o igualitarismo, mas com independência.

A estrutura argumentativa da teoria de John Rawls está fundada em duas premissas e em dois princípios. As duas premissas são as idéias de posição original e de véu da ignorância. E os dois princípios fundamentais são denominados por Rawls de princípios de justiça.

José Guilherme Merquior, didaticamente, resumiu as premissas rawlsianas:

A principal afirmação de Rawls é de que podemos alcançar princípios sólidos de justiça social pensando em que regras adotaríamos, como seres racionais, numa hipotética 'posição original'. Em tal situação imaginária, as pessoas não conheceriam seu lugar na sociedade, nem seus próprios talentos e habilidades: antes pelo contrário, teriam de agir cobertos por um 'véu de ignorância'. Assim tem de ser para garantir 'justiça como equidade'.⁶⁴²

Como contratualista, John Rawls usou de um artifício para conseguir saber quais são as bases justas de uma sociedade justa, isto é, de uma sociedade bem-

ordenada. Para Rawls, todas as vezes que homens livres, iguais e racionais (e razoáveis) estivessem na posição original e cobertos pelo véu da ignorância chegariam a uma só conclusão possível: os dois princípios de justiça. A posição original⁶⁴³ é o momento anterior a organização social, um momento em que não há regras e que, portanto, não há distribuição de bens, rendas, riquezas, *status* etc.⁶⁴⁴

Na posição original, estes primeiros legisladores estariam cobertos por um véu que os tornariam sábios sobre todos os aspectos da vida, exceto sobre qual posição cada pessoa ocuparia nesta nova sociedade⁶⁴⁵; assim, conheceriam as leis da física, as teorias econômicas, os princípios da filosofia política etc.⁶⁴⁶, mas ninguém saberia se seria rico ou pobre, homem ou mulher, inteligente ou tolo, católico ou muçulmano etc. Neste sentido, para toda regra que impusesse direta ou indiretamente um tratamento desigual entre as pessoas, considerar-se-ia também o risco de se ocupar a posição desfavorecida. Portanto, usando a lógica da escolha

⁶⁴² José Guilherme Merquior. O liberalismo antigo e moderno, p. 206.

⁶⁴³ “A idéia da posição original consiste em estabelecer um procedimento eqüitativo, de modo que sejam justos quaisquer que venham a ser os princípios acordados”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 119. Sobre o neocontratualismo, cf., também, Cícero Araújo. Legitimidade, justiça e democracia; Marcus André Melo. Republicanismo, liberalismo e racionalismo; Álvaro de Vita. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva.

⁶⁴⁴ “Para Rawls, o terreno primário no qual opera nossa justiça é a distribuição de nossos bens, dando a ‘bens’ um sentido amplo que influi muito daquilo a que podemos razoavelmente aspirar: riqueza, posição social, oportunidades, habilidades, liberdade, e até mesmo auto-respeito. (...) A maneira como tais bens serão distribuídos numa sociedade justa dependerá dos princípios de justiça refletidos no sistema de direitos, leis, processos e posições que faz da sociedade uma entidade política funcional”. Samuel Gorovitz. John Rawls, p. 270.

⁶⁴⁵ Sobre o véu da ignorância: “antes de mais nada, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou *status* social; nem sabe sua fortuna de distribuição de dotes e habilidades naturais; sua inteligência e força e assim por diante”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 119. “Ninguém conhece sua concepção do bem, as particularidades do seu plano racional de vida, ou até as características especiais da sua psicologia, tais como sua aversão ao risco ou inclinação ao otimismo ou pessimismo”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 119. “A finalidade e o efeito do véu da ignorância é eliminar da negociação qualquer possibilidade dos participantes protegerem seus próprios interesses ao custo dos interesses de outros”. Samuel Gorovitz. John Rawls, p. 272.

⁶⁴⁶ “Toma-se, contudo, por pressuposto, que conhecem os fatos gerais sobre a sociedade humana. Entende os assuntos políticos e os princípios da teoria econômica; sabem a base da organização social e as leis da psicologia humana (...) Não há limitação à informação geral”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 119. “(...) Tem em particular um amplo conhecimento de economia, sociologia, psicologia e política”. Ignácio Zubiri. Justiça distributiva, p. 281.

racional, os indivíduos adotariam a posição menos arriscada, isto é, entre a posição do tudo-ou-nada, receber todos os favores ou nenhum deles, seria racionalmente preferível a posição de meio-termo, que é arriscar-se a ganhar pouco ou perder pouco⁶⁴⁷.

M. W. Jackson, sobre a teoria de Rawls, arrematou: “não só a pessoa na posição original está no desconhecimento de sua (dele ou dela) identidade, mas também ignora a probabilidade estatística de vir a ser uma coisa ao invés de uma outra”⁶⁴⁸; “graças à auto-ignorância da posição original de Rawls, cada pessoa precisa pensar em toda pessoa como sendo um fim em si mesma (ele ou ela), como Kant exige”.⁶⁴⁹ “Em síntese, Rawls espera ter derivado conclusões substantivas – os princípios da justiça – do procedimento formal da posição original”.⁶⁵⁰

A idéia é muito bem elaborada. Mesmo os críticos da teoria da escolha racional são obrigados a reconhecer o mérito de Rawls. Outras idéias se assemelham muito do esquema de Rawls (ainda que não se reconheçam como semelhantes); é o caso do princípio da neutralidade de Bruce Ackerman⁶⁵¹ e das condições ideais da fala de Jürgen Habermas⁶⁵²; ambos, pragmaticamente, chegam aos ou partem dos mesmos pontos de Rawls, porém com embasamento teórico diferente. Nesta perspectiva, as críticas a Rawls parecem injustas, principalmente porque são críticas sem considerar suas premissas. Está claro, para John Rawls,

⁶⁴⁷ “Assim, a deliberação faz emergir um novo constrangimento: princípios adotados para regular a formação de uma ordem social devem ser de tal natureza que possamos racionalmente aceitar viver sob eles ao percebermos que talvez sejamos o indivíduo menos favorecido da sociedade”. Samuel Gorovitz. John Rawls, p. 272.

⁶⁴⁸ M. W. Jackson. John Rawls e Robert Nozick, p. 263.

⁶⁴⁹ M. W. Jackson. John Rawls e Robert Nozick, p. 265.

⁶⁵⁰ M. W. Jackson. John Rawls e Robert Nozick, p. 265.

⁶⁵¹ Cf. Bruce Ackerman. La política del dialogo liberal e Bruce Ackerman. La justicia social en el Estado liberal.

⁶⁵² Cf. Jürgen Habermas. Direito e democracia.

que a posição original é uma situação hipotética e ahistórica, está claríssimo que John Rawls não imaginava que os constituintes ou os legisladores ordinários agissem, de fato, assim. O que Rawls apresentou não foi uma proposta real, ou um modelo utópico, trata-se simplesmente de um modelo-referência, isto é, um padrão abstrato para servir de parâmetro para avaliar as sociedades reais; trata-se, portanto, de uma referência para avaliar o grau de justiça das sociedades humanas que se pretendam democracias constitucionais. Trata-se de um parâmetro abstrato para a sociedade justa⁶⁵³.

Na posição original, indivíduos livres, iguais e racionais, limitados pelo véu da ignorância, chegariam a um resultado: dois princípios de justiça ordenadores da boa sociedade⁶⁵⁴. Para o primeiro princípio de justiça: “cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos”⁶⁵⁵ Para o segundo princípio de justiça: “as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinados de forma a que ambos (a) correspondam à

⁶⁵³ Simone Goyard-Fabre explica que equívoco semelhante se aplica à teoria de Rousseau. Segundo Goyard-Fabre, para Rousseau, “que o ideal democrático seja inacessível aos homens significa que ele representa para eles não o que há de melhor numa escala tipológica dos regimes políticos, mas a *norma pura* do governo, ou seja, o que, para uma interrogação reflexiva, indica sua fundação e legitimidade” [p. 173]. Continua: “Com essa atitude, a idéia democrática aparece não como ideal político cuja realização Rousseau desejaria em seu íntimo, mas como um *princípio transcendental de reflexão* política. Ela é como um farol cuja luz ilumina as condições de legitimidade de um governo e revela as razões que presidem à vontade de ordem expressa em suas decisões” [174]. Simone Goyard-Fabre. O que é democracia?, pp. 173-4.

⁶⁵⁴ Sobre os princípios de justiça social: “eles proverão a determinação de direitos e deveres das instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 28.

⁶⁵⁵ John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 67. “Os planos individuais precisam ser ajustados uns aos outros, de forma a que suas atividades sejam compatíveis entre si, para que possam ser implementados sem que nenhuma esperança venha a ser seriamente frustrada”. John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 29.

expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligados a posições e a órgãos abertos a todos”.⁶⁵⁶

Depois de *Uma teoria da justiça*, John Rawls fez ajustes aos dois princípios de justiça: “para começar, os dois princípios de justiça são enunciados como se segue: (1) cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos (...) A mudança, mencionada mais acima no enunciado do primeiro princípio de justiça, consiste numa substituição da expressão ‘mais abrangente sistema total’, utilizado em TJ, pela expressão ‘sistema plenamente adequado’.”⁶⁵⁷

Didaticamente, podem-se desdobrar os dois princípios de justiça em três: o primeiro princípio (ou, princípio da maior liberdade igual), a primeira parte do segundo princípio (ou, princípio da [eqüitativa] igualdade de oportunidade) e a segunda parte do segundo princípio (ou, princípio da diferença)⁶⁵⁸.

Caso uma situação implique o conflito entre a satisfação do primeiro princípio e a satisfação do segundo, o primeiro tem preferência ao segundo. E caso surja um conflito entre a primeira condição do segundo princípio e a segunda condição, a primeira condição tem preferência à segunda, ou seja, o princípio da liberdade tem preferência ao segundo princípio e o princípio das oportunidades iguais tem preferência ao princípio da diferença.

Percebe-se, pois, que os princípios de justiça têm um nítido caráter “substancial”, e não meramente “formal”, na teoria de Rawls. Logo no início de sua

⁶⁵⁶ John Rawls. *Uma teoria da justiça*, p. 67.

⁶⁵⁷ John Rawls. *Justiça e democracia*, pp. 144-5.

obra, Rawls é bem claro, quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos segmentos da sociedade.

Segundo Rawls, “o princípio da diferença resulta numa concepção fortemente igualitária no sentido de que, a menos que exista uma distribuição que melhore as pessoas [...] será preferível uma distribuição igual”⁶⁵⁹. O princípio da diferença significa que as desigualdades só podem ser consideradas justas, se o benefício direto de alguns implique também o benefício direto ou indireto daqueles menos favorecidos. Esta máxima tem várias imprecisões, o que provocou diversas críticas e diversas controvérsias.

No entanto, o princípio da diferença, a despeito das imprecisões da formulação inicial do princípio, traça uma diretriz clara de que valor defende. Alguns comentaristas de John Rawls denominam mesmo essa posição de “igualitarismo não invejoso”, expressão que claramente mostra a crítica ao igualitarismo convencional (ou ao igualitarismo socialista) que defende um nivelamento social ou econômico, sem considerar que o nivelamento pode resultar paralelamente ou posteriormente em uma diminuição da qualidade de vida ou dos benefícios sociais e econômicos de todos. Por isto: “a teoria de Rawls assegura liberdade igual para os cidadãos e uma distribuição de todos os outros bens que maximize as expectativas dos que estão em pior situação”⁶⁶⁰. Recorde-se que, de acordo com o princípio de diferença, apenas são moralmente legítimas as desigualdades sociais e econômicas

⁶⁵⁸ John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 111.

⁶⁵⁹ John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 78.

⁶⁶⁰ David Archard. Filosofia política e social, p. 261.

estabelecidas para melhorar a situação dos menos favorecidos. Assim, “o princípio da diferença (...) parece corresponder a um natural sentido de fraternidade: a saber, à idéia de não querer maiores vantagens a não ser em benefício dos menos privilegiados”⁶⁶¹.

Na democracia dos cidadãos-proprietários, o mais importante em uma sociedade bem ordenada não é a distribuição igual da renda, mas a distribuição eqüitativa da propriedade. Para Rawls,

A idéia não é simplesmente a de dar assistência àqueles que levam a pior em razão do acaso ou da má sorte (embora isso tenha de ser feito), mas antes a de colocar todos os cidadãos em condições de conduzir seus próprios assuntos num grau de igualdade social e econômica apropriada⁶⁶².

Parece haver, no entanto, uma deficiência nesta parte da teoria de John Rawls: quando o filósofo norte-americano considera apenas a distribuição de bens mensurados social ou economicamente (mais economicamente que social). Michael Walzer alertou para outros bens sociais que, em determinadas sociedades ou em determinado tempo, são ou foram considerados importantes e que não podem ser convertidos necessariamente em dinheiro, por exemplo.

A segunda posição, libertária (liberista), identificou uma concepção particular de igualdade a uma concepção particular de liberdade, ou seja, uma concepção de proteção máxima da liberdade individual a uma concepção formal de igualitarismo.

⁶⁶¹ John Rawls. Uma teoria da justiça, p. 99.

⁶⁶² John Rawls. Justiça como equidade, p. 197.

Os libertários (ou liberais libertários)⁶⁶³, de maneira geral, concordam com a primeira metade da teoria da justiça como equidade. Como liberais, defendem a prioridade dos direitos individuais clássicos (liberdade negativa), a neutralidade do Estado e o igualitarismo formal; e adotam algum tipo de individualismo racionalista. Como libertários, combatem ferozmente qualquer tentativa de ampliação da esfera estatal (salvo aquelas mínimas necessárias para o próprio exercício da liberdade individual).

Ainda antes da divulgação da teoria da justiça como equidade, em meio a uma tendência estatista, o economista austríaco Friedrich August von Hayek publicou, em 1944, *O caminho para a servidão*, quando objetou o crescente intervencionismo estatal para políticas redistributivas; Hayek alertava para o risco que corria a liberdade (negativa). Em 1961, publicou *Os fundamentos da liberdade*⁶⁶⁴, reforçando sua posição anterior. Hayek temia que o intervencionismo estatal, revelado como paternalismo social, levasse a uma dependência subserviente dos indivíduos ao Estado, que resultaria em uma "servidão voluntária", parafraseando La Boetie. Se é certo que *O caminho para a servidão voluntária* se mirava nos exemplos coletivistas e autoritários de influência fascista e comunista, em *Os fundamentos da liberdade*, Hayek desconfiava do Estado do bem-estar.

⁶⁶³ A expressão libertaristas fora cunhada para distinguir os adeptos desta corrente dos denominados liberais no sentido empregado nos Estados Unidos, isto é, para distingui-los dos liberais-igualitários (como John Rawls e Ronald Dworkin, e a corrente do Partido Democrata defensora do intervencionismo estatal moderado para promover redistribuição social). Talvez, a melhor aproximação seja associar o libertarismo com o liberalismo, isto é, com o liberalismo econômico, ainda que não se reduza a ele. "Assim, o *libertarismo* não é o *liberalismo*. Todavia, podemos considerar que a oposição entre essas duas orientações coincide, *mutatis mutandis*, com os termos da oposição que nos é mais familiar entre liberais e social-democratas. As orientações políticas do libertarismo e do liberalismo político são, aliás, facilmente identificáveis. O libertarismo põe efetivamente no centro da sua doutrina, simultaneamente como valor supremo e como princípio de ordem e de estabilidade, o respeito pelo direito de cada um dispor livremente de si próprio e dos seus bens". Alain Renaut (org.). *As filosofias políticas contemporâneas*, p. 287.

Ainda que a obra de Rawls se proponha a ser uma alternativa ao Estado do bem-estar, para os libertários é uma tentativa intervencionista, pois não confia na capacidade do mercado para corrigir as injustiças.

A servidão é voluntária quando, segundo Friedrich von Hayek, os indivíduos estão dispostos a trocar sua liberdade (negativa) por certa estabilidade social prometida pelo Estado. Neste contexto, o Estado se agiganta assegurando promover um sistema eficiente de proteção social, como educação, saúde, emprego, habitação etc. É o que Hayek considera paternalismo social, isto é, cada indivíduo permite que o Estado tome decisões (de efeito coletivo) em seu nome (escolhas que poderiam ser feitas pelos próprios indivíduos). Consiste em paternalismo, também, porque o Estado espera a contrapartida dos indivíduos, como o recolhimento dos tributos etc⁶⁶⁵.

O paternalismo estatal se torna perigoso para a liberdade, porque é um caminho sem retorno, pois o aumento do poder do Estado (recursos financeiros, recursos humanos, organização da burocracia, instâncias administrativas de regulamentação e de jurisdição etc.) torna, também, o indivíduo incapaz de se opor aos excessos da atividade estatal, ou seja, o consentimento para instituir o paternalismo social é dispensável para mantê-lo.

Neste sentido, os libertários desconfiam também da capacidade do Estado para ser eficiente no cumprimento de suas promessas. Assim, a promessa de

⁶⁶⁴ Friedrich von Hayek. Os fundamentos da liberdade. Cf, também, Friedrich von Hayek. El atavismo de la justicia social.

⁶⁶⁵ Portanto, a servidão é voluntária porque, para Friedrich von Hayek, é decorrente da vontade individual por segurança, que inclui o sentido de segurança social; os indivíduos estão dispostos a, conscientemente ou não, trocar sua liberdade por estabilidade social prometida pelo Estado. Perceba-se a diferença de perspectiva; para Hayek o Estado do bem-estar não é promotor da justiça social, mas um perigo à liberdade.

redistribuição de renda resultaria na má aplicação dos recursos, porque os recursos não seriam redistribuídos de forma justa (induzido pela corrupção ou por outros fatores para o desvio de recursos), porque as escolhas do Estado não seriam as melhores escolhas, ou porque o Estado seria pouco eficiente nas suas ações.

Curiosamente, os programas de renda básica, de renda mínima ou de imposto de renda negativo são uma variação de idéias libertárias, pois devolvem ao indivíduo a faculdade de escolher como empregar os recursos redistribuídos pelo Estado (a idéia é, originalmente, apresentada por Milton Friedman, reconhecido como libertário). Trata-se de uma variação porque, para os libertários, uma redistribuição, como os três programas referidos, não teria a mesma legitimidade da distribuição pelo mercado. Mas, pelo menos, retiraria o caráter paternalista da intervenção estatal.

Assim, Friedrich von Hayek concluiu favoravelmente a um Estado mínimo (neutro), conjugado com uma concepção de proteção máxima da liberdade individual e com uma concepção formal de igualitarismo. Ou seja, como todo libertarista, reforça (ou antecipa) o primeiro princípio de justiça de Rawls⁶⁶⁶. Por consequência, o libertarismo defende não apenas o Estado neutro, mas também o Estado mínimo:

Os libertaristas conferem assim a esta vontade um valor moral e, por conseguinte, todo esforço externo, não solicitado, que poderia procurar reconciliar esta vontade individual e a vontade geral ou coletiva corresponde a uma intrusão no domínio privado e a uma violação da soberania que o indivíduo deve poder exercer nos assuntos que lhe dizem respeito de forma privada⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ “A premissa fundamental que anima esta perspectiva estabelece que o indivíduo pode e deve determinar sozinho o seu projeto de vida, sem apoio externo nem entraves”. Alain Renaut (org.). As filosofias políticas contemporâneas, p. 244.

⁶⁶⁷ Alain Renaut (org.). As filosofias políticas contemporâneas, p. 245. Neste sentido é também a posição de Robert Nozick: “nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do

E rechaça o segundo princípio de justiça. Contando apenas com as regras do mercado para produzir justiça social⁶⁶⁸. Atente-se que não se pode, nem mesmo na teoria de Hayek, excluir a consideração da igualdade. Trata-se, na verdade, de dar uma concepção formalista à igualdade⁶⁶⁹.

A posição comunitarista se contrapõe ao liberalismo⁶⁷⁰ e mais ainda ao libertarismo. O igualitarismo complexo de Michael Walzer é uma das várias teorias classificadas como comunitaristas. Os libertários adotaram um modelo simples de distribuição dos bens: o mercado. John Rawls também adotou um modelo universal de distribuição dos bens: os dois princípios de justiça. Há modelos comunitários de distribuição dos bens que são também simples. Nos dois primeiros casos, o critério de distribuição dos bens tem a pretensão de universalidade, no último caso o critério é relativo à concepção de bem adotada por uma comunidade concreta. Em todos eles há um só critério para distribuir legitimamente todos os bens sociais.

cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica [...]. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem ou proteção". Robert Nozick. *Anarquia, Estado e Utopia*, p. 9.

⁶⁶⁸ "Se há uma instituição social que satisfaça plenamente as exigências do individualismo radical caracterizando esta variante do liberalismo, é efetivamente o mercado". Alain Renaut (org.). *As filosofias políticas contemporâneas*, p. 245. Para Robert Nozick, "a expressão 'justiça distributiva' não é neutra. [...] O que cada pessoa ganha recebe de outros, que o dão em troca de alguma coisa ou como presente. [...] Na sociedade livre pessoas diferentes podem controlar recursos diferentes e novos títulos de propriedade surgem das trocas e ações voluntárias de pessoas. Não há essa de distribuir [...] os companheiros em uma sociedade na qual as pessoas escolhem com quem querem casar". Robert Nozick. *Anarquia, Estado e Utopia*, pp. 170-1.

⁶⁶⁹ "A sociedade tem pois que resistir a esta tentação de institucionalização da segurança, porque esta é fundamentalmente fonte de desigualdade. Portanto, é realmente em nome da liberdade que Hayek contesta a legitimidade da intervenção estatal, mas esta liberdade só tem sentido para Hayek devido ao princípio da igualdade formal entre os indivíduos". Alain Renaut (org.). *As filosofias políticas contemporâneas*, p. 291.

⁶⁷⁰ Sobre a posição liberal, cf, também, Brian Barry. *Procedimento e justiça social*.

Michael Walzer, como comunitarista, no entanto, considerou que o critério para a distribuição dos bens é determinado socialmente, isto é, no contexto de cada comunidade. Entretanto, Walzer percebeu que uma comunidade nunca adotou apenas um critério para a distribuição dos bens; reconhecendo a complexidade das relações sociais, Walzer constatou que esferas distintas das relações sociais adotam critérios distintos para distribuição dos bens. Assim, por exemplo, o dinheiro pode ser um critério legítimo para a distribuição dos automóveis de luxo, mas pode não ser um critério legítimo para a distribuição de investidas eclesásticas. Diga-se, no entanto, que a determinação do critério que regulará uma distribuição (justa) legítima dos bens não é prévia (metafísica), é social.

O que torna, neste contexto, uma sociedade injusta (ilegítima) não é o “inadequado” critério que uma comunidade adota para distribuir os bens em alguma esfera da vida social, mas é a tiranização de um critério de distribuição dos bens sobre os demais, isto é, o bem de uma esfera social poder ser conversível a qualquer outro bem, que se torna monopolizador de todas as esferas sociais.

Michael Walzer espera que, com a pluralidade de esferas de justiça, mesmo que alguém seja beneficiado com a distribuição dos bens em uma esfera, provavelmente não o será em outra esfera da vida social. Assim, a concentração dos bens por alguém será sempre parcial e concorrerá com a concentração dos bens por outro em outra esfera da vida social. Neste sentido, alguns podem concentrar riqueza (dinheiro, por exemplo), mas outros se destacam pelo domínio político, outros se destacam na esfera religiosa, outros na esfera acadêmica, outros nas relações afetivas etc. A injustiça da organização social (isto é, dos critérios de distribuição dos bens) ocorre apenas quando o domínio em uma esfera da vida

resulta no domínio nas outras esferas da vida; isto ocorre quando um bem, como o dinheiro, pode ser convertido em outros bens; assim, aquele que detém a riqueza também pode deter todos os outros bens; dominando, portanto, todos os aspectos da vida social. Neste sentido, a teoria libertária é tiranizadora, pois usando o mercado como único critério de distribuição dos bens, faz com que a riqueza predomine em todas as esferas da vida social.

Embora a igualdade como não-opressão não signifique a igual distribuição dos bens sociais ou a literal equalização socioeconômica dos integrantes da comunidade, é necessário também reconhecer que é condição para considerar as pessoas como livres e iguais que elas tenham efetivamente independência pessoal; é necessário reconhecer que é condição para a independência pessoal a independência socioeconômica, o que implica assegurar a mínima distribuição dos bens básicos para uma vida digna, isto é, impedir que as pessoas sejam privadas dos mínimos recursos para a sobrevivência individual e para a convivência social.

No caso brasileiro, pode-se afirmar que a “desigualdade de renda de certo modo determina todas as demais desigualdades”⁶⁷¹. Isto é, a renda tiraniza as outras esferas de justiça; percebe-se que a situação de miséria ou de pobreza incapacita a pessoa para a convivência social e, portanto, a vulneraliza na participação em todas as esferas da vida social. Neste sentido, não é possível uma sociedade justa (livre de opressão) quando há relevante contingente de miseráveis. Alerta-se, entretanto, que a miséria é aqui tratada considerando-se fatores não estritamente econômicos. Cada comunidade estabelece seus próprios indicadores de sociabilidade, assim,

⁶⁷¹ Luiz Paulo Rouanet. Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil, p. 387.

além de água e alimento para a sobrevivência física, fatores como saber ler e escrever são relevantes para a inclusão em sociedade contemporâneas.

Em todo caso, a adoção de programas como o de renda mínima, o de renda básica ou o do imposto de renda negativo são premissas para considerar justa (livre de opressão) uma sociedade com relevantes índices de pobreza e miséria, como a brasileira. Reitere-se que não é a desigualdade de renda ou a pobreza que torna a sociedade desigual e injusta no sentido da não-opressão, é como a condição de pobreza e de miséria vulneraniza a pessoa nas relações sociais porque não lhe assegura a independência pessoal.

É perfeitamente compatível com o republicanismo o programa de renda básica. No entanto, o republicanismo exige que o programa seja considerado como direito e não simplesmente como política pública. Como política pública, acentua o caráter paternalista da intervenção estatal e reforça a dependência entre o beneficiário e o Estado, ou ainda mais grave, reforça a dependência entre beneficiário e o governante. Um programa desta relevância, que não é geral (estendido a cada um de todos), resulta, também, na relação de dependência entre o beneficiário e aqueles que estabelecem o critério para a concessão do benefício ou aqueles que selecionam os beneficiários. Neste sentido, a universalização (generalização) converte o benefício em direito ao benefício. A independência socioeconômica é a alternativa republicana ao igualitarismo material. No entanto, os benefícios socioeconômicos promovidos pelo Estado precisam ser institucionalizados; os benefícios contingenciais não impedem a dominação porque deixam o beneficiário dependente da vontade do governante⁶⁷².

⁶⁷² Cf. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 213.

Há também outro aspecto relevante no programa de renda básica: é uma proteção contra o paternalismo estatal. E, por decorrência, é o reconhecimento de que o indivíduo sabe melhor do que o Estado como empregar os recursos que diretamente lhe afetam. Ressalve-se que os programas de renda básica ou de renda mínima não invalidam e não são invalidados pela teoria da democracia dos cidadãos proprietários de John Rawls, que prescreve que a distribuição eqüitativa da propriedade é mais importante que a distribuição igual da renda⁶⁷³.

Particularmente no sentido republicano, a igualdade é um instrumento da não-dominação. A dominação, o poder arbitrário de alguém, só é possível pela vulnerabilidade do outro. Assim, a vulnerabilidade (seja qual for o tipo) é a condição para a dominação. Há diversas situações que deixam a pessoa vulnerável à intervenção arbitrária de outrem; a falta de meios de defesa é uma delas, a falta de independência pessoal é outra. Quem não tem independência pessoal é dependente de outrem, logo está vulnerável à dominação. Neste sentido, a igualdade não se confunde com a igualdade material, portanto, para se proteger da dominação, não é necessário que todas as pessoas disponham dos mesmos bens sociais e naturais (riqueza, inteligência, prestígio, beleza, poder etc.). No entanto, é necessário que cada pessoa disponha dos meios básicos para dispor da independência pessoal.

Tais bens essenciais à independência pessoal são determinados no contexto de cada organização social, isto é, não se restringem apenas à subsistência mínima do corpo físico, como a distribuição mínima de comida e água; também não se restringe à independência socioeconômica e à distribuição de outros bens básicos como moradia, vestuário etc., necessidades presentes em qualquer sociedade

⁶⁷³ Cf. John Rawls. Justiça como equidade.

humana. A independência pessoal é relativa e contextual porque cada sociedade estabelece as condições para uma vida digna; assim, saber ler e escrever não era condição para a independência pessoal nas repúblicas da Antiguidade grega, mas são em qualquer democracia moderna.

Neste sentido é que, para Amartya Sen, a independência pessoal significa “ter as capacidades básicas necessárias para funcionar na cultura local”⁶⁷⁴. Philip Pettit exemplificou quais as condições necessárias para a independência pessoal em uma sociedade contemporânea desenvolvida

As necessidades da vida em uma sociedade contemporânea desenvolvida, por exemplo, ultrapassam em muito ao requerido para funcionar em uma comunidade mais tradicional. Para funcionar apropriadamente em uma sociedade contemporânea, você tem que ser capaz de ler e escrever, saber matemáticas elementares, ter acesso a informação sobre coisas tais como oportunidades de trabalho, assistência médica, serviços de transporte, prognósticos meteorológicos, e dispor de recursos – uma direção postal ou um número de telefone – que permitam a outros – por exemplo, potenciais padrões – por-se em contato com vocês. [...] E para funcionar apropriadamente nesta sociedade necessitam vocês também averiguar e afirmar seus direitos legais ao tratar com a polícia, com a escola de seus filhos, ou com seu consorte [...]. Na medida que a sociedade se torna mais complexa, e a medida em que as demandas de uma vida social próspera se tem multiplicado, também tem subido ao nível do que se considera necessário para garantir o acesso a uma qualidade de vida decente: do que se considera necessário para a independência socioeconômica pessoal⁶⁷⁵.

É no mesmo sentido que Michael Walzer elaborou sua teoria da igualdade complexa, isto é, da igualdade como não-opressão. Assim como fez Philip Pettit, Michael Walzer não confundiu igualdade no sentido material (“no sentido literal”) com igualdade no sentido da não-dominação. No primeiro sentido, a concepção de igualdade parte de uma premissa falsa – a de que todos os homens são iguais -,

⁶⁷⁴ Citado por Philip Pettit. *Republicanism*, p. 208.

⁶⁷⁵ Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 208-9.

assim uma política igualitária literal resultaria na distribuição do mesmo tratamento a todos ou na distribuição de tratamentos diferentes com o objetivo de que, no final, todos usufríssem da mesma quantidade de bens⁶⁷⁶. No segundo sentido, a igualdade objetiva uma sociedade livre de opressão; Walzer percebeu que a história da eliminação das desigualdades não coincide com a história do igualitarismo no sentido literal, mas com a progressiva abolição de critérios injustos (tirânicos) de distribuição dos bens sociais; assim, a igualdade como não-opressão é indiferente a distribuição (literalmente) igual dos bens, preocupa-se com os critérios pelos quais tais bens são distribuídos. Portanto, para Walzer, igualdade não é tratar todos da mesma maneira e não objetiva que todos sejam igualados no final (isto é, disponham, no final, da mesma quantidade e qualidade de bens sociais).

A sociedade igualitária, para Michael Walzer, é uma “sociedade livre de opressão”. Como já se afirmou, a teoria de Walzer é uma teoria complexa da igualdade, pois considera que nas diversas esferas da vida social, cada uma delas pode adotar um critério diferente para a distribuição dos bens sociais⁶⁷⁷. Neste sentido, constata-se a injustiça, isto é, a desigualdade (a tirania), quando o monopólio de conversão de um bem social acaba com a autonomia de cada esfera de justiça. Por exemplo, quando aquele que detém o poder político, por esta razão, também acumula riqueza, prestígio social, autoridade religiosa etc.

No igualitarismo como não-opressão (Walzer), os critérios para a distribuição dos bens são justos (igualitários) ou injustos na medida em que são ou não reconhecidos pela comunidade que os aplica (por isso Walzer é qualificado como

⁶⁷⁶ Cf. Michael Walzer. *Las esferas de la justicia*, p. 10.

⁶⁷⁷ “Os meios de dominação se constituem de maneira diversa em sociedades diversas”. Michael Walzer. *Las esferas de la justicia*, p. 11.

comunitarista). No entanto, Michael Walzer percebeu que é internamente (na comunidade) que os critérios indesejados são alterados, assim percebeu que a história do movimento igualitarista não objetivou a igualdade material (literal), mas a adoção de outros critérios de justiça, ou seja, a abolição de critérios opressores. Desta maneira é que os movimentos de emancipação dos escravos, dos trabalhadores, das mulheres etc. visavam à substituição de um critério opressor na distribuição dos bens por um critério (comunitariamente) justo.

Neste sentido, o igualitarismo não se orienta para eliminar todas as diferenças, mas apenas para uma parte delas; e está, também, intimamente ligado à idéia de que a desigualdade/diferença é um fator para permitir que um grupo oprima ou domine outro; isto é, a desigualdade ou diferença que não produza opressão ou dominação não deve ser objeto do movimento igualitarista⁶⁷⁸. Para Michael Walzer, o que gera a política igualitária não é a desigualdade, mas a opressão; o objetivo do igualitarismo político é uma sociedade livre de dominação; não há esperança para a eliminação das diferenças⁶⁷⁹; mas os meios de dominação se constituem de maneira diversa em sociedades diversas; a dominação sempre é propiciada por um conjunto de bens sociais dados.

⁶⁷⁸ Para Walzer, a justiça está preocupada com a distribuição dos bens sociais, que na realidade são todos os bens disponíveis aos indivíduos. A justiça e a injustiça estão intimamente ligadas à compressões e interpretações comunitárias de distribuição de bens sociais. (...) A injustiça ocorre da aplicação errônea de critérios de distribuição típicos de uma esfera à outra. Ricardo Pelingeiro Mendes da Silva. Teoria da justiça de John Rawls, pp. 207-8.

⁶⁷⁹ "Não é a esperança de eliminação das diferenças: não há razão para que todos tenhamos a mesma quantidade das mesmas coisas". Michael Walzer. Las esferas de la justicia, p. 11.

2 CIDADANIA E VIRTUDE CÍVICA: NO CONTEXTO DO DEBATE SOBRE COMUNIDADE, SOCIEDADE CIVIL E ESFERA PÚBLICA

Modernamente, o conceito de cidadania é ambíguo; cidadão pode significar o nacional, o eleitor, aquele que goza de determinados direitos fundamentais, ou inúmeras outras acepções. Assim como é ambíguo, também, o conceito de virtude cívica, confundido muitas vezes com patriotismo ou com virtude universal⁶⁸⁰.

Na cidade antiga, estes dois conceitos tinham um sentido bastante preciso. Constituíam dois aspectos da natureza da comunidade política humana e da relação dela com as pessoas que a integravam. A comunidade política (a *polis* ou a *civitas*), não se confundia com a população da *urbe*, constituía um pequeno grupo homogêneo de chefes de família (ligados por laços religiosos), a cidadania é a condição da qual desfrutam todos os integrantes da *polis*; como todos são necessariamente iguais, a cidadania significa também a igual participação de todos nos assuntos da cidade: “um cidadão integral pode ser definido por nada mais nem nada menos que pelo direito de administrar justiça e exercer funções públicas”⁶⁸¹; é neste sentido que se afirma que a cidade antiga desconhecia a distinção entre governo e sociedade e é no mesmo sentido que se reconhece o autogoverno na cidade antiga: a comunidade política é tudo, é a cidade e é o governo.

A cidade (a *polis*) é uma forma de organização social diferente das demais, da família, da *fratria*, da tribo, por exemplo. Os autores antigos reconheciam duas razões: a cidade é a única organização auto-suficiente e a cidade (a *polis*) é a única

⁶⁸⁰ Sobre cidadania, cf., também, Catherine Audard. Ética pública, moral privada e cidadania; José Ribas Vieira. Cidadania; Luís Carlos Bresser-Pereira. Cidadania e res publica.

organização capaz de dar as condições para que o ser humano desenvolvesse plenamente suas capacidades. É neste sentido que Jean-Jacques Rousseau afirmou que fora da cidade os homens são animais ou deuses, apenas na cidade os homens podem ser homens. Também não é qualquer cidade que dispõe dos meios propícios para a perfeição humana, apenas a cidade organizada como *polis*, isto é, como comunidade política entre iguais. A *polis*, portanto, não é uma organização artificial, mas a forma natural de organização humana. É neste sentido que se afirma que a *polis* é mais importante que os indivíduos, porque os indivíduos só têm sentido como pessoas humanas se integrarem a *polis*. A virtude cívica, na república clássica, significava conduzir-se para o bem público (o bem da cidade) em detrimento do bem particular.

O individualismo (resultante, em parte, do cristianismo e, principalmente, do liberalismo) e o fato do pluralismo tornaram impossível aplicar o sentido de cidadania e de civismo da república clássica na república contemporânea. Assim, por exemplo, qualquer tentativa atual para resgatar a virtude cívica e o sentido de comunidade passa obrigatoriamente pela idéia democrática da participação política; atente-se que a participação política democrática é formal, enquanto que a participação política republicana é substancial; no entanto, a ampliação da comunidade política moderna retira as condições para uma república face-a-face e para uma república homogênea.

Neste sentido, para admitir uma cidadania republicana hoje, faz-se necessário distinguir a democracia direta da democracia participativa, de modo que seja possível compatibilizar a participação política substantiva e universal com a

⁶⁸¹ Aristóteles. A política, p. 78.

democracia elitista (por mais contraditório que possa parecer). A universalização dos direitos políticos não deve implicar a conclusão de que cada um deva participar diretamente de todas as decisões políticas do Estado; os diferentes espaços de decisão política – do local ao nacional e setorial – exigem também diferentes graus de participação, assim, pode-se esperar que assuntos menos complexos, como a reforma da escola pública do bairro, sejam decididos diretamente pela comunidade do bairro e que assuntos mais complexos, como a política econômica nacional, sejam decididos pelos representantes eleitos e controlados pela comunidade; a legitimidade de um sistema como este não está na decisão justa ou no consentimento, mas na construção de uma virtude cívica a partir do aprendizado na prática política⁶⁸² (isto é, na prática comunitária), na prática de tomar decisões que afetam não apenas ao indivíduo, mas ao grupo a que ele pertence⁶⁸³. Neste sentido, “para os republicanos, a participação política é obrigatória, não por encerrar um valor em si mesmo, mas por ser uma condição necessária ao exercício da liberdade, já que, mais radicalmente, é parte constitutiva do exercício da liberdade”.

Reforçando o que se afirmou sobre a conciliação entre a república e o elitismo democrático, Bresser Pereira concluiu: “mais do que isso: eu direi que ao Estado republicano moderno corresponde uma forma mais avançada de democracia representativa, a saber, a democracia participativa ou deliberativa.”⁶⁸⁴

⁶⁸² “Ou seja, diante da imprevisibilidade dos resultados da democracia, o mérito da democracia está em ser um modelo político que proporciona o desenvolvimento cívico dos participantes, passando a entender a democracia como a forma de governo que permite a ampla participação”. cf. Nelson Juliano Cardoso Matos. Teoria do Estado, p. 212.

⁶⁸³ “Paterman argumentou, baseando-se em noções centrais à Rousseau e a J. S. Mill, entre outros, que a democracia participativa engendra o desenvolvimento humano, aumenta o senso de eficácia política, reduz o senso de distanciamento dos centros do poder, nutre um corpo de cidadãos ativos e conhecedores, capazes de ter um interesse mais agudo nos assuntos governamentais”. David Held. Modelos de democracia, p. 233.

⁶⁸⁴ Luis Carlos Bresser-Pereira. O surgimento do Estado Republicano.

Liberais e comunitaristas defendem posições diferentes sobre a cidadania e, por consequência, sobre a natureza do grupo em que o cidadão está inserido. A distinção é semelhante àquela entre sociedade atomística e comunidade organicista, isto é, para o primeiro caso, o indivíduo tem sua existência independente da sociedade e a sociedade é um artifício criado pelos indivíduos para atender às necessidades e aos objetivos individuais. Para o segundo caso, a existência individual é absorvida ou dependente da existência coletiva, o organismo é a comunidade da qual o indivíduo é parte. Para evitar confusão desnecessária, poder-se-ia adotar a denominação “sociedade” apenas para a concepção atomística e adotar a denominação “comunidade” para a concepção organicista. Desta forma, os liberais se agrupam em torno da primeira concepção e os comunitaristas em torno da segunda. Desta distinção, também, se poderia chegar a um debate contemporâneo dividido em argumentos baseados em direitos e argumentos baseados na democracia.

O republicanismo, como já se afirmou, perpassa de modo transversal o debate entre comunitaristas e liberais. Assim, de certo modo, adota posição ambígua entre estes dois grupos, ou mesmo apresenta uma posição intermediária. Geralmente, associa-se aos comunitaristas o coletivismo e, em contraste, o individualismo (ou atomismo) às concepções liberais de sociedade, ou seja, a preferência do interesse social ou coletivo em detrimento dos interesses individuais, para um grupo e o inverso para o outro. Assim, o republicanismo enfatiza a necessidade de mediar este impasse.

Um olhar atento perceberá que os comunitaristas não são radicalmente coletivistas e que os liberais não são radicalmente atomistas. Com esta ressalva, os

republicanos podem manter um diálogo saudável para encontrar pontos não refutáveis em cada ponto de vista, e mesmo, em um sentido pragmático, limpar do debate as frases de efeito e o sentido dúbio do conflito.

Nenhuma das duas correntes afirmaria que o indivíduo tem existência humana fora do meio social ou que a sociedade/comunidade não seja resultado da ação de indivíduos, pelo menos parcialmente. Não é possível negar que, quando se fala de interesse público, interesse social ou interesse coletivo, não teria qualquer cabimento ter como resultado uma comunidade dita feliz ou próspera, quando cada um de seus integrantes é individualmente infeliz.

Por outro lado, o indivíduo convive e se relaciona com outros indivíduos, portanto, é também inevitável reconhecer o caráter social da vida humana. Não considerar este caráter afetar, necessariamente, alguém.

Por exemplo, o direito de propriedade, agregado ao direito de privacidade, pode resultar na construção de residências com muros altos, para proteger os moradores contra a ação de assaltantes. No entanto, a própria ação individual produzirá um efeito social, que repercutirá individualmente, que é a insegurança provocada pela desunião e pelo isolamento do indivíduo, por não poder mais se proteger como grupo das ações dos fora-do-grupo. De certo modo, é esta a lição de Thomas Hobbes, que prevê que o exercício ilimitado (e individualista) da liberdade coloca em risco a própria liberdade individual. Como, então, fruir da liberdade individual e ao mesmo tempo da responsabilidade social?

O tema merece, também, ser abordado por outra perspectiva. O ponto de partida parece ser a criação da “sociedade civil” pela doutrina liberal em oposição à simbiose entre Estado e comunidade, do mundo antigo. Assim, o mundo antigo não

apenas considerava a comunidade orgânica, como não distinguia o Estado (governo) da comunidade.

A doutrina liberal, para emancipar o indivíduo, promove a distinção entre Estado e sociedade, de modo que a sociedade civil se torna o espaço de vida individual (privada), enquanto o Estado é o espaço da vida pública. No entanto, com tal distinção, o Estado não é necessariamente o espaço de vida comunitária, mas o espaço de dominação necessária sobre o indivíduo. Assim, o Estado pode ser o rei (ou pertencer ao rei) e exercer o seu poder legitimamente desde que preserve a independência da sociedade civil, isto é, a esfera das relações privadas (individuais).

Daí a distinção entre o direito público e o direito privado; entre o direito do Estado, para as relações com o Estado, e o direito do cidadão (agora em sentido fraco), para as relações entre indivíduos, isto é, entre particulares. Aplica-se cidadania em sentido fraco porque não reproduz mais um aspecto da comunidade almejando o bem comum, mas indivíduos almejando seu próprio bem, sua própria realização pessoal; o bem comum é apenas a garantia da estrutura formal da atuação individual livre.

A construção liberal clássica, neste contexto, apresenta, pelo menos, dois problemas: (a) a necessidade de se compatibilizar com a doutrina democrática e (b) a colonização da esfera estatal sobre a esfera privada.

A composição entre liberalismo e democracia obrigou a manter a separação entre esfera estatal e esfera privada (entre Estado e sociedade civil), mas o Estado passou a se legitimar não apenas negativamente (não interferência), como também a se legitimar como expressão da vontade popular (direta ou indireta); assim, o povo se manifestava no Estado e na sociedade; só que o povo manifestado no Estado era

uma ficção. Talvez até em decorrência desta composição, o Estado passou a ampliar sua esfera de atuação, reduzindo, portanto, a esfera privada; e a sociedade civil, percebe-se, não tinha mais meios eficazes de defesa; principalmente porque a cidadania na esfera privada não é propriamente do cidadão, mas, antes, do “particular”. Ao mesmo tempo, os instrumentos democráticos e de representação democrática carecem de legitimidade.

Como solução ao impasse, objetivando (a) controlar o Estado e (b) legitimar o Estado, procura-se reconstruir a idéia de sociedade civil (ou seria a idéia de comunidade?), porém distinta da sociedade civil liberal (como conjunto de indivíduos independentes) e, também, distinta da comunidade antiga (em que o Estado e a comunidade correspondiam à mesma unidade). Trata-se da construção de uma nova categoria, distinta da esfera privada e da esfera estatal: a esfera pública.

Na esfera pública, ao mesmo tempo em que os cidadãos são ativos participantes de uma vida comunitária, não se confundem com o Estado. Pelo contrário, a esfera pública controla e influencia o Estado como um movimento social forte. Neste sentido, Philip Pettit conceitua a esfera pública (trocando pela denominação “sociedade civil”);

A sociedade civil é a sociedade considerada desde o ângulo da associação extrafamiliar e infrapolítica; é aquela forma de sociedade que se estende além dos limitados limites das lealdades familiares, mas que não requerem estritamente a existência de um estado coercitivo⁶⁸⁵.

No entanto, a esfera pública (ou a nova sociedade civil) legítima exige certas condições. A esfera pública é o espaço para a formação do consenso racional, para

tanto precisa das mesmas condições da contestabilidade, particularmente da contestabilidade democrática. Sobre a esfera pública, há, pelo menos, duas teorias bastante difundidas: a teoria da justiça como equidade (ou da razão pública) de John Rawls e a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas; ainda que partindo de premissas distintas, ambas chegam ao mesmo ponto, a esfera pública como esfera (esforço) de diálogo racional incluyente.

3 DIREITO E POLÍTICA: NO CONTEXTO DO DEBATE SOBRE A PRIORIDADE DO JUSTO SOBRE O BEM

Afirmou-se que o cerne do debate contemporâneo nos Estados Unidos sobre a filosofia política está na contraposição entre liberais e comunitaristas⁶⁸⁵. No entanto, esta contraposição é artificial⁶⁸⁷; pois aglutina pensadores e teorias similares sob certa perspectiva, mas diferentes sob outros aspectos⁶⁸⁸. Assim, por exemplo, os liberais moderados (liberais-igualitários) são diferenciados dos liberais radicais (estes últimos passaram a ser denominados de libertários e foram objeto de

⁶⁸⁵ Philip Pettit. O republicanismo, p. 314.

⁶⁸⁶ “O comunitarismo emergiu na década de 1980, nos Estados Unidos, como uma resposta às limitações das teorias liberais e sua prática, tendo passado a permear os fundamentos de inúmeras políticas públicas e iniciativas da sociedade civil organizada, naquele país, a partir da corrente década de 90. Seus temas dominantes são: a) indivíduos autônomos não existem isoladamente mas são moldados por valores e pela cultura da comunidade na qual vivem; b) direitos individuais precisam ser balanceados com responsabilidades sócias”. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva. A crítica comunitarista ao liberalismo, p. 199.

⁶⁸⁷ “É muito difícil identificar as diferenças entre os liberais e os comunitaristas em muitos pontos que estes últimos consideram de interesse crítico. Às vezes, a crítica comunitarista parece como um cordeiro com pele de lobo”. Chandran Kukathas e Philip Pettit. La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos, p. 120. Sobre o debate entre liberais e comunitaristas, cf., também, Cecilia Caballero Lois (Org.). Justiça e democracia; Ubiratan Macedo. Liberalismo versus comunitarismo; Robert Dahl. La democracia y sus críticos; Gisela Gonçalves. Comunitarismo ou liberalismo?

⁶⁸⁸ A confusão se agrava com o uso não convencional destes rótulos. Habermas, por exemplo, emprega “concepção republicana” no sentido usual de comunitarismo. Cf. Jürgen Habermas. A inclusão do outro, pp. 269-284.

considerações em seção anterior). Consideram-se liberais pensadores como John Rawls, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman, no entanto, cada um deles tem suas peculiaridades, fazendo com que, por exemplo, Ackerman seja qualificado de comunitarista em certas classificações. Os comunitaristas, mais que os liberais, formam uma frente de posições diferentes, cuja principal unidade é a crítica à teoria da justiça como equidade. Assim, pensadores bem diferentes como Michael Walzer, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel e Charles Taylor⁶⁸⁹ são considerados comunitaristas.

Na verdade, embora não se enfatize tal aspecto nesta seção, são mais relevantes os aspectos em comum do que as distinções entre os dois grupos. Jean Cohen e Andrew Arato, por exemplo, destacaram três características comuns: (a) a dúvida sobre o modelo de democracia elitista/pluralista, (b) a crítica a tendência antinormativa, empirista e utilitarista e (c) a adoção de uma teoria normativa da legitimidade ou da justiça democrática⁶⁹⁰.

Jean Cohen e Andrew Arato defenderam, ainda, que a controvérsia entre liberais e comunitaristas tem dois aspectos nítidos; trata-se de uma controvérsia epistemológica e de uma controvérsia política⁶⁹¹. Como controvérsia epistemológica, indaga-se: se é possível articular uma concepção formal, universalista (deontológica), da justiça sem pressupor um conceito substantivo (histórico e culturalmente específico) do bem⁶⁹². E como controvérsia política, indaga-se: como pode se converter em realidade a liberdade no mundo moderno?; se a idéia de

⁶⁸⁹ Cf. Michael Walzer (As esferas da justiça), Alasdair MacIntyre (Depois da virtude), Michael Sandel (O liberalismo e os limites da justiça) e Charles Taylor (As fontes do self).

⁶⁹⁰ Jean Cohen e Andrew Arato. Sociedad civil y teoria política, p. 27.

⁶⁹¹ Jean Cohen e Andrew Arato. Sociedad civil y teoria política, p. 27.

⁶⁹² Jean Cohen e Andrew Arato. Sociedad civil y teoria política, p. 27.

liberdade deve ser explicada do ponto de vista dos direitos individuais ou das normas compartilhadas pela comunidade?⁶⁹³.

Assim, por razões didáticas, destacou-se um aspecto da crítica comunitarista aos liberais: a prioridade do justo sobre o bem. Deste tema, desdobraram-se outros três aspectos: a concepção de sujeito, a pluralidade de concepções de bem e a oposição entre direitos e política⁶⁹⁴.

A concepção de pessoa (sujeito)

A teoria de John Rawls parte de uma premissa epistemológica: o indivíduo racional, isto é, tem como ponto de partida (na posição original) um sujeito abstraído do seu meio, e que será guiado apenas pela razão. Com isso, o ponto de partida individualista gera conclusões universalistas, pois ao não considerar o contexto em que o indivíduo está inserido, torna as suas conclusões válidas para qualquer contexto. Significa, como será desenvolvido no próximo item, uma moralidade universal que dá referência à moralidade contextual e, ao mesmo tempo, considerando que a moralidade de Rawls não é totalizadora, uma moralidade procedimental que dá referência a uma moralidade contextual que é substantiva.

A concepção de sujeito da teoria da justiça como equidade é assumidamente um desenvolvimento da posição kantiana de sujeito; e está indissociavelmente

⁶⁹³ Jean Cohen e Andrew Arato. *Sociedad civil y teoria política*, p. 27.

⁶⁹⁴ Pretende-se abranger indiretamente o núcleo da controvérsia, que poderia ser desdobrada em diversos outros aspectos, muitas vezes sobrepostos: o contratualismo, a neutralidade, o individualismo, o universalismo, o abstrativismo, a noção de bem, os direitos básicos, o conceito de liberdade, a democracia, o poder judiciário, os critérios morais, o fato do pluralismo, o procedimentalismo, os direitos procedimentais etc.

ligada às premissas fundamentais da teoria, especialmente às idéias de véu da ignorância e de posição original (objeto da seção anterior). Neste sentido, é como descreve Irme B. Flores:

A caracterização da pessoa não meramente como animal físico [...] que busca exclusivamente seu bem-estar, mas como ser moral [...] suscetível de ação, tanto racional como razoável, é fundamental. Em primeiro lugar deve prevalecer a concepção de pessoa como agente moral, como pessoas livres e iguais sob a condição de serem imparciais. Em segundo termo, os membros do grupo em situação inicial são racionais e mutuamente desinteressados, mas não egoístas⁶⁹⁵.

Na teoria de John Rawls, os dois princípios de justiça norteiam a estrutura básica da sociedade, a partir da qual a estrutura complexa é constituída. Os dois princípios de justiça, segundo a teoria de Rawls, são o resultado do acordo (contrato) entre pessoas livres e iguais na posição original (estado de natureza), cobertos pelo véu da ignorância.

As pessoas livres e iguais, às quais se refere Rawls, possuem algumas qualidades especiais, todas as pessoas são iguais, pois possuem as mesmas faculdades e as mesmas capacidades; todas são pessoas livres, porquanto dispõem da faculdade moral de escolher a concepção de bem e a capacidade de atingir racionalmente (e razoavelmente) uma concepção de bem. O véu da ignorância seleciona o conhecimento disponível a estas pessoas livres e iguais, de modo que todas elas usufruem das informações necessárias para chegarem ao melhor acordo (domínio de conhecimento técnico, científico, filosófico etc.), mas permanecem ignorantes sobre qualquer aspecto contextual da vida em sociedade (principalmente,

⁶⁹⁵ Irmer B. Flores. El liberalismo igualitário de John Rawls, p. 94.

ignorantes quanto a sua própria situação na sociedade), bem como não recebem qualquer influência pela força, pela ideologia, pela concepção de bem etc.

A pessoa que está na posição original (no estado de natureza), portanto, está abstraída do seu contexto social, ao mesmo tempo em que suas decisões são conduzidas pela igual capacidade de exercer as faculdades racionais e razoáveis livremente. Neste contexto é que os princípios de justiça são universais, pois se considerou a premissa de pessoas com características também universais (isto é, abstraídas de qualquer particularidade).

O esquema descrito por Rawls na posição original se destina a formar na situação pré-societária as condições para um acordo sobre os termos da organização social, isto é, assegurar as condições da imparcialidade (tornando os contratantes desinteressados).

Podem-se identificar três espécies de crítica à concepção de pessoa na teoria da justiça como equidade: (a) o primeiro grupo de críticos considera que as condições ideais descritas na posição original são irrealizáveis, porque o sentido de pessoa é necessariamente contextual; (b) o segundo grupo considera que, ainda que se admita a validade das premissas, isto é, a posição original e a o véu da ignorância, não é possível demonstrar que destas premissas resulte os dois princípios de justiça; e (c) o terceiro grupo de críticos considera que, mesmo aceitando as premissas e as conclusões da teoria da justiça como equidade, não significa a vinculação daqueles preceitos normativos no mundo real (isto é, o contrato hipotético não é um contrato existente, logo não é um acordo vinculante a ninguém).

A segunda crítica parece ser a menos convincente, principalmente porque se fundamenta na possível incoerência interna da obra de Rawls. Neste sentido, Rawls foi bastante cuidadoso para delimitar as suas premissas. Se é certo que Rawls admitiu outros modelos de justiça, admitiu-os porque aceitou premissas distintas das suas e não por admitir conclusões distintas, a partir das mesmas premissas. Talvez se possa mesmo fazer alguma invalidação pertinente, mas em aspectos secundários de sua teoria e não no principal, por exemplo, é mais suscetível de crítica o enunciado do princípio da diferença do que o enunciado do primeiro princípio de justiça.

A terceira crítica é desferida por um aliado de John Rawls, Ronald Dworkin. Para Dworkin, acordos hipotéticos não criam obrigação. Neste sentido, preservando o núcleo essencial da teoria de Rawls, Dworkin argumentou que a teoria de Rawls seria mais convincente, se abandonasse o argumento contratualista e adotasse como premissa o princípio do “direito à igual consideração e ao igual respeito”⁶⁹⁶. Ao que John Rawls respondeu, em *Justiça como equidade*, que “a posição original assenta-se no fato de ser um procedimento de representação ou um experimento mental para os propósitos de esclarecimento público”⁶⁹⁷.

Sobre o primeiro grupo, a crítica mais conhecida à concepção de sujeito de John Rawls foi desferida por Michael Sandel (ainda que não seja tão virulenta como se apregoa). Michael Sandel propôs uma concepção intersubjetiva do sujeito.

⁶⁹⁶ Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério, p. 279.

⁶⁹⁷ John Rawls. Justiça como equidade, pp. 23-4.

Considerou que a “identidade do eu está ligada aos princípios constitutivos de uma comunidade de que o eu faz parte integrante”⁶⁹⁸.

Michael Sandel explicou que, na concepção de sujeito de Rawls, denominada pelo primeiro de concepção deontológica de sujeito,

A visão do universo moral que o ‘eu’ deve habitar está vinculada a noção de um ‘eu’ independente. A diferença da concepção grega clássica e da cristã medieval, o universo da ética deontológica é um lugar despojado de significado inerente [...] um mundo sem uma ordem moral objetiva. Só em um universo desprovido de *telos*, como o que afirmavam a ciência e a filosofia do século XVII, é possível conceber um sujeito apartado de seus propósitos e fins, e anterior a eles⁶⁹⁹.

Sandel procurou demonstrar, por diversas estratégias, a insuficiência da concepção de Rawls, concentrando-se, sobretudo, na crítica à natureza metafísica da concepção (estendendo, assim, sua crítica desde Kant a Rawls). Por fim, arrematou que há uma contradição interna na concepção rawlsiana, “em seus próprios termos, o ‘eu’ deontológico, despojado de todos os laços constitutivos possíveis, não é um ‘eu’ liberado mas um ‘eu’ privado de poder”⁷⁰⁰.

Os comunitaristas insistem no fato de que o pensamento liberal ignora que são as estruturas sociais nas quais as pessoas vivem que determinam não só a sua identidade, mas a própria concepção de uma escolha racional, o

⁶⁹⁸ “[...] Sandel [...] contesta a validade moral da concepção individualista do sujeito em que era fundada, segundo ele, a noção rawlsiana de justiça. Assim, opõe-lhe uma concepção alternativa, intersubjetiva, do indivíduo. Desse ponto de vista, a identidade do eu está ligada aos princípios constitutivos de uma comunidade de que o eu faz parte integrante”. Alain Renaut (org.). *As filosofias políticas contemporâneas*, p. 249.

⁶⁹⁹ Michael Sandel. *El liberalismo y los limites de la justicia*, p. 217-8. Explica, também, que “É importante ter em conta que na perspectiva deontológica a noção de um ‘eu’ despojado de objetivos e laços essenciais não implica que sejamos seres totalmente carentes de propósitos ou incapazes de vínculos morais, mas que os valores e relações que temos são o produto da eleição, já que a posição de um ‘eu’ é dada anteriormente aos fins”. Michael Sandel. *El liberalismo y los limites de la justicia*, p. 219.

⁷⁰⁰ Michael Sandel. *El liberalismo y los limites de la justicia*, p. 220.

conteúdo dessa escolha e sobretudo a sua autocompreensão: a forma de vida que desejam viver⁷⁰¹.

No entanto, parece que os comunitaristas fazem uma crítica equivocada à teoria de John Rawls⁷⁰². Os comunitaristas, de maneira geral, argumentam que não existe no mundo real um sujeito isento de influências do seu contexto⁷⁰³ e que, portanto, é impossível que possa exercer uma racionalidade universal e livre. A crítica é impertinente porque Rawls não defendeu que o sujeito está isento de influências do meio; o modelo da posição original é apenas um modelo-referência para o mundo real, isto é, consiste em uma estratégia para determinar um parâmetro⁷⁰⁴ de legitimidade das sociedades que se declaram democracias constitucionais. Em *Justiça como eqüidade*, John Rawls deixou claro esta interpretação, que, de certo modo, era ambígua em *Uma teoria da justiça*.

Ainda que este não fosse o sentido da teoria de Rawls, o argumento comunitarista não é também demonstrável, isto é, da mesma maneira que é contestável a afirmação de que não existe o sujeito desinteressado, não é possível demonstrar o contrário. Muitos comunitaristas adotam uma posição moderada, no sentido de que o meio não determina todas as deliberações do sujeito, logo se reconhece algum elemento independente.

⁷⁰¹ Alain Renaut (org.). As filosofias políticas contemporâneas, p. 335.

⁷⁰² “Nossa primeira crítica aos comunitaristas é que estão mal-interpretando Rawls ao supor que ele intenta construir a sociedade boa do zero, ou descobrir princípios morais universais sem referência às práticas morais das sociedades existentes. Contudo, como temos assinalado (...) Rawls tem dito de forma muito explícita que seu ponto de partida são as práticas morais de sua própria sociedade”. Chandran Kukathas e Philip Pettit. La teoria de la justicia de John Rawls y sus críticos, p. 117.

⁷⁰³ “Para os comunitaristas, só existe razão social (num sentido forte do termo) e contextual, ou mesmo substancial. Nenhuma concepção da racionalidade poderia dispensar a contextualização. Mesmo a razão que se pretende desprendida, que pretendesse adotar uma distância crítica em relação aos contextos históricos, tem necessariamente que ter o apoio destes últimos”. Alain Renaut (org.). As filosofias políticas contemporâneas, p. 334.

Os efeitos práticos desta controvérsia, no entanto, não está na viabilidade do sujeito tomar decisões racionais imparcialmente (isento do seu contexto). A controvérsia significa, na verdade, sobre se deve ser considerado legítimo a deliberação individual, mesmo quando contrariar diretamente o núcleo duro dos valores compartilhados pelo grupo em que o sujeito está inserido, ou seja, qual referencial de legitimidade (moralidade) deve prevalecer: o do sujeito individual⁷⁰⁵ ou o da comunidade?⁷⁰⁶

À sua maneira, Jürgen Habermas pretendeu superar a controvérsia, mediando aspectos das duas concepções de sujeito, e as agregando à sua idéia de racionalidade comunicativa.

A concepção do indivíduo como eu intersubjetivamente constituído, que extrai as suas aspirações e os seus objetivos da compreensão cultural da sua comunidade, não está em geral associada à filosofia política anglo-americana. Com razão: não se trata, como observamos anteriormente, de uma tendência predominante da filosofia política, apesar de, nestes últimos vinte anos, ela ter representado um adversário sério para os diferentes tipos de liberalismo. Uma outra concepção intersubjetiva do eu, escapando por seu lado às restrições particularistas das culturas, está, no entanto, mais de acordo com a mentalidade política anglo-americana [...]. Esta concepção volta a encontrar-se nos trabalhos do filósofo alemão Jürgen Habermas, que se inspira largamente nas tradições filosóficas anglo-americanas,

⁷⁰⁴ “Os liberais buscam descobrir critérios morais mediante os quais possam valorar as instituições sociais e políticas de qualquer sociedade”. Chandran Kukathas e Philip Pettit. *La teoria de la justicia de John Rawls y sus críticos*, p. 97.

⁷⁰⁵ “É bastante evidente que as duas concepções intersubjetivas do eu – o eu ético e o eu autônomo – estão fortemente distanciadas da concepção individualista do eu que vê este como não levando em conta senão as suas próprias paixões e desejos na determinação dos seus objetivos. Não obstante, se deixarmos de lado as diferenças fundamentais entre a autonomia e a liberdade de escolha (tão cara ao individualismo liberal), verificamos que o eu autônomo, escapando às restrições da comunidade imediata, é, para a ‘cultura’ liberal anglo-americana, mais atraente do que poderia ser o eu comunitarista que acolhe as suas restrições de braços abertos com o pretexto de serem inevitáveis e constituiriam, finalmente, para o indivíduo, um fator insubstituível de desenvolvimento”. Alain Renaut (org.). *As filosofias políticas contemporâneas*, p. 255.

⁷⁰⁶ “Para os comunitaristas a moral é algo que funde suas raízes na prática – nas práticas particulares das comunidades reais. (...) Não há princípios morais ou de justiça universais que a razão possa descobrir. Os fundamentos da moral não residem na filosofia mas na política”. Chandran Kukathas e Philip Pettit. *La teoria de la justicia de John Rawls y sus críticos*, pp. 99-100.

nomeadamente no pragmatismo e na filosofia da linguagem no que respeita a sua concepção de eu autónomo⁷⁰⁷.

Prioridade do justo sobre o bem

A premissa sobre a qual John Rawls fundamentou seu enunciado de que o justo deve ser prioritário ao bem é o fato do pluralismo⁷⁰⁸. É o reconhecimento de que a sociedade contemporânea é heterogênea e que dentro dela diversos grupos adotam diferentes percepções do mundo, sem que seja possível, racionalmente, determinar que uma percepção seja melhor que a outra⁷⁰⁹, isto é, “nossas sociedades hoje em dia não podem aspirar a lograr um consenso entre seus membros a respeito do que é uma vida boa, mas podem, e devem, alcançar um ideal de justiça compartilhada”⁷¹⁰.

Este ideal de justiça compartilhada é o que John Rawls denominou de “consenso sobreposto”⁷¹¹. Assim, a teoria da tolerância de Rawls pressupõe o reconhecimento da diversidade, isto é, o fato do pluralismo. Reconhece, portanto, que ninguém ou que nenhuma comunidade têm o direito de impor sobre os outros a

⁷⁰⁷ Alain Renaut (org.). As filosofias políticas contemporâneas, pp. 253-4.

⁷⁰⁸ “Esse conceito terá um papel central no pensamento de Rawls em *Political Liberalism* (1996). Nessa obra, Rawls às vezes se refere a um ‘fato do pluralismo’, às vezes a um ‘pluralismo razoável’. Em ambas as formas, Rawls se refere à característica perene das sociedades democráticas contemporâneas de abarcar grupos com concepções de Bem distintas”. Charles Kirschbaum. John Rawls: justiça imparcial e seus limites, pp. 17-8.

⁷⁰⁹ “As sociedades contemporâneas, principalmente após a II Guerra Mundial, depararam-se com o que Rawls chama de ‘o fato do pluralismo’. As sociedades são muito complexas e heterogêneas para que possamos pensar em princípios de justiça que coincidam com a concepção de bem de cada membro da sociedade. [...] No entanto, como salienta Barry, se as sociedades contemporâneas já não são homogêneas, isso não significa que exista uma total incompatibilidade de formas de raciocínio aceitas entre os diversos grupos”. Charles Kirschbaum. John Rawls: justiça imparcial e seus limites, pp. 17-8.

⁷¹⁰ Joaquin Migliore. Introduccion a John Rawls, p. 166.

⁷¹¹ “Ainda que não seja necessário, para garantir a existência de uma sociedade bem ordenada, que seus membros compartilhem uma mesma visão sobre o bem, resulta, todavia, imprescindível,

sua própria concepção de vida. Deste argumento de tolerância, chega-se a idéia de que cada um tem o direito de escolher sua própria concepção de vida, isto é, sua própria concepção de bem.

Procurando refutar as críticas, John Rawls reforçou, em *O liberalismo político*, sua posição com a idéia do consenso sobreposto, que resulta também em duas outras conclusões: a neutralização do Estado (que não pode impor uma concepção de bem) e o procedimentalismo da política (que a esfera da política é o espaço para a convivência das diferentes concepções de bem e não para a imposição de uma concepção de bem sobre as outras).

Diante do fato do pluralismo, percebe-se que muitas destas concepções de mundo são doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, isto é, são doutrinas excludentes na medida em que são incompatíveis com outras doutrinas, por exemplo, a adesão a uma doutrina católica exclui a adesão da mesma pessoa à doutrina muçulmana.

Assim, o fato do pluralismo pode provocar a completa desorganização social ou o estado de permanente conflito social. Resolvem-se ambas as situações de duas maneiras: uma concepção de bem (isto é, uma doutrina abrangente) impõe-se sobre as demais encerrando o pluralismo de concepções de bem, ou as doutrinas abrangentes razoáveis admitem conviver em uma sociedade tolerante, que aceita o diferente, isto é, reconhecem regras acima de suas doutrinas abrangentes, mas que não afetam a aplicação das respectivas doutrinas.

sustenta Rawls, que seus membros possam alcançar uma visão unânime sobre o que é a justiça". Joaquin Migliore. Introduccion a John Rawls, pp. 174-5.

Com relação à primeira solução, John Rawls a desqualificou considerando como alternativa não democrática; Rawls argumentou que a hegemonia de uma concepção de bem só é possível com um forte aparato repressor das dissidências. Com relação à segunda solução, ela só será possível pelo acordo (aceitação) de doutrinas abrangentes razoáveis, logo, a proliferação de doutrinas abrangentes não-razoáveis inviabilizaria a solução; é o consenso sobreposto da justiça como eqüidade.

O consenso sobreposto significa a possibilidade de uma sociedade organizada por um “desacordo razoável”, isto é, que diversas doutrinas (concepções de bem) abrangentes possam conviver pacificamente porque há um reconhecimento mútuo entre elas. O consenso sobreposto é, portanto, um acordo mínimo para convivência entre doutrinas conflitantes (ou potencialmente conflitantes). Como uma doutrina liberal, o consenso sobreposto parte da premissa de que nenhuma concepção de bem (doutrina abrangente) pode se afirmar como doutrina verdadeira em detrimento das demais.

A prioridade do justo sobre o bem significa a prioridade dos dois princípios de justiça (o justo) sobre qualquer concepção de bem. Ou ainda, a prioridade do primeiro princípio de justiça (direitos e liberdades individuais básicas) sobre o segundo princípio de justiça e sobre as concepções de bem.

A fórmula da prioridade do justo sobre o bem, neste sentido, significa que diante da impossibilidade de se escolher um conjunto de valores em detrimento de outros (isto é, de adotar uma concepção de bem em detrimento de outra), é necessário, pelo menos, admitir uma regra universal (o justo) que permita a

coabitação de doutrinas diferentes. Como precisamente reconheceu Michael Sandel, para John Rawls

a justiça não é meramente um valor importante entre outros, [...] mas que constitui o meio para avaliar e ponderar os valores. Neste sentido o 'valor dos valores', por assim dizer, e não está sujeito ao mesmo tipo de compensações que os valores que regula. A justiça é o critério pelo qual se reconciliam os valores em conflito e se acomodam as concepções contraditórias do bem, ainda que nem sempre se resolvam⁷¹².

Alasdair MacIntyre, no entanto, contestou a posição de John Rawls. Para MacIntyre, as conclusões de Rawls são o resultado do insucesso do projeto Iluminista⁷¹³ e, por esta razão, da equivocada aceitação da racionalidade (moderna) como única racionalidade possível. Assim, o que para Rawls é o critério universal de justiça, é, para MacIntyre, apenas um dos parâmetros de justiça possíveis⁷¹⁴ (e que não seria o melhor deles porque não é assumidamente incorporada numa tradição

⁷¹² Michael Sandel. *El liberalismo y los limites de la justicia*, p. 32.

⁷¹³ “Como isso ocorreu? A resposta tem duas partes, cada parte tendo a ver com o Iluminismo e com sua história subsequente. Era aspiração central do Iluminismo [...] prover o debate público de padrões e métodos de justificação racional [...] Assim, esperava-se, a razão tomaria lugar da autoridade e da tradição. [...] Entretanto, os pensadores do Iluminismo, assim como seus sucessores, mostraram-se incapazes de entrar em acordo sobre quais era precisamente os princípios que seriam considerados irrecusáveis por todas as pessoas racionais. [...] É daí principalmente que decorre a inabilidade, dentro da nossa cultura, de unir convicção e justificação racional” Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 16. No mesmo sentido: “Consequentemente, os filósofos morais do século XVIII empenharam-se no que foi um projeto inevitavelmente fracassado, pois tentaram, de fato, descobrir uma base racional para suas crenças morais num entendimento particular da natureza humana, tendo herdado um conjunto de mandamentos morais e um conceito de natureza humana que foram expressamente criados para serem discordantes um do outro. Essa discrepância não foi eliminada por suas crenças revistas acerca da natureza humana. Herdaram fragmentos incoerentes de um esquema de pensamentos e ações que um dia foi coerente e, já que não reconheceram sua própria situação histórica e cultural, não podiam reconhecer o caráter impossível e quixotesco da tarefa que se auto-atribuíram”. Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 104.

⁷¹⁴ “Assim, finalmente, o liberalismo moderno, nascido do antagonismo com toda tradição, transformou-se gradualmente em algo que é agora claramente reconhecível, mesmo por alguns de seus adeptos, como mais uma tradição”. Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 21.

como a tradição tomista)⁷¹⁵. MacIntyre reforçou o substancialismo em contraste com procedimentalismo liberal.

Em contraste com os liberais, os comunitaristas consideram a política (por exemplo, em uma sociedade democrática) uma esfera de determinação da concepção do bem e o Estado como um agente desta concepção.

A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático. Na concepção 'liberal', esse processo cumpre a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis de mercado. [...] Segundo a concepção 'republicana', a política não se confunde com essa função mediadora; mais do que isso, ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo⁷¹⁶.

O comunitarismo não se restringe a contestar a prioridade do justo sobre o bem. Adota uma concepção de bem que se confunde com a comunidade, isto é, com o bem comum. Neste sentido, os comunitaristas são não apenas substancialistas, como também contextualistas.

Jürgen Habermas, coerente com a posição sobre a concepção do sujeito, também apresentou uma alternativa à controvérsia sobre pluralidade de concepções do bem. Embora não aceite diretamente a prioridade do justo sobre o bem (nos termos de Rawls), também não reconhece o espaço político simplesmente para

⁷¹⁵ "MacIntyre acredita que é possível e necessário encontrar uma concepção de Bem que oriente as instituições [...]. Para MacIntyre, essa concepção de bem pode ser o tomismo. No entanto, Barry indica, não há como convencer não-tomistas a adotar o tomismo e, assim, essa proposta de justiça entra em um impasse" Charles Kirschbaum. John Rawls: justiça imparcial e seus limites, p. 13.

⁷¹⁶ Jürgen Habermas. A inclusão do outro, pp. 269-270.

legitimar a escolha dos bens, considera que o erro do comunitarismo “reside em uma *condução estritamente ética dos discursos políticos*”⁷¹⁷.

Por certo, entre os elementos que formam a política são muito importantes os discursos de auto-entendimento mútuo em que os envolvidos procuram obter clareza quanto à maneira como eles mesmos se entendem enquanto integrantes de uma determinada nação, membros de certa municipalidade ou Estado, habitantes de uma região etc., ou ainda quanto às tradições a que dão continuidade, à maneira como se tratam entre si e como tratam minorias ou grupos marginalizados, quanto ao tipo de sociedade em que querem viver. Mas sob as condições do pluralismo cultural e social também é freqüente haver, por detrás de objetivos politicamente relevantes, interesses e orientações de valor que de forma alguma são constitutivos para a identidade da coletividade em geral, ou seja, para o todo de uma forma de vida partilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações de valor que permanecem em conflito no interior de uma mesma coletividade sem qualquer perspectiva de consenso precisam ser compensados; para isso não bastam discursos éticos – [...]. A compensação de interesses realiza-se sob a forma do estabelecimento de um acordo entre partidos que se apóiam sobre potencialidades de poder e de sanções. Negociações desse tipo certamente pressupõem uma disposição à cooperação [...]. Contudo, o estabelecimento do acordo não ocorre sob as formas de um discurso racional [...]. Na verdade, a justiça e a honestidade dos acordos se medem pelos pressupostos e procedimentos que precisam, eles mesmos, de uma justificação racional e até mesmo normativa sob o ponto de vista da justiça. Diversamente do que se dá com questões éticas, as questões de justiça não estão relacionadas desde a origem a uma coletividade em particular. O direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindicuem validação geral, para além de uma comunidade jurídica concreta⁷¹⁸.

⁷¹⁷ Jürgen Habermas. A inclusão do outro, p. 276. Amandino Teixeira Nunes Jr. procura sintetizar a posição de Habermas, cujo ponto de partida é sua teoria do agir comunicativo: “No seio de uma tensão permanente entre facticidade e validade, a constituição de uma comunidade jurídica autônoma requer o abandono, em termos pós-metafísicos, de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa. Como afirma Habermas: ‘Eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta’ (1997, p. 19). Mas qual é o sentido dessa mudança? Por não ser prática, vale dizer, por não oferecer nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa’ (Habermas, 1997, p. 19), a razão comunicativa afasta-se da tradição prescritiva da razão prática. A proposta de Habermas pretende, pois, situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no plano discursivo e procedimental, lançando mão da sua teoria do agir comunicativo, na qual a linguagem supera a dimensão sintática e semântica, constituindo *medium* de integração social, isto é, o mecanismo pelo qual os agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente pretensões de validade discursivas aceitas por todos.[...] O genial da teoria de Habermas reside, portanto, na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito pode realizar a grande aspiração da humanidade: a efetivação da justiça”. Amandino Teixeira Nunes Jr. As modernas teorias da justiça.

⁷¹⁸ Jürgen Habermas. A inclusão do outro, pp. 276-7.

Por um olhar atento, percebe-se que o enunciado da prioridade do justo sobre o bem é simplesmente um corolário da doutrina liberal (no sentido de liberalismo político). Ou seja, é outra forma de se elevar a tolerância como valor primeiro. Trata-se de reconhecer e proteger as diferenças⁷¹⁹. Neste contexto, Alasdair MacIntyre tem razão, o liberalismo (a modernidade liberal) é uma das várias alternativas possíveis; no entanto, não se poderia afirmar com tanta certeza que John Rawls não reconhece o particularismo da sua teoria, percebe-se pela denominação da sua principal obra que literalmente admite que é “uma” teoria da justiça e não “a” (única) teoria da justiça; assim, parece claro que John Rawls pretendeu apresentar um referencial para um modelo de sociedade que ele julga (e não demonstra) ideal – a democracia constitucional – e que elege (sem justificar) dois valores fundamentais – a liberdade e a igualdade (no sentido da tradição da modernidade liberal). Rawls não demonstrou a validade do seu modelo ou não justificou a escolha dos seus valores com a intenção de ludibriar o leitor, simplesmente são premissas impossíveis de serem demonstradas; adere-se a elas ou não, da mesma maneira que é impossível determinar a natureza humana, estes são limites inerentes à compreensão humana⁷²⁰. Neste sentido, a escolha de premissas pode apenas ser guiada pelo

⁷¹⁹ “Ronald Dworkin, comentando a obra de Rawls, assinala com especial clareza que é esta separação entre justiça e bem o que define uma teoria como liberal”. Joaquin Migliore. *Introducción a John Rawls*, p. 186.

⁷²⁰ “Não podemos *pensar* objeto algum senão mediante categorias; não podemos conhecer objeto pensado algum senão mediante intuições correspondentes àqueles conceitos. Ora, todas as nossas intuições são sensíveis, e tal conhecimento, na medida em que o seu objeto é dado, é empírico. Conhecimento empírico, porém, é experiência. Conseqüentemente, *não nos é possível nenhum conhecimento a priori* senão unicamente com respeito a objetos de experiência possível” [...]. “Todavia, este conhecimento, limitado meramente a objetos da experiência, não é por isso extraído todo da experiência, mas tanto as intuições puras como os conceitos puros do entendimento são elementos do conhecimento encontrados *a priori* em nós”. Immanuel Kant. *Crítica da Razão Pura*, p. 137.

pragmatismo, isto é, escolhidas com a finalidade de referenciar a sociedade que se deseja de fato viver.

A controvérsia, portanto, entre liberais e comunitaristas, a despeito de ser um conflito sobre, pragmaticamente, elementos acessórios, é uma disputa pela hegemonia paradigmática, ou seja, é uma disputa para consagrar vitoriosa uma alternativa paradigmática à crise do paradigma moderno⁷²¹.

O que para John Rawls são doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes (concepções de bem), para Alasdair MacIntyre não passam de “justiças rivais” e de “racionalidades em competição”. Para MacIntyre, o fato do pluralismo é o resultado da implosão das tradições pela modernidade sem que esta conseguisse substituir aquelas por uma concepção de justiça plenamente aceitável.

MacIntyre explicou que a modernidade, sob a bandeira da abolição de todas as tradições, derrotou a tradição aristotélico-tomista dominante durante o final do Medievo. A tradição dava uma referência segura do justo (a concepção de bem se confundia com a concepção do justo), pois era a única referência, isto é, na linguagem rawlsiana, a tradição aristotélico-tomista representava uma doutrina abrangente que excluía as demais. Para MacIntyre, no entanto, a modernidade (o Iluminismo) foi incapaz de apresentar uma concepção de justiça com a mesma aceitação geral das tradições antecessoras, assim, a modernidade substituiu a tradição aristotélico-tomista por diversas concepções do justo.

⁷²¹ “Sem dúvida, a teoria de Rawls deve ser agnóstica em termos de moral, mas não o é, nem pode ser no político, porque reafirma os princípios políticos de liberdade e igualdade. Portanto, os críticos comunitários estão autorizados a criticar a prioridade do direito sobre o bem, mas não estão legitimados para exigir que devem abandonar o pluralismo liberal ou o liberalismo baseado nos direitos, dado que isso é precisamente o que caracteriza o regime liberal democrático”. Imer B. Flores. *El liberalismo igualitário de John Rawls*, pp. 116-7.

As diversas concepções modernas do justo levaram MacIntyre a constatar que a promessa iluminista (moderna) de substituir todas as tradições anteriores por uma concepção universal de justiça (distinta da concepção de bem) foi frustrada. De modo que, para MacIntyre, a concepção liberal (moderna) de justiça não passa de mais uma tradição.

Neste sentido, MacIntyre considerou que a prioridade do justo sobre o bem na teoria da justiça com equidade é, na verdade, a prioridade de uma concepção de bem (liberal) sobre as outras concepções de bem. Ou seja, é uma tentativa de tornar a tradição liberal a tradição dominante.

Assim, a origem do fato do pluralismo (isto é, na linguagem de MacIntyre, dos conflitos sobre a concepção de justiça) está nas próprias pessoas inseridas em contextos sociais e culturais distintos.

O que esse fato pode revelar para eles é não apenas que nossa sociedade não é uma sociedade de consenso, mas de divisão e conflito, pelo menos no que concerne à natureza da justiça; mas também que, em certa medida, essa divisão e esse conflito estão dentro deles próprios. Pois muitos de nós são levados, através da educação, a adotar não um modo de pensar e julgar, mas uma visão construída a partir de um amálgama de fragmentos sociais e culturais herdados tanto de diferentes tradições das quais nossa cultura originalmente proveio (puritana, católica, judaica), como de diferentes estágios e aspectos do desenvolvimento da modernidade (o Iluminismo francês, o Iluminismo escocês, o Liberalismo econômico do século XIX, o Liberalismo político do século XX). Portanto, [...] somos forçados a enfrentar a seguinte questão: como devemos escolher entre visões opostas e incompatíveis de justiça que porfiam por nossa adesão moral, social e política?⁷²².

Alasdair MacIntyre, assim, não distinguiu a concepção de bem da concepção de justo, pois o bem é determinado pelo justo, que é determinado pela racionalidade,

⁷²² Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 12.

mas nenhum deles é universal; pelo contrário, todos eles, a começar da racionalidade, são originários de uma tradição.

O projeto iluminista prometia que a razão tomaria o lugar da autoridade e da tradição. No entanto, MacIntyre acusa o Iluminismo (a modernidade) de ter privado a sociedade moderna de uma referência segura; pois privou a sociedade de um contexto tradicional.

Como isso ocorreu? A resposta tem duas partes, cada parte tendo a ver com o Iluminismo e com sua história subsequente. Era aspiração central do Iluminismo [...] prover o debate público de padrões e métodos de justificação racional [...] Assim, esperava-se, a razão tomaria lugar da autoridade e da tradição. [...] Entretanto, os pensadores do Iluminismo, assim como seus sucessores, mostraram-se incapazes de entrar em acordo sobre quais era precisamente os princípios que seriam considerados irrecusáveis por todas as pessoas racionais. [...] É daí principalmente que decorre a inabilidade, dentro da nossa cultura, de unir convicção e justificação racional⁷²³. [...] “Do que o Iluminismo nos privou? [...] [de] uma concepção de pesquisa racional incorporada numa tradição⁷²⁴.”

Direitos versus política

A fórmula da “prioridade do justo sobre o bem” pode também ser enunciada como “prioridade dos direitos sobre o bem” ou “prioridade dos direitos sobre a política”. A tradução de *rights* do enunciado original feito por John Rawls para “justo” em português, esconde também a dimensão de que o “justo” é o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais inerentes a dignidade humana (no contexto liberal). Isto é, a prioridade do justo sobre o bem é também a prioridade dos direitos fundamentais (liberais) sobre as deliberações políticas.

⁷²³ Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 16.

⁷²⁴ Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, p. 18.

A controvérsia sobre a distinção entre o justo e o bem, reconhecida pela teoria da justiça como equidade e negada pelos comunitaristas, também é outra forma de apresentar a controvérsia entre a concepção negativa e a concepção positiva de liberdade. Ou ainda, é outra forma de se apresentar a controvérsia entre a doutrina liberal e a doutrina democrática. Manteve-se a formulação “direitos *versus* política” para realçar o vínculo temático com o debate da prioridade do justo sobre o bem.

Assim, no contexto democrático, as deliberações políticas são também as decisões majoritárias do povo (ou dos representantes do povo)⁷²⁵. Para o comunitarismo, os direitos são, portanto, determinados pela política (pela maioria); para os liberais (justiça como equidade), os direitos limitam as deliberações políticas para impedir que uma concepção de bem exclua as outras.

Geralmente, o liberalismo (justiça como equidade) é classificado como procedimentalista. No entanto, é assim apenas no sentido de que não adota uma concepção exclusiva de bem. Curiosamente, há um elemento substancialista da teoria da justiça como equidade, quando John Rawls prioriza os direitos fundamentais (liberais), isto é, o primeiro princípio de justiça, e quando especifica quais são estes direitos fundamentais⁷²⁶.

⁷²⁵ “[...] o pensamento dos autores chamados comunitaristas, crítico do liberalismo individualista, pode ser intitulado de ‘majoritarismo’ e que este problema, o da ‘natureza e dos limites do poder que pode exercer legitimamente a sociedade sobre o indivíduo, constitua um dos pontos essenciais de discórdia entre a doutrina destes autores e a filosofia de Rawls”. Joaquin Migliore. Introduccion a John Rawls, p. 124.

⁷²⁶ “Para a maioria dos autores liberais os direitos básicos são direitos substantivos. Assim, entre os modernos, Rawls crê que o direito mais básico é o direito de ser considerado como um igual, enquanto Dworkin crê que é o direito a ser depositário de igual respeito e consideração”. Carlos Rosenkrantz. Introduccion a la edicion en castelano *in* Bruce Ackerman. La justicia social en el Estado liberal, p. 18. Carlos Rosenkrantz apresenta a posição de Bruce Ackerman como aquela que genuinamente é procedimentalista: “Para Ackerman, diferentemente, o direito fundamental não é substancial, mas procedimental. Sua idéia é que não há nada mais básico que o direito a participar em uma conversa política onde se discutem tanto o conteúdo dos direitos substanciais quanto a

Jean Cohen e Andrew Arato consideram que o comunitarismo prioriza “a virtude cívica em vez da liberdade negativa, o bem público diferentemente do direito e a participação democrática diferentemente dos direitos individuais”⁷²⁷. Consideram também que

Os liberais vêem o respeito aos direitos individuais e o princípio da neutralidade política como a norma para a legitimidade nas democracias constitucionais. A crítica comunitarista à tese dos direitos se concentra nos seus pressupostos individualistas e suas afirmações universalistas⁷²⁸.

O comunitarismo, entretanto, esquia-se de um problema fundamental nos seus postulados. A premissa liberal é o fato do pluralismo, isto é, que na sociedade contemporânea estão presentes diversas concepções de bem; a premissa comunitarista precisa ser necessariamente a negação do fato do pluralismo, pois qualquer idéia de comunidade ou de bem comum pressupõe a unidade e a uniformidade de valores, isto é, de concepções de bem. Neste sentido, o majoritarismo da democracia não resulta necessariamente no bem comum, mas, pelo contrário, como afirmariam os liberais, na hegemonia de uma concepção de bem sobre as outras.

O comunitarismo, portanto, só pode fazer sentido, se reconhecer o direito da concepção de bem hegemônica sufocar as outras ou se reconhecer que o espaço da política é apenas o melhor espaço para se construir uma homogeneidade de valores a partir do fato do pluralismo. A primeira alternativa não parece ser aceitável dentro do modelo de democracia constitucional (tal como se considera nos Estados

maneira em que eles devem adjudicar-se”. Carlos Rosenkrantz. Introduccion a la edicion en castelano in Bruce Ackerman. La justicia social en el Estado liberal, p. 18.

⁷²⁷ Jean Cohen e Andrew Arato. Sociedad civil y teoria política, p. 29.

Unidos e na Alemanha, por exemplo) e a segunda alternativa parece ainda ser pouco convincente (a menos que se admita uma versão comunitária do consenso sobreposto).

Jürgen Habermas e Bruce Ackerman, de formas diferentes, pretendem solucionar este dilema comunitarista. Habermas com a teoria do agir comunicativo e Ackerman com o princípio da neutralidade. Não parecem ser, no entanto, soluções muito melhores que a teoria da justiça como equidade.

4 A PERSPECTIVA REPUBLICANA NA CONTROVÉRSIA ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS

Classificar teorias, autores ou obras em uma tipologia de correntes ou grupos de pensamento é sempre uma tarefa inglória, mas necessária. Ajuda a compreender a própria teoria, a situar as idéias em um contexto, a associar idéias semelhantes e a dissociá-las de posições conflitantes. No entanto, apenas poucas destas classificações são confiáveis em termos absolutos, as teorias não se encaixam perfeitamente nas tipologias, pois os autores que as elaboraram receberam diversas influências, muitas delas, seguindo as tipologias, consideradas contraditórias. Não só por esta razão deve-se desconfiar das tipologias; são necessariamente artificiais, geralmente são o resultado da escolha de critérios para mediar a relação de teorias muito complexas. Assim, por um lado (por um critério) uma teoria se aproxima de outra, por outro lado (por outra classificação) a mesma teoria se opõe àquela que antes estava próxima.

⁷²⁸ Jean Cohen e Andrew Arato. Sociedad civil y teoría política, p. 28.

Situar o republicanismo no contexto do debate contemporâneo também sofre toda a sorte de restrições e de ressalvas referidas acima. De certo modo, há certo consenso sobre a existência de três grandes grupos de teorias sobre o que se convencionou denominar de concepções sobre a “boa sociedade”: o liberalismo, o comunitarismo e o humanismo cívico. Esta última corrente, numa explícita inclusão do pensamento habermasiano (europeu) em uma tipologia tipicamente norte-americana. Trata-se de uma tipologia limitada, admissível apenas na vigência de um paradigma consolidado, que, na falta de uma expressão melhor, é o Estado democrático constitucional ou, simplesmente, as democracias constitucionais contemporâneas (que precisam considerar fatores paralelos como o Estado providência).

Parece, no entanto, que o republicanismo não pode ser incluído na tipologia acima descrita (como uma nova espécie); ainda que seja pertinente ao debate que ela pretende reproduzir. Parece que o republicanismo ocupa uma posição transversal às três já mencionadas. Não é por outro motivo que, em muitas classificações, o republicanismo é posicionado como uma variante do comunitarismo, e em outras como desenvolvimento do liberalismo e até mesmo é confundida com o humanismo cívico. Na verdade, poucos são os casos de agregar uma quarta corrente – republicanismo – distinta das demais.

Ocupando esta posição transversal, o republicanismo compartilha elementos liberais, comunitaristas e humanistas. É neste sentido a posição de Manuel Antônio Martins, isto é, o republicanismo é liberal, mas desconfia de alguns elementos da teoria liberal:

Philipp Pettit parece ser mais otimista que Sandel quanto aos possíveis desvios de uma política republicana. Todo o texto de Republicanismo parte do pressuposto de que são os teóricos do liberalismo quem não estão suficientemente atentos às perversões do poder político. O que falta aos liberais, por mais paradoxal que isto possa parecer, seria precisamente uma definição da liberdade que leve devidamente em conta o poder e a dominação, assim como uma teoria capaz de mostrar que certos tipos de instituições democráticas são uma realização efetiva da liberdade. Em outras palavras, o que falta é um ideal de liberdade que possa servir de força aglutinadora de todas as medidas e decisões políticas. A tese de Pettit diz que o republicanismo pode nos dar esse ideal. Por isso, seu texto, tal como o subtítulo indica, não só trata da teoria da liberdade, como também aponta como se reflete esta concepção na estrutura e na direção de uma atividade governativa⁷²⁹.

Parece, no entanto, que a principal contribuição do republicanismo para o debate sobre a boa sociedade é de perspectiva. De certo modo inspirados nos pensadores da Antiguidade e do Medievo, os republicanos adotam uma perspectiva pragmática da justiça social, preocupados, sobretudo com as conseqüências reais da organização social. Assim, os republicanos não estão preocupados com um conceito de liberdade que formalmente tenha um significado e materialmente produza efeitos diversos, pois o ponto inicial só tem validade quando voltado para o efeito valorado positivamente.

O que é afinal o republicanismo? Ou ainda, o que é o neorepublicanismo? Como já se afirmou, o republicanismo é inovador (no que diz respeito ao debate contemporâneo sobre a boa sociedade) apenas porque adota uma perspectiva diferente, ou seja, participa do debate visando às conseqüências e não às premissas. Para tanto, usa como instrumental conceitual e retórico boa parte do pensamento político da Antiguidade, do Medievo e da modernidade pré-liberal, com destaque para os pensadores que almejaram alcançar a boa sociedade, na medida em que alcançavam um governo (uma organização social) equilibrado.

⁷²⁹ Antonio Manuel Martins. Republicanismo y libertad, p. 190. Cf., também, André Berten. A

Assim, da obra de Philip Pettit é possível destacar uma característica marcante do republicanismo (do neorepublicanismo): liberdade como não dominação. Ao redor desta característica, há outras complementares: (a) as relações entre indivíduo e sociedade e (b) um governo democrático e constitucional.

Nas relações entre indivíduo e sociedade (a), a individualidade republicana pressupõe o reconhecimento de que o indivíduo participa de um grupo; assim, é preciso (a1) reconhecer uma identidade comunitária, (a2) uma igualdade estrutural que assegure, de fato, a autonomia individual e (a3) um espaço público de formação de uma identidade comunitária, e ainda (a4), seja lá o que isso signifique, uma ação virtuosa, uma ação voltada para o bem comum e não para o bem particular.

No governo constitucional, a democracia republicana não é uma democracia, mas uma república, portanto, o governo republicano é um governo de proteção do indivíduo como parte de uma identidade comunitária em uma sociedade estamentada ou pluralista. Assim, (b1) democracia e consenso se convertem em disputabilidade, dissenso e contestabilidade e (b2) se reforça a idéia liberal de Estado de direito e de Estado constitucional: império da lei, separação de poderes e direitos individuais (ainda que Pettit use outras expressões). Significa dizer que os neorepublicanos aproveitaram os postulados do Estado liberal (e do Estado constitucional dos liberais); aproveitaram, também, a idéia de virtude cívica dos comunitaristas (ou talvez dos republicanos clássicos); e resgataram idéias dos republicanos clássicos como a da participação.

CONCLUSÃO

A constatação da judicialização da política no Brasil implica três tipos de conclusão.

Pela abordagem descritiva, a judicialização da política é percebida quando, em contraste com o paradigma oitocentista, os órgãos do Estado não exercem suas funções típicas, ou seja, quando o judiciário exerce atividades tipicamente políticas e quando os órgãos políticos exercem atividades tipicamente judiciais. A “politização” dos órgãos judiciais não se restringe ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais, mas se estende a todos os órgãos jurisdicionais; é o caso dos juízes quando apreciam lides sobre interesses difusos, por exemplo. A judicialização abrange, assim, casos explícitos como o da Justiça Eleitoral brasileira, mas também casos forçosamente camuflados como a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Pela abordagem analítica, a judicialização da política é uma manifestação da crise paradigmática no direito e no Estado; revela-se, a princípio, como disfunção (anomalia) do princípio da separação de poderes, mas significa, de fundo, problemas na aplicação coerente dos fundamentos do próprio paradigma e de suas alterações, ou seja, o princípio do Estado de direito, o princípio do Estado democrático e o princípio do Estado social (e do Estado do bem-estar).

No entanto, o paradigma oitocentista (isto é, o paradigma moderno) foi aplicado no Brasil diferentemente da forma como foi aplicado na Europa e nos Estados Unidos. No caso brasileiro, o paradigma moderno convivia (convive) em idiossincrasia com um paradigma tradicional. Assim, no Brasil, a judicialização da política é manifestação da crise da modernidade, mas é, também, manifestação do paradigma tradicional sobrevivente.

A terceira abordagem possível considera a judicialização da política no Brasil como um aspecto da organização do poder. Assim, a judicialização é a manifestação da ascensão (ou manutenção) de um corpo burocrático especial, o dos juízes como detentor do poder estatal, ou seja, na linguagem da tradição política e jurídica brasileira, expressa a controvérsia sobre quem é o titular do poder moderador. A opção prescritiva, sendo republicana e não democrática, afasta a resposta fácil, isto é, a de que a soberania reside nos representantes do povo (Congresso Nacional, por exemplo) ou que reside no próprio povo que o exerce diretamente por referendos e plebiscitos. Sendo republicano e não liberal, afasta outra resposta fácil, isto é, a de que a soberania reside nos guardiões dos direitos, nos juízes.

O pragmatismo e o republicanismo, no entanto, não servem para ficções (algo possível na democracia e no liberalismo), são teorias voltadas para a prática. O caso brasileiro, portanto, requer um republicanismo só seu, ainda que tenha referência em uma teoria geral do republicanismo. Neste contexto, considerando o dualismo paradigmático, ou seja, a forma moderna conjugada com a prática tradicional, há, no Brasil, duas repúblicas: uma república européia e uma república brasileira. A república brasileira é o que o Brasil é, a república européia é o que o Brasil aparenta ser. Está na raiz do problema superar este dualismo para encontrar uma república que o Brasil pode ser; ou seja, um modelo prescritivo, levando-se em conta as contingências brasileiras, como a persistência do mandonismo e do privatismo, como o espírito conciliador (o homem-cordial) e como as idiossincrasias entre o tradicional e o moderno. O modelo prescritivo de república tem uma peculiaridade que a destaca dos outros modelos modernos como a democracia, o liberalismo e o

socialismo; o republicanismo é anterior à modernidade, mas é também compatível com ela. O republicanismo pode, portanto, superar o dualismo tradicional-moderno.

O núcleo conceitual do republicanismo é universal: a não-dominação ou a liberdade como não-dominação; as formas e as relações de dominação, no entanto, não são universais; instalar uma república no Brasil implica combater a estrutura que permite as relações de dominação; e, entre outros lugares, no Brasil, a dominação está presente no mandonismo e no privatismo. A judicialização da política no Brasil, portanto, é uma expressão da crise paradigmática (moderna), mas é também uma expressão do tradicionalismo.

Nos últimos anos, no entanto, é perceptível mudanças nos elementos tradicionais: (a) o clientelismo ameniza o mandonismo do poder do coronel e (b) o acordo (a conciliação) entre o partido da corte e o partido do campo (tendências dentro do privatismo) está arriscado com a hegemonia do partido da corte. Ambos são resultado de um processo intensificado de urbanização, isto é, da descaracterização do ambiente original do mandonismo e do privatismo, que é o meio rural.

A capacidade de transmutação do tradicionalismo, no entanto, tem adequado os elementos tradicionais ao novo contexto urbano. Assim, persistem formas de dependência provocadas pela implantação tradicional do Estado providência; persiste o privatismo na democracia (com o voto-mercadoria do clientelismo); persiste o privatismo no liberalismo (com a aparência de individualismo e com a retórica de proteção dos direitos individuais); persiste o mandonismo (com a discricionariedade da burocracia para aplicar a lei aos inimigos e para conceder

favores aos amigos⁷³⁰). A síntese da conjugação entre a hegemonia do partido da corte, o mandonismo e o privatismo pode ser o retorno ao “patrimonialismo sem a cabeça”, ou seja, um patrimonialismo assentado no poder da burocracia estatal unificada. Percebe-se, então, a tendência para a formação de uma nova conciliação dentro da burocracia.

A burocracia brasileira “modernizada” é selecionada por três critérios: por eleição, por cooptação (feita, geralmente, pelos eleitos) e por concurso. Nos dois primeiros casos, a permanência no cargo público é precária (os eleitos precisam renovar seus mandatos junto aos eleitores e os comissionados precisam assegurar seus postos pela lealdade aos eleitos e, portanto, indiretamente, pela confirmação dos eleitores); no último caso, o burocrata, em princípio, não precisa de ninguém, não deve ao povo (aos eleitores) nem deve aos eleitos (aos políticos) a sua nomeação e tem assegurada sua permanência no cargo independentemente da anuência dos mesmos. Destaca-se, na burocracia por concurso, o corpo judicial.

Os dois critérios de seleção reproduzem dois corpos da burocracia. O acordo entre os dois renovaria o espírito conciliador. O dissenso entre os dois corpos da burocracia daria alguma esperança republicana. A judicialização da política e uma particular manifestação dela, a politização do Supremo Tribunal Federal, podem dar um exemplo emblemático: quando o Supremo Tribunal Federal (representante da burocracia vitalícia) invalida uma lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República (representantes da burocracia eletiva). Se a ação do Supremo não resulta na reação do Congresso ou do Presidente, significa

⁷³⁰ Trata-se de uma máxima da cultura popular: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”, em explícita referência ao conteúdo rigoroso das disposições normativas brasileiras, isto é, prescritas com rigor, mas aplicadas seletivamente.

que o espírito conservador prevaleceu em nova engenharia institucional ou que o poder da burocracia por concurso prevaleceu sobre a burocracia eletiva. Nos dois casos, retiram-se as condições para o republicanismo.

Aproveitando-se da estrutura formal da modernidade, o republicanismo, como modelo prescritivo, para ser instituído, precisa combater os três elementos tradicionais. Mas, talvez, o ponto central da mudança seja romper com o espírito conciliador e promover o dissenso. Vale lembrar que na origem republicana da doutrina da separação de poderes está a idéia de que apenas o poder dividido oferece a condição necessária para a liberdade como não-dominação.

Considerando os elementos republicanos – os clássicos e os contemporâneos -, isto é, (a) a liberdade como não-dominação e não a liberdade como não-interferência, (b) a contestabilidade e não a democracia (liberdade positiva), (c) a igualdade como não-opressão e não o igualitarismo, pode-se chegar a algumas considerações finais. Formalmente, o sistema jurídico e político brasileiro atende aos requisitos liberais, democráticos e socialistas (ou social-democráticos). No entanto, a república é meio e não fim, as pessoas que integram uma república (uma comunidade ou uma sociedade), não adotando valores republicanos não produzem uma república. A engenharia de instituições republicanas pode evitar algumas relações de dominação e pode promover espaços de liberdade, mas não assegura uma sociedade livre e sem dominação. Deve-se lembrar do *Discurso sobre a servidão voluntária*, de La Boetie, e da constatação de que a fonte da dominação pode estar no assentimento do próprio dominado. Logo, instituições republicanas e organização política e jurídica republicana são necessárias para uma república, mas não bastam para a realização da república.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, 31 (1), 1988.
- ACKERMAN, Bruce. **La justicia social em el Estado liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. **La política del dialogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999.
- _____. **Nós, o povo soberano**: fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In V.V.A.A. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad – Cuadernos y Debates 29**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ACTON, John Emerich Edward Dalberg. Historia de la libertad em la antigüedad. **Estudios Publicos**, 11. Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.
- ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. **Introduccion al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d.
- AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- AGUILAR, Enrique. A liberdade política em Montesquieu: seu significado. In BORON, Atílio (org.). **Filosofia política contemporânea**. Disponível em <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolconbr/filopolconbr.html>. Acesso em novembro de 2006.
- AJA, Eliseo (editor). **Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador em la Europa actual**. Barcelona: Ariel, 1998.

ALEXANDRE, Agripa Faria. Questão de política como questão de direito: a judicialização da política, a cultura instituinte das CPIs e o papel dos juízes e promotores no Brasil. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, n. 13, dezembro 2000 (circulação limitada). Disponível em <www.pos.ufsc.br/arquivos/41010037/TextoCaderno13.pdf>. Acesso em fevereiro de 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIGHIERI, Dante. **Da monarquia / Vida nova**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Hume contra os contratualistas de seu tempo. **Kriterion**, Belo Horizonte, 115, Jun 2007.

ALONSO GARCIA, Enrique. **La interpretacion de la constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**. São Paulo: Ars Poética, 1996.

AMORIM NETO, Octávio; SANTOS, Fabiano. O segredo ineficiente revisto: o que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 46, (4), 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 14 (39), fev 1999.

ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, 57, 2002.

ARAÚJO, Gisele Silva. **Participação através do direito: judicialização da política**. Comunicação para o VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 2004. Disponível em <www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf> Acesso em janeiro de 2006.

ARCHARD, David. Filosofia política e social. In BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. (org.). **Compêndio de filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002.

ARISTÓTELES. **A constituição de Atenas**. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Editora da UnB, 1999.

_____. **Metafísica**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores).

_____. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1985.

_____. **Tratado da política**. São Paulo: Publicações Europa-América, s.d.

ARON, Raymond. **Etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2003.

AUDARD, Catherine. Ética pública, moral privada e cidadania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora da Unesp, 2007.

BACHELARD, Gaston. **A filosofia do não; O novo espírito científico; A poética do espaço**. [Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha]. São Paulo: Abril Cultural, 1984. [Os pensadores].

BARRETO, Tobias. **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis: Vozes.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria da CMRJ**, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar_revproc03.htm> . Acesso em fevereiro de 2006.

BARRY, Brian. Procedimento e justiça social. In: MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

BARRY, Brian. **Teorias de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA JÚNIOR, Edil. **No café, com os magistrados**: um estudo da dimensão política das decisões judiciais. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (dissertação).

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. **A. Uma interpretacion econômica de la Constitucion de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Arayu, s/d.

BELLAMY, Richard. **Liberalismo e sociedade moderna**. São Paulo: Editora da Unesp, 1994.

BELTRAN, Miguel. **Originalismo e interpretacion. Dworkin vs. Bork: una polemica constitucional**. Madrid: Civitas, 1989.

BENDA; MAIHOFFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

BERTEN, André. A epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit. **Kriterion**, Belo Horizonte, 115, jun 2007.

_____. Republicanismo e motivação política. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

BICKEL, Alexander. **Ética do consentimento**. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

BIGNOTTO, Newton. As fronteiras da ética: Maquiavel. In NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

_____. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991.

BIM, Eduardo Fortunato. A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito: instrumentos da minoria parlamentar e de informação da sociedade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 165, jan./mar. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria das formas de governo**. Brasília: Editora da UnB, 1995.

_____. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BOCKENFORDE, Ernst. La democracia como principio constitucional. In BOCKENFORDE, Ernst. **Estudios sobre Estado de derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito**: filosofia e metodologia jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BODINO, J. **Los seis libros de la republica**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, s.d.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, 14 (40), 2000.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, 18 (51), 2004.

_____. O Senado e a crise da federação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr/jun 1976.

BONFIM, Washington Luís de Souza; SILVA, Irismar Nascimento da. Instituições políticas, cidadania e participação: a mudança social ainda é possível? **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 21, nov. 2003.

BORON, Atílio (org.). **Teoria e filosofia política**. Buenos Aires: CLACSO, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. **Revista de Filosofia Política - Nova Série**, Porto Alegre, 1, 1997. Disponível em <www.bresser-pereira.org.br>. Acesso em setembro de 2006.

_____. Democracia republicana e participativa. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, 71, março 2005.

_____. O surgimento do Estado republicano. **Lua Nova**, São Paulo, 62, 2004.

BRYCE, James. **A comunidade americana**. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, s/d.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CAENEGEM, R C van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 46 (1), 2003.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro. In CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional e outros ensaios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLARI, Eduardo. A crise do poder judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 152, out./dez. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In RAWLS, John. **O liberalismo político**. Brasília: Ática / Instituto Teotônio Vilela, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

CAREY, George. La sabedoria de El Federalista. **Estúdios Públicos**, 13 (verano 1984). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, 6, jul./dez. 1998.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 23, nov. 2004.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. **Sua majestade o Presidente da República**: estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do executivo (1995-1998). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000 (dissertação).

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: tipos e percursos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 18, 1996.

_____. **Desenvolvimiento de la ciudadanía em Brasil**. México D. F.: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

_____. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, 40 (2), Rio de Janeiro, 1997.

CARVALHO, Olavo de. **Maquiavel**. É Realizações, s.d. (DVD).

_____. **O jardim das aflições**. São Paulo: É Realizações, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 12 (34), 1997.

_____. **Los tribunales, el derecho y la democracia en Brasil**. Disponível em <www.unesco.org/issj/rics152/castrospa.htm>. Acesso em maio de 2006.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Direito constitucional e instituições políticas**. Bauru-SP: Javoli, s.d.

CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 45 (2).

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

_____. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU**, Rio de Janeiro, 5 (9), jul./dez. 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutica da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 134, abr./jun. 1997.

_____. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 137, jan./mar. 1998.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro. Forense, 1981.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoria política**. México DF: Fondo de Cultura Economica, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, 18 (51), 2004.

CONSTANT, Benjamín. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editor, 1975.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

COURTIS, Christian (compilador). **Desde otra mirada: textos de Teoria Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba (Editorial Universitaria de Buenos Aires), 2001.

CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientalares. **História**, São Paulo, 25 (1), 2006.

DAHL, Robert A. **La democracia y sus críticos**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

DALL'AGNOL, Darlei. Igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, 111, jun 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DAMATTA, Roberto. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies e a seleção natural**. São Paulo: Hemus, s.d. 5 ed.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DEWEY, John. **La busca de la certeza: um estudio de la relación entre el conocimiento y la acción**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, s.d.

_____. **Libertad y cultura**. Rosario: Editorial Rosario: 16.

_____. **Lógica: teoría de la investigación**. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1950.

_____. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Natureza humana y conducta**: introducción a la psicología social. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1982.

_____. **Reconstrução em filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

_____. **Teoria da vida moral**. São Paulo: Ibrasa – Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A., 1964.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional** (Instituições de Direito Público). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DIAGNÓSTICO DO PODER JUDICIÁRIO. Ministério da Justiça, Brasil, 2004.

DILTHEY, Wilhelm. **Teoria das concepções do mundo**. Lisboa: Edições 70, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Simone. Interações entre os poderes executivo e legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 48 (1), 2005.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. **Seqüência**, Florianópolis, 39, dez 1999.

DOSSIÊ JUDICIÁRIO. **Revista USP**, São Paulo, 21, mar-mai 1994.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.

DUVERGER, Maurice. **As modernas tecno-democracias**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986, c1967.

ELGARTE, Julieta Magdalena. **Non-domination, real freedom and basic income**. Disponível em <www.etes.ucl.ac.be/bien/Files/Papers/2004Elgarte.pdf>. Acesso em setembro de 2006.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 1991.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juizes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, 18 (51), 2004.

FARIAS, Francisco Pereira de. Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 15, nov. 2000.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **Estado**: atividade financeira e tributária. (mimeografado).

FELIPE, Sônia (org.). **Justiça como equidade**: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 1994.

_____. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP – Dossiê Judiciário**, São Paulo, 21, mar-mai 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes:** o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método:** esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FISCHL, Johann. **Manual de historia de la filosofia.** Barcelona: Herder, 1984.

FLORES, Imer B. El liberalismo igualitário de John Rawls. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México D. F., 1, jul-dez 1999.

FONT, J. M. Marti. Entrevista com Philip Pettit. **El País**, Madrid, 25 de julio de 2004.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências:** introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: Editora da Unesp, 1995.

FRASER, Antonia. **Oliver Cromwell:** uma vida. Rio de Janeiro: Record, 2000.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Sobrados e mucambos:** decadência do patriarcado rural no Brasil. São Paulo: Nacional, 1936.

FRIEDRICH, Carl J. **Nomos IV:** Liberdade. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro. 1967.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1985.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madrid: Alianza, 2000.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leis. **Isonomia – Revista de Teoria y Filosofia del Derecho**, 6, abr 1997.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, 12, abr. 2000.

GETTEL, Raymond. **Historia de las ideas políticas**. Barcelona: Editorial Labor, 1937.

GIANNOTTI, José Arthur. Res publica, res populi. In **Filosofia Política 1**. Porto Alegre: L&PM, 1984.

GODOY ARCAYA, Oscar. Antología política de Montesquieu. **Estudios Públicos**, 62 (otoño 1996). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

_____. Democracia y razón pública: em torno a John Rawls. **Estudios Públicos**, 81 (verano 2001). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 158, abr./jun. 2003.

GONÇALVES, Gisela. **Comunitarismo ou liberalismo?** Disponível em <www.bocc.ubi.pt>. Acesso em maio de 2006.

GOROVITZ, Samuel. John Rawls: uma teoria da justiça. In CRASPIGNY, Antony; MINOGUE, Kenneth (org.). **Filosofia política contemporânea**. Brasília: Editora da UnB, 1982.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUERREIRO, Mário A. L. **Ceticismo ou senso comum**. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

HAACK, Susan. Pragmatismo. In BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. (org.). **Compêndio de filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HAGE SOBRINHO, Jorge. “Democracy and distrust – a theory of judicial review” – John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre

interpretação constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, 48 (186), jul./dez. 1995.

HAMILTON, MADISON e JAY. **Sobre a constituição dos Estados Unidos**. São Paulo: Ibrasa, 1964.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: Editora da UnB; São Paulo: Visão, 1983.

_____. El atavismo de la justicia social. **Estudios Públicos** 36 (1989). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte, Paidéia, s.d.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1942.

HESPANHA, Antonio M. **Republicanos e estadualismo**. Disponível em <www.hespanha.net>. Acesso em fevereiro de 2006.

HOBBS, Thomas. **De Cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HÖFFE, Offried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOLANDA Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES JR., Oliver Wendell. O caminho do direito. In MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. Parlamentarismo no Império do Brasil (I): origens e funcionamento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006.

HORN, Carlos Henrique. Negociações coletivas e o poder normativo da Justiça do Trabalho. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 49 (2), 2006.

HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

_____. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1995.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, São Paulo, 61, 2004.

JACKSON, M. W. John Rawls e Robert Nozick. In FITZGERALD, Ross (org.). **Pensadores políticos comparados**. Brasília: Editora da UnB, 1983.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lido, 1967.

JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 151, jul./set. 2001.

JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Supremacia da Constituição ou supremacia do "defensor" da Constituição? O *stare decisis* e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte. **Revista Jurídica**. Brasília, 7 (73), jun-jul 2005.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. São Paulo: Ibrasa, 1964.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. [Coleção Os Pensadores].

KELSEN, Hans. **La garantia constitucional de la constitucion** (la justicia constitucional). Disponível em <www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/413/>. Acesso em março de 2007.

_____. **Teoria general del Estado**. Barcelona: Labor, 1934.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSCHBAUM, Charles. **John Rawls**: justiça imparcial e seus limites. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005 (dissertação).

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins, 2000.

KOYRÉ, Alexandre. **Estudos de história do pensamento científico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Brasília: Editora da UnB, 1982.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **La teoria de la justicia de John Rawls y sus críticos**. Madrid: Tecnos, 2004.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA BOETIE, Etienne. **O discurso da servidão voluntária**. Disponível em <www.culturabrasil.org/zip/boetie.pdf>. Acesso em janeiro de 2007.

LAFER, Celso. O significado de república. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 2 (4), 1989.

LAFUENTE BALLE, José Mario. **La judicializacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Colex, 2000.

LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan. **A crítica e o desenvolvimento do conhecimento**: quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre Filosofia da Ciência, realizado em Londres em 1965. São Paulo: Cultrix, 1979.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale**. Paris: Marcel Girarol & Cia, 1921.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gilbenkian, s.d.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-omega, 1986.

_____. **Problemas de direito público e outros problemas**. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEAL, Aurelino de Araújo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann: **A judicialização da política**. Disponível em <www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>. Acesso em julho de 2006.

LEFORT, Claude. A filosofia política diante da democracia moderna. In **Filosofia Política 1**. Porto Alegre: L&PM, 1984.

LEVORIN, Paulo. **A república dos antigos e a república dos modernos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001 (tese).

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do poder judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, 8, jan-jun 1996.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970.

LOIS, Cecília Caballero (org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackern, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005.

LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (org.). **A constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucionais em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Processo e justiça** (social, distributiva, política). Disponível em <www2.anpr.org.br/boletim/boletim55/josereinaldo.htm>. Acesso em janeiro de 2006.

_____. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP – Dossiê Judiciário**, São Paulo, 21, mar-mai 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de derecho y Estado social de derecho**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1955. (Derecho, tomo II, núm. 3).

LYNCH, Christian Edward Cyril. A idéia de um Conselho de Estado brasileiro: uma abordagem histórico-constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 168, out./dez. 2005.

_____. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 48 (3), 2005.

MACEDO, Ubiratan B. **Liberalismo versus comunitarismo**: em la cuestion de la universalidad ética. Disponível em <www.bu.edu/wcp/Papers/TEth/TEthMace.htm>. Disponível em janeiro de 2006.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, 57 2002.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: EDUSC – Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001.

_____. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

DA MAIA, Alexandre (Alexandre Ronaldo da Maia de Farias). **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica** (por uma dogmática jurídica da multiplicidade). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2001 (tese).

MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. (org.) **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo**: dez lições. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em junho de 2006.

MARTINS JÚNIOR, Luís Carlos. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARTINS, António Manuel. Republicanismo y libertad. **Res publica**, 9-10, 2002. Disponível em <saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/respublica/numeros/9-10documento4.pdf>. Acesso em abril de 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTOS, Ilmar Rohrloff de. Do Império à República. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 2 (4), 1989.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, 58, nov. 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo – antigo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Marcus André. Republicanismo, Liberalismo e Racionalidade. **Lua Nova**, São Paulo, 55-56, 2002.

MENDONÇA, Erastos Fortes. Estado patrimonial e gestão democrática do ensino público no Brasil. **Educação e Sociedade**, Campinas, 22 (75), ago 2001.

MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil**: contribuição ao estudo da formação brasileira. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MIGLIORE, Joaquin. Introduccion a John Rawls. **Colección** ano VIII, n.13. Disponível em <www.uca.edu.ar/esp/sec-fpoliticas/esp/docs-publicaciones/coleccion/n13/09migliore.pdf>. Acesso em maio de 2006

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 45 (3), 2002.

_____. Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 18 (51), fev. 2003.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I: Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MONTEIRO, João Paulo. **Hume e a epistemologia**. S. l.: Imprensa nacional – Casa da Moeda, s. d.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.

MORAES, Filomeno. Executivo e legislativo no Brasil pós-constituente. **São Paulo em Perspectiva**, 15(4) 2001.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOUFFE, Chantal. **Cidadania democrática e a comunidade política**. Disponível em <www.fclar.unesp.br/publi/publicacoes/art5.html>, acesso em abril de 2006.

_____. Globalização e cidadania democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, 36, 2001.

NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os determinantes da existência e dos poderes das câmaras altas: federalismo ou presidencialismo? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 49 (2), 2006.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. II – República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista Acadêmica**. Recife, Faculdade de Direito do Recife, LXXV, 1992.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVAES, Adauto. Cenários. In NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. As modernas teorias da justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 156, out./dez. 2002.

_____. Teoria rawlsiana da justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 168, out./dez. 2005.

OLIVA, Alberto. **Ciência e sociedade: do consenso à revolução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de et al. **O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS**. Disponível em <www.usp.br/nepaids/monoipeapet.pdf>. Acesso em outubro de 2006.

OLIVEIRA, Luciano. Verdades científicas e relações de força: notas críticas sobre o relativismo de Latour. **Ciência e Cultura**, 40 (5), 1988.

_____. Neutros e neutros: notas sobre a questão da neutralidade nas ciências sociais. **Humanidades**, 19, 1988.

OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD; Luiz Felipe N. A. S. (org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

OLIVEIRA, Márcio Piñon de. Cidadania no Brasil: elementos para uma análise geográfica. **Geographia**, Rio de Janeiro, 6, jul-dez 2001. Disponível em <www.uff.br/geographia/rev_06/marcio6.pdf>. Acesso em janeiro de 2007.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 48 (3), 2005.

OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. A judicialização da política: um tema em aberto. Disponível em <www.cienciapolitica.org.br/encontro/instpol1.1.doc>. Acesso em abril de 2006.

ORO TAPIA, Luis R. Critica de Carl Schmitt al liberalismo. **Estudios Públicos**, 98 (otoño 2005). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1959.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. Brasília: Offset, 1992.

PAIM, Antônio. Unidades III e IV - A discussão do poder moderador no Segundo Império. **Curso de introdução ao pensamento político brasileiro**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

_____. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. **Antologia filosófica**. São Paulo: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, s.d.

_____. Como tornar clara as nossas idéias. In PUGLIESI, Márcio; COSTA, Wagner Veneziani (org.). **Filosofia americana**: uma introdução. São Paulo: WVC, 2001.

_____. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

PERELMAN, Chaim, **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PESSANHA, José Américo Motta. As Delícias do Jardim. In NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Republicanismo**: una teoría sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, s.d.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINTORE, Anna. Democracia sin derechos: em torno al Kelsen democrático. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 23, 2000.

POCOCK, J. G. A. **El momento maquiavélico**: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica. Madrid: Tecnos, 2002.

POLÍBIO. **História**. Brasília: Editora da UnB, 1985.

POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1975.

_____. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora da UnB, 1978.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, s.d.

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1987.

PREUß, Ulrich K. Os elementos normativos da soberania . In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

RABENHORST, Eduardo R. A interpretação dos fatos no direito. **Prima Facie**, João Pessoa, 2, jan-jun 2003.

_____. Sobre os limites da interpretação: o debate entre Umberto Eco e Jacques Derrida. **Prima Facie**, João Pessoa, 1, jul-dez 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do judiciário e a judicialização da política. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 08, out/dez de 2000.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. Brasília: Ática / Instituto Teotônio Vilela, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. São Paulo: Loyola, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECASÉNS SICHES. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Mexico: Editorial Porrúa, 1980.

RENAUT, Alain (org.). **História da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

RIBEIRO, Renato Janine. O Retorno do Bom Governo. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

RICHARD, Lionel. **República de Weimar**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1988.

RICHARDSON, Henry S. Em defesa de uma democracia qualificada. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

RICOEUR, Paul. **Em torno ao político**. São Paulo: Loyola, 1995.

ROMA, Celso. Os efeitos da migração interpartidária na conduta parlamentar. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 50 (2), 2007.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. **Objetivismo, relativismo e verdade**: escritos filosóficos - vol. 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins, 2005.

_____. Pragmatismo, filosofia analítica e ciência. In PINTO, P. R. M.; MAGRO, C; SANTOS, E. P. F; GUIMARÃES, L. [org.]. **Filosofia analítica, pragmatismo e ciência**. Belo Horizonte: Editora de UFMG, 1998.

ROUANET, Luiz Paulo. Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

RUSSELL, Bertrand. **A análise da mente**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

_____. **A perspectiva científica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

_____. **História da filosofia ocidental**. Livro Quarto. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, 18 (51), 2004.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP – Dossiê Judiciário**, 21, mar-mai 1994.

SAES, Décio Azevedo Marques de. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, 15 (42), 2001.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estado de direito, liberdades e garantias (estudos de direito público e teoria política)**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. **História das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. São Paulo: Edusp, 1993.

SANDEL, Michael. **El liberalismo y los limites de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. (Para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

_____. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 30, fevereiro 1996..

SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 140, out./dez. 1998.

_____. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 172, out./dez. 2006.

_____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 50 (2), 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. **A natureza política da interpretação constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998 (dissertação).

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. 2 v. São Paulo: Ática, 1994.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodología jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCHEDLER, Andreas. De críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. **Isonomia – Revista de Teoria y Filosofia del Derecho**, 22, abril 2005.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **Defensor de la constitucion**. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **O político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação (III Parte); Crítica da filosofia kantiana; Parerga e paralipomena (Capítulos V, VIII, XII, XIV)**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Campus, 1982.

_____. **Notas sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. Disponível em <www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf>. Acesso em janeiro de 2007.

SELECCION DE EL FEDERALISTA. **Estudios Públicos**, 13 (verano 1984). Disponível em <www.cepchile.cl>. Acesso em janeiro de 2006.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **A justiça frente ao governo: algumas notas**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em abril de 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Teoria da justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 138, abr./jun. 1998.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. Estados livres e liberdade individual. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Editora da Unesp, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Controle judicial do mérito administrativo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994 (dissertação).

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 147, jul./set. 2000.

SOUZA JÚNIOR., Antônio Humberto. **Entre o medo e a utopia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001 (dissertação).

SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Do poder moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978.

SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora da UnB, 2001.

SOUZA, Jessé. A sociologia dual de Roberto da Matta: descobrindo nossos mistérios ou sistematizando nossos auto-enganos. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 16 (45), fev. 2001.

SOUZA, Ricardo Luiz de. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres. **Sociologias**, Porto Alegre, 13, jan/jun 2005.

STAMFORD, Artur. Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 141, jan./mar. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 50 (2), 2007.

TEIXEIRA, Felipe Charbel. O melhor governo possível: Francesco Guicciardini e o método prudencial de análise da política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 50 (2), 2007.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 154, abr./jun. 2002.

_____. Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Viana: análise e perspectivas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 135, jul./set. 1997.

_____. Jurisdição, tópica e razoabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 151, jul./set. 2001.

TORRÉ, Abelardo. **Introduccion al derecho**. Buenos Aires: Perrot, 1981.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. Brasília: Editora da UnB, 1982.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? **Estudos Avançados**, São Paulo, 14 (40), 2000.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional: Il supremacia y control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, “positivação do direito natural” e política. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 18, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

VIEIRA, José Ribas. Cidadania: sua complexidade teórica e o direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 135, jul./set. 1997.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e sociedade civil no espaço público democrático**. Disponível em <www.lisztvieira.pro.br>. Acesso em março de 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP - Dossiê Judiciário**, São Paulo, 21, mar-mai 1994.

_____. Vilhena. Que reforma? **Estudos Avançados**, São Paulo, 18 (51), 2004.

_____. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, São Paulo, 42, 1997.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILLAVICENCIO, Susana. A (im)possível república. In BORON, Atílio (org.). **Filosofia política contemporânea**. Disponível em <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolconbr/filopolconbr.html>. Acesso em novembro de 2006.

VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. **RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 14 (39), fev. 1999.

WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia**: una defensa del pluralismo y la igualdad. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLFE, Christofer. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. Porto Alegre: Edipucrs, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.

ZUBIRI, Ignácio. Justiça distributiva: enfoques nuevos a um problema antiguo. **Hacienda Pública Española**, Instituto de Estudios Fiscales, 91, 1984.