

## 1. Introdução

Em 05 de outubro de 1988, pouco menos de vinte anos atrás, a sociedade brasileira parecia se ver despertando de um sonho. Finalmente uma constituição democrática, pluralista, compromissária, popular, enfim, “cidadã”, era promulgada. A primeira democraticamente feita desde 1946, e à diferença desta, uma que contou com ampla participação popular, envolvimento de toda a comunidade e até mesmo mais de 100 emendas populares, não obstante os seus difícilísimos requisitos de admissibilidade. Uma que, em síntese, resgatou os valores democráticos perdidos em mais de 20 anos de um governo militar-ditatorial que trouxera, para nós, um fantasma semelhante, talvez, ao do nazi-fascismo que dominou boa parte da Europa, da Romênia a Portugal (cf. HOBBSAWN, 1999, p. 29 *et seq.*). A partir desta “Constituição Cidadã”, o Brasil estaria pronto para viver o seu mais longo período democrático da história, com instituições firmes, e o resgate axiológico das “promessas da modernidade”<sup>1</sup>. Se a eficácia da constituição por qualquer motivo falhasse, uma ampla rede de direitos pré-processuais – como os chamava Pontes de Miranda (1972, t. 1, p. 5) – ou remédios constitucionais, ou *writs*, estaria a postos para que a “comunidade de intérpretes da constituição” pudesse provocar o seu guardião, o poder judiciário, para, em atitude pedagógica, intervir e determinar aos demais poderes – e à sociedade em geral – o que poderiam e o que não poderiam fazer para resguardar a constituição.

Vinte anos, mais de 50 emendas e mais de 4.000 Ações Diretas de Inconstitucionalidade depois, é chegada a hora de rever este diagnóstico otimista. E revê-lo não para substituí-lo por um outro diagnóstico pessimista ou realista no sentido epistemológico, mas para revê-lo apenas em seu otimismo. Afinal, muito do que foi propositadamente caricaturado acima dificilmente pode ser negado: trata-se, de fato, da mais longa constituição democrática da história do Brasil; houve, de fato, mais de 100 emendas populares aos trabalhos da Constituinte; houve, de fato, ampla atenção popular a estes trabalhos.

---

<sup>1</sup> O uso da expressão neste contexto é, como veremos, de Lenio Streck.

Porém, como em muitos processos políticos de transição democrática, muitas resistências tiveram de ser vencidas, muitos acordos tiveram de ser feitos; muitas misturas e engenharias institucionais foram requeridas. O resultado final, como um dos seus mais otimistas comentaristas reconheceu dez anos após a sua promulgação, “foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilante entre extremos” (BARROSO, 1999, p. 44). Já ao tempo de sua promulgação, esta constituição encontrava níveis crônicos de inflação nunca antes vistos no país, uma enorme crise econômica, uma eleição presidencial que se avizinhava conturbada, e até ao final do ano de sua promulgação – cujo mês era o já tardio outubro, como dito – enfrentaria já uma proposta de emenda buscando inserir em seu texto a pena de morte<sup>2</sup>.

A Constituição Federal de 05.10.1988, sem dúvida, simboliza o fim da ditadura militar, mas não parece marcar o início de um processo de democracia radical na prática política brasileira. Além dos vários problemas resultantes do talvez excessivo número de heterogêneos compromissos políticos que começaram desde a articulação para a eleição de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral em 1985, a nossa atual constituição acabou, em boa parte, acatando a atuação de vários juristas que direta ou indiretamente participaram de seu processo e procuraram concebê-la como um documento própria e tecnicamente jurídico, do qual seriam eles, junto do poder judiciário – seu principal nicho técnico de atuação –, os principais intérpretes e guardiães. Para completar o trabalho político na Constituinte, os juristas brasileiros, seguindo tendência mundial, é verdade, procuraram recepcionar diversas teorias legitimadoras e propulsoras da expansão do direito sobre a sociedade, desde que aplicado sob a batuta do poder judiciário e da *sua* comunidade de intérpretes.

Este não é, pois, um trabalho sobre o poder judiciário. Nem se pretende, especificamente, um manancial de argumentos contra este poder, ou contra a sua principal forma de atuação política, a jurisdição constitucional<sup>3</sup>. Este trabalho é,

---

<sup>2</sup> De autoria do folclórico e já falecido deputado Amaral Netto, do então PDS. Ele relata esta e outras atuações suas escabrosas em livro mais ou menos autobiográfico. Cf. AMARAL NETTO (1991).

<sup>3</sup> Muitos já o fizeram e, certamente, com muito mais competência do que seríamos capazes de fazer. Talvez o melhor trabalho neste sentido seja o de Waldron (2006), que será, contudo e

antes de tudo, sobre a comunidade dos juristas e sua ligação estreita e imediata com o poder judiciário. É um trabalho sobre como esta ligação, calcada em uma específica história constitucional e uma específica teoria constitucional é capaz de, sob a aparência de emancipar a cidadania e promover a democracia, realizar justamente o contrário, embora não em todos os momentos, e embora, eventualmente, alcance resultados normalmente reconhecidos – pelo menos imediatamente – como satisfatórios.

A inovação deste trabalho reside, justamente, em analisar, do ponto-de-vista de uma mistura de história política, teoria constitucional e teoria social, o mecanismo pelo qual a ascensão da comunidade jurídica ao centro potencial das decisões políticas, em torno do poder judiciário, mas não restrita a ele, resulta em um enfraquecimento do potencial democrático da sociedade, uma vez que retira dos cidadãos a possibilidade de atribuição autônoma da decisão sobre o seu próprio lugar como sujeitos e como membros de uma comunidade histórica específica.

Este mecanismo incorpora explícita ou implicitamente vários elementos que já foram usados em outros trabalhos para atacar a virada ao poder judiciário – como a “dificuldade contramajoritária”, a falta de legitimação por eleições, a falta de permeabilidade à influência dos cidadãos e mesmo problemas pragmáticos de formação republicana dos agentes públicos da magistratura –, mas não se restringe a nenhum deles. Além do mais, enfatiza a necessidade de que o poder judiciário seja tomado, para o fim do problema democrático que suscita, em conjunto com uma comunidade jurídica (no sentido de comunidade de juristas) que lhe dá suporte e legitimação teórica e prática, sem os quais dificilmente seria permitido a um poder antes relegado a segundo plano e que não controla diretamente os meios de coerção do estado, a possibilidade de assumir tanto poder e influência no sistema estatal.

---

bem por isso, amplamente citado e referido no decorrer deste trabalho. Com uma ampla perspectiva de direito comparado e uma idéia de base bem parecida com a defendida no presente trabalho, cf. HIRSCHL (2007) – conquanto este autor defenda a mesma idéia contrária ao agigantamento da comunidade jurídica com mais atenção ao poder judiciário em si e com uma metodologia e uma argumentação mais institucionalista e utilitarista; bem diferente, pois, neste ponto, do que se pretende fazer por aqui . Agradeço ao prof. Daniel Sarmiento por esta última indicação.

Para alcançar este objetivo, este trabalho foi estruturado em três capítulos de desenvolvimento e um de conclusão – além da presente introdução. No capítulo 2, será feita uma reconstrução histórica sobre as bases da ascensão da comunidade de juristas e do poder judiciário ao centro e à última palavra sobre os rumos do poder do estado, com especial destaque para a particular experiência brasileira. No capítulo 3, a reconstrução será teórica: o advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo é o mote para recriar uma específica teoria do direito (constitucional) que dá suporte de legitimação metodológica à dinâmica histórica vista no capítulo 2; destaque para a abordagem crítica de duas das mais influentes figuras teóricas desta tradição no contexto brasileiro pós-1988. No capítulo 4, será estudado, do ponto-de-vista da teoria social habermasiana, como a dinâmica histórica e a teórica se interpolam para permitir que um duplo mecanismo de enfraquecimento da cidadania resulte da centralização da influência e do poder político na relação entre juristas e poder judiciário. Por fim, no capítulo 5, um estudo de caso da recente jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal será o mote para um fechamento da análise, e para uma sinalização breve da necessidade de um teoria democrático-deliberativa para a (re)construção de um contexto realmente democrático no Brasil contemporâneo; contexto que não dependa, embora não prescindia, do poder judiciário e da comunidade de juristas, voltada, no entanto, predominantemente para a esfera pública – e não para o estado, em qualquer de seus ramos de atuação.

Para encerrar esta introdução, duas advertências metodológicas e uma advertência especial. A primeira advertência metodológica diz respeito à tradução: todas as traduções diretas de obras estrangeiras foram feitas por nós e representam, portanto, o que se convencionou chamar traduções livres; toda responsabilidade é, logo, nossa, por erros e imperfeições.

A segunda advertência metodológica se conecta com a advertência especial que será feita a seguir. Embora não seja o único, nem seja este um trabalho sobre o seu pensamento, o principal marco teórico usado aqui, como será facilmente percebido da leitura, vem do filósofo alemão Jürgen Habermas. Habermas é um filósofo em muitos pontos complexo e cambiante. Uma das maiores dificuldades é que as modificações que incorpora em seu pensamento não vêm como uma

ruptura, nos moldes do talvez melhor – embora normalmente superestimado – exemplo: Wittgenstein. Se bem que mantenha muito de sua origem como filósofo marxista, Habermas, desde 1981, quando lançou a sua ainda *magnum opus* (*Theorie des Kommunikativen Handelns*: “Teoria do Agir Comunicativo”), progressivamente assumiu caminhos que seus antigos colegas marxistas, horrorizados, chamaram liberais<sup>4</sup>. Portanto é importante notar que este não é um trabalho crítico no sentido marxista popularizado pela Escola de Frankfurt, nem tampouco no sentido depois daí retirado para contextos mais radicais pelo que se pode chamar pós-estruturalismo. O pós-estruturalismo – e, em alguma medida, o marxismo em geral, salvo por sua problemática filosofia da história –, como demonstramos e criticamos em outro lugar (cf. PÁDUA, 2007), na verdade, aprisiona o próprio sujeito em uma teoria do poder da qual não existem saídas emancipatórias viáveis. O que se defende aqui, especialmente a partir do cap. 4, é, justo ao reverso, a necessidade de emancipação do sujeito, nos contextos comunicativos de reprodução simbólica da sociedade, como requisito para que a democracia possa ser efetiva.

A esta advertência deve-se conectar uma outra, muito importante, e por isso chamada especial. O fato de não serem assumidos neste trabalho determinismos, imperialismos ou teorias dominadoras e conspiratórias de qualquer sorte deve já servir para *afastar*, de plano, a impressão de que a crítica que se dirige à apropriação tecnocrática do direito pela dualidade juristas-judiciário seja dirigida a uma atuação perversa e deliberada dos membros destas categorias, com o objetivo malévolamente de dominar autoritariamente o poder. Conforme será dito diversas vezes ao longo do trabalho, a maior parte – se é que alguma não seja – das inovações político-jurídicas da Constituição Federal de 05.10.1988 e das teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas que lhe antecederam e seguiram foi feita com o genuíno objetivo de promover uma evolução política no sentido da democracia e liberdade dos cidadãos. O reconhecimento desta boa-fé teórico-política pode ser visto justamente nos relativamente longos itens dedicados à teoria de Luís Roberto Barroso e à de Lenio Luiz Streck. Embora críticas, tais reconstruções teóricas implicitamente rendem seu respeito à atuação e à influência jurídica que

---

<sup>4</sup> Como o próprio Habermas (1985) contou, em entrevista à *New Left Review*.

tais pensadores tiveram e ainda têm não só na comunidade de juristas, mas também na sociedade e na cultura brasileiras em geral.

É, entretanto, a tese deste trabalho que estas inovações, ainda que avançadas e emplacadas com genuíno espírito público, representam tiros n'água; ou melhor: tiros que saíram pela culatra; assim como o são a ampla aceitação, especialmente entre os juristas e juízes, que tais teorias tiveram no Brasil – e no mundo. Isso nada diz, evidentemente e de novo, sobre a lisura de seus fautores; quem defende (radicalmente, com o perdão do paradoxo) a democracia tem de estar pronto para perder disputas argumentativo-discursivas, para reconhecer o erro e mudar de posição e para, pelo menos presumidamente, assumir a boa-fé e a relevância da argumentação de quem discorda. Isso é que se tentou fazer e promover com este trabalho.

Um último desdobramento desta advertência especial deve afirmar que, também em nenhum momento por aqui, se pretende diminuir ou denegrir o poder judiciário. Entre os seus membros existem genuínos cidadãos plenos de mentalidade democrática, de um lado; e não tão respeitáveis agentes públicos, (ainda) inscientes do peso simbólico que o poder que exercem representa e do fim para o qual existe, de outro lado. Mas esta é uma verdade para qualquer poder, provavelmente em qualquer lugar do mundo, ainda que alguns lugares talvez tenham cristalizado mais pujantes tradições republicanas e mais eficientes instituições políticas que promovam a virtude e desbaratem o vício. Seja qual for o caso, é inegável a importância nada pequena que o poder judiciário e seus membros têm – e têm de ter – em qualquer democracia. Mas se este trabalho não lhes pretende em nenhum momento diminuir esta importância, pretende, ao menos, procurar argumentar para conclamá-los e à instituição à qual pertencem – assim como a qualquer instituição, indistintamente – que resistam à tentação de assumir uma função paternal de “salvadores da pátria”. Que deixem que a cidadania brasileira alcance a maioria, por mais que tenha de cometer ainda (mais) erros terríveis até chegar lá.

Que rejeitem mesmo a bela imagem de Garapon (2001) que os coloca como “guardiães de promessas” que a tradição moderna nos teria legado, na qualidade

de nação livre. Até porque, ao menos no Brasil, ainda temos quase tudo a prometer – democraticamente, não há outro meio –, já que quase nada pudemos, até agora, cumprir.