

## 2. Bases históricas da tecnocracia jurídica (brasileira)

O diagnóstico é quase universal, embora seja especialmente mencionado e feito nos diversos ramos dogmáticos da teoria jurídica e entre os filósofos do direito. O poder judiciário, originalmente a “boca da lei”, na sistematização montada por Montesquieu a partir da experiência inglesa, passou, por um ou outro caminho, a deter a “última palavra” da democracia, a “autorizar o poder” político-democrático, a “corrigir os desvios” e garantir, em todo caso, que a democracia, qualquer a forma institucional particular que tome, seja ou se torne, efetivamente, democrática<sup>1</sup>.

Normalmente, o referencial é o do direito europeu continental – nomeadamente da família romano-germânica –, mas o pioneirismo e a estabilidade constitucional (escrita) dos EUA não são nunca – nem poderiam ser – desprezados. O marco fundamental, nada obstante a preeminência temporal da Revolução Americana, é a Revolução Francesa. Aqui, a perspectiva da evolução institucional é assumida, normalmente, sem maiores preocupações, esquemáticas que sejam, com a dinâmica do processo evolucionista. Mais ou menos, com uma ou outra variação, é assumido, especialmente no campo do direito, que:

“As grandes revoluções Liberais desenvolveram, todavia, ênfases políticas distintas: a *Inglês*, preocupada em limitar o poder monárquico, voltou-se à afirmação das instituições da representação e do Parlamento, assentando as bases do que é hoje o *Legislativo*; a *Americana*, preocupada em consolidar a soberania política do novo Estado, dedicou-se à racionalização e ao equilíbrio de seus poderes constituídos, elevando, no processo, o *Judiciário*, a Poder do Estado; e, por fim, a *Francesa*, preocupada em varrer o absolutismo das instituições, assentou as bases da *Administração Pública* contemporânea. [...]

Do mesmo modo, o *Poder Judiciário*, impulsionado pelo exitoso exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, especialmente no desenvolvimento do controle da constitucionalidade das leis, conquistou espaços públicos e se impôs como Poder independente do Estado capacitado para tornar efetivas as liberdades, direitos e garantias conquistados, aperfeiçoando-se, no processo, como a mais preciosa das instituições liberais, referência de todas as demais e pedra fundamental do Estado de Direito.” (MOREIRA NETO, 2000, p 8-9, grifos do autor)

---

<sup>1</sup> Cf. entre outros, Moreira Neto (2000); Werneck Vianna et al. (1999), Streck (1999 e 2006a); Barroso e Barcellos (2006); Barroso (2006a); Garapon (2001); e, de uma perspectiva crítica, Habermas (2001); Maus (2000), Cittadino (2003 e 2004) e Lima (2004).

Uma variante possível é também esta:

“O problema eficaz das normas passa, fundamentalmente, por um redimensionamento do papel dos operadores do Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público [...]. [...] se, com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco do poder/tensão passou para o poder executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.” (STRECK, 1999, p. 322-23)

De qualquer modo, a assunção pura e simples do deslocamento do eixo de decisão jurídica do legislativo para o executivo e depois para o judiciário, além de só fazer sentido como esquema paradigmático – e mais ou menos idealizado – da evolução da dinâmica histórico-sócio-jurídica, traz consigo densas considerações normativas, embutidas na pretensão de validade assertórica principal que o discurso parece assumir. Em outras palavras, esta reconstrução idealizada faz sentido apenas para quem assume que é desejável que o protagonismo poder judiciário seja a evolução natural da dinâmica de atuação do poder político em geral – ou seja: que *deva ser* assim. Além do mais, como é preciso reconhecer, esta dinâmica paradigmática casa bem, principalmente, com a história da evolução sócio-política européia, em que a Era das Revoluções se deu, de modo mais ou menos específico, em *todos os* países do sistema romano-germânico, em épocas muito próximas.

Daí que uma cultura jurídica cunhada com apoio no liberalismo político fomentador dos ideais revolucionários pôde erigir-se sem mais problemas em torno de conceitos similares que simbolizavam, justamente, a derrocada do *Ancien Régime* em prol de uma maior – embora não tão grande assim – autonomia individual, sobre uma base de igualdade contratual presumida absolutamente. Idéias como a do estado de direito, direitos individuais, autonomia privada, liberdade política e liberdade negativa, traduzidas e difundidas em diversos idiomas, dão o tom da concordância histórica de um estágio sintonizado de socialização e simbolização dos estoques de significado de uma espécie de mundo-da-vida liberal-burguês<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre conceitos da afirmação da era liberal na Europa, cf., entre outros, Schiera (1986, p. 409-413); Matteucci (1986, p. 686-705); Böckenförde (2000a, p. 17-45); Habermas (1987, p. 357

Obviamente, esta concordância simbólica, por assim dizer, *epocal*, não se aplica, nem em germe, à dinâmica histórico-política brasileira. José Murilo de Carvalho (1992, p. 89-107) sempre insistiu em procurar comparar a dinâmica da evolução européia com a brasileira, do ponto de vista dos direitos subjetivos. A motivação que fez com que T. H. Marshall<sup>3</sup> visse nas revoluções européias – comparáveis, sem dúvida, à dinâmica histórica norte-americana – um caminho em relação à afirmação do sujeito de direito em três fases, claramente não se aplica ao Brasil.

“A existência dos direitos políticos sem o prévio desenvolvimento de direitos civis, da convicção cívica da liberdade individual e dos limites do poder do Estado, redundam num exercício falho da cidadania política. O voto, como ainda acontece até hoje em largas parcelas da população, passa a ser tudo, menos afirmação da vontade cívica de participação no governo do país, através da representação. Ele é o penhor da lealdade pessoal, de retribuição de favores de barganha fisiológica, quando não simples mercadoria a ser vendida no mercado eleitoral. [...]

A situação do país se revela mais peculiar se observarmos que os direitos sociais, os últimos na seqüência clássica, expandiram-se antes dos direitos políticos no Brasil.” (CARVALHO, 1992, p. 98 e 100)

Mesmo assim, entretanto, e às vezes reconhecendo expressamente o caráter problemático da história brasileira, principalmente em relação aos países de onde surgiu o movimento de transferência maciça de poderes (ou competências) ao judiciário (cf. BARROSO, 1999; BARROSO e BARCELLOS, ob. cit. e STRECK, 2006a), a insistência da doutrina brasileira em aplicar por aqui teorias alienígenas para sustentação e promoção desta transferência parece não se abalar. Em verdade, tanto quanto na Alemanha, onde um complexíssimo processo deu origem à Lei Fundamental de Bohn<sup>4</sup>, a teoria e a prática jurídica brasileira parecem repetir, via *fetichização* da constituição como uma entidade quase-

---

*et seq.* e 2001, p. 84 *et seq.*); e, do ponto de vista da democracia, Pádua (2008c), com outras referências.

<sup>3</sup> Cf., do ponto de vista da teoria da cidadania, uma crítica em Bello (2007)

<sup>4</sup> A ideologia otimista em torno da Lei Fundamental de Bohn, aliás, chega a ser curiosa, em vista dos motivos pelos quais recebeu ela este nome (em alemão, *Grundgesetz*): “A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha entrou em vigência no dia 23 de maio de 1949. Foi chamada lei fundamental (*Grundgesetz*) porque o Conselho Parlamentar não queria usar o digno (*dignified*) termo constituição (*Verfassung*) em um documento criado para governar uma parte da Alemanha por um período transitório que duraria até a reunificação nacional. [...] A Lei Fundamental nunca foi submetida a votação popular.” (KOMMERS, 1997, p. 30). Cf., também, as considerações históricas de Maus (ob. cit.)

oracular<sup>5</sup>, a sucessão de eventos (jurídicos) que tornaram tão poderosos os tribunais constitucionais europeus – principalmente o alemão, o italiano e o espanhol.

Este é o começo da história. A mudança paradigmática que, nos trilhos do *Welfare State*, deu força autônoma ao direito para coligar-se ao poder do estado sem a mediação simbólica do mundo-da-vida, já consolidada na Europa Continental – e, com diferente e mais longa dinâmica, também nos EUA –, encontrou no Brasil um berço preparado pela apropriação tecnocrática da própria história constitucional contemporânea. O processo *político* de feitura da nossa última constituição parece menosprezado a favor de uma sua leitura idealizada, hipostasiada a ente – ou *ser*, na teoria de Streck<sup>6</sup> – dissociado da história e de sua tortuosa caminhada legislativa.

Para mostrar, portanto, como nasce a apropriação tecnocrática da prática jurídico-constitucional por uma fechada e elitizada comunidade de intérpretes, o início é a história constitucional. Primeiramente, trataremos da dinâmica de superação paradigmática que traz consigo a transferência de poder e influência política para o judiciário, tomando por base a evolução político-jurídica da Europa continental (2.1). Em seguida, nosso foco será cerrado no caso brasileiro, a fim de assinalar quão diferente a nossa trajetória histórica e jurídica é da européia (2.2.1), bem como o quão disputado, tortuoso e heterodoxo foi o processo constituinte de 1987-88 (2.2.2). Por fim, tendo em vista estas considerações, promoveremos breve excursão sobre a evidência e a forma de encarar este fenômeno de judicialização da política no Brasil (2.3).

## 2.1.

### **Na história e sociologia do Direito Ocidental: a mudança de paradigmas jurídicos**

---

<sup>5</sup> Cf. cap. 3, abaixo.

<sup>6</sup> Cf. cap. 3.3, abaixo.

O direito, obviamente, não começa com o constitucionalismo. Aliás, na qualidade de fenômeno histórico, o constitucionalismo deve ser cuidadosamente diferenciado da idéia de constituição, em sentido amplo.

“[...] a Constituição, para *ser*, precisa de muito pouco: de simples princípio de ordem que seja o ponto de apoio em que se possam firmar os grupos e os indivíduos para se conferir ou se impor aos fatos políticos (ou políticos e econômicos, ou sociais de outra natureza) certa juridicidade básica.” (PONTES DE MIRANDA, [194?], p. 132-33)

A mesma idéia que hoje serve a reconhecer na Inglaterra uma constituição<sup>7</sup> – predominantemente costumeira, ou esparsa e flexível – serve a pensar em constituição em Roma<sup>8</sup>, por exemplo. Esta, aliás, foi uma constatação bastante clara aos teóricos da jurisprudência analítica, principalmente, de Kelsen a Hart: a constituição é, antes de tudo, fundamento jurídico de validade da ordem jurídica como um todo e não – necessariamente – um documento jurídico escrito com este ou aquele conteúdo<sup>9</sup>. Daí que, ao falar em constitucionalismo, estamos pensando, antes de tudo, de um fato político historicamente e socialmente delimitado, e não, na “criação das constituições”, já de muito existentes<sup>10</sup>.

(a) O ponto de partida, portanto, da fixação de uma centralidade judiciária da decisão política, de fato, e paradoxalmente, nasce de um movimento de limitação de poder estatal. O constitucionalismo, como coroamento jurídico de um movimento revolucionário que tem seu símbolo na – quase-malograda –

<sup>7</sup> Aliás, o assunto sequer parece ser controvertido em doutrina constitucionalista. Cf., sobre a constituição inglesa, primeiro, David (1998, p. 281 *et seq.*), embora com um excesso de centramento na jurisprudência, o que pouco explica conceitos-chaves como a *parliamentary sovereignty*. Para isso, muito interessante a análise de Zagrebelsky (ob. cit., p. 24-27). Cf., também, Elliott (2004).

<sup>8</sup> Isso se expressa bem, especialmente, na complicada estrutura institucional do período republicano. Infelizmente, no entanto, o direito público romano tem ainda sido pouco estudado mesmo pelos romanistas, que se apóiam mais nas elaborações privadas, compiladas no período justinianeu. Cf Catalano, 2005, p. 35.

<sup>9</sup> Cf., principalmente, Kelsen, 2006, p. 124-25 e *passim*, onde o sentido que aqui se deu à constituição é chamado “sentido material”, reservado o “formal” para a constituição como “certo documento solene”. Cf., para uma visão de conjunto da jurisprudência analítica e sua importância na fixação de uma teoria científica do direito, Pádua, 2008b e cap. 3.1, abaixo.

<sup>10</sup> Obviamente, com isso não se quer tomar posição a favor da consideração da “constituição real e efetiva” de Lassalle (2000), constituída pelos “fatores reais de poder” de determinada sociedade em determinado momento histórico. A consideração de Lassalle era socialista e tinha um evidente pendor pelo materialismo histórico que seu contemporâneo Karl Marx popularizaria com sua produção teórica (cf. BASTOS, 2000). O que neste trabalho se afirma é a necessidade de uma constituição em sentido jurídico mesmo em qualquer sociedade que organiza o poder e sua relação com seus súditos, seja de que categoria sejam. Não se deve, entretanto, em nada desprezar a intuição correta de Lassalle acerca da necessidade de uma constituição na organização sócio-política de qualquer sociedade.

Revolução Francesa de 1789 é, antes de tudo, um filho do liberalismo político-econômico. Seu próprio lugar histórico – a primeira constituição escrita do mundo foi a norte-americana de 1787 e a primeira declaração de direitos foi o *Bill of Rights* inglês de 1689 – o coloca como um momento político-jurídico de rejeição ao *Ancien Régime* e de limitação ao então absoluto poder monárquico (cf. ZAGREBELSKY, 1995, p. 21 *et seq.*, GRIMM, 2006, p. 175 *et seq.* e HABERMAS, 2001, p. 196 *et seq.*).

O liberalismo político, realmente, converge uma série de tendências históricas teóricas e práticas, em torno do ideal comum do suplantamento da ordem absolutista. O iluminismo, de Locke a Rousseau, passando por Montesquieu e, mais tarde, Tocqueville, forneceu a base filosófica política que bem casou com o antropocentrismo e a filosofia do sujeito simbolizada no *cogito ergo sum* de Descartes e da tradição racionalista-idealista que ele inaugurou na ontologia e na epistemologia (cf. MORENTE, 1980, p. 133 *et seq.*). A teoria kantiana é a mostra maior e mais acabada deste individualismo filosófico que, a partir das conclusões filosóficas do idealismo, pôde gerar conseqüências teóricas também para a política, especialmente do ponto-de-vista do fundamento moral da autoridade e, logo, do poder<sup>11</sup>.

Se o ponto de partida da própria ontologia nasce no sujeito, também o fundamento da autoridade e do poder político só pode derivar da vontade dos sujeitos, individualmente considerados, agora transmudados em cidadãos. Se bem que seja o mote comum a todas as teorias contratualistas, esta “razão centrada no sujeito” (cf. HABERMAS, 2002a, p. 411 *et seq.*) pôde, no encontro dos descontentamentos com os conceitos rígidos derivados de uma sociedade estamental – comunidade, estamento, hierarquia, *status* –, coligar várias tradições liberais de distintos matizes. Foi assim que o liberalismo pôde surgir da congregação de contratualistas, idealistas, empiristas e utilitaristas (cf. W. G. SANTOS, 1999, p. 9-31). Sua consolidação como movimento político exigiu, ainda, a união dos revoltosos, capitaneados pela burguesia, em torno do mote da limitação do poder pela constituição escrita que assegure, no plano do simbólico,

---

<sup>11</sup> Cf., para a teoria política kantiana, por todos, Acton ( 1979). Para sua teoria filosófica, Morente (op. cit., p. 229 *et seq.*)

o que já estava decretado socialmente pelas – às vezes sangrentas – lutas (ditas) burguesas. Não à toa Habermas reconheceu na Revolução Francesa, como maior legado, o próprio fechamento da via revolucionária como forma de destruição violenta de uma ordem sócio-política (constitucional) prévia: se o indivíduo convertido em sujeito de direitos e cidadão é agora o início e o fim da ordem jurídica, a sua própria diversidade inexorável é o limite intransponível do reerguimento completo de uma qualquer “comunidade” total.

“Ao contrário da Revolução Americana, que foi, por assim dizer, o *resultado* (*outcome*) dos eventos, a Revolução Francesa foi *levada adiante* (*carried forward*) por seus protagonistas com a consciência de uma revolução. [...]

A consciência revolucionária deu origem a uma nova mentalidade, que foi moldada por uma nova consciência do tempo, um novo conceito de prática política, a uma nova noção de legitimação. A consciência histórica que rompeu com o tradicionalismo das continuidades naturais (*nature-like*); a compreensão da prática política em termos de auto-determinação e auto-realização; e a confiança no discurso racional, através do qual toda autoridade política deveria legitimar-se – cada um desses é especificamente moderno. Sob esses aspectos, um conceito radicalmente mundano (*this-wordly*), pós-metafísico, do político penetrou na consciência da população mobilizada.” (HABERMAS, 2001b, p. 466-67)

A afirmação do cidadão corresponde ao enfraquecimento da comunidade<sup>12</sup>. A liberdade tomada como ausência de limites – em feição “negativa”, portanto, no dizer de Berlin – correspondia totalmente à presunção absoluta de igualdade entre os cidadãos. O modelo de trocas legais do mercado fornecia, portanto um modelo perfeito de coordenação entre iguais a partir de regras (quase-)naturais de competição e reprodução material. O contrato e a autonomia da vontade eram o ancoramento jurídico do mecanismo sistêmico do mercado, seu possível atrelamento ao mundo-da-vida já agora cada vez mais diferenciado dos sistemas administrativo – dominado pelo nascente estado moderno – e econômico – centrado nas trocas do mercado (cf. HABERMAS, 1987A, p. 135 *et seq.*, 358-61e *passim*).

---

<sup>12</sup> Não por outro motivo, o movimento neorepublicano apela a experiências da antiguidade clássica – especialmente romana – para disputar com o liberalismo o conceito de liberdade, com uma faceta positiva. Cf. Buttle (2001), e, com mais referências, Pádua (2008c). A separação indivíduo-estado é fruto do liberalismo moderno e em vão se procura na Grécia ou em Roma. Na antiguidade, como os próprios republicanos se esforçam por demonstrar, a ética comunitária tomava o lugar da autonomia individual como fonte legítima da autoridade e da normatividade social. Cf., sobre a Grécia, Jaffro (2001).

Pouco parece ser notado, no entanto, que tanto o contrato quanto a autonomia privada têm, além de uma dimensão negativa de ausência de interferência, uma dimensão positiva de *constituição de um vínculo jurídico*. O que já se vê em qualquer manual de direito civil<sup>13</sup> é também um aspecto importantíssimo da assunção destes instrumentos tipicamente privados para marcar a relação entre a esfera pública dos sujeitos de direito com o sistema estatal de governo (constitucional)<sup>14</sup>.

O contrato, e a autonomia privada que este instituto (re)afirma, é um instrumento de direitos e um constituidor de um vínculo obrigacional. A idéia de constituição é inerente ao contrato<sup>15</sup>. A simbolização da constituição de um (novo) estado em um contrato (social) representa um duplo reconhecimento: de um lado, reconhece que só os afetados por uma situação jurídica específica podem ser criadores desta situação. A autonomia privada se afirma autonomia pública pela via da publicização do contrato. De outro lado, ademais, o contrato social demonstra a derivação e diferenciação sistêmica da administração moderna, a partir, simultaneamente, do mundo-da-vida em seu constituinte *sociedade*, e do mercado como primeira funcionalização do aspecto material do mundo-da-vida. O contrato é o instrumento pelo qual os sujeitos de direito “constituem” o sistema administrativo, e, desta maneira, garantem o ancoramento do poder na sociedade, dele (parcialmente) diferenciada.

“[...] com o modelo do contrato através do qual todas as partes (*legal associates*), após racionalmente pesarem seus interesses, regulam sua vida comum como parceiros livres e iguais, os teóricos modernos do direito natural foram os primeiros a satisfazer a demanda por um fundamento procedimental para o direito, isto é, por uma justificação por princípios cuja validade pudesse, por sua vez, ser criticada.” (HABERMAS, 1984, p. 264)

O termo constituição e sua afirmação solene como um documento escrito de formação e delimitação do poder, desta forma, obedece ao afã revolucionário.

---

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, Pereira (2001, p. 9-14). Não à toa, quando, tardiamente, o direito civil brasileiro quer adentrar o paradigma do Bem-Estar Social, o principal alvo é a concepção “liberal” ou “moderna” do sujeito contratante, e o seu correlato conceito de autonomia privada como afirmação da liberdade (cf. PERLINGERI, 2002, p. 17-20 e *passim*). No Brasil, a idéia de um direito civil-constitucional é capitaneada, entre outros, por Bodin de Moraes (1999 e 2003).

<sup>14</sup> Cf. cap. 4, abaixo, para as noções de esfera pública, mundo-da-vida e sistemas sociais.

<sup>15</sup> A idéia do contrato como exercício do direito entre as partes e não só do direito das partes vem já em Kelsen (2006, p. 77 *et seq.*), de modo especialmente na sua noção de direito subjetivo como *subjective law* e não só *subjective right*.



Tanto no aspecto político, quanto no aspecto social, consolida juridicamente a relativamente longa trajetória filosófica que vai da afirmação do indivíduo como sujeito do mundo à destituição do poder monárquico como portador de uma “legitimação” absoluta teológica ou estamentalmente garantida<sup>16</sup>.

(b) Paradoxalmente, a sintetização simbólica do liberalismo como negação ao absolutismo em um texto solene, a constituição, afirmou as bases para que o direito ganhasse uma força que nunca pôde antes possuir. Duas ordens de idéias sintetizam esta nova força do direito: de um lado, no plano mais prático, a afirmação da separação dos poderes e o princípio da legalidade trouxeram à tona a importância do arranjo institucional constante da constituição e possibilitaram a “era das codificações”; de outro, no plano mais teórico, o reconhecimento da constituição como documento jurídico e a legitimação jurídica do poder político que propiciou, criaram as bases sociais para o advento da ciência do direito, especialmente pela via do utilitarismo, mas logo, da jurisprudência analítica que o sucedeu.

(aa) A idéia de separação de poderes, tal como predominantemente recebida no direito moderno muito deve à sistematização de Montesquieu (1748), no famoso capítulo VI do livro XI – intitulado “Da Constituição da Inglaterra” – do *De L’Esprit des lois*. Como liberal, é evidente que a descrição das instituições inglesas que o fez ver a dinâmica da divisão de funções do poder estatal em órgãos distintos tinha por finalidade a limitação do poder (cf. PONTES DE MIRANDA, [194?], v. 1, p. 161 *et seq.*). Sua recepção entusiasmada pelo constitucionalismo moderno também assim se explica. Isso é só metade da história. Como aristocrata, Montesquieu era também um moderado, que buscava mostrar a importância dos “corpos intermediários”, o perigo da república como forma de governo. Como um dos fundadores da sociologia política moderna, um

---

<sup>16</sup> A ligação do contrato social com um “paradigma moderno”, por via da ligação do direito formal-burguês com a epistemologia (neo)positivista é a principal tese de B. S. SANTOS (2005). Embora não seja o lugar para pormenores, diga-se apenas que a visão é parcial, além de obcecar-se com uma conjugação pouco defensável de conceitos de tradições teóricas extremamente díspares, justamente para poder conformar ecleticamente este onímodo “paradigma moderno”. A construção histórica – evolucionista, diga-se – do estado moderno, no entanto, contém uma intuição interessante sobre a teoria do contrato social, a partir da disjunção analítica weberiana, também em nosso trabalho retomada, entre estado e mercado (p. 129-139).

para-positivista, era também um teórico das conexões causais entre a história humana e a “natureza das coisas” (cf. ARON, 2003, p. 25-66).

Hoje, não são poucos os que criticam a não-originalidade, a análise distorcida ou mesmo a falência atual da teoria de Montesquieu. (cf. PESSANHA, 2003, p. 141 *et seq.*; GARAPON, 2001, p. 226 *et seq.* e *passim*). De fato, mesmo Montesquieu não parece ter querido ser original, muito menos o *formulador* do princípio da separação de poderes. Ele mesmo procurou aplicar esta análise já às três formas romanas de governo – República, Principado e Império – e não se acanhou em citar Aristóteles em muitas partes da sua explanação. Por outro lado é já reconhecido que bem antes de Montesquieu, Locke já havia formulado uma teoria da separação de poderes – legislativo, executivo e federativo – com propósitos bem mais prescritivos do que seu sucessor (cf. LOCKE, 1983, p. 91-92 [§§ 143-48] e *passim*).

Em todo caso, o que importa aqui perceber é que, no esteio da separação de poderes, o conceito de estado de direito pôde surgir, como corolário jurídico-estatal da autonomia do indivíduo, a partir da limitação do poder que o oprimia no *Ancien Régime*. Por outro lado, o reconhecimento do cidadão como sujeito de direitos trouxe a necessidade e a possibilidade de regular não só a sua relação com o Estado, mas também a sua relação com outros sujeitos de direito, no mesmo espírito romano de regulação social pelo direito.

Se, num primeiro momento, as revoluções liberais constitucionalistas (re)constituíram o estado em suas instituições e em seu fundamento de legitimidade, num segundo momento, a derrota do republicanismo jacobino na Revolução Francesa aponta, como exemplo maior, a predominância da recepção do direito privado romano (cf. CATALANO, 2005; e SALADNHA, 2005) sobre o direito público, já iniciado no transplante mais ou menos bem-sucedido do direito romano glosado sobre o “direito comum” europeu em diversos “países” a partir da Idade Média (cf. KOSCHAKER, 1955, p. 217 *et seq.*). O sujeito de direitos liberal tem, pois, dupla relação jurídica: com o estado, ele é *constituído*<sup>17</sup> e dotado de

---

<sup>17</sup> Daí a famosa teoria do poder constituinte devida a Sieyès (1997)

uma esfera intangível de liberdade (negativa); com outros sujeitos de direito, ele é autônomo e igual em capacidade jurídica. Já aqui começa a se desenhar mais claramente a diferenciação entre a esfera pública e a privada de um mundo-da-vida pós-tradicional.

(bb) A ascensão de Napoleão Bonaparte na França – mas também, mais tarde, de Bismarck na Prússia ou de Cavour na Itália –, marcaram o recorte revolucionário liberal contra a ameaça republicana. A afirmação do liberalismo, centrado na autonomia do indivíduo enquanto tal, afastou as pretensões republicanas que tiveram no iluminismo de Rousseau seu maior defensor teórico – e na política de Robespierre, seu maior defensor prático. O direito romano, então, adentra os códigos liberais como *ius privatum*, não como *ius publicum*; como *ius civilis*, não como *ius populi* (cf. CATALANO, ob. cit., e SALDANHA, ob. cit.). Com isso, assegurava-se a predominância progressiva do direito como código universal do sujeito de direitos, sem que sua autonomia individual tivesse de ser remetida à comunidade, ou fundida espacialmente com a cidade (*urbs*), num todo conceitual que remetia ao estado (cf. TAVARES, 2005 e SALDANHA, ob. cit.). Mantinha-se, assim, a separação estado-sociedade e afirmava-se a pluralidade de indivíduos, ao revés da unidade da comunidade.

Ao mesmo tempo, o centrar do direito no código, prestigiado como pretensa obra do poder legislativo – mais diretamente ligado ao indivíduo agora detentor da soberania popular e do poder constituinte – representava, na verdade, a primeira (re-)entrega do direito ao jurista, desde o prestígio dos jurisconsultos (*prudentes*) romanos – já que na Idade Média, na maior parte da Europa, a pluralidade de Feudos só permitia falar de um não muito sistemático “direito comum”<sup>18</sup>. O código consolida a recepção do direito romano – pós-clássico, bem entendido – na Europa, no contexto, paradoxalmente, da afirmação do indivíduo contra o estado e da soberania popular contra o poder absoluto. Mais ainda, e ao contrário do que grande parte dos juristas contemporâneos “pós-positivistas” costuma afirmar, a era das codificações não foi obra dos teóricos científicos (“positivistas”) do direito

---

<sup>18</sup> Aliás, foi na luta contra este “bárbaro” direito comum que os glosadores e pós-glosadores se bateram pela recepção do direito romano na Europa, já na Baixa Idade Média (cf. KOSCHAKER, ob. cit., *passim*)

– ainda não assentados antes do início do séc. XX – senão de juristas práticos, inspirados no romanismo dos pandectistas e da Escola Histórica do direito<sup>19</sup> – contra a qual, mais tarde, aliás, vai se insurgir Kelsen (2006) – e iluminados pelo nacionalismo revolucionário.

“A finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades dos homens do século XIX. Os códigos deviam constituir, ao suceder ao *usus modernus*, o *usus moderníssimos Pandectarum*. O declínio do espírito universitário e o nacionalismo do séculos XIX fizeram deles, pelo menos por algum tempo, algo de diferente. Os códigos foram tratados como se, em vez de serem uma nova exposição do direito comum, fossem a simples generalização, uma nova edição, de um “costume particular”, elevado a nível nacional.” (DAVID, 1997, p. 55)

Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 120-124) também apontou esta interessante e seletiva afirmação do direito romano, renascido na Idade Média, em plena estruturação da Idade Moderna; porém o fez sob a equivocada premissa de que o direito romano serviu de fator de “cientifização” do direito, para propósitos capitalistas de regulação. Na verdade, como visto, a recepção do direito romano na Europa, obra primeira de juristas universitários, que nada tinham que ver com o “direito comum” que se praticava fragmentado, no território europeu feudal, foi progressivamente se impondo e permeando este mesmo direito comum, através de tradições teóricas distintas. Estas tradições, aliás, mais tarde, de uma perspectiva teórica, foram justamente acoimadas de não-científicas quando a jurisprudência analítica e a teoria pura do direito se afirmaram no início do séc. XX. A cartada final do direito romano – privado, bem entendido – veio não com as universidades ou com a “ciência”, senão, indiretamente, pelos juristas revolucionários franceses, em um longo processo de afirmação política, que, paradoxalmente, posto que devesse mais a fatores políticos como o nacionalismo revolucionário, abriram caminho para a ascensão, nunca mais impedida, do *jurista* – não mais distinto entre prático ou universitário.

---

<sup>19</sup> Obviamente, a relação entre a gênese do direito e os estudos jurídicos – especialmente do direito romano – nas universidades européias continentais é um pouco mais complexo do que isso. De modo geral, no entanto, é correto afirmar que, até ao menos a Escola de Exegese na França, sintetizando o prestígio da codificação e da lei escrita, as universidades não ensinavam o direito praticado, senão o direito como fenômeno filosófico e histórico do gênero humano. Houve, no entanto, é evidente, uma influência universitária na formação do direito europeu moderno. Cf. David, 1998, p. 41-42, 51-54 e *passim*.

O cidadão (*cive*), etimologicamente habitante da cidade, completado o trabalho jurídico da revolução liberal, passaria a ter suas relações com o estado reguladas na constituição e suas relações com seus iguais reguladas no Código Civil, a “constituição do homem comum”. E, como o código civil era obra de juristas, não de políticos<sup>20</sup>, e como sua faceta de indivíduo privado – não político ou público – era o cerne da sua inserção na modernidade, a maior parte de sua vida fora entregue, já, em germe, ao direito tecnocrático, não ao direito – minimamente que seja – democrático.

(cc) O direito como ciência só se afirma, realmente, no início do séc. XX, com Hans Kelsen. Antes dele, a constituição tentativa da corrente teórica que se convencionou chamar “jurisprudência analítica” somente representou, em verdade, a aplicação mais ou menos ortodoxa do utilitarismo inglês ao estudo do direito. Neste sentido, seria mais um competidor teórico dos romanistas e codificadores da Escola de Exegese francesa (cf. LUISI, ob. cit.; DAVID, ob. cit., p. 51-60 e *passim*) – e nem tanto assim, veremos – do que propriamente revolucionários da teoria do direito. A análise teórica da jurisprudência analítica se fará mais adiante<sup>21</sup>. Por ora, importa notar o contexto em que ela nasce e o que ela representa para esta primeira onda apropriação jurídica da prática sócio-política.

Os dois grandes iniciadores da jurisprudência analítica – e, com ela, da principal tradição do que se viria chamar, mais tarde e não sem um certo sentido depreciativo, *positivismo jurídico* –, Jeremy Bentham e seu discípulo John Austin eram ambos ingleses e ambos grandes adeptos do utilitarismo – Bentham, ao lado de Beccaria, é mesmo um de seus fundadores. Os utilitaristas parecem não só ter fundado a teoria do direito moderna, senão também a economia moderna (Cf. W. G. SANTOS, ob. cit.). Mas, na teoria do direito, ao contrário da economia<sup>22</sup>, sua

---

<sup>20</sup> É interessante notar que, apesar de ter-se constituído em 1790, por decisão da Convenção Nacional, uma comissão de redação do novo Código Civil, e apesar de esta comissão ter, de fato, apresentado anteprojetos em 1793 e 1795 (cf. LUISI, 2004), só se conseguiu efetivamente colocar o código em vigência em 1804, quando já sepultada a Reforma Jacobina no famoso *18 do Brumário* (1799).

<sup>21</sup> Cf. cap. 3.1. Com outro objetivo, uma análise do mesmo assunto já foi objeto de Pádua (2008b)

<sup>22</sup> Na economia, o princípio utilitarista é tão forte que, ainda hoje, o modelo do *homo oeconomicus* ainda se centra no modelo do indivíduo que se guia pela máxima utilidade. É

contribuição é mais importante por um princípio não-utilitarista, que viria a ser pedra de toque de todo o direito posterior, e, muito combatida que seja, não mais pôde ser ignorada: a delimitação ontológica e epistemológica de uma *ciência* do direito (cf. PÁDUA, 2008b).

Antes mesmo do que os exegeticos franceses, os utilitaristas analíticos ingleses souberam honrar o empirismo de seus mestres. A mais importante obra de Bentham para a jurisprudência analítica é menos o *Principles of Morals and Legislation*<sup>23</sup> – de 1780 –, um amplo compêndio sobre os princípios de uma legislação unificada, especialmente em matéria penal, para Inglaterra, do que o *Fragment on Government* – de 1776 (mesmo ano de *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria) –, uma virulenta, e ao tempo apócrifa – crítica à teoria do direito e do estado do juiz inglês William Blackstone, autor de uma das poucas recopilações de *common law* da época (cf. DAVID, 1998, p. 299-300).

Neste trabalho, Bentham expõe, a partir de uma reconstrução semântica das *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone, pela primeira vez com alguma sistematicidade e nada obstante a predominância jusnaturalista do contratualismo cada vez mais influente, a idéia de que a lei vale por ser expressão da autoridade do estado. Após dizer que a sentença “lei da natureza” apresenta um conceito vazio (“não é mais que uma frase”), Bentham (2003) centra-se na autoridade legiferante do estado como único fundamento de uma lei

“[...] da autoridade do poder supremo<sup>24</sup> não se pode dizer, *exceto quando esteja limitada por expressa convenção*, que tenha qualquer limite específico ou certo. – É dizer, que existem atos que *não podem* realizar: - falar de alguma coisa sobre eles [os atos] que seja ilegal, – que seja *inválida*; – dizer que excedem a sua *autoridade* (qualquer que seja a frase) – a seu *poder*, a seu *direito*, – é, por corrente que seja, um abuso de linguagem. (IBIDEM, p. 165, grifos do autor)

Como, mais tarde, Austin, Bentham vai atrelar a teoria do estado à teoria do direito por meio da atividade soberana de fazer leis. Estas leis poderão, obviamente, ser criticadas, especialmente sobre o princípio da utilidade, que dá fundamento coercitivo às leis e as une à soberania, mas esta função crítica, ao

---

sintomática desta evolução, a importância metodológica que assumiu a teoria dos jogos. Cf. Ebert (2004)

<sup>23</sup> Bentham, 2005.

<sup>24</sup> Em outra passagem, Bentham se esforça por demonstrar na idéia poder supremo de Blackstone nada mais apresenta do que as pessoas que detêm o poder (ou o direito) de fazer leis.

contrário da identificadora das fontes do direito e do conteúdo de lei<sup>25</sup>, é metateórica – não serve para tirar conclusões internas ao direito, como a invalidade.

A rejeição a fundamentações metafísicas do direito, certo, já estava contida na própria Escola de Exegese francesa que se sucedeu, logicamente, à era das codificações (cf. LUISI, ob. cit., p. 283). No entanto, por ser constituída predominantemente de práticos, suas preocupações sistemáticas não puderam constituir um corpo teórico para a posteridade – o corpo era o próprio código.

Por outro lado, todavia, a influência dos primórdios da jurisprudência analítica só pôde ser sentida algumas décadas depois. Mesmo no direito inglês, a incipiência histórica das universidades (cf. HOBBSAWN, 1982, p. 45-47), agravada pela desnecessidade de formação universitária para os juristas – nomeadamente os práticos – (cf. DAVID, ob. cit., p. 307-308) fizeram com que os cursos de Bentham e Austin só pudessem influenciar um restrito círculo de teóricos.

A importância histórica do movimento inglês foi, repita-se, a fundação de um sistema teórico para a posterior e progressiva consolidação de um positivismo jurídico. É a partir do positivismo jurídico e da porta para o refinamento teórico que ele abre, que a técnica do direito pôde progressivamente tornar-se indecifrável para o leigo, principal atingido pelas próprias normas jurídicas. Na sua concepção, tanto o iluminismo quanto a Escola de Exegese francesa tinham por objetivo consolidar em poucos conjuntos normativos todas as normas jurídicas necessárias à atuação do sujeito de direitos. O objetivo era a clareza. O paradoxo da sistematização teórica do direito é que a sua separação em prática e teoria deu

---

<sup>25</sup> Bentham vai desenvolver esta teoria do direito a partir da fixação de seu objeto na lei, com base, justamente da identificação de um conteúdo de lei, que represente aplicação teórica à metalinguagem teórica do princípio da utilidade. Isso já fora iniciado no primeiro capítulo dos *Principles* (BENTHAM, 2005), mas vem mais trabalhado num pós-escrito (*Concluding Note – BENTHAM, 2000*) ao mesmo trabalho, nove anos depois de sua publicação. Já apontamos a importância do princípio da utilidade na fundamentação ontológica da norma jurídica como objeto da teoria do direito (cf. PÁDUA, 2008b). Muito do que Bentham constrói, por aqui, vai visivelmente se refletir na teoria kelseniana de normas primárias e secundárias, na importância da sanção e da coerção e nos conceitos revisitados de Kelsen pela teoria italiana contemporânea. Cf., por exemplo, Guastini, 1999a., *passim*.

possibilidade à dissociação entre a evolução dos dois campos. Obviamente, a teoria progrediu muito mais e num círculo de participantes muito menor do que a prática, nada obstante pudesse este círculo influenciar, de certa maneira *de fora*, a própria atividade prático-política de gênese do direito – já agora, para mais além do que a *legislação*, símbolo das revoluções liberais.

(c) A teoria habermasiana dos paradigmas jurídicos é tributária, de um lado, da prévia teoria habermasiana da *juridificação* (*Verechtlichung*), e, de outro, da teoria crítica que este autor revigora, na tentativa de unir, no trabalho teórico, os indissociáveis aspectos práticos já envolvidos na utilização necessária dos estoques semânticos do mundo-da-vida. O que Habermas procura fazer, portanto, é unir o que o modernismo jurídico separou e identificar tendências evolutivas nas confluências das pesquisas da teoria do direito e da história do direito.

“A teoria do direito e a história do direito cultivam uma visão (*approach*) mais objetivante em seus entendimentos dos textos legais e do sistema de normas (*rule systems*), conquanto em direções diferentes. [...] através da generalização e abstraindo do julgamento de casos concretos, a teoria do direito toma distância (*gains distance*) sem perder a perspectiva do participante, como tal. Ao contrário, o olhar objetivante do historiador se foca nos contextos sociais nos quais o direito, na qualidade de sistema de ação, se sustenta (*is embedded*) – e a partir dos quais o pano de fundo implícito (*implicit background*) de assunções da jurisdição e da doutrina legal contemporânea se alimenta. Adotar esta perspectiva do observador desvela as conexões que, latentes para os participantes em si, funcionalmente conectam um sistema legal com o seu ambiente social – e também o conectam através da imagem que os juristas têm da sua sociedade. [...] Então fica claro que os juristas interpretam posições individuais não apenas no contexto do corpo legal como um todo, mas também no bojo de um horizonte das pré-compreensões naquele momento dominantes na sociedade contemporânea. Neste sentido, a interpretação do direito é também uma resposta aos desafios percebidos na presente situação social.” (HABERMAS, 2001a, p. 388)

(aa) A teoria do direito, de fato, tal como a vimos construindo em seu nascedouro, se conecta com uma forma de utilitarismo político-jurídico que precisa, em grande medida, negar a autoridade do direito fora de si próprio; ou seja, que precisa negar, até certo ponto, a metafísica no direito – tanto quanto, também até certo ponto, os empiristas, principalmente Hume, precisaram negar a metafísica na filosofia (cf. MORENTE, ob. cit., p. 185-190). Evidentemente, esta negação é parcial<sup>26</sup> e a dissociação (quase-)total entre a (pré-)compreensão da

<sup>26</sup> Note-se que já Bentham (2005, p. 1-7), mas, principalmente Austin (2000, p. 33 *et seq.* e *passim*) apelava para a existência suprapositiva do princípio da utilidade. Este último chegou mesmo a discutir longamente as leis de Deus e o princípio da utilidade com elas conectado.



dinâmica social e o estudo do norma jurídica – em sua fixação ontológica, e em sua concepção metodológica – só veio com um assim-chamado positivista jurídico, Hans Kelsen<sup>27</sup>.

Um primeiro Kelsen<sup>28</sup>, para isso, teve mesmo de refundar os pressupostos metodológicos empiristas e abdicar de um hempelianismo paradigmático<sup>29</sup> em pleno início de séc. XX, a fim de separar a relação de causa-efeito (causalidade) – aplicável principalmente à sociologia do direito – da relação norma-conseqüência normativa, ou, como Kelsen 2001a, p. 324-326) a enuncia, *delito-sanção* (imputação). Mesmo um discípulo de Kelsen, Alf Ross, no conceito de *direito vigente*, abdicou, em parte, da pureza teórica para diretamente focar seu empirismo nas práticas sociais que aplicassem o direito a partir das decisões judiciais – e, para isso, teve de também rever o fundamento da norma fundamental pressuposta kelseniana (cf. ROSS, 2003, e PÁDUA, 2008b). Daí que é necessário esvaziar o equívoco de assimilar completamente um supostamente homogêneo positivismo jurídico à Teoria Pura do Direito de Kelsen, além de esvaziar uma compreensão enviesada que já deste autor se vem fazendo na teoria do direito – constitucional, especialmente – contemporânea.

Em todo caso, já do ponto de vista da teoria do direito, um também influente autor, Herbert Hart, também inglês e também vinculado à jurisprudência analítica, soube vincular a prática social e os contextos de reprodução simbólica do mundo-da-vida à tarefa principal do positivismo analítico: a de identificação do direito. Este é, como veremos, todo o potencial e mesmo o propósito da(s) sua(s) regra(s) de reconhecimento(s) (cf., logo, PÁDUA, 2008b).

O que Hart (1961), mais do que seus antecessores da teoria do direito, soube de logo perceber é que já a pergunta-mestra que guiou a teoria do direito até o

---

<sup>27</sup> Cf., no que segue, Pádua, 2008b.

<sup>28</sup> Para a distinção entre um primeiro Kelsen, até a segunda edição de *Teoria Pura do Direito* e um segundo Kelsen, sintetizado em *Teoria Geral das Normas*, cf. Guastini, 1999b. Obviamente, o primeiro Kelsen é muito mais popular e conhecido, mas as problemáticas conexões entre a teoria pura do direito e a sociologia do direito, por meio do critério de eficácia geral para identificação a norma fundamental já se desenhavam pelo menos desde *Teoria Geral do Direito e do Estado* – se não antes.

<sup>29</sup> Sobre a teoria da ciência de Carl Hempel como paradigma do (neo)positivismo lógico, sob a alcunha de a “lógica antiga das ciências sociais”), cf. Bohman, 1993, p. 16-56.

meado do séc. XX – o que é (o) direito? – só pode ser respondida se se levar em consideração as práticas cotidianas *percebidas como* reguladas por normatizações jurídicas. Assim, só faria sentido responder a esta pergunta se a perspectiva do observador que dominara a postura positivista-empirista da teoria do direito até então fosse necessariamente conectada com a perspectiva do participante dos contextos sociais de produção, reprodução e aplicação das normas de direito. Só nestes contextos, faria sentido perguntar pelo direito e por sua interpretação *como* direito. Esta conexão de perspectivas é, justamente, o que metodologicamente funda a idéia habermasiana dos paradigmas jurídicos.

(bb) Embora inicialmente, a preocupação de Habermas com o direito e sua evolução se tenha dado como um estudo de caso do potencial colonizador do mundo-da-vida pelos sistemas sociais (cf. HABERMAS, 1987a, p. 356 *et seq.*), já ali o enraizamento profundo do direito nos contextos simbólicos do mundo-da-vida foi expressamente reconhecido:

“Desde que o direito funciona como um complexo meio (*medium*) atrelado (*bound up*) com o dinheiro e o poder, ele alcança (*extends to*) domínios de ação formalmente organizados, que, como tais, são diretamente constituídos pelas formas do direito formal privado/burguês<sup>30</sup>. Por outro lado, as instituições jurídicas não têm poder *constitutivo*, mas apenas função *regulativa*. Elas estão assentadas (*embedded*) em um contexto maior político, cultural e social; elas estão em um continuum com normas morais e são superimpostas sobre áreas de ação comunicativamente estruturadas.” (IBIDEM, p. 366)

---

<sup>30</sup> Há um sensível problema com a tradução, aqui. A edição norte-americana de “Teoria do Agir Comunicativo” (*Theorie des Kommunikativen Handelns*), que predominantemente usamos, traduz o alemão *bürgerlichen Formalrechts* por *bourgeois formal law*. Em “Faticidade e Validade” (aqui, HABERMAS, 2001), a mesma tradução é repetida. O problema é que o direito civil brasileiro corresponde ao *bürgerliches Recht* alemão (cf. HABERMAS, 1981, p. 537) – não por acaso o código civil alemão chama-se *BGB*, uma abreviatura para *Bürgerliches Gesetzbuch*. Por outro lado, embora a edição americana de *Faktizität und Geltung* use também o termo *private law*, provavelmente traduzida de *Privatrecht*, a idéia de um direito *privado* é predominantemente estranha à tradição da *common law* (cf. DAVID, ob. cit., p. 303-306.). Ao mesmo tempo, a tradução para o português com o termo “direito burguês” dá uma conotação marxista para a análise, que presumivelmente, ao menos neste ponto, não é predominante – conquanto certamente presente – em Habermas. Um complicador é a própria tradução da palavra *bürger*, que pode significar tanto “burguês”, quanto “cidadão”, dada inclusive a confusão diacrônica entre as raízes latinas *civis*, *civis* e *urbs*, *urbis*, que deram indistintamente em burgo ou cidade, mas conservaram os adjetivos derivados à parte – burguês ou cidadão –; confusão que se agrava pela tradução do conceito do alemão Karl Marx para “burguês”. Assim, vai-se sempre traduzir a expressão *bürgerliches Formalrechts* e a sua equivalente inglesa *bourgeois formal law* por “direito formal privado/burguês”.

O passo adiante, em *Faktizität und Geltung* (cf. HABERMAS, 2001a), que transformou as “ondas de juridificação” (*Verrechtlichungsschübe*) em paradigmas jurídicos sofreu a pesada marca de Ronald Dworkin e seu conceito de “direito como integridade” que tanto influenciou a teoria da jurisdição habermasiana. Dworkin já, desde os primórdios de sua produção teórica, ao rejeitar tanto a teoria convencionalista do direito quanto a teoria pragmática, procurou estabelecer uma união entre o direito, por assim dizer, *formal*, autoritativamente declarado – pela legislação ou pela jurisdição –, e as concepções morais e política de uma comunidade histórica, que, reflete seus *princípios* na prática jurídica formal (cf. SGARBI, 2006, p. 147-192). A leitura moral da constituição (cf. DWORKIN, 2004) reforça a penetração de conteúdos antes considerados “extrajurídicos” na prática jurídica por si própria e unifica a explicação desta prática e a sua crítica em termos de verdade (cf. SGARBI, 2006, p. 191-192). Para isso, o direito se considera como um “romance em cadeia”, na qual a leitura moral da constituição, à luz dos princípios da comunidade jurídico-política, garante a coerência das decisões judiciais sobre os princípios *jurídicos*, e, ao mesmo tempo, limita a discricionariedade dos juízes.

Habermas é particularmente impactado por esta teoria e a assertiva com a qual a resume bem demonstra a proximidade com a noção de paradigmas jurídicos que depois será descortinada:

“Para solucionar o problema de como a argumentação judicial (*judicial reasoning*) pode simultaneamente satisfazer o princípio da certeza legal e a pretensão de legitimidade do direito, Dworkin divisa (*looks to*) uma ambígua teoria que permite, especialmente nos casos difíceis, justificar a decisão individual por sua coerência com uma história do direito vigente (*existing law*) racionalmente reconstruída.

A tarefa não consiste na reconstrução filosófica de uma sociedade bem-ordenada, cujas instituições básicas conteriam (*would embody*) princípios de justiça. Ao revés, consiste em *descobrir* princípios [em sentido estrito] e princípios políticos (*principles and policies*) válidos, à luz dos quais uma dada, *concreta* ordem jurídica pode ser justificada nos seus elementos essenciais, tal que as decisões individuais se amoldam nela como partes de um todo coerente.” (HABERMAS, 2001a, p. 211-212)

Pois é justamente a pesada carga normativa que os juízes recebem na tarefa praticamente impossível de, a cada caso concreto, reconstruir toda uma sorte de pré-compreensões normativas acerca de princípios no bojo de uma comunidade

jurídica, que chama Habermas à elaboração da teoria dos paradigmas jurídicos. Uma teoria que dependa de Hércules como juiz só pode pretender um referencial normativo vago com o qual criticar decisões judiciais que sempre ficarão aquém da *única resposta possível*.

Reconhecendo a validade da teoria de Dworkin e a parcial clarificação que a teoria da argumentação de Günther adicionou à reconstrução racional da prática jurídica, Habermas ainda não sentiu resolvida a indeterminação da aplicação do direito:

“Se decidir um caso à luz de uma norma priorizada (*prioritized*) significa que se revê exhaustivamente um sistema de normas válidas inteiro, enquanto se considera todas as circunstâncias relevantes para o caso em questão e se este sistema está em constante movimentação, porque as relações de prioridade podem mudar a cada situação, então, a orientação para uma tão exigente idéia irá, como regra, exceder a capacidade (*overtax*) mesmo da jurisdição profissional. Então, na prática (*actual practice*), a complexidade desta tarefa é reduzida pela *compreensão paradigmática do direito* (*paradigmatic legal understanding*) prevalecente no momento dado. [...]

O resultado do procedimento, então, torna-se previsível para as partes, assim que o paradigma pertinente determine um entendimento de fundo que os juristas *compartilham* com todos os cidadãos.” (HABERMAS, 2001a, p. 220-221, grifo do autor)

(cc) A partir desta idéia e, com ela, da necessidade dos paradigmas jurídicos como instrumento analítico-cognitivo de reconstrução diacrônica da história do direito e instrumento regulativo-normativo de crítica sincrônica do direito contemporâneo<sup>31</sup>, Habermas vai, no último capítulo de “Faticidade e Validade”, propor três paradigmas do direito: o paradigma do direito formal burguês/privado, o paradigma do direito material do estado do bem-estar e o paradigma do direito procedimento reflexivo. Destes, e dada a dupla função da teoria dos paradigmas jurídicos, os dois primeiros são predominantemente analítico-assertóricos e visam a estabelecer uma tanto-quanto-possível reconstrução histórica *verdadeira*. O último é predominantemente crítico-regulativo e visa a mostrar, tanto quanto possível, um caminho *correto* a seguir.

---

<sup>31</sup> Cf. Habermas, 2001, p. 437: “Os paradigmas do direito tornam possível diagnosticar situações para guiar a ação. [...] Neste sentido, eles primeiramente têm uma função de desvelar o mundo (*world-disclosive function*).”

O paradigma do direito formal privado/burguês cria-se a partir do movimento que, criando o constitucionalismo e a constituição escrita como modelo de limitação do poder – e, com isso, arrestar o excessivo inchamento do sistema estatal, consolidado no absolutismo monárquico –, vai além para estabelecer a codificação legal. Estado e mercado são, ao mesmo tempo, o modo pelo qual a sociedade vai conceber o liberalismo como teoria, e o produto da evolução do direito (cf. HABERMAS, 2001a, p. 396 *et seq.*). Como vimos, o direito (re)constitui estas diferenciações sistêmicas da sociedade, mas não sem, com isso, garantir seu ancoramento no mundo-da-vida (cf. HABERMAS, 1987a, p. 358 *et seq.*). Direito constitucional e direito privado, paradoxalmente, alcançam sua grande evolução quase conjuntamente. O paradigma do direito formal, com isso, garante o indivíduo como ponto de partida e ponto de chegada, e o deixa, de certa forma, imergir o máximo possível no mercado. Só quando as falhas do mercado acabam finalmente percebidas desde o ponto-de-vista do mundo-da-vida, o primeiro paradigma pode esgotar-se.

“O modelo do bem-estar social emergiu da crítica reformadora do direito burguês formal. De acordo com este modelo, uma sociedade-economia (*an economic society*), institucionalizada na forma do direito privado (sobretudo através de direitos de propriedade e liberdade contratual) era separada da esfera do bem comum, do Estado e deixada aos acertos espontâneos (*spontaneous workings*) dos mecanismos de mercado. Esta ‘sociedade do direito privado’ era moldada para a autonomia dos sujeitos de direitos (*legal subjects*), os quais, primariamente como participantes do mercado, encontrariam sua felicidade pela busca de seus interesses particulares tão racionalmente quanto possível. [...] No entanto, a expectativa de justiça social [...] estava implicitamente ligada à demarcação de *condições não-discriminatórias para o efetivo exercício* das liberdades garantidas pela lei. (HABERMAS, 2001a, p. 401-02)

Com os primeiros traços dos sinais de esgotamento político do liberalismo já na segunda metade do séc. XX, o estado, progressivamente vai ganhando precedência e controle do mercado, embora, com isso, também vá afrouxando sua ligação com o mundo-da-vida via direito. Em Habermas (2001), a preocupação predominante com o ponto de vista do direito deixa algo ao lado a preocupação com a evolução político-social que se mistura à evolução jurídica, circularmente como causa e efeito das mudanças na dinâmica social em cada paradigma. Habermas (1987a), anteriormente, no entanto, mostrava-se mais preocupado com os sujeitos sociais que suportariam ou promoveriam tais pontos evolutivos. Daí que a evolução do direito formal para o direito material, tanto quanto por uma

mudança de conceitos da teoria do direito, é acompanhada por uma mudança na dinâmica de funcionamento social, especialmente sob o ponto-de-vista da relação entre mundo-da-vida e sistemas sociais.

Como veremos<sup>32</sup>, a teoria social habermasiana engenhosamente reconstrói a evolução social em termos de duas vertentes que antes se encontravam amalgamadas: formalização e complexificação do mundo-da-vida, instância de trocas e coordenação social comunicativa e material; e a diferenciação dos sistemas sociais – estado e mercado – a partir, justamente, da complexificação material do mundo-da-vida. Quando os sistemas desenvolvem, como Parsons havia adiantado, meios de coordenação que se congelam e se generalizam *independentemente* da comunicação através da linguagem – poder, no caso do estado e dinheiro, no do mercado –, o seu destacamento do mundo-da-vida pode ameaçar a livre dinâmica deste último, voltando-se contra o seu criador e impondo seus meios de coordenação social sobre ele, na forma de *colonização*. O estado foi chamado para salvar o mundo-da-vida do domínio do mercado, mas ele mesmo acabou não encontrando outro limite, senão a mobilização do primeiro.

Na teoria do direito, categorias jurídicas típicas do direito formal privado/burguês, como o contrato ou a propriedade, são reinterpretadas<sup>33</sup> em termos de uma vinculação à atividade do estado, por meio de fórmulas como “função social”, “ordem pública”, “moralidade” (cf., por exemplo, PERLINGERI, ob. cit., *passim*. e TEPEDINO, 2001.) e, de modo geral, todas as formas do que se vem chamando – especialmente no direito administrativo – limitações estatais ao direito de propriedade, através, principalmente da “técnica das cláusulas gerais” (cf., por todos, PERLINGERI, ob. cit., p. 24-26 e 27-28.)

Na história (social) do direito, a mesma evolução representa, como logo acima assinalado, a transferência da regulação social, do mercado para o estado. A

---

<sup>32</sup> cf. cap. 4, abaixo.

<sup>33</sup> Cf. Habermas, 2001, p. 403-407. Note-se que Habermas, pela própria natureza de sua obra jurídica, tende a misturar, por vezes excessivamente, o Direito Norte-Americano ao Europeu Continental, epitomado normalmente pelo Direito Alemão. A confusão, no entanto, como veremos a seguir, gera problemas, já que, ao contrário da segunda família jurídica, a de *common law* norte-americana *sempre esteve* coligada a uma prática jurisdicional constantemente interpenetrada na e pela política. Para os demais países, isto é uma novidade que remonta, principalmente, ao segundo pós-guerra. Cf. cap. 3, abaixo.

diferenciação que é preciso notar aqui – e que o próprio Habermas só faz em “Teoria do Agir Comunicativo” (HABERMAS, 1987), mas não claramente em “Faticidade e Validade” (HABERMAS, 2001a) – é que esta transferência é assimétrica no tempo e atinge dois subsistemas dentro do sistema estatal: em primeiro lugar, a administração pública assume o lugar de destaque no “Estado Providência”<sup>34</sup>, mas logo, principalmente no segundo pós-guerra, perde a palma, posto que parcialmente, para a jurisdição.

Num primeiro momento,

“O *Estado do Bem-Estar* [...] que se desenvolveu na estrutura do estado democrático de direito<sup>35</sup> continua esta linha de juridificação garantidora da liberdade (*freedom-guaranteeing juridification*). Aparentemente, ele freou (*bridled*) o sistema econômico de maneira similar à como as duas ondas precedentes [do estado burguês e do estado de direito burguês] frearam o sistema administrativo. Em todo caso, os resultados benéficos (*achievements*) do Estado do Bem-Estar vieram de lutas políticas e se direcionaram (*vouchsafed in*) no sentido de garantir liberdades. Os paralelos saltam aos olhos: no primeiro caso, a dinâmica interna do exercício burocrático do poder; no segundo, a dinâmica interna do processo de acumulação econômica foram reconciliados com estruturas obstinadas de um mundo-da-vida cada vez mais racionalizado.” (HABERMAS, 1987, p. 361)

De um ponto-de-vista global, este paradigma apresenta a mesma forma de esgotamento, qualquer que seja o protagonista sistemático – administração ou jurisdição. Neste sentido, a ambivalência da transferência da coordenação social do mercado para o estado é demonstrada pela progressiva apropriação tecnocrática, na forma, principalmente de *paternalismo*, das próprias liberdades que a transição paradigmática pretendia salvaguardar.

“Normas que contenham os conflitos de classe e dêem lugar (*enforce*) a medidas de bem-estar social, a partir da perspectiva de seus beneficiários assim como a partir dos legisladores democráticos, um caráter garantidor de liberdade. Contudo, isso não se aplica claramente (*unambiguously*) a todas as regulações do bem-estar social. Desde o início, a *ambivalência de garantir a liberdade e retirá-la* está vinculada às políticas do Estado do Bem-Estar. A primeira onda da juridificação constitutiva da relação entre capital e trabalho pago deveu sua ambivalência à contradição entre, de uma lado, o intento emancipatório das normas do direito civil/burguês e, de outro, os seus efeitos sociais repressivos naqueles que eram forçados a oferecer seu poder de trabalho como uma mercadoria. A rede de

<sup>34</sup> “Estado-Providência” e “Estado do Bem-Estar (Social)” parecem expressões intercambiáveis sinonimamente para o mesmo fenômeno histórico-político, aqui também referido como *materialização do paradigma do direito formal*. De qualquer forma, neste trabalho serão usadas como sinônimos suficientemente perfeitos do ponto-de-vista assertórico.

<sup>35</sup> A expressão em inglês é *constitutional democratic state*, traduzido do alemão *demokratische Rechtsstaat*. Parece-nos que a tradução “estado democrático de direito”, além de literalmente ser a melhor, também melhor corresponde à nossa própria tradição jurídica.

garantias do Estado do Bem-Estar é pensada para amenizar (*cushion*) os efeitos colaterais [ou externalidades] de um processo de produção baseado no trabalho pago. Ainda assim, quanto mais próximos desta rede, mais claramente ambivalências *de outro tipo* aparecem. Os efeitos negativos desta – até hoje, a última – onda de juridificação não aparecem como efeitos colaterais; eles resultam *da forma de juridificação ela mesma*. Agora, são os próprios meios de garantir a liberdade que põem em perigo a liberdade dos beneficiários.” (IBIDEM, p. 361-62)

Do ponto-de-vista do protagonista desta apropriação ambivalente da busca por liberdade, no entanto, dois momentos históricos dividem a evolução do paradigma em questão. Em primeiro lugar, seguindo a agitação social-revolucionária que encontra em Karl Marx um símbolo teórico, do meio para o final do séc. XIX, a administração pública começa a libertar-se das amarras de um paradigma do direito que tinha no constitucionalismo a sua força subordinante do estado. Zagrebelsky – embora escrevendo na década de 1990, sobre o que achava ser o direito *contemporâneo* – muito bem ilustra este fenômeno com a mudança de compreensão política acerca do princípio jurídico da legalidade administrativa:

“A crise da vinculação da Administração à lei prévia deriva da superação, por parte do aparato do estado, de sua função prevalentemente ‘garantidora’ – quer dizer, de sua função de garantia concreta das regras jurídicas gerais e abstratas mediante atos aplicativos individuais e concretos [...] – e da assunção de tarefas de gestão direta de grandes interesses públicos. A realização destas tarefas de gestão requer a existência de grandes aparatos organizativos que atuam necessariamente segundo sua própria lógica [...]. [...]

Na presença de objetivos substantivos de amplo alcance, indicados necessariamente mediante formulações genéricas e cuja realização supõe uma quantidade e variedade de valorações operativas que não podem ser previstas, a lei se limita a identificar a autoridade pública e a facultá-la a atuar em prol de um interesse público. [...]

Portanto, corresponderá também à Administração estabelecer a linha de separação entre a sua autoridade e a liberdade dos sujeitos.” (ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 34-35)

Também Werneck Vianna et al (1999, p. 15 *et seq.*) perceberam os dois momentos da materialização do direito formal que vai, ao final, desembocar na *judicialização da política*. A ênfase, aqui, é a ponte que o destacamento dogmático do direito do trabalho a partir do direito civil pôde fornecer para *estatizar*, por assim dizer, um instituto tipicamente privado: o contrato (de trabalho).

“Daí que o Estado do Bem-Estar, cuja configuração é posterior à institucionalização do Direito do Trabalho, consista, na verdade, em uma combinação do dirigismo econômico de estilo keynesiano, que aproximou a



Administração Pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou ao público. [...]

Assim se o *welfare* é filho dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, o *Welfare State*, sem prescindir desse “circuito” para a formação da vontade coletiva, combina-o com aquele que é próprio do corporativismo moderno, dominado pela representação funcional de grupos de interesse, organizados sob a arbitragem do governo. Tem-se, então, que a abdicação do Legislativo na administração pública do *welfare*, aliada à capacidade de o Estado gerir o “circuito” da representação funcional, seriam os elementos responsáveis para configuração da outra face do *Welfare State* – a do Estado administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social.” (WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 16 e 18)

Contra este paternalismo crescente da administração, no entanto, o próprio sistema estatal procura “fornecer” uma alternativa que representa, por assim dizer, uma reforma interna, ou uma nova fase na “acumulação” de poder. Esta “reprodução” interna do sistema só pôde ser adequadamente percebida quando, contra o horror da concentração totalitária de poder nas mãos da administração pública, personalizada, justamente em uma figura paternal<sup>36</sup> – o “condutor” ou o “guia” (tradução tanto para o *Führer* alemão<sup>37</sup> quanto para o *duce* italiano) –, o sistema estatal criou a jurisdição (*poder* jurisdicional) como órgão encarregado de conter o *poder* administrativo. Werneck Vianna et al (1999, p. 19 *et seq. e passim*) louvam esta “agenda igualitária” a ser (re)implementada pelo poder judiciário, sem notar o custo em termos de fragmentação do mundo-da-vida, ao qual todas as práticas estatais – administrativas ou judiciárias – têm de estar conectadas para ser legítimas.

Esta co-imbricação entre o exercício do poder, já pela administração, já pela jurisdição – que, aliás, são duas formas predominantemente concebidas para *aplicar* o direito – é reforçada pela própria indistinção habermasiana entre as *duas*

---

<sup>36</sup> Enriquez (1983), reconstruindo o pensamento psicossocial freudiano, já advertia para o problema e para a necessidade da presença da figura do pai (primordial) para a constituição mesmo da noção de autoridade cogente e, com ela, para a formação de uma comunidade (de irmãos). Obviamente, é justamente nesta necessidade que se encontra, paradoxalmente, o fundamento e o perigo para a formação da autonomia privada e sua conexão com a autonomia pública, desde a perspectiva da socialização dos sujeitos.

<sup>37</sup> Maus (2000) aliás, faz uma interessantíssima pesquisa histórica sobre a leniência demonstrada pela magistratura alemã durante o *III Reich*, em contraste com a postura messiânica e paternalista tomada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) a partir da década de 1950.

*fases* do paradigma do direito material do bem-estar aqui levantadas. Para Habermas, os estudos de caso da regulação jurídica alemã da educação familiar e escolar (cf. HABERMAS, 1987, p. 368-373), bem como os da mudança no direito norte-americano da responsabilidade civil ou da proteção das minorias (cf. HABERMAS, 2001a, p. 405 *et seq.*) são momentos em que, indistintamente, a autonomia privada – no primeiro caso, predominantemente – e pública – no segundo, predominantemente – é vulnerada pela colonização estatal da esfera privada e da esfera pública do mundo-da-vida<sup>38</sup>. Aqui, parece indiferente que tal fato se dê por via de regulamentos administrativos, ou por via da transferência ao poder judiciário da resolução de conflitos sociais. Importa é que o *poder* estatal se imiscui e coloniza o já fragmentado arsenal simbólico à disposição da comunicação cotidiana no mundo-da-vida.

Pois é justamente contra esta colonização paternalista diagnosticada antes e depois do segundo pós-guerra que Habermas vai propor um terceiro paradigma do direito, a que chama *direito procedimental reflexivo*. Este paradigma implica uma pré-compreensão do direito do ponto-de-vista da democracia deliberativa procedimental, que o autor desenvolve ao longo de toda a sua obra jurídico-política. A necessária correlação entre autonomia privada e autonomia pública implica a concepção reconstrutiva da evolução do sistema de direitos fundamentais modernos em torno do exercício de um processo político-social de formação e racional das opiniões e vontades públicas por cidadãos considerados livres e iguais. As condições em que tal edifício conceitual ganha corpo na prática dependem, por sua vez, das definições políticas que o próprio processo de formação de vontade e opinião livres dão como resultado, em um processo circular de concepção e legitimação. A única pressuposição contrafática é a de uma ética do discurso que tem por fundamento o processo de troca comunicativa em que *já estamos todos* envolvidos pela universalidade da coordenação social via linguagem (cf. HABERMAS, 1999 e 1994)

---

<sup>38</sup> Embora notadamente voltada para a influência do poder judiciário na vida política e social, e conquanto se trate de área do direito que desde as reformas liberais esteve já a cargo do poder judiciário, é também relevante mencionar o caso da justiça penal e da justiça de menores francesa longamente analisada por Garapon (2001)

Bem por causa disso, o “dogmatismo” da concepção apriorística de autonomia como a expressão cidadãos livres e iguais é “moralmente neutro”<sup>39</sup>; é um “dogmatismo inofensivo”:

“Ele representa a tensão entre faticidade e validade, uma tensão que é “dada” com o fato da infra-estrutura simbólica das formas de vida sócio-culturais, o que quer dizer que *para nós*, que desenvolvemos nossa identidade em uma tal forma de vida, ela não pode ser abandonada (*circumvented*).” (HABERMAS, 2001, p. 446)

Mais será dito sobre a democracia deliberativa adiante. O que importa agora notar é que, como já mencionado, este último paradigma contém reduzida pretensão assertórica e grande pretensão regulativa. Embora Habermas procure principalmente no movimento feminista e em outros movimentos de minorias sociais os traços da emergência deste novo paradigma, está claro que sua idéia mesma – tal como visível no resumo acima – se confunde com a teoria habermasiana do direito e da democracia. Neste sentido, este terceiro paradigma do direito, ao contrário dos anteriores, não só não se implementou completamente nas sociedades contemporâneas, mas também *necessita ser implementado*, se é que se procura garantir uma versão pós-metafísica e pós-convencional de democracia. Obviamente, o abandono de uma qualquer filosofia da história implica que o protagonismo da evolução para o paradigma procedimental se realize na base da própria formação democrático-racional da vontade política, e, de certa maneira, pressupõe o desenvolvimento *em germe* da autonomia privada e da autonomia pública promovidas pela sucessão de paradigmas jurídicos anteriores. Ainda assim, e bem por isso, a invocação pura e simples de um novo paradigma que se impõe ou da imperiosidade de seguir uma nova compreensão procedimental do direito, especialmente no Brasil (cf. CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 169-173 e *passim*), soa como messianismo utópico.

## **2.2. Na história do Direito Brasileiro**

É comuníssima no direito constitucional brasileiro a recorrência a teorias estrangeiras<sup>40</sup>. Desde Rui Barbosa com a constituição de 1891 até os juristas

---

<sup>39</sup> Este, aliás, parece ser o ponto nodal da discordância de Apel (2007, p. 50-55) com relação a Habermas, apesar do tanto que este último usou, em sua própria teoria filosófico-lingüística, da pragmática transcendental do primeiro.

lusófilos, espanófilos e germanófilos que tanto influenciaram – às vezes silenciosamente – a constituinte de 1987, parece mesmo que poucas vezes um pensamento constitucional verdadeiramente *nosso* – por assim dizer – emergiu das numerosas academias jurídicas brasileiras. Mesmo institutos aparentemente revolucionários no pensamento constitucional mundial como o nosso *mandado de injunção* denunciam já no próprio nome a inspiração estrangeira – neste caso, principalmente norte-americana – do instituto. Com efeito, o Brasil sempre foi tido pelos comparatistas como um país grandemente receptor de direitos, muito plástico para a aclimação de institutos jurídicos de qualquer das duas famílias jurídicas principais no mundo (cf., por exemplo, TAVARES, 1986, p. 1136-37 e 1999, *passim*). A mesma plasticidade parece ser ampliada também para a elaboração doutrinária, quer dos institutos recepcionados em particular, quer de grandes concepções e princípios de teoria e filosofia do direito.

Obviamente, em particular na contemporaneidade, o apelo a culturas rígidas e fechadas não se sustenta. Mesmo as concepções morais “espessas” e “finas” (*thick and thin*) (cf. CITTADINO, 2000<sup>41</sup>, p. 118-129; BOHMAN, 1993, p. 103-104 e WALZER, 1997) encontram inelutáveis dificuldades no trato cotidiano necessário dos vários contatos – às vezes conflitos – de culturas, sociedades e personalidades, que vão ter de implicar trocas plurais entre mundos-da-vida díspares<sup>42</sup>. O direito, como parte integrante da sociedade, alimentado pela cultura e pela personalidade dos sujeitos, também se alinha, forçosamente, a esta dinâmica de trocas e comunicações interculturais constantes. Nem por isso, no entanto, a formação da concepção jurídica dominante em algum estado/sociedade *precisa* cultivar tradições jurídicas, por vezes distantes no tempo, de outros estados/sociedades, formuladas em outros contextos histórico-humanos. Os processos de aprendizado indispensáveis para a evolução do mundo-da-vida serão vãos e fragmentadores se não souberem articular-se nos próprios contextos do seu estoque semântico particular, como filtro necessário para as trocas universais da comunicação racional.

---

<sup>40</sup> Para uma lúcida crítica recente, cf. V. A. Silva, 2005.

<sup>41</sup> Cittadino não está defendendo esta concepção, mas expondo-a no trecho citado, principalmente como referência a Walzer

<sup>42</sup> Cf. o interessante debate entre Lévi-Strauss (1983, p. 21-49) e Geertz (2001, p. 68-85.), do ponto-de-vista da antropologia.

A Constituição de 05.10.1988 representa, por isso, mesmo, do ponto-de-vista histórico-político, um avanço democrático inegável, de resto reafirmado pela invisível longevidade da ordem que inaugurou, mesmo em face de vários percalços políticos – inclusive o primeiro impedimento presidencial da história do Brasil. No entanto, do ponto-de-vista dogmático-jurídico, esta constituição parece representar poucas mudanças na busca contínua por recepções de institutos estrangeiros. A bem da verdade, o foco sobre o direito público norte-americano parece ter cedido um pouco em favor de matrizes mais européias-continetais, especialmente do direito português e espanhol<sup>43</sup>, os quais, guardadas as particularidades próprias, recém-saíam, também, de longas ditaduras. Por sua vez, estes mesmos direitos ibéricos eram, em parte grandíssima, também receptores das inovações alemãs ocidentais, especialmente na força que ganhava, naquele país, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Daí que, de novidade real, apenas a mudança da principal matriz do direito público brasileiro, de norte-americana para, direta ou remotamente, alemã.

A diferenciação entre o sentido político e o sentido jurídico da Constituição de 05.10.1988 se espelha bem no fato de ser ela um documento considerado “progressista” e “avançado”, nada obstante os “conservadores”, ainda egressos do regime militar fossem maioria na constituinte e, numa primeira análise, mesmo na Comissão Afonso Arinos (cf. CITTADINO, 2000, p. 32-34). As análises que se procuram fazer do enigma assim colocado dão bem a nota de que, também neste processo a diferença entre o escrito e o feito, ou entre a teoria e a prática nortearam as práticas constituintes de 1987-88. A isso voltaremos mais adiante, no item 2 deste capítulo. Por ora, adiantemos, somente que, interessantemente, hoje uma das partes consideradas mais importantes pela doutrina para a interpretação da constituição, o seu Título I, foi altamente negligenciada pelos constituintes, no sentido de não gerar qualquer controvérsia relevante, mesmo depois de estruturado o “Centrão”.

---

<sup>43</sup> Alguns trechos do ante-projeto de José Afonso da Silva, transcritos em Cittadino (2000) mostram, inclusive, a mesma estrutura de redação dos tratados e constituições européias – notadamente a portuguesa –, divididas em alíneas numeradas, algo totalmente discrepante da nossa tradição de redação legal e constitucional; tradição esta que acabou se tornando, se bem que depois da edição da constituição, legalmente sancionada pela Lei Complementar n.º 95 de 26.02.1998 (com modificações pela Lei Complementar n.º 107 de 26.04.2001).

Também, e principalmente, com relação a 1988, a constituição política da nova República Federativa do Brasil foi, em seu desenho institucional e, especialmente, em seus textos, grande parte obra de juristas, que, a seguir puderam se apropriar de sua dinâmica para lhe imprimir uma direção comunitária (cf. CITTADINO, 2000, p. 11 *et seq.*) que já desenhava nos pronunciamentos de vários deles ao longo do – e logo após o – processo. O fechamento da “comunidade de intérpretes” do novo documento constitucional, sob a aparente “abertura” do processo de sua efetivação, aliada à dinâmica estadocêntrica que mais uma vez prevaleceu na reinauguração da ordem constitucional brasileira, revelam a sua dimensão tecnocrática, a ser confirmada ao longo dos anos. A diferença, para a tecnocracia já conhecida da história política brasileira é que, naquele momento, dividido o poder do estado entre o Executivo antes todopoderoso e o Judiciário então prestigiado como agente da “abertura constitucional”, também a tecnocracia teve de se dividir. De um lado, os técnicos do – ou ligados ao – Poder Executivo mantinham o seu papel de formuladores herméticos de políticas públicas; de outro os técnicos do – ou ligados ao – Poder Judiciário perdiam grande parte de sua inércia e ganhavam o poder de dizer a última palavra política sobre qualquer assunto do estado, num sistema pulverizado de magistrados detentores de *imperium* estatal.

No que segue, vamos procurar recriar esta história brasileira em duas etapas. Na primeira (seção 1), será retomada a questão historiográfica da política brasileira *ex parte principis*, para situar nesta tradição a vocação estadocêntrica brasileira e sua tendência a menosprezar a sociedade civil e os cidadãos. Na segunda etapa (seção 2), o foco será voltado para o processo de feitura da Constituição de 05.10.1988, a fim de mostrar o quão conturbado e confuso politicamente foi tal processo, e quão distante ficou de um “momento constitucional” ou de “consenso em relação a valores”.

### 2.2.1.

#### **Os pródromos: bacharelismo e estamento burocrático**

A Constituição de 05.10.1988 não é, propriamente, em sua gênese, uma experiência política única. Sua principal particularidade é menos o seu texto e mesmo a participação popular na primeira fase de sua elaboração – fase, aliás, que acabou, como veremos, na discussão de substitutivos e não na do fragmentado e problemático texto oriundo das comissões temáticas. Sua principal particularidade política é a estabilidade da ordem jurídico-política que, simbolicamente, foi fundada com sua promulgação. A estabilidade democrática, posto que presente toda uma série de continuidades viciosas da história institucional do Brasil, constitui o ponto alto da ordem constitucional de 1988. Esta ordem pôde resistir ao impedimento de um presidente, a escândalos de corrupção, a crises econômicas de diversos matizes, e, mais importante ainda, a alterações substanciais em quantidade e qualidade no seu próprio texto e na sua compreensão, ao longo de seus quase vinte anos de existência.

Esta louvável estabilidade deve menos ao texto da constituição e ao papel do judiciário do que aos processos de aprendizagem moral e política que a própria constituinte de 1987 simbolizou. Em 1946, também o Brasil saía de uma longa ditadura, qualificada pelo totalitarismo populista – e para-fascista – de um líder todo-poderoso e pela constituição expressamente suspensa de 1937, que nunca chegou a vigor. Também os contemporâneos, pelo menos num primeiro momento, viam com eloqüente otimismo o momento de promulgação da constituição e louvavam os 38 parágrafos do art. 141 que elencavam os direitos fundamentais (cf. MIRANDA, 1982, p. 170-75). Foi só com o desenrolar da vida institucional pós-46, com o fechamento abrupto do Partido Comunista, com os golpismos velados e desvelados no processo eleitoral do início dos anos 1950, com a instabilidade política do meio para o final do Governo João Goulart e, finalmente, com o golpe militar de 30 de março de 1964 que se viu quão injustificado fora o otimismo inicial. Também aqui, nada tinha isto que ver com o texto constitucional ou com o poder judiciário na sua interpretação e aplicação – aliás, o Supremo Tribunal Federal deu mostras de muita bravura e ativismo nos primeiros anos da ditadura militar de 1964, o que, de resto, motivou o afastamento de três de seus ministros, um dos quais constituinte em 1946 (Hermes Lima), por força do Ato Institucional n.º 5, de 1968. Naquela época, estava a vida política brasileira menos evoluída do ponto-de-vista democrático e, acostumada à lógica da tomada do

poder e da derrubada de governos pela força – de 1891 a 1945 –, não se lhe podia mesmo exigir muita afeição à estabilidade política.

A partir de 1988, provocada pelo mais longo período ditatorial da república, a sociedade brasileira podia exibir maior maturidade institucional, política e moral, a fim de estabelecer o pluralismo político e a formação racional da vontade pública como metas a alcançar. Isso não diz com um qualquer “momento constitucional”<sup>44</sup> ou com uma qualquer unanimidade política com relação a valores, senão que representa um acúmulo simbólico no mundo-da-vida, à custa da desilusão política de anos de exploração política ditatorial. O resultado é que a idéia de uma nova ditadura, ou de qualquer forma, de uma tomada do poder pelas vias de fato, embora possa angariar adeptos pontuais, mostra-se politicamente custosa demais para ser uma alternativa no debate e na ação política.

Esta aprendizagem sócio-cultural brasileira em prol da democracia, no entanto, é, como todo o estoque simbólico de um mundo-da-vida plural, contingente e parcial. Além do mais, compete, neste mesmo mundo-da-vida, com perspectivas divergentes e com outros conteúdos simbólicos tradicionais que derivam de uma história de patrimonialismo e usurpação de poder. Esta dupla tradição<sup>45</sup> – o aparente apoio democrático, com idéias patrimonialistas fortemente arraigadas – torna a perspectiva política brasileira extremamente complexa. Por isso, a busca por um enquadramento histórico brasileiro em termos de categorias cunhadas a partir da reconstrução histórico-política europeia ou norte-americana revela insuficiências gritantes. A recepção de institutos e perspectivas teóricas estrangeiras padece do mesmo problema, se não devidamente matizadas com uma volta hermenêutica ao estoque semântico do nosso mundo-da-vida.

Se, por um lado, a democracia, nomeadamente sob a faceta de uma vedação à tomada do poder pela força, ganha cada vez mais força na sociedade e na cultura

---

<sup>44</sup> A expressão é de Zagrebelski (1995) e será melhor explorada adiante.

<sup>45</sup> Rosenn (1998) desenvolveu toda uma teoria sociológico-jurídica do “jeito brasileiro” a partir dos dualismos que um direito formal altamente idealizado e uma prática política altamente centralizadora e arcaica geram. O seu diagnóstico final elege o “jeito” como uma instituição de correção indispensável para a adaptação do direito à prática social. Este dualismo *teoria e prática*, aliás, parte dos jogos de linguagem de todo o Brasil, é um dos principais pontos de apoio de várias teorias reconstrutivas da sua história, como se verá adiante.



brasileiras, por outro lado, o déficit democrático-institucional brasileiro não se cura com otimismo constitucional, muito menos com a eleição de um novo pai-protetor – seja ele pertencente a que poder ou estamento seja. O risco do excesso de otimismo (constitucional) é o mascaramento histórico que bloqueia os processos de aprendizado do mundo-da-vida e a simplificação das soluções dos problemas ainda persistentes. A consequência pode ser uma vitória de Pirro, que retoma a democracia por um lado, para entregá-la do outro.

(a) O *otimismo constitucional* brasileiro e a consequente fetichização da constituição escrita se insere, historicamente, em primeiro lugar, na predominância longínqua que a figura do jurista – e do direito abstrato – exerceu na sociedade brasileira, e, já antes dela, na portuguesa. Sérgio Buarque de Holanda (2003, p. 155-58) deu o interessante nome *bacharelismo*<sup>46</sup> a esta tendência do brasileiro de se encantar com a figura do *bacharel* (em direito), homem de letras, que, no Brasil, especificamente, onde a primeira faculdade de direito data do meado do séc. XIX, era normalmente educado na Europa, aumentando seu prestígio já presente no diploma.

Assim como o otimismo e o fetichismo constitucional, também o bacharelismo não é exclusividade brasileira. Holanda aponta preocupações e críticas com o excesso de prestígio do jurista, bastante acentuadas principalmente nos Estados Unidos.

“Apenas, no Brasil, se fatores de ordem econômica e social – comuns a todos os países americanos – devem ter contribuído largamente para o prestígio das profissões liberais, convém não esquecer que o mesmo prestígio já as cercava tradicionalmente na mãe-pátria. Em quase todas as épocas da história portuguesa uma carta de bacharel valeu quase tanto como uma carta de recomendação nas pretensões a altos cargos públicos.” (IBIDEM, p. 157)

A propensão ao bacharelismo, como causa e efeito do amor pela formalidade jurídica, desenvolve-se, pois, já em Portugal. A habilidade no manejo das fórmulas jurídicas e na aclimação dos institutos do direito romano – mesmo os desprezados institutos do direito público – para fins de assentar formas de governo foi sempre um aliado do poder do estado português (cf. FAORO, 2003).

---

<sup>46</sup> Especificamente do ponto-de-vista do formalismo na história do Direito Constitucional Brasileiro, o bacharelismo é também trabalhado proveitosamente em Tavares (1991, 74-75).

Desde a recepção dos “concelhos” provinciais romanos até a predominância absoluta do direito público que delega poder sem tirá-lo do soberano estatal, as formulações jurídicas portuguesas serviam sempre a aproximar o poder do centro e enfraquecer seus competidores – nobres, principalmente –, ora aliando-se com o povo, ora com a burguesia.

“O direito português, precocemente consolidado, tem o mesmo sentido: serviu à organização política mais do que ao comércio e à economia particular. Articulou-se no Estado de estamento, como elo de união, cimento de solidariedade de interesses, expressando sua doutrina prática e sua ideologia. [...] O soberano passa da função de árbitro de dissídios, de fonte das decisões, para o papel de chefe de governo e chefe de Estado: diante dele não estão mais pessoas qualificadas pela tradição, pelos títulos, senão súditos, embora não ainda súditos abstratos e cobertos pela igualdade jurídica.” (IBIDEM, p. 83)

O direito e o jurista se articulam, portanto, na estruturação e sedimentação do exercício do poder pelo estado, não no desenvolvimento da comunicação entre ele e a esfera pública, só interessante se colonizada pela direção sistêmica estatal. Portugal foi, por isso mesmo e não surpreendentemente, o primeiro estado absolutista a se consolidar em uma Europa ainda predominantemente feudal e descentralizada: adquiriu mais poder do que a monarquia inglesa e mesmo antes dela. Mais do que isso, soube estabilizar este poder monárquico-estatal melhor do que qualquer nação européia pós-Renascimento, o que se atesta pela predominância do estado português durante tanto tempo e sua não-superação pelo mercado por ocasião das revoluções liberais do séc. XVIII-XIX.

Para isso, a teia de alianças construída no e pelo estamento burocrático recebeu o concurso da formulação jurídica e contribuiu para a consolidação do bacharelismo. A Revolução de Avis, do séc. XIV, que pôs no poder um filho bastardo, ao revés da sucessão real em linha reta, foi, exemplarmente, conduzida pela figura intelectual do jurista Álvaro Pais e convalidada pela figura de “João das Regras”.

“Um homem de gênio, letrado e comprometido com a burguesia, Álvaro Pais, insufla e prepara o Mestre de Avis, filho bastardo de dom Pedro, para ocupar o vácuo do poder [...]

Ao jurista, representado em João das Regras, coube conciliar as facções, amalgamando-as, articulando-as e incorporando-as ao Estado. Sua primeira obra foi institucionalizar a dupla chefia do governo, com a prevalência do poder revolucionário. O aclamado Regedor e Defensor do Reino, por arte dos sofismas do chanceler-mor, o doutor João das Regras, reivindica o trono, com argumentos de legitimidade. [...]

A sociedade urbana e popular tinha um rei – feito da revolução burguesa, da espada improvisada e dos argumentos dos juristas. Burgueses e legistas velavam para que a monarquia, duramente construída, não se extraviasse numa confederação de magnatas territoriais, enriquecidos com as doações de terras, outorgadas para recompensar serviços e lealdades.” (IBIDEM, p. 54 e 56-57)

Continuamente, na história de Portugal, copiada, neste ponto, pela do Brasil, o direito não emancipa e o jurista não representa – como os revolucionários franceses e americanos – o cidadão em busca de liberdade e autonomia. O fenômeno, no Brasil, ainda se complica pelo fato de que, pelo menos até a primeira constituição republicana de 1891, a teoria da separação de poderes não se ter, nem vagamente, firmado. Juristas desempenhavam as principais funções públicas e eram o principal manancial do estamento burocrático brasileiro (cf. FAORO, 2003, *passim* e CERQUEIRA, 2006, p. 335-37), temperados em suas atividades pela socialização patrimonialista herdada do próprio modelo de colonização, como veremos. O nome magistratura, tal como no Direito Romano, tão influente no iberismo, confundia todos os poderes e era sinônimo de governante; as assembleias mais diversas (senado da câmara, tribunais, assembleias provinciais, etc.) misturavam competências judiciais, legislativas e executivas e os juízes não tinham só a função clássica de dirimir litígios, mas também – especialmente os “juízes de fora”, da época colonial – representavam a soberania estatal como um todo (cf. PRADO JR., 1999, p. 298 *et seq.*).

O direito, como meio de coonestar e concentrar o poder, serve ao estado e à sua colonização sobre a esfera pública e privada, variável em intensidade de acordo com os germes de descontentamento que, aqui e ali, apareciam no mundo-da-vida. Quando de fato atinge a esfera pública e com ela se comunica, o direito se presta a fragmentá-la, a partir do seu aprisionamento em saber técnico acessível somente a um grupo privilegiado e tecnocrático de juristas.

Formalismo, burocracia e paternalismo são formas de expressar esta dominação através do direito, centralizando as decisões no estamento soberano ou em seus delegados, tudo sob a aparente organização ideal das ordenações, normas e decretos, muitos deles diretamente copiados ou apelando para o direito romano ou para o direito canônico (cf. ROSENN, 1998).

(b) A centralização do poder no Brasil, herança direta da forma de administrar de Portugal, trouxe para a colônia a lógica estamental de além-mar. Pela via da concentração de poder, a lógica patrimonialista do administrador brasileiro já anotada por Sérgio Buarque de Holanda (2003, p. 139 *et seq.*) ganha nova interpretação: o patrimonialismo não é mero descuido com a coisa pública, senão representa o modo de concebê-la a partir da perspectiva de um bloco impessoal, às vezes apoiado na personalização de um líder, que domina (coloniza) a sociedade, de cima para baixo. Em outro momento, já cuidamos de definir o conceito faoriano de estamento burocrático:

“[...]suas características principais vão-se descortinando aos poucos, até que se tire um como que tipo ideal. ‘O Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas.’ Trata-se, pois, de uma ‘corporação de poder’, composto de ‘um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social’ tendente à exclusão e ao exclusivismo.

Conjugado no poder com autoridades de ocasião, que também dele obedecem à lógica, o estamento burocrático pode consolidar seu estatuto de existência: ‘sobre a nação, acima de suas classes, de seus grupos e de seus interesses [...] uma comunidade que fecha-se sobre si própria, comanda e dirige, pronta para as grandes empresas.’ Daí por que ‘é a própria soberania que se enquista, impenetrável e superior, numa camada restrita, ignorante do dogma do predomínio da maioria.’” (PÁDUA, 2008d)

A inspiração weberiana do patrimonialismo como lógica de funcionamento da administração pública e do estamento como categoria de estruturação social se adapta, em Faoro, à particular história luso-brasileira, a fim de tornar-se categoria analítica que explica e explicita a colonização do mundo-da-vida pelo estado, durante mais de cinco séculos; ou seja, desde a colonização.

A lógica da centralização do poder, continuamente remoldado às circunstâncias históricas, aponta o equívoco da idéia do desleixo português no controle da colônia (cf. HOLANDA, 2003, p. 43 *et seq.* e FREIRE, 2003, p. 265 *et seq.*). A estabilidade da colonização portuguesa no Brasil e a transição relativamente pacífica, negociada e não-revolucionária da independência desmentem, igualmente, a tese do desleixo. Mesmo a unidade político-econômica formada pelo contínuo Casa Grande-Senzala (cf. FREIRE, 2003), embora detivesse uma espécie de poder universal interno, tinha de submeter-se à lógica do mercantilismo monopolista da metrópole portuguesa para poder sobreviver. Até

os fluxos migratórios responsáveis pela expansão do território colonial tinham por incentivo a busca do principal objeto de cobiça da coroa portuguesa, os metais preciosos, cuja produção e escoamento ela imediatamente dominou e organizou centralizadamente quando descoberta (cf. PRADO JR., 1999, p. 169 *et seq.*)

No Brasil, seguindo o rastro português, predomina, ainda hoje, a mentalidade estadocêntrica<sup>47</sup>, que coloca a administração pública e seu comandante eventual, desde muito antes do Estado do Bem-Estar europeu, na posição paternalista tão bem representada pela alcunha “pai dos pobres” atribuída a Getúlio Vargas<sup>48</sup>. O jogo da centralização estatal tem de incluir mecanismos de controle do mercado, bem como de controle da socialização e da cultura.

(c) O Brasil, assim como Portugal, é, principalmente, um país do estado<sup>49</sup>. Por aqui, o mercado não logrou sua colocação como sistema social predominante, nem durante a fase liberal da História, se contada de uma perspectiva européia. A referência a uma revolução liberal brasileira é tão extravagante quanto curta foi a vitória das Cortes de Lisboa em Portugal (cf. FAORO, 2003, p. 301 *et seq.* e 2007a). Da mesma maneira, ainda que haja se desenvolvido um pensamento liberal no Brasil, a sua implementação passou sempre pelo filtro do compromisso com o estado, colonizador e fragmentador dos influxos da esfera pública<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> A dubiedade entre busca pela benesse estatal, ao mesmo tempo dele desconfiando, parece ainda hoje predominante no pensamento do brasileiro médio. Cf. Almeida, 2007, p. 175-213 e *passim*. É ilustrativo que logo nos alvares da república brasileira, a abstenção eleitoral fosse tal que “[o] pequeno eleitorado existente era em boa parte composto de funcionários públicos, sujeitos a pressões da parte do governo” (CARVALHO, [1987?], p. 86).

<sup>48</sup> O poder da propaganda pró-getulista é denunciada interessantemente em Carneiro (1999, p. 327-340). A apropriação de Vargas e do estamento que o sustentava da figura do pai é mostra evidente do projeto de concentração do poder, por referência à tendência psicossocial de referência ao pai como o modelo incontestável que provê união social. Cf. Enriquez, *ob. cit.*

<sup>49</sup> É interessante notar, neste sentido, que, à semelhança do Brasil em 1987-88, Portugal, vergado por cerca de 60 décadas de ditadura militar ou totalitária e fascista, quando finalmente realizou uma mudança de regime, simbolizada na Constituição de 1976, também respondeu à concentração estatal do poder no período da Ditadura Militar, seguido do Estado Novo (período da ditadura fascista), com uma ordem constitucional social-democrata que viu no estado o redentor da democracia e nele tornou a concentrar o poder – algo não surpreendente pelo fato de que os militares participaram da coalizão que venceu o regime salazarista herdado por Marcelo Caetano. Esta realidade parece não ter sido totalmente modificada com algumas amplas revisões constitucionais na década de 80-90, sem embargo da grita que a relativa retirada de poder do estado provocou entre os constitucionalistas lusitanos. Cf. CERQUEIRA, 2006, p. 303-06.

<sup>50</sup> cf. FAORO, 2007a, *passim*, e abaixo, item *e e f*.

Caio Prado Jr. (1999, p. 341 *et seq.*) já demonstrara a impossibilidade de um liberalismo brasileiro na dificuldade que encontrava para identificar a sua contraparte marxista: o proletariado. A reconstrução histórica minuciosa que fez da vida material e social do Brasil acaba, no plano político e social – segundo sua própria divisão analítica – com um melancólico e implícito aceno ao papel dos “homens livres e pobres”, uma categoria de exclusão da historiografia brasileira sobre a vida colonial e pós-independência, alheia à dualidade não-dialética fundamental entre senhor de terras e escravo (cf. FREIRE, 2003), sob a batuta por vezes invisível do estado português.

Coube a outro estudioso do marxismo no Brasil, entretanto, a talvez mais famosa rejeição de um liberalismo brasileiro. Com o famoso sintagma “*idéias fora do lugar*”, Roberto Schwarz qualificou o “liberalismo” brasileiro, que menos acumulava capital do que distribuía favores.

“Cada um a seu modo, esses autores refletem a disparidade entre a sociedade brasileira, escravista, e as idéias do liberalismo europeu. Envergonhando a uns, irritando a outros, que insistem na sua hipocrisia, essa idéias – em que gregos e troianos não reconhecem o Brasil – são referência para todos. Sumariamente está montada uma comédia ideológica, *diferente da européia*. É claro que a liberdade do trabalho, a igualdade perante a lei e, de modo geral, o universalismo eram ideologia na Europa também; mas lá correspondiam às aparências, encobrendo o essencial – a exploração do trabalho. Entre nós, as mesmas idéias seriam falas num sentido diverso, por assim dizer, original. [...] A mesma coisa para a professada universalidade dos princípios, que transformava em escândalo a prática geral do *favor*.” (cf. SCHWARTZ, 2005, p. 60-61. Grifos do autor)

O argumento de Schwartz demonstra que a cultura do escravismo correspondia às bases de uma economia que não se decidia entre mercantil e (para-)capitalista. A mentalidade do lucro, derivada da obrigatoriedade das trocas comerciais com os mercadores portugueses – eles mesmos, agentes do estado –, casava, mal, com a unidade de poder, mais do que de produção que representava – mais do que a fazenda de café – o engenho, e seu regime de trabalho *escravista*. Ao mesmo tempo, uma cultura personalista e familista na base, e patrimonialista do topo fazia com que as relações sociais e política não se dessem sobre qualquer mentalidade impessoal e autônoma. Estado todo-poderoso sobre a sociedade, família todo-poderosa sobre a sociabilidade: a libertação (parcial) do mundo-da-vida do jugo colonizador do estado, libertação que as revoluções liberais

representavam, no Brasil não teve momento político ou base sócio-cultural para se instalar.

(d) A poderosa metáfora política, aqui, é dada pela filosofia do espaço. Já muito conhecida é a de Roberto Damatta (1997 e 1992, p. 3-32), que opõe a *casa*, local de relações próximas e mais afetivamente carregadas, à *rua*, local de relações mais impessoais e menos carregadas de desejos maturados ao longo de toda a formação do sujeito.

Menos conhecida, mas igualmente interessante, é a de Nelson Saldanha. Saldanha (1986), numa linha parecida com a de Damatta, opõe o *jardim* e a *praça*. A troca de espaço lhe permite traçar uma interpretação histórica que não se circunscreva ao Brasil sob o ponto de vista urbano, senão se estenda a partir de Roma para o Medievo e, logo, para a Modernidade. O simbolismo espacial pretende identificar o jardim, como apêndice mais amplo e aberto da casa, ao domínio privado, e a praça, como local de encontro interpessoal mais plural, ao domínio público. A reconstrução histórica da evolução do espaço vai das *villae* romanas às casas dinásticas renascentistas. Bem podia se ter ampliado e abarcado a curiosa mistura tipicamente ibérica, mas mais preeminente na história brasileira – especialmente na colônia –, que fazia conviver harmoniosamente uma *casa imperial* – ou real, no caso das metrópoles – com diversos *jardins* de engenho e, mais tarde, de fazendas de café<sup>51</sup>.

A complexa organização social brasileira, que, de certa maneira, permanece com resquícios até o dia de hoje, envolve esta improvável mistura de estado e mercado, sob o signo de uma fragmentada e desestruturada cultura que não pôde bem diferenciar entre esfera pública e esfera privada. A unidade rural do engenho conviveu com o estamento burocrático imperial, assim como, num primeiro momento a fazenda de café o fez. A característica adaptativa deste estamento, seguindo a lógica sistêmica do poder e da auto-reprodução, permitiu-lhe participar e comandar silenciosamente mesmo as mais duras transições políticas – como a

---

<sup>51</sup> Nada obstante os interessantes argumentos de Holanda (2003, p. 173 *et seq.*) sobre a mudança social motivada e incentivada, ao mesmo tempo, pela substituição do açúcar pelo café, a partir da expansão para o Oeste Paulista no último terço do séc. XIX.

que culminou na independência em 1822 –, nunca deixando que se transformasse em autênticas rupturas ou revoluções à européia. Faoro (2003, p. 819-838 e *passim*) pôde nisso identificar a tendência brasileira para revolução negociada, para a eterna transação, para o eterno pacto político.

Mesmo o período da República Velha, em que Faoro (2003, p. 567 *et seq.*) identificou uma ruptura momentânea com a lógica do estamento burocrático, manteve, quando menos, grande parte de sua lógica de auto-reprodução e colonização do mundo-da-vida. O elitismo político visto por Faoro na “Política dos Estados” (ou “dos Governadores”), no qual as elites cafeicultoras governavam em nome próprio, através do clientelismo político e das manipulações eleitorais, envolve, já por isso, um elemento de manipulação e impessoalização do exercício do poder. O comando vem de cima, mediante benesses eleitorais e orçamentárias, politicamente articuladas através do sistema – instável, é verdade – das alianças políticas comandadas pelos dois maiores colégios eleitorais da época, São Paulo e Minas Gerais.

O fato de que o elemento mais tipicamente representante da lógica estamental – os republicanos gaúchos, liderados por Pinheiro Machado e desembocados em Getúlio Vargas – se opusesse ao regime da República Velha não desmente a permanência da lógica estatista e concentradora de poder no centro durante todo o período. A instabilidade e a busca da viabilização de uma atividade econômica não completamente comandada ou dominada pelo estado – a produção cafeeira – talvez desse a nota de disparidade em relação a períodos históricos anteriores. Mas mesmo esta atividade só funcionou porque o paroliberalismo de Campos Salles acabou malgrado pelo Convênio de Taubaté (cf. FAORO, 2003, p. 595 *et seq.*).

(e) Liberalismo econômico e liberalismo político são vazios semânticos na história brasileira. Da predominância do mercantilismo ao ruralismo de exportação mesmo após a independência; da substituição de importações ao nacional-desenvolvimentismo; do “Milagre Econômico” ao congelamento de preços no Plano Cruzado; tudo liga ao estado e muito vem do estado. A suplantação do estado pelo mercado e a – relativa que seja – emancipação da



esfera pública e da esfera privada da colonização estatal são estranhas à história brasileira anterior a 1988. A lógica individualista, igualitária – ainda que formalmente – e impessoal do liberalismo político<sup>52</sup> e a centralidade do lucro, da acumulação de capital e da liberdade contratual e de mercado são desconhecidas da dinâmica histórica brasileira.

“A anomalia deste liberalismo [do constitucionalismo brasileiro] não era a convivência com a escravidão, mas a nota tônica do sistema constitucional, colocado no Estado, e não no indivíduo, em seus direitos e garantias. [...]”

Excluídos os modelos revolucionários da França, da Espanha e de Portugal, o que resta? Sobre o constitucionalismo da restauração de Luís XVIII, uma vez que não se alude ao sistema norte-americano, rejeitado pelo conteúdo republicano. [...]” (cf. FAORO, 2007a, p. 109-10)

Faoro, nesta passagem, preocupa-se especificamente com o liberalismo político, ausente mesmo quando o clima europeu – e português, mais especificamente – sugeria um triunfo, ainda que pontual, do liberalismo político e de seu corolário jurídico, o constitucionalismo. A falta de liberalismo impediu que a dinâmica de liberação – parcial – do mundo-da-vida se desse sobre a ruína do estado absolutista. “O Estado seria outro, não o monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira.” (FAORO, 2007a, p. 114).

A dinâmica brasileira, sempre reformada de cima para baixo, a fim de preservar o maior controle possível do estado sobre a sociedade, via poder, era bem representada por um conhecido adágio político da época:

“O celebrado dito do visconde de Albuquerque – ‘não há nada mais parecido com um Saquarema do que um Luzia no poder’ – contém maior dose de malícia e de veneno do que se supôs. Não está o velho fidalgo a dizer que o liberal transita para o campo conservador, sem rubores e sem dramas de consciência, e vice-versa, em alusão ao presumido incaracterístico dos partidos imperiais. O que se contém na frase célebre é coisa diversa: o liberal, por obra do poder e quando no poder, atua, comanda e dirige como um conservador, adjetivando, no máximo, sua filiação partidária.” (IBIDEM, P. 157)

---

<sup>52</sup> As opiniões de historiadores, sociólogos, antropólogos e cientistas políticos são pujantes neste sentido. Para uma crítica a estas principais tradições de reconstrução histórica do Brasil, sob o signo de uma modernização excludente, mas segundo a mesma lógica dos países centrais, cf. SOUZA, 2000. Para uma crítica metodológica e política à teoria deste último autor, cf. PÁDUA, 2008d.

Centrada a vida social no estado, não é de estranhar que também o seu papel de gestor, promotor e diretor da economia resguarde os traços mercantilistas sobre o qual surgiu a doutrina liberal de Adam Smith. O mercado não se pôde diferenciar totalmente, nem voltar-se contra o estado, mecanismo no qual, conjugando as revoluções liberais com as industriais, a Europa e os EUA puderam promover crescimento econômico e emancipação política – se bem que ambos degenerariam em descontrole e agigantamento do sistema econômico já no final do séc. XIX.

“A ausência de liberalismo, que expressava uma dinâmica dentro da realidade social e econômica, estagnou o movimento político, impedindo que, ao se desenvolver, abrigasse a emancipação, como classe, da indústria nacional. [...]”

As modernizações, entre nós, procuraram, sem alcançar, a modernidade industrial e, por se orientarem do alto, de cima e de fora, não são capitalistas. Por sua vez, o industrialismo não gerou o liberalismo econômico, porque liberalismo econômico não se gera por decisão oficial. Daí não saiu uma ordem política liberal, perdida na sombra ideológica permeada pela elite. O liberalismo econômico, ao se implantar, perverteu-se na conquista, irracionalizadora por natureza, dos favores oficiais.” (IBIDEM, p. 113 e 142)

Do ponto-de-vista da esfera privada, a cultura do familismo, do personalismo e do “jeitinho” cria uma predominância pessoal e contra-meritocrática (cf. DAMATTA, 1997), geradora de iniquidade social e ineficiência econômica. Do ponto-de-vista da esfera pública, esta cultura privada se relaciona como condição e conseqüência com a cultura do favor, da predominância das relações pessoais e da singularidade contra a coletividade, gerando ilegitimidade política, concentração de poder de fato e patronato político.

(f) A ausência de um período liberal brasileiro torna frívola a busca por um período social-democrata brasileiro. A mudança de paradigma jurídico na Europa não pode encontrar paralelo no Brasil. Aqui, o tão combatido “formalismo” ou “positivismo” no direito não corresponde a uma visão de mundo ou a uma configuração sistêmica liberal – tal qual, aliás, como visto, muito dos positivistas europeus e norte-americanos também não correspondem. O formalismo e o caráter ideológico da produção sócio-cultural correspondem, antes, a um traço comum da plasticidade do domínio do poder exercido pelo estamento burocrático, que controla o estado e domina a sociedade, anônimo na sua própria dinâmica auto-reprodutiva. Não à toa, como veremos, um grande denunciador do caráter

formalista do direito brasileiro como Lenio Streck, não se pôde ver satisfeito, mesmo com a promulgação da Constituição de 05.10.1988, que continuou a prática de pôr mais no texto do que a dinâmica social podia agüentar – a frequência das emendas em curto período de tempo o demonstra.

O que antes era “formalismo positivista”, agora é “baixa compreensão da constituição”. A dissociação entre teoria e prática, entre direito e sociedade, continua a servir para concentrar o poder no estado e desgarrá-lo da dinâmica simbólica de legitimação comunicativa do mundo-da-vida. A saída encontrada para 20 anos de dominação estadocêntrica nas mãos militares foi a feitura de uma constituição que seguisse o modelo europeu, como se o Brasil tivesse de entrar em um período social-democrata, mesmo não tendo jamais atravessado – quiçá esgotado – um modelo liberal.

A ilusão aqui não é exclusiva do Brasil, mas repete as mesmas conclusões enviesadas de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, algumas de nossas maiores fontes de recepção de institutos constitucionais em 1987-88 (cf. TAVARES, 1991<sup>53</sup>). Também lá, os anos de dominação estatal foram repelidos com estados “sociais”, ao menos no pensamento jurídico-constitucional. A diferença marcante, que nos distingue, entretanto, é o fato de que todos estes países chegaram a atravessar paradigmas liberais e, então, atingiam aquela transição interna do paradigma do Estado do Bem-Estar que transferia poder da administração pública para o poder judiciário, embora o mantivesse no sistema estatal e longe da esfera pública do mundo-da-vida.

No Brasil, todavia, tal substituição de poder – ou substituição tecnocrática (cf. PÁDUA, 2008b) – se deu com queima de etapas, obedecendo a dinâmica de evolução histórica que não nos correspondia quer no aspecto material, quer no aspecto simbólico-moral. Aqui, a tecnocracia dos economistas e burocratas da ditadura militar, posto que mantidos com grande envergadura na nova ordem constitucional, teria de ceder grande parte de seu poder para a tecnocracia dos

---

<sup>53</sup> Ana Lucia Lyra Tavares, em verdade, cita também a França como importante fornecedor de normas e institutos para recepção pela Constituição de 05.10.1988 e omite a Alemanha, adição nossa.

juristas e dos tribunais, que agora poderiam dar a última palavra, (auto-)legitimados pela “tábua axiológica” constitucional e membros de uma (supostamente) democrática “comunidade de intérpretes” da “constituição aberta”<sup>54</sup>

A desilusão com o poder executivo gera a busca por uma intervenção do poder judiciário. Mantém-se intacta, assim, a centralidade do estado na direção da sociedade, qualquer que seja o seu ramo predominante. A sociedade e sua esfera pública fragmentada e bestializada continuam na busca pelos seus condutores paternalistas, aos quais olham com inferioridade.

### 2.3.2.

#### Os antecedentes e a feitura da Constituição de 05.10.1988

A Constituição de 05.10.1988 costuma ser apontada um marco na democracia brasileira. O momento em que se confecciona certamente explica o surto de otimismo constitucional que a cercou e continua a cercá-la, vinte anos depois. O mais longo período de estabilidade constitucional-democrática da história do Brasil funciona como renovado motivo para tal otimismo. De certa maneira, tal como em países da Europa continental, seguindo o exemplo ducentenário dos Estados Unidos, um certo *fetichismo constitucional* serviu no Brasil para trazer para os juristas, técnicos em textos jurídicos qual a constituição, um novo modo de protagonismo. Este novo protagonismo se liga menos à sua preparação para a ocupação de cargos públicos na administração – para os qual foram sempre vocacionados, segundo o espírito do bacharelismo – e mais para a sua atividade técnica, a interpretação e aplicação de normas jurídicas, no bojo de um processo judicial. A contribuição dos bacharéis para o estamento burocrático se desloca da Administração para a Jurisdição, e, com isso, a tecnocracia burocrático-administrativa passa a perder força para a tecnocracia jurídica, sempre em torno do bacharel, técnico em direito.

---

<sup>54</sup> Na Teoria Constitucional Brasileira, o termo foi concebido por Paulo Bonavides, mas reformulado e ampliado por Siqueira Castro, que o ligou a um “pluralismo valorativo” ligado à atualização constitucional por sua “comunidade de intérpretes”. Cf. Siqueira Castro, 1999. Voltaremos a isto adiante.

Todo este fetichismo, já como o fetichismo em que Marx ([199?]) erigiu a sua teoria da alienação pelo mecanismo de troca social da mercadoria<sup>55</sup>, pressupõe uma concentração sistêmica da constituição, que se subtrai do concreto atuar do mundo-da-vida e se escuda em um simbolismo bloqueado contra a influência da comunicação na esfera pública social. Seja por meio da própria desapropriação da dinâmica do mundo-da-vida pela fragmentação e desapontamento de suas estruturas que deveriam legitimar continuamente a constituição<sup>56</sup>, seja pela colonização do estado, via jurisdição, no mesmo mundo-da-vida, a falta de reflexão sobre as origens sociais da constituição faz com que ela perca o seu sentido legítimo de organizadora da esfera pública<sup>57</sup>.

No caso brasileiro, especificamente, o reconhecimento das extremamente complicadas condições sócio-políticas em que, afinal, se promulgou a Constituição de 05.10.1988 e das mazelas que tais condições geraram no texto final contrastam – por vezes no mesmo autor – com um desvelado otimismo quanto aos valores supostamente consensuais que se extrairiam – implícita ou explicitamente – da mesma constituição. Contrasta também com a continuidade deste otimismo em relação a mecanismos técnicos que juristas, principalmente, conseguiram aprovar para permitir a provocação do poder judiciário, no lugar dos demais poderes, para “efetivação” da constituição e de seu “plexo valorativo”.

---

<sup>55</sup> Marx pensou o fetichismo sobre o valor de troca da mercadoria especificamente com os olhos voltados para uma teoria da integração social. Com isso, no que respeita ao conceito de fetichismo constitucional aqui avançado, leva ele vantagem sobre o conceito de mesmo nome na teoria metapsicológica de Freud (1996c), voltada, em primeiro lugar, para explicar dinâmicas subjetivas, não intersubjetivas – ainda que a intersubjetividade seja sempre pressuposta. A proximidade dos mecanismos de fetichismo nos dois autores, no entanto, tornaria o conceito deste último também útil. Com a constituição fetichizada, uma *idealização simbólica* da constituição histórica hipostasiada em *a constituição* funciona como um *mecanismo de defesa* psicossocial contra a imperfeição naturalmente percebida no documento político que qualquer constituição atual corporifica. Neste ponto, a substituição da constituição atual, efetiva, “real”, por uma constituição – ou por uma parte dela, tal como a carta de direitos – simbolicamente ligada às pulsões de vida sociais mostra-se apta a substituir a angústia da realidade política por um símbolo ao qual se dedique o desejo (social) – tal como os pés ou a folha de uva ou os pelos pubianos, citadas por Freud (1996c, 157-58) em seu estudo sobre o fetichismo (psíquico), no que toca o sujeito individual.

<sup>56</sup> O que Habermas (2001a, p. 384) chama a compreensão dinâmica da constituição.

<sup>57</sup> Com um argumento semelhante, argumentando que a ficção em torno da atemporalidade das decisões de uma assembléia constituinte, fruto de um “dado momento histórico”, tornaria a constituição um “simulacro”, cf. MOREIRA (2007, especialmente p. 92 et seq.)

(a) O ano de 1987, final de uma importantíssima década do ponto-de-vista político no Brasil, início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, é o início do coroamento de um período de transição política que exigiu muita pressão social, muita militância política e, sobretudo, seguindo a tradição brasileira, muitos pactos e transições negociadas. Depois de vinte anos de governos militares, os sinais de exaustão do regime começavam a dar mais esperanças e forças para os opositores do regime. Desde finais da década de 70, a guinada radical de 1968 parecia ter esgotado seu ciclo. A “eleição” de Geisel em 1974, um moderado dentro do círculo militar, as manifestações cada vez mais numerosas – e pacíficas – no seio da sociedade civil, especialmente por sindicatos em São Paulo, pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil – mas também por numerosas outras instituições e associações de menor porte –, a crise econômica e a desilusão de muitos líderes políticos que haviam apoiado a Revolução de 1964 foram mostras desta realidade política em transição<sup>58</sup>.

Mesmo conhecido pelo famigerado “Pacote de Abril”<sup>59</sup> e pelas “diástoles”<sup>60</sup> no processo de abertura política – inclusive com a utilização, se bem que parcimoniosa, dos poderes conferidos pelo AI-5 –, a presença e atuação de Geisel na presidência de república, de 1974-79 foi decisiva não só para os eventos que culminaram com a constituinte de 1987, mas também com o tipo de transição política que o Brasil teve de volta à democracia.

---

<sup>58</sup> Faz-se aqui um apanhado do que relatam, com fontes diversas, entre outros, Bonavides e Paes de Andrade, 2006; Tavares, 1991, p. 76-80 e *passim*, Cerqueira, 2006, p. 526-530, Cittadino, 2000, p. 32-43 e Barroso, 1999, p. 38-43.

<sup>59</sup> Modo como ficou conhecido um conjunto de seis Decretos-Leis (de 1.538 a 1.543), todos publicados em 14 de abril de 1977, durante recesso do Congresso Nacional decretado pelo presidente Geisel, em resposta à não-aprovação de um anteprojeto do poder executivo para reforma do judiciário, em 30 de março do mesmo ano. O Pacote de Abril acabou fazendo par com a chamada “Lei Falcão” (Lei n.º 6.339 de 01.07.1976), na busca por reagir à vitória eleitoral maciça nos Estados, Municípios e Congresso Nacional do MDB nas eleições de 1974. Cf. DHBB, 1984, v. 2, p. 1450-59.

<sup>60</sup> Tavares (1991, p. 77) refere expressão famosa do Gal. Golbery do Couto e Silva, chefe do gabinete civil do governo Geisel, que teria qualificado a abertura “lenta, gradual e segura”, nas expressões do então presidente, como abertura “em sístoles e diástoles”.

O comando político de um general moderado, que não titubeava, muitas vezes, em brigar com os “falcões” ou generais “linha-dura”<sup>61</sup>, ao mesmo tempo que permitiu uma base para a abertura política e para a transição democrática, permitiu que as frustrações democráticas acumuladas durante mais de uma década fossem, por assim dizer, *descatexizadas*<sup>62</sup> em favor de uma aproximação negociada e por etapas à redemocratização – exatamente como o previra Geisel. A transição negociada, que, nada obstante uma legitimação autônoma que saía da esfera pública cada vez mais mobilizada, deveria ser feita *dentro do regime*, sem ruptura conflituosa, muito menos revolucionária (cf. HAGOPIAN, 1990). O comando da transição caberia ao regime militar, que continuaria a ditar as cartas até a eleição de 1984, em que, afinal, vencesse a chapa Tancredo Neves-José Sarney, cuja própria composição denotava o acordo político entre as forças do ex-MDB e da ex-ARENA.

(b) Do ponto-de-vista do sistema estatal, a ausência de ruptura conflitual, nada obstante os rumores mais ou menos preeminentes oriundos da esfera pública social, permitiu que continuasse, ao menos em parte, a dinâmica estamental-patrimonialista da auto-reprodução estatal por seus próprios meios de poder. Vários dos políticos que apoiaram e permaneceram nas fileiras burocráticas da Ditadura Militar foram como que forçados para dentro da Aliança Democrática de Tancredo Neves, a fim de viabilizar uma transição final comandada por um governo civil.

Do ponto-de-vista da esfera pública social, a organização e composição inédita de interesses, concepções éticas e apropriação crítica do passado histórico – recente, que fosse – produziu uma mobilização e um potencial consenso fantástico para o momento. O movimento das Diretas-Já, as greves dos

---

<sup>61</sup> São conhecidos os embates com o Gal. Silvio Frota, ministro do exército e o evento da destituição, com desonra, do Gal. Ednardo D’Avila Mello, comandante do II Exército, onde “se suicidara” um operário, em seqüência a uma série outros “suicídios” por autoenforcamento. Cf. Cerqueira, 2006, p. 526-27 e DHBB, ob. cit.

<sup>62</sup> A raiz “catexia” – do original alemão *Besetzung* (literalmente, “preenchimento”), também traduzida para “investidura” na literatura especializada – e seus derivados significam, na psicanálise freudiana, *grosso modo*, a energia (libidinal) associada, no psiquismo, consciente ou inconsciente, em qualquer das suas divisões tópicas, a um registro ou representação (Cf. ROUDINESCO e PLON, 1998, p. 398 [verbete *investimento*]). No presente caso, a analogia é com os desejos e afetos que a falta de democracia e o recrudescimento do regime militar geraram na consciência social, revelando a comunicação distorcida pela coerção estatal desde 1964.

metalúrgicos paulistas, os comícios e manifestações públicos e mesmo a ação dos governadores de oposição ao Regime Militar, na esfera pública política formal, foram grandes catalisadores da formação da vontade e da opinião racional dos cidadãos brasileiros.

A aparente contradição entre a reprodução estamental pela transição negociada e a euforia mobilizada da esfera pública se resolve quando se atenta para o fato de que *nenhuma* das reivindicações retiradas desta esfera pública – nomeadamente a informal de sindicatos, associações e instituições diversas – foi totalmente recebida e aprovada na esfera pública formal do Congresso Nacional e da Administração, colonizadas, em todo caso, pelo poder estatal concentrado no regime.

A lista de reivindicações foi tão extensa quanto não-atendida. Eleições diretas foram objeto de comícios populosos e movimentos extensos da sociedade civil, mas foram derrotadas no Congresso Nacional dominado pela ARENA, o que agravou a necessidade de formação de pactos e barganhas políticas para emplacar, contra a manipulação eleitoral do Pacote de Abril, uma candidatura apoiada pela oposição oriunda do extinto MDB (cf. HAGOPIAN, 1990). A convocação de uma assembléia constituinte exclusiva e representativa de toda a sociedade, livre dos senadores representantes dos estados e dos senadores “biônicos”, idéia que se iniciou com a Convenção Nacional do MDB em 1977 (cf. TAVARES, 1991, p. 77) e foi tema de uma conhecida monografia jurídico-política de Raimundo Faoro, então presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (cf. FAORO, 2007b); também esta idéia, pressionada pela solução oficial do Regime Militar de adaptar a antiga constituição à “Nova República”<sup>63</sup> (cf. TAVARES, 1991, p. 77-80), acabou fracassando em prol de uma solução de concórdia, que transformou o Congresso Nacional (parcialmente) eleito em 1984 em (também) Congresso Constituinte, por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 27.11.1985.

---

<sup>63</sup> Termo atribuído a Tancredo Neves e tornado conceito historiográfico. Cf. Hagopian, 1999, p. 167.



(c) A transição política negociada, que acaba, ao custo de evitar o conflito e instabilidade política, retirando parte da força da mobilização social na esfera pública informal, embora apresente seus méritos e, no Brasil, especificamente, tenha proporcionado uma razoavelmente indolor transição para a estrutura institucional democrática após muitos anos de autoritarismo militar, gera marcas políticas que não se apagam facilmente (cf. HAGOPIAN, ob. cit.). A possibilidade de que o sistema estatal, operando por intermédio da autonomização do poder em face da legitimação social, se reproduza na qualidade de estamento burocrático, sem grandes concessões ao mundo-da-vida, é, possivelmente, o pior problema contraposto à estabilidade institucional.

O Brasil, por seu caminho redemocratizador sem guerras, conflitos ou revoluções, foi, por isso, mais comparado à Espanha dos “Pactos de Moncloa”, do que ao Portugal da Revolução Militar e da “Revolução dos Cravos”, embora, em todos estes casos haja em comum a retomada do quadro institucional democrático após décadas de regimes autoritários (cf. CERQUEIRA, 2006, p. 241-47. e TAVARES, 1991, 94-95).

Os “Pactos de Moncloa” de 25 de outubro de 1977 (cf. CERQUEIRA, ob. cit., p. 217-225) simbolizam uma grande obra de engenharia política que veio mais da esfera pública formal do que da informal – mais de políticos (Adolfo Suárez, a figura-chave), do que dos cidadãos esparsos ou organizados –, ainda assim, apresenta uma particularidade legitimatória que o Brasil não possuiu. A Espanha, com efeito, além de uma difícil transição democrática, enfrentava, com a dissolução da coercitividade do poder central totalitário, o desafio de procurar manter unida a sociedade e simbolicamente estruturado o seu mundo-da-vida, diante da eclosão dos conflitos étnico-culturais durante tanto tempo recalcados pelo estado de fato. Não bastava a democracia, era preciso trazer para ela Bascos, Catalães, Andaluzos. Era preciso, também, romper com o ciclo espanhol de revoltas republicanas sangrentas e efêmeras, que deram azo ao longo regime franquista, no vácuo institucional criado.

“[...] ao desaparecer o ditador, as forças democráticas ainda não estavam em condições, nem por sua influência no país, e nem por sua capacidade de organização e unidade, de fazer prevalecer seus objetivos imediatos. Grande parte da população se encontrava ainda paralisada pelo medo de repressão, quando não pelo ceticismo ou pela indiferença política.[...]”

Essas reformas políticas e econômicas, seguindo com Suárez, consolidaram o bloco de forças capaz de enfrentar e vencer a pressão terrorista da ETA (Pátria Basca e Liberdade), da Grapo (Grupo de Resistência Antifascista Primeiro de Outubro) e dos grupos de ultradireita, e chegar, afinal, ao *Compromisso Constitucional*, expressado na Constituição de 1978, planejada e votada a partir do acordo entre todas as forças política representadas no Parlamento<sup>64</sup>. [...]

[...] A Espanha, sem dúvida, por meio de seu singular *processo constituinte*, obteve êxito na transição da ditadura franquista para uma democracia liberal, no plano político e no plano econômico. Já entre nós, buscou-se inutilmente, em círculos políticos e acadêmicos, a metáfora espanhola na transição que se abriu com o fim do regime militar e se viu consolidar com a Constituição cidadã [...].” (IBIDEM, p. 219, 220 e 242, grifos do autor)

Como se sabe, no Brasil, nada obstante a diversidade étnico-cultural e a imensidão do território, um elevado grau de miscigenação e, por certo, uma certa ausência de conflitos políticos históricos não permitiram a formação de pressões separatistas mais sérias, senão por eventos isolados, como no Rio Grande do Sul no início da 1ª República. Este, portanto, não era um problema a vencer. Ainda que fosse, no entanto, os concertos políticos dos primeiros anos do Governo Sarney não permitiram sequer o fomento de uma aliança política nacional que reestruturasse o país da crise econômica e da incerteza política pré-constitucional.

“Acrescente-se a essas frustrações [do falecimento do presidente eleito Tancredo Neves e da origem política autoritária de seu vice-presidente] o insucesso do Presidente Sarney nas negociações junto às lideranças sindicais e empresariais para a realização de amplo acordo social e econômico que precedesse a elaboração do Texto Constitucional. Após conhecer um índice elevado de popularidade com os resultados positivos, mas efêmeros, do chamado “Plano Cruzado” [...] o grau de credibilidade no Governo foi decrescendo à medida em que fracassavam os sucessivos planos de combate à inflação, de soerguimento da economia e de redução dos desníveis sociais.” (TAVARES, 1991, p. 78)

O resultado é que, a despeito do ambiente social altamente favorável e do esgotamento simbólico dos meios colonizadores do estado militar brasileiro sobre a sociedade e a cultura, acabou-se fazendo necessária uma transição negociada, carente de conflitos políticos mais sérios – salvo os intramilitares do final do governo Geisel e os decorrentes de sua sucessão –, transição que permitiu, ao menos parcialmente, de um lado, a permanência do instrumento mimético do

---

<sup>64</sup> Note-se que, conquanto seja plausível a alegação de que a única forma de conduzir a volta à democracia na Espanha fora este tão amplo *compromisso constitucional*, alegação certamente mais plausível lá do que no Brasil, também é certo que a instabilidade política continuou na Espanha, especialmente do ponto-de-vista cultural, com pressões separatistas e atentados políticos. Também lá, a transição negociada deu seus efeitos colaterais problemáticos.

estamento burocrático-patrimonialista influente sobre a cultura, a sociedade, e o sistema estatal brasileiros; e, de outro lado, permitiu que, sempre de olho no estado e de costas para o potencial mobilizado pela esfera pública social, a mobilização política pré-constituente não matasse o nosso “pai primordial” estatal, senão a ele se retornasse, agora (também) na forma da *jurisdição*, levantada sua importância pelo jurista sempre influente na nossa história, com más ou boas intenções.

(d) A “Carta aos Brasileiros”, de autoria e leitura pública do então professor da Faculdade de Direito da USP Goffredo da Silva Telles Jr., representa, no plano simbólico, a manutenção e mesmo ampliação do papel do jurista na vida política brasileira, conservando ou progredindo. Durante o Regime Militar, evidentemente, a tecnocracia administrativa e a coercitividade desprestigiaram o jurista do cargo público que sempre lhe foi reduto privilegiado, mas não o afastou da vanguarda da vida pública, perto do governo, ou comandando a oposição. Pois foi um movimento de juristas – e juristas de uma academia de Direito que sempre teve uma das maiores influências políticas do país – que culminou com este documento que acaba praticamente transformado em bíblia velada no processo constituinte de 1987.

A “Carta aos Brasileiros” foi um documento escrito quase exclusivamente por Goffredo da Silva Telles Jr. e tinha por marco temporal os 150 anos da fundação das primeiras faculdades de direito no Brasil, em 11 de agosto de 1827. A idéia, em verdade, não partiu de Telles Jr., que acabou escolhido pelos idealizadores<sup>65</sup> de uma ação dos juristas em geral, e da USP, em particular, como uma figura emblemática deste ato político com cara de aula de direito em defesa da democracia e da importância dos próprios juristas na vida política, antes tomada pela inércia motivada, principalmente, pela coercitividade extrema a partir de 1968. Seria, portanto, esta carta, um documento que simbolizaria o retorno dos juristas ao protagonismo político nacional, após a década de ostracismo que acabou lhe impondo, em grande medida, o Regime Militar. O momento da leitura,

---

<sup>65</sup> Cf. os depoimentos contidos no volume organizado por Cássio Schubsky (2007), em especial os de Flávio Bierrenbach, Almino Afonso e José Carlos Dias, os principais idealizadores da conveniência da feitura de uma manifestação pública.

na noite de 08 de agosto de 1977, também coincidia com a mudança política que já vinha sendo operada, como visto, pelo governo de Ernesto Geisel.

Apelidada “Documento dos Juristas” (cf. SCHUBSKY, 2007, p. 219), a carta tem uma dupla importância histórica. De uma perspectiva política, já amplamente reconhecida – embora mais pelos juristas do que pelos historiadores – ela representa a afirmação cabal do progressivo esgotamento do Regime Militar – que, aliás, não a censurou nem a comentou – e igualmente a afirmação da volta dos juristas à importância *explícita*<sup>66</sup> que sempre tiveram na vida pública nacional, como visto acima.

De uma perspectiva jurídica, especificamente, muito menos levada em conta nas análises históricas, a “Carta aos Brasileiros”, tencionada um manifesto em defesa do estado de direito, afirma, dez anos antes da constituinte, as bases conceituais e ideológicas do a que Gisele Cittadino (2000) vai chamar o “constitucionalismo comunitário brasileiro”<sup>67</sup>, vitorioso na Constituição de 05.10.1988, a despeito da pressão política de setores sociais mais identificados com os princípios políticos norteadores de 1964.

O texto da carta procurou, didaticamente, expor alguns assumidos consensos na comunidade jurídica sobre princípios políticos e jurídicos acerca do poder constituinte, da soberania popular, da democracia e, principalmente, da

---

<sup>66</sup> A importância dos juristas durante o Regime Militar iniciado em 1964, no entanto, não deve ser subestimado. Uma diferença importante para outros momentos, no entanto, é a expansão do ensino universitário brasileiro para outros campos do saber, antes inexistentes no Brasil. Com isso, e com a maior militarização do autoritarismo pós-1964, os bacharéis não comandam mais *todos* os cargos de primeiro escalão. Mas mantém uma importância inestimável na engenharia política e na estruturação institucional indispensáveis para a duração significativa do regime. Francisco Campos, mais famoso por ter escrito a Constituição de 1937, foi um grande colaborador da redação dos atos normativos de exceção também no pós-64. E Miguel Reale, nem sempre lembrado por isso, foi também um importante jurista envolvido com o mesmo regime, a ponto de integrar a comissão revisora da Constituição de 1967 em 1969 e colaborar ativamente com outros governos como Geisel e Figueiredo. Isso sem falar na plêiade de outros bacharéis que se prestaram a importantes colaborações esporádicas e perenes ao regime, inclusive fazendo parte da ARENA. Cf. Reale, 1985. Devo grande parte das observações sobre Francisco Campos à pesquisa de Jorge Chaloub.

<sup>67</sup> Gisele Cittadino (2000, p. 36-39) elenca três “temas fundamentais” que caracterizam o constitucionalismo comunitário brasileiro: (i) a busca de um fundamento ético para a ordem jurídica; (ii) um completo e exaustivo sistema de direitos constitucionais; e (iii) a “caracterização da mais elevada corte de justiça brasileira – o Supremo Tribunal Federal – como órgão de caráter político”, que concretize e proteja estes direitos e este fundamento ético.

contraposição fundamental entre “estado de direito” e “estado de fato”/ditadura. Além de uma peça de brilhante retórica político-jurídica, algo já amplamente reconhecido entre juristas de várias gerações, o que aqui importa notar é que, ao expor os princípios do estado de direito, um estado “*obediente ao Direito; [...] guardião dos Direitos; e [...] aberto para as conquistas da cultura jurídica*” (cf. TELLES JR., 2007, p. 27, grifo do autor), a “Carta aos Brasileiros”, sintetiza grande parte do Título I e do Título II – e de várias outras importantes partes – da Constituição de 05.10.1988, afinal promulgada, tidos pelos constitucionalistas comunitários como a sua parte mais importante:

“Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléia Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos e ao espírito dessa Constituição, o direito de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana, elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos Poderes Públicos, e de introduzir seu pensamento nas decisões do Governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei, que é o direito de cada um de receber o que a cada um pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpado, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, fora dos casos previstos em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, fora dos casos da lei; o direito de não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delito; o direito de nunca ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário, sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter Juízes e Tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; o direito reunião e associação.

Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas. São princípios informadores do Estado de Direito.” (TELLES JR., ob. cit., p. 31-33, grifos do autor)

A reprodução literal de muitos destes direitos no art. 5º e em outros dispositivos da Constituição de 05.10.1988, aliada à concepção de tais direitos

como *valores* de consenso na comunidade jurídico-política brasileira são o maior símbolo e o maior prenúncio da influência decisiva que os juristas terão sobre todo o processo constituinte e sobre a interpretação corrente no mundo jurídico do que a constituição, afinal, significaria, após a sua promulgação.

(e) Conforme dito acima, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte não foi consenso entre a comunidade jurídica. Seja porque não quisessem reconhecer na Revolução de 1964 a semente de um governo autoritário, seja porque achassem necessário enfatizar o que de bom haveria na Constituição de 1967 (cf. REALE, 1985, p. 9-10), muitos políticos e juristas consideravam suficiente uma reforma ampla no texto então vigente, ainda mais depois que a Emenda n.º 11 de 13.10.1978 expurgou da então constituição as alterações inseridas para adequá-la ao AI 5 (IBIDEM, p. 1).

Raymundo Faoro, então recém-saído da presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apesar de recusar-se a assinar a “Carta aos Brasileiros” por questões institucionais, teve mesmo que usar toda a sua pesquisa acumulada em história do Brasil para promover, em bases teóricas, mas com inegável apelo retórico-político, a necessidade da convocação de uma constituinte. Para isso, dando segmento a manifestações pró-constituinte da própria OAB sob sua gestão (cf. BONAVIDES E PAES DE ANDRADE, 2006, p. 455-56), lançou, em 1981, uma obra singela, “Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada” (FAORO, 2007b), a fim de discutir e contestar a assimilação de legalidade e legitimidade, e de poder/autoridade e força, dicotomias já exploradas, como menos profundidade na referida carta. O objetivo era afastar o “remendo constitucional” proposto na continuidade político-constitucional do Regime de 1964.

Já naquele momento, Faoro, como antes já fizera Telles Jr. de fato parecia corresponder a algum quase-consenso entre a comunidade jurídica, ao tachar os governos militares de ilegítimos e promotores de mera força, dissociada da autoridade, na usurpação do poder. A solução em 1977, como em 1981, para a comunidade jurídica, precisamente, era a constituinte e a (re)fundação institucional.

“Em consequência do colapso do poder constituído desaparece mais do que o estatuto de poder, na sua forma documental e fixado de acordo com normas consentidas. O próprio poder, o novo poder que se instaura se apóia, na primeira hora, em momento que necessariamente se apresenta com o caráter de transitoriedade, unicamente na força. Um grupo, em nome de si mesmo, mas em regra convencido de que expressa a vontade popular, impõe seu comando: manda porque pode mandar, porque dispõe dos instrumentos de coação política. Ele permanecerá no poder enquanto contar com a força, verificada na eficiência de seus meios, em permanente tensão. Dentro dessa perspectiva – a força –, o essencial está em ser obedecido e obrigar os recalcitrantes a cumprir os comandos, seja qual for o conteúdo da imposição. A força, em última análise, não é outra coisa que a violência organizada. [...]

[...]

Quem convoca a constituinte não é, contrariamente a muitas aparências, o poder estatal, que apenas instrumenta a vontade popular, sem subordiná-la. [...]

[...]

O que impressiona, entanto, é que todos os passos, insuficientes, na verdade, no caminho das liberdades e da democracia, nos quase 160 anos de país independente, foram dados pelas constituintes, que legaram à sociedade civil as bandeiras, frustradas e escamoteadas, de sua emancipação. O que há no Brasil de liberal e democrático vem de suas constituintes, e o que há no Brasil de estamental e elitista vem das outorgas, das emendas e dos atos de força. Nunca o Poder Constituinte conseguiu nas suas quatro tentativas [1823, 1890, 1934, 1946] vencer o aparelhamento de poder, firmemente ancorado ao patrimonialismo de Estado, mas essas investidas foram as únicas que arvoraram a insígnia da luta, liberando energias parcialmente frustradas. O malogro parcial não presta como argumento contra as constituintes, senão que, ao contrário, convida a realizá-las [...].” (FAORO, 2007b, p. 187, 250 e 257)

Este pensamento francamente majoritário entre os juristas, no entanto, contrastava com as ainda presentes e pujantes resistências políticas dos remanescentes da base de apoio do governo militar. O clima político antes das eleições – indiretas, lembre-se – de 1985, que também comporiam (a maior parte do) o Congresso Constituinte, era de intensa negociação, troca de legendas partidárias e busca de forças políticas – especialmente o PFL – que se juntassem aos pólos opostos formados por PMDB e PDS (cf. HAGOPIAN, 1990, principalmente p. 153 *et seq.*; TAVARES, 1991, p. 78-79), agora dividindo os postos políticos e o eleitorado com o pluripartidarismo. A vitória do advogado Tancredo Neves, líder da *Aliança Democrática*, um político moderado que saiu do MDB para fundar o PP com ex-adversários políticos de Minas Gerais (cf. DHBB, v. 3, p.2387), sobre Paulo Maluf, candidato do fragmentado PDS, não veio sem concessões políticas importantes (cf. HAGOPIAN, 1990, p. 157-59, SKIDMORE, 1998, p. 260-61 e 267-71), a começar pelo candidato a vice-presidente – José Sarney, membro do PFL e antigo entusiasta do Regime Militar.

Com a morte inesperada de Tancredo Neves, José Sarney assumiu o governo e fez valer o acordo, cumprindo o seu cronograma constituinte. Em 28 de junho de 1985, enviou mensagem ao Congresso Nacional propondo a convocação de uma Constituinte – na verdade, a conversão do Congresso Nacional em constituinte –, de que resultou a Emenda n.º 26 de 27.11.1985 (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 2006, p. 457). Em 18 de julho de 1985, através do Decreto de n.º 91.450, convocou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros, entre juristas – em ampla maioria<sup>68</sup> – e não-juristas, e presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, senador da República e antigo político da UDN, que emprestou seu nome à comissão (cf. IBIDEM, loc. cit. e TAVARES, 1991, p. 80-82).

A comissão Afonso Arinos, instituída para estudos preparatórios, acabou propondo ao presidente Sarney também um anteprojeto de constituição. Não foi o único. Tavares (1991, p. 80-81, especialmente nota 25) faz impressionante compilação do grande número de estudos em direito constitucional que se fizeram publicar nos anos que antecederam a instalação da constituinte. Além de diversas obras doutrinárias e do anteprojeto Afonso Arinos, foram pelo menos *cinco anteprojetos* elaborados autônoma e privadamente, e oferecidos espontaneamente aos trabalhos constituintes, como fonte de inspiração. A influência técnica dos juristas na constituinte foi muito mais relevante do que se parece normalmente pensar.

(f) É certo que, num primeiro momento, o anteprojeto Afonso Arinos foi formalmente arquivado sem maiores usos. Seu não-encaminhamento oficial à constituinte é normalmente atribuído ao parlamentarismo ali consagrado e correlato enfraquecimento do poder do Presidente da República, algo inaceitável para José Sarney, presidente e ex-apoiador da autocracia militar (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 2006, p. 457-58 e *passim*). No entanto, a presença do próprio Afonso Arinos como senador na constituinte, bem como a presença de vários juristas influentes na assessoria técnica oficial e extra-oficial de

---

<sup>68</sup> Foram 26 juristas, maioria absoluta da comissão, ainda mais significativo número, se se tiver em conta que havia representantes de várias outras profissões, tais como empresários, jornalistas e economistas. A lista completa dos membros encontra-se em Tavares, 1991, p. 81 (nota 26)



parlamentares ditou os rumos da elaboração da futura constituição (cf. CITTADINO, 2000, p. 41-42), especialmente em pontos nos quais a presença do ex-aliados do Regime Militar era considerada, por eles mesmos, desnecessária.

Já na Comissão Afonso Arinos, os prognósticos de maioria “conservadora”<sup>69</sup> se mostraram precipitados. O mesmo fenômeno, em menor grau, é certo, foi observado na constituinte. Tanto numa, quanto noutra, os “conservadores” acabaram não dando a mesma importância do que os “progressistas” à elaboração da constituição, embora mais na Comissão Afonso Arinos (cf. CITTADINO, 2000, p. 32-35) do que na constituinte propriamente dita. Certamente também contribuiu para isto, talvez em até maior medida, o fato de que os mais tecnicamente respeitados constitucionalistas nacionais se identificassem mais com a ala “progressista”. Os juristas souberam, neste ponto, chamar para si a incumbência de comandar, não o processo constituinte, mas grande parte de seu conteúdo e, tendo em vista sua formação técnica em direito, poderiam ser mais facilmente respeitados como *técnicos* do que como *políticos*.

Logo no início dos trabalhos constituintes a dimensão técnico-jurídica se fez perceber mesmo em decisões aparentemente neutras para o desfecho político da futura constituição. Bonavides e Paes de Andrade (2006, p. 458-60) referem que, ausente um anteprojeto sobre o qual deliberar, diante do não-envio (formal) do da Comissão Afonso Arinos à constituinte, a constituinte teve de encontrar fórmula que orientasse os trabalhos, sem correr o risco de relegar grande parte dos 559

---

<sup>69</sup> A utilização do termo aqui entre aspas – o mesmo com o antitético “progressista” – denota o fato de que a distinção, que se pretende meramente analítica é, na verdade, plena de pretensões normativas de validade. A definição do que seja “conservador” ou “progressista” depende muito de uma minuciosa argumentação sobre quem pode ser corretamente assim chamado, argumentação que não é normalmente levada a cabo por quem utiliza esta distinção. Por conta disso, “conservador” passa a ser quem não se identifica com as concepções do analista que utiliza o termo e “progressista”, quem se identifica. Nem é preciso ir mais longe para demonstrar que, a não ser em países de tradição eleitoral e ideológica mais madura – como possivelmente a Grã-Bretanha –, nos quais o conservadorismo é uma tradição auto-reconhecida e respeitada politicamente, em países como o nosso, acostumados com a retórica política ideologicamente orientada somente na busca de apoio para a continuidade do domínio sobre o poder estatal e com uma estrutura partidária cambiante e instável, a utilização da distinção é analiticamente inútil. Veja-se, como curioso exemplo, o fato de Miguel Reale, normalmente associado aos “conservadores”, dizer, em entrevista de 1981, criticando o fato de que o “jurista é, por tendência, um conservador”, que: “O jurista, de certa maneira, comprometeu a sua própria posição, na medida em que não acompanhou o sentido e o novo ritmo das funções de governo.” (cf. REALE, 1985, p. 14-15)

congressistas (487 deputados e 72 senadores) ao ostracismo da espera de um anteprojeto interno – tal qual ocorrera em 1946.

A solução encontrada foi a divisão dos numerosos constituintes na composição de oito comissões temáticas, cada uma com três subcomissões temáticas, para, ao final, o texto de cada uma das comissões ser totalizado e tornado coerente por uma Comissão de Sistematização, que elaboraria, então, o projeto de constituição com o qual se encerraria a primeira parte dos trabalhos. A primeira grande influência dos juristas foi na divisão das matérias para as Comissões Temáticas. Nelson Jobim, um advogado que acabaria ministro do Supremo Tribunal Federal, explicou esta importante decisão política:

“Pensou-se inicialmente, na criação de várias Comissões que teceriam os textos respectivos, os quais seriam reunidos por uma Comissão que formularia o Projeto. A primeira questão a ser resolvida era o número de Comissões e suas competências, ou seja, os temas que cada uma deveria tratar. Essa questão envolvia um problema teoricamente difícil para uma visão meramente acadêmica do processo constitucional: quais as matérias que são constitucionais e quais as que não são? Vimos, desde logo, que esta pergunta tipicamente essencialista não produziria uma resposta aceitável. Optamos, então, por uma solução empírica. Levantamos os nomes dos títulos, capítulos, seções e subseções de 32 Constituições. Com isso, acoplado à pesquisa da mesma natureza nas Constituições brasileiras, podemos concluir com um elenco de questões que eram constitucionais não tanto por razões teóricas, mas principalmente por razões empíricas.” (apud BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, ob. cit., p. 518, nota 2)

Interessantemente, a divisão de matérias das comissões temáticas, bem como a maneira como tais matérias se organizaram nos títulos da futura constituição eram muito parecidas com a divisão dos comitês temáticos da Comissão Afonso Arinos. Isso já indica que a *agenda constitucional* foi definida e seguida segundo os ditames do constitucionalismo comunitário brasileiro, de olho, sobretudo, na Constituição Portuguesa de 1976<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Uma excelente maneira de perceber, pelo exemplo, a importância e influência dos juristas na Constituinte, aliás, é notar que, afora as profissões que integram, em sentido amplo, o serviço público, estatutário ou não, a única outra profissão citada no texto final aprovado, profissão que integra a iniciativa privada, é a advocacia, incluída como “Função Essencial à Justiça”, no já famoso art. 133 da Constituição de 05.10.1988. Obviamente, vai sem precisar explicitar que este comentário não é um desmerecimento da profissão advocatícia, reconhecidamente indispensável à administração da Justiça – no sentido de atividade jurisdicional. Mas também não se pode negar que não há uma linha sobre os médicos privados, por exemplo, que também inegavelmente exercem função de gravíssimo relevo público. Isso só se pode atribuir à influência dos juristas na Constituinte, a maioria deles advogados de ofício.

(f) A sistematização e organização estrutural que os juristas puderam implementar no trabalho da constituinte foram contrastantes com uma certa desorganização do trabalho político. Enquanto pontos mais teóricos e abstratos como a declaração de direitos eram mais facilmente consensuais em plenário, no final dos trabalhos – mais pela desimportância que lhes atribuíam os “conservadores”, mera “filosofia” ou “retórica” (cf. CITTADINO, 2000, p. 48)<sup>71</sup>, do que por partilharem destes “valores” –, pontos como a organização dos poderes – especialmente do executivo –, a ordem econômica, a questão da terra e a organização tributária eram alvo de intensas disputas políticas. A “Batalha pelo Regimento” e sua modificação de que falam Bonavides e Paes de Andrade (2006, p. 458 *et seq.*) foi, em grande parte, motivada pela tomada de consciência dos “conservadores” de que estavam perdendo as rédeas da constituinte, ao final da primeira fase dos trabalhos, embora detivessem maioria formal.

Por outro lado, já desde a primeira fase da constituinte, nos trabalhos das comissões temáticas, mesmo a organização formal antes projetada, sucumbia ante certa produção e análise “caótica” (cf. CARDOSO, 1997) de matérias e contribuições – inclusive as introduzidas por emenda popular<sup>72</sup>.

“Foi o período mais duro e agônico vivido pela Constituinte. Realmente, naquela ocasião o público parecia perder a fé na idoneidade da tarefa executada. Contribuições folclóricas foram referidas pelo próprio relator Bernardo Cabral, numa conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará [...].

[...]

A enorme prolixidade da primeira forma do anteprojeto, bem como o desalinho de sua linguagem, a pobreza, a fragilidade da redação constitucional, a presença de algumas regras absurdas ou confusas, o conflito e a redundância de várias normas produziam o desalento ou prefiguravam o caso, ao mesmo passo que excitavam em quase todos os domínios de opinião a malevolência e o perverso intento de desmoralizar a Assembléia Nacional Constituinte” (BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 2006, p. 461-62)

Em todos os relatos e análises da constituinte, o desacerto, a confusão, o conflito de concepções e interesses, os problemas estratégicos e políticos, os

---

<sup>71</sup> “A mensagem conservadora era clara: garantias de direitos humanos eram inofensivas, mas ameaças aos direitos de terra eram outro assunto.” (SKIDMORE, 1998, p. 270)

<sup>72</sup> 122, ao todo, envolvendo mais de 12 milhões de assinaturas (cf. MICHILES ET AL, 1989, p. 16). Muitas destas emendas, no entanto, é bem verdade, traziam contribuições questionáveis ou caricatas. Cf. Bonavides e Paes de Andrade, 2006, p.461 e Cardoso, 1997. Isso, obviamente não retira o caráter de incitação cívica da iniciativa, nem esgota a participação popular na constituinte, o que se fez também por *lobbies*, conversas informais, além de outros instrumentos regimentais, como audiências públicas.

conflitos entre o Congresso e a Presidência da República, são todos temas constantes. A tudo isso se somam os problemas já mencionados decorrentes da formação do “Centrão”, uma aliança suprapartidária que reuniu, principalmente, congressistas oriundos das fileiras do apoio ao Regime Militar e da chamada “União Democrática Ruralista” (UDR), que chegou a aprovar uma reforma regimental e barrar tentativas de reforma agrária (cf. IBIDEM, REF., SKIDMORE, 1998, p. 269-70).

A constituinte foi, em grande parte, um emaranhado de acordos, transações, barganhas, consensos, estratégias. A sua natureza conflitual e plural quanto a interesses, concepções de bem, normas morais e, em síntese, ideologias, refletiu-se no texto constitucional afinal aprovado.

“Numa apreciação global das repercussões do processo de elaboração sobre o documento constitucional, nota-se que: a vulnerabilidade de muitos parlamentares novatos aos *lobbies* e às pressões governamentais conferiu-lhe inegáveis traços corporativistas; a resolução de impasses através de acordo, em que as divergências fundamentais foram contornadas através da freqüente remissão às leis complementares e ordinárias, vem entravando a sua aplicação, devido à morosidade do processo legislativo: a descentralização dos trabalhos, sua transparência, o caráter pactual que, sob muitos aspectos, o texto assumiu, conferiram-lhe extensão considerável (315 artigos computadas às [sic] disposições transitórias), além de favorecer a inserção de normas de cunho conjuntural, muitas vezes inexequíveis, que podem torná-lo precocemente obsoleto; a remoção de dispositivos parlamentaristas oriundos da Sistematização – dada a vitória da emenda presidencialista em plenário –, mas a subsistência de outros que robustecem o Legislativo, sem a previsão adequada de contrapesos para o Executivo, tem dificultado a sua implementação inicial.” (TAVARES, 1991, p. 85)<sup>73</sup>

Bem se vê, estamos, na constituinte, bem longe de um “consenso político fundamental”, com “valores compartilhados” ou com um “momento constitucional”<sup>74</sup>. Ainda mais curiosamente, o principal ponto da constituição sobre o qual houve pouca divergência política é, justamente, a declaração de direitos, os princípios fundamentais, e os instrumentos de efetividade

---

<sup>73</sup> Cf., também, as insuspeitas críticas de um entusiasmado neoconstitucionalista como Luís Roberto Barroso (1999) e as dificuldades apontadas por Cláudio Gonçalves Couto (2005), que a prolixidade e o casuismo da constituição impõem à dinâmica política brasileira, o que faz qualquer alteração de visão política depender de emenda à constituição – e, conseqüentemente, de um qualificadíssimo quorum, facilitando a formação do nefasto “presidencialismo de coalizão”.

<sup>74</sup> O que, aliás, é reconhecido pelo próprio constitucionalismo comunitário brasileiro com a noção de constituição “compromissória”, embora as matrizes alexianas – sobre a ausência de hierarquia forte e prévia entre os “valores” constitucionais – da idéia sejam notáveis. Voltaremos a isto no próximo capítulo.

constitucional, principalmente os concentrados nos mesmo locais do texto. Não, novamente, por causa de um qualquer consenso político-valorativo, mas antes, pela inércia política do debate constituinte neste ponto, praticamente entregue à formulação técnica do constitucionalismo comunitário brasileiro.

(g) Foram, ao todo, 3 projetos de constituição (“A”, “B” e “C”), antes da aprovação do texto (quase-)final, que ainda passaria por uma comissão de revisão. A constituição afinal aprovada segue, na divisão e colocação das matérias, e, principalmente no texto dos seus primeiros títulos, recepções de normas e institutos jurídicos estrangeiros – portugueses, em sua maior parte – que eram tidos por representantes do mais moderno constitucionalismo. Intriga esta organização constitucional, no meio de tantos e tão negociados conflitos políticos que marcaram a constituinte. Uma das chaves para a resolução desta perplexidade é já mencionada inércia constituinte em torno de temas “filosóficos” – Bonavides e Paes de Andrade (2006, p. 467-68) falam, sobre esta matéria, em acordo de líderes e votação simbólica –, que ficaram a cargo dos técnicos do direito, únicos para os quais tais pontos importavam, lotados nas assessorias constituintes e mesmo na qualidade de parlamentares eleitos. Neste ponto, como os principais agentes da recepção destas concepções e contribuições estrangeiras, estas partes da constituição são partes de elaboração *técnico-jurídica* – conforme, aliás, já ensaiado na Comissão Afonso Arinos e no anteprojeto por ela apresentado –, não (tanto) *político-democrática*.

Uma outra circunstância ainda perdida na euforia da participação popular pode também ajudar a compreender esta importância fundamental do jurista na estruturação e na definição de muitos conteúdos da constituição. É que a constituinte, nada obstante a pluralidade e produtividade da sua primeira fase, é, antes de tudo, um produto de *evolução de substitutivos*<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Obviamente, o processo legislativo ordinário – ao menos o brasileiro – é sempre calcado em substitutivos totais ou parciais e isso não é, intrinsecamente, antidemocrático. Ocorre que, em primeiro lugar, normalmente, não se considera a feitura da uma constituição uma atividade legislativa *ordinária*, mas antes, uma (re)fundação da estrutura de funcionamento político-jurídico de uma sociedade. Em segundo lugar, a prática do substitutivo, especialmente quando apresentado pelo próprio relator, acaba dando a este um poder ainda maior do que o de que já dispunha ao ser escolhido para reunir as contribuições parcelares das várias comissões e subcomissões. De um ponto-de-vista institucional(ista) – cuja dinâmica e importância, com vistas ao processo legislativo, foi muito bem enfatizada em Pilatti (2006) – embora necessariamente influenciado por estas

A influência portuguesa na própria divisão da constituinte já o denuncia. A idéia de uma Comissão de Sistematização é idéia portuguesa para a sua constituição de 1976. Na origem, visava a reunir e compatibilizar projetos prontos, que viriam de diferentes partidos envolvidos no processo (cf. TAVARES, 1991, p. 88-89). Na recepção brasileira, o prestígio da Comissão de Sistematização ultrapassou em muito o da portuguesa. Em primeiro lugar, tal comissão teve a função árdua de juntar o “caos” normativo resultante dos trabalhos das comissões temáticas, não raro repetitivas em um anteprojeto no qual pouco poderia tocar o relator, o jurista e senador Bernardo Cabral. Esta circunstância de não poder mexer no anteprojeto, criticado pelo relator, foi remediado com a elaboração de um substitutivo seu a ser apreciado em plenário, junto do projeto em que não pôde mexer. Mesmo este projeto foi alterado ainda três vezes durante o mês de agosto de 1987, antes de seu envio definitivo ao deputado Ulysses Guimarães (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 2006, p. 463-64).

Na segunda fase, a votação de emendas e destaques em plenário, ainda mais dois projetos de constituição foram elaborados, sem mencionar substitutivos parciais do “Centrão” propostos ao plenário, especialmente um relativo à ordem

---

contribuições, acaba o relator, ao fazer o substitutivo, como diz o próprio nome, *substituindo-se*, singularmente, aos consensos e acordos parciais de uma série de constituintes, por sua vez portadores de um sem-número de concepções e interesses de seus representantes e interlocutores – sem embargo da necessidade de posterior votação. O resultado desta circunstância, que concentra grande parte do *poder de agenda* nas mãos do relator, na verdade, é duplo: *de um lado*, este, e também os autores de outros substitutivos, concentram poder, prestígio e a prerrogativa da definição das estruturas normativas dos projetos que vão se formando – hermeneuticamente fundamentais na leitura do texto depois de aprovado –, ainda que emendáveis e modificáveis; *de outro lado*, prova-se que a Constituinte de 1987, salvo algumas particularidades interessantes e civicamente proveitosas – como a já mencionada abertura à participação popular –, até mesmo pelo seu caráter de *Congresso Constituinte*, foi, em grande parte, um *parlamento como qualquer outro*, e o seu produto legislativo, a Constituição de 05.10.1988, um *produto legislativo como qualquer outro*, fruto de muitas práticas legislativas virtuosas, muitas condenáveis, algumas continuidades e algumas descontinuidades institucionais e de conduta com a tradição legiferante brasileira. Certamente muito do apontado *fetichismo constitucional* do neoconstitucionalismo brasileiro, que ainda será mais explorado adiante, deriva da falta de reflexão e tematização adequada do processo legislativo que trouxe à tona a nossa constituição. Sem esta reflexão e tematização, é fácil produzir um fantasioso e ingênuo (quase-)consenso de que a Constituição de 05.10.1988 foi algo que “caiu do céu”, que representa as concepções e aspirações compartilhadas por “todo o povo brasileiro”, uma “tábua axiológica fundamental”, pela qual vale a pena restringir toda a atividade política posterior. Mais impressionante é a assunção desta convergência axiológica de quem reconhece as vicissitudes do nosso e de qualquer texto constitucional em seu processo legislativo. Aliás, a comparação com as condições de criação da *Grundgesetz* alemã de 1949 e com a sua fetichização posterior é aqui particularmente elucidativa, como já mencionado anteriormente (cf. nota 4, acima).

econômica, afinal rejeitado (IBIDEM, p. 464-66). Do início dos trabalhos das comissões temáticas, até o texto final foram um anteprojeto, três projetos – alguns com mais de uma versão – além de inúmeros substitutivos, emendas e destaques, especialmente no plenário, os quais, às vezes, serviram mesmo para desfigurar desenhos institucionais já consolidados no texto, como o semipresidencialismo ou parlamentarismo misto do projeto “A”, rejeitado no primeiro turno do plenário por um presidencialismo clássico ao estilo norte-americano. A influência do relator da constituinte, o já citado Bernardo Cabral, foi grande e decisiva. Seus projetos e substitutivos foram de cabal importância para a estruturação do texto final. Muitos pontos acabaram se resolvendo por acordos políticos, votações simbólicas, barganhas e concessões<sup>76</sup>. Os problemas, percalços e vicissitudes na elaboração e consolidação do texto final fizeram com que a bancada do Partido dos Trabalhadores, representante de um dos mais ativos setores da sociedade civil e nascido da conjugação deste com intelectuais e ativistas de várias formações e matizes; estes problemas fizeram com que o PT votasse, em bloco, *contra* a aprovação do dito texto.

Ainda hoje, nada obstante o valor simbólico que a elaboração de uma constituição com ampla abertura à participação da esfera pública informal, no momento histórico do meado para o final da década de oitenta, o resultado final é bem menos do que a euforia do momento quis fazer crer. A quantidade recorde de emendas constitucionais em tão pouco tempo – mais de 50 em vinte anos – já demonstra o problema de estabilidade do texto constitucional e os obstáculos que antepõe à dinâmica política por ela estruturada e instaurada (cf. COUTO, 2005). Por outro lado, a pouquíssima modificação dos dois primeiros títulos da carta revela uma estabilidade destoante dos demais títulos, o que reforça a convicção da inércia política na sua elaboração e aprovação, lançada, posteriormente, sobre a pouca reflexão político-democrática que suscitaram, ainda que tradutores de muitas e reconhecidas contradições latentes.

---

<sup>76</sup> Uma das mais significativas e interessantes, para o que aqui importa, é a que se fez à pressão do Supremo Tribunal Federal, que resistia significativamente a abrir mão de suas competências de corte de última instância – cassação, como na Europa –, resistência que, vencedora, acabou dando lugar a uma lamentação por excesso de trabalho. Esta lamentação perdura até hoje, ainda com a transferência de várias destas competências – nomeadamente quanto ao direito internacional privado – ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional 45/2003. Cf Coutinho, 2003, p. 410-11 e Cittadino, 2000, p. 60-62.

Pois são justamente estes títulos os principais pilares teóricos do neoconstitucionalismo brasileiro. E é nestes títulos, principalmente, que muito da tecnocracia jurídica poderá encontrar campo firme para controlar, pela teoria do direito – constitucional, principalmente –, muitas das decisões retiradas do fluxo democrático da esfera pública, informal e formal. E isso é feito, com ótimas intenções, na base bacharelista e tecnocrática de salvação da política pelo direito, do qual, afinal, a política parece retirada e escondida, e, com ela, também o fomento da democracia.

“O texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais.

A persistência desse idealismo jurídico não surpreende, pois que ele decorre da formação legalista dos autores do novo Texto. Ela denota, igualmente, uma crença no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio da forças representativas da sociedade, torne-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o País.” (TAVARES, 1991, p. 74)

### 2.3.

#### **Excursus: a judicialização da política (e das relações sociais) no Brasil<sup>77</sup>**

Em 1995, C Neal Tate, um cientista político norte-americano, e Torbjörn Vallinder, um também cientista político sueco, organizaram uma obra coletiva, intitulada *The Global Expansion of Judicial Power*, que acabou se tornando um marco na ciência política mundial. Inspirada em conferências dadas sobre o tema em colóquio na Itália, os autores organizaram as contribuições de vários autores de acordo com a família jurídica da qual tratavam e sobre a tradição democrática maior ou menor destes países. Coube aos organizadores da obra estruturar um marco conceitual para medir as informações e normatizações trazidas pelos demais colaboradores da obra.

Tate e Vallinder (1995a, p. 5), em primeiro lugar, abreviaram o nome do fenômeno que queriam esmiuçar. Da “expansão global do poder judiciário”, chegaram, “por brevidade”, à “judicialização da política” (*judicialization of*

---

<sup>77</sup> Cf., já, Pádua, 2008a.



*politics*). A seguir, Vallinder (1995), desdobrou o marco analítico em uma perspectiva bifronte: de um lado, a judicialização da política *de fora* (*from without*), que quer significar a intervenção do “terceiro poder”, o judiciário, em matérias que “foram anteriormente (ou, é amplamente aceito que deveriam ser) competência de outras agências governamentais, especialmente o Legislativo e o Executivo” (TATE, 1995, p. 27-28); de outro lado, a judicialização da política *de dentro* (*from within*), que quer significar a introdução de procedimentos e tipos de decisão característicos da jurisdição clássica em outras arenas políticas do Legislativo e do Executivo<sup>78</sup>.

No Brasil, onde o debate se instalou com pouca distância de tempo, o segundo sentido não interessou aos analistas políticos. Luís Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, ao começarem, em 1997, a pesquisar o Poder Judiciário e sua influência na política brasileira, focaram-se fortemente na tomada de poder e competências decisórias por este poder, antes muito desprestigiado em sucessivas ditaduras no período republicano brasileiro. A hipótese central destes pesquisadores, mais bem exposta em obra posterior (cf. WERNECK VIANNA et al., 1999) é que, seguindo o exemplo da política e do direito comparados, o Brasil começava, com a ordem constitucional de 1988, a elevar o poder judiciário à categoria de membro da soberania política nacional, a partir da transferência e da assunção de competências decisórias que transcendiam a mera resolução de conflitos de interesses – *lides* (ou litígios), no jargão do direito processual<sup>79</sup> – para

---

<sup>78</sup> Um quadro analítico comparativo entre o tipo de procedimento decisório e deliberativo das cortes de justiça e das legislaturas encontra-se em Vallinder (1995, p. 14). Este quadro, no entanto, como o próprio autor admite é tentativo e ideal, e, mesmo, em muitos pontos, é simplesmente equivocado, como veremos.

É importante também assinalar que a expressão “politização da justiça”, usada por exemplo em Maciel e Koerner (2002), é não só estranha à obra de Tate e Vallinder, como é mesmo rechaçada por Tate (1995, p. 28) que conclama a “não tomar seriamente” uma distinção dogmática do direito entre a política e os juízes “não políticos”.

<sup>79</sup> Do ponto-de-vista da dogmática do direito processual no Brasil, autores como Luís Guilherme Marinoni (2007), investindo no “neoconstitucionalismo” aplicado àquele ramo do direito, propugnam a superação do modelo da resolução de *lides* para caracterizar a jurisdição – que, junto da ação e do processo, representa um dos conceitos a partir dos quais nasceu o ramo processualista na dogmática jurídica. Aliás, a própria idéia de litígio precisaria ser repensada para incorporar “pautas substantivas” da constituição como a realização dos direitos fundamentais. Cf., em sentido parecido, Oliveira (2007).

a qual surgira a própria função jurisdicional, posteriormente tornada independente das demais.

Num primeiro momento, como visto acima, Werneck Vianna et al (1999) investiram na progressiva transferência de poder político do Executivo para o Judiciário, como forma de corrigir os excessos na concentração de competências do primeiro, sempre no marco do paradigma do direito material do bem-estar, segundo a tipologia habermasiana. Sintetizando tendências e conclusões sobre a base da dialética entre os que identificaram como “procedimentalistas” – Habermas e Garapon – e “substancialistas” – Cappelletti e Dworkin –, Werneck Vianna et al (1999, p. 24-38) puderam assumir um potencial democrático de abertura institucional na judicialização da política (de fora), que se traduzia na ampliação da responsividade de esfera pública formal às demandas oriundas da esfera pública informal dos cidadãos. Unir-se-ia, na judicialização da política – “cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário” (WERNECK VIANNA ET AL, 1999, p. 43) –; unir-se-ia a representação política “tradicional” e a participação política direta, que teria o sistema judicial a que recorrer.

Pois é justamente nesta “dupla representação” ou “democracia de soberania complexa” que Werneck Vianna e Burgos (2003) vão investir mais fortemente, ao completar o panorama da judicialização da política no Brasil – antes restrito, na primeira pesquisa, ao controle concentrado de constitucionalidade – com o levantamento de ações populares e ações civis públicas. Aparentemente, esta última pesquisa, na visão dos autores, serviu a confirmar as suposições teóricas anteriormente formuladas, no sentido de que a judicialização da política no Brasil corrige os defeitos do Estado do Bem-Estar social, ao garantir uma medida de democracia direta que compense os defeitos de representação política dos poderes mais tradicionais (cf. WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 18 *et seq.*). Isto explica a razão pela qual, mais uma vez, Werneck Vianna e Burgos procuram readaptar uma instituição política (predominantemente fascista) do início da Era Vargas, no contexto da Nova República constitucionalizada em 1988.

Antes, a consolidação do direito do trabalho serviu de modelo para a materialização e ampliação do escopo político do direito. Agora, é a *representação funcional* (ou profissional) que garante a abertura da esfera pública brasileira a uma pluralidade de atores, “a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 40).

Com efeito, reconhecida histórica e politicamente a falta de legitimidade representativa – direta, que seja – do poder judiciário, principalmente em comparação ao primeiro (executivo) e ao segundo (legislativo) poder, seria preciso atribuir-lhe uma legitimidade de outra natureza, a fim de que se pudesse justificar a postura otimista com que a sua expansão era encarada. Assim, de um ponto-de-vista teórico, seria preciso um marco produtivo que recebesse benevolmente os dúbios resultados das pesquisas empíricas. Este marco seria completado, para além da correção da endemicamente falida política brasileira – predominantemente apontada em 1999<sup>80</sup> –, com a assunção do sistema judiciário – adicionado, agora, o Ministério Público – no marco de uma “representação funcional”:

“Desde então [da difusão do controle de constitucionalidade], para além da representação pelo voto como mecanismo de delegação de poder, a emergência do Terceiro Poder, na medida em que se investe da representação da vontade do corpo político instituída na Constituição, vem favorecendo a retomada da perspectiva rousseauiana da soberania coletiva. Trata-se, pois, de um Poder cuja função é concretizar o controle do poder delegado, garantindo, em última instância, a supremacia do povo soberano sobre os poderes que são exercidos em seu nome, dado que o povo somente pode exercer controle sobre seus representantes por meio de uma outra representação. [...]

Daí o paradoxo intrínseco ao caráter desse *tertius* que, mesmo limitado ao desempenho de uma função técnica e sem se constituir em uma instância submetida ao controle dos eleitores, isto é, não originário da representação, exerceria a *representação* dos princípios constitutivos do corpo político, vale dizer, da filosofia positivada nos textos constitucionais.” (WERNECK VIANNA e BURGOS, 2003, p. 366-67, grifos dos autores)

Pelo visto, o poder judiciário, coadjuvado ou coordenado com o Ministério Público, encarnaria institucionalmente a própria vontade geral do povo soberano.

---

<sup>80</sup> Cf. Werneck Vianna et al, 1999, p. 20-24; 257-60 e *passim*. Uma crítica a este viés da política (brasileira, especialmente) que precisaria de salvação pela arena judicial já se iniciou em Pádua, 2008a.

Logo, a arena política montada em seu entorno seria o escoadouro natural e politicamente legítimo da participação direta do povo sobre a sua vida democrática. Especificamente no caso brasileiro, a análise abstrata se concretiza na tradição histórico-política da representação profissional, instituto recepcionado na experiência constitucional de 1934.

Segundo Werneck Vianna e Burgos (2003, p. 382 *et seq.*), desde a primeira constituição republicana brasileira (1891), o direito se expandia e comportava-se como “sinalização positiva para os novos seres sociais emergentes”, a fim de que a “ordem racional-legal, institucionalizada naquele texto, viesse a prevalecer sobre a patrimonial”, antes vigente desde a colônia. Nesta linha de raciocínio, a Era Vargas, com a canalização político-social sobre o direito do trabalho, representou, já no seu início, “uma forma larval de ‘representação generalizada’”, que se consolidaria, democraticamente, em 1988. A não-negação dos intentos autoritários desta “representação funcional” dos anos 30 torna ainda mais impressionante a apropriação otimista do instituto e sua transplantação “democrática” para o contexto constitucional de 1988.

“Assim é que a representação funcional, originária do contexto de modernização autoritária dos anos 30, permanece como elemento de continuidade na formação da cidadania, passando de suporte necessário à cidadania regulada de que tratou Santos [...] a uma outra modalidade de expressão da livre cidadania que emerge da Carta de 1988. Dessa *continuidade-descontinuidade* quanto ao papel da representação funcional no país, tem resultado, como um dado singular à nossa formação, uma parceria institucional entre as duas formas de representação. [...]” (WERNECK VIANNA e BURGOS, 2003, p. 385)

A imagem, agora, torna-se mais clara: na falência das instituições representativas (políticas) brasileiras, que nunca puderam tomar a democracia a sério e funcionavam sob ótica elitista e patrimonial desde a colônia, o “terceiro poder”, e o sistema jurídico que o estruturava e cuja aplicação era responsabilidade (técnica) sua, assume progressivamente as rédeas das decisões políticas mais sensíveis do país, numa estrutura de correção-colaboração com os demais poderes; de outro lado, a legitimidade desta inserção política maior do poder judiciário, com o conseqüente desnivelamento do tradicional equilíbrio de competências entre os três poderes, deriva-se da evolução, mais ou menos mística, do instituto da representação funcional, originalmente concebido, no Brasil, nos

umbrais da Era Vargas, uma revolução do estamento burocrático mais monolítico contra as elites estamentais da República Velha – ou uma “revolução pelo alto”<sup>81</sup>.

A demonstração da falácia do argumento já foi, e será ainda em outras frentes, objeto do presente trabalho. Por ora importa simplesmente sublinhar alguns aspectos do quão representativa do *fetichismo constitucional* é a teoria. Já em outro lugar (cf. PÁDUA, 2008a), argumentamos que o poder judiciário e todo o sistema jurídico em sentido estrito que o estrutura são parte do Estado brasileiro, tal como os demais poderes<sup>82</sup>. Neste sentido, também padecem do mal histórico que torna tradição, no Brasil, a apropriação estamental-burocrática do poder estatal e a sua conversão em meio de colonização da esfera pública – e da privada, em muitos pontos. A assunção de um Poder Judiciário e de um Ministério Público imunes ao peso desta tradição, que invade a cultura, a sociedade e os mecanismos de socialização do mundo-da-vida brasileiro é, para dizer o mínimo, otimismo injustificado.

O Poder Judiciário, no Brasil, pode, quando muito, tal como em vários outros estados em que a política se judicializa (cf. TATE, 1995), gozar de uma melhor reputação por ter sido concebido como um poder técnico, alheio às regras do jogo político-partidário que muitas vezes não funcionam segundo padrões éticos e morais desejáveis. Além do mais, trata-se de um poder que, por sua própria desimportância institucional até há pouco, não havia sido “testado” como

---

<sup>81</sup>A idéia de “revolução pelo alto” e também a de “revolução passiva” parece derivar de uma tradição da filosofia política inspirada em Gramsci e na sua reinterpretação do arcabouço conceitual da dialética social marxista. A idéia, em linhas gerais, é que, por um paradoxo político, as tendências dialéticas entre “conservação” e “mudança” se neutralizam, através da apropriação que qualquer tendência sintética oriunda do início de movimentos revolucionários. Com a conseqüente neutralização dos agentes da dialética social, pelos mecanismos de apropriação e neutralização da pressão revolucionária, as mudanças, operadas “em compromisso com o passado”, se dão de forma “molecular”, por obra dos fatos, da tranqüila e indominável progressão da dinâmica político-social; dinâmica que se autonomiza de qualquer protagonismo social. Cf., para este conceito, Werneck Vianna, 1996. Obviamente, à parte o cabedal gramsciano, o conceito se aproxima do que, no presente trabalho, vem sendo apresentado como colonização da esfera pública do mundo-da-vida, pela ação do estado patrimonialista estamental, com uma inspiração cruzada de Habermas e Faoro.

<sup>82</sup> O que, aliás, é uma das premissas dos processualistas neoconstitucionalistas para sustentar uma reviravolta no conceito clássico – por eles tachado “positivista” – de jurisdição. A jurisdição como poder, nesta linha de argumentação, teria de exercer-se *como poder*, não apenas como função técnica de resolução de conflitos. Cf., por todos, Oliveira, ob. cit. No entanto, como visto, parece que o Poder Judiciário é, para a visão aqui exposta, um poder “diferente”, mais imune a pressões políticas, ou, de qualquer modo, mais racional e orientado aos valores fundamentais da república.

protagonista da esfera pública formal e do sistema estatal, razão pela qual seu funcionamento era bem menos conhecido do que o dos demais poderes.

Não há razão, no entanto, para pensar que funcionaria diferentemente. Embora não haja dados mais seguros sobre isso, por causa, inclusive, da falta de virada de foco para esse poder, só agora sob os holofotes – e mesmo assim, refratário a uma exposição como a dos demais poderes, já que, de resto, não depende de eleições –, as próprias “observações etnográficas” empreendidas por Werneck Vianna et al (1999, p. 215 *et seq.*) nos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, apesar do otimismo de seus autores, não são propriamente encorajadoras. Exclusões, automatismos, disputas de poder e prestígio, tratamento de desprezo à população foram vistos em vários daqueles relatos. No contexto francês, também Garapon (2001, p. 55 *et seq. e passim*) aponta uma série de problemas da magistratura, que vão desde os mecanismos de promoção e revisão de decisões até ao excesso de voluntarismo dos *pétits juges*. Também Arantes (2001), ao estudar a reforma da jurisdição constitucional no Brasil aponta uma série de fatores que dificultam o acesso da população a uma decisão judicial de última instância, especialmente se o réu é o Estado. Por fim, um estudo – embora de amostragem pequena – de Junqueira et al (1997) também aponta para a aculturação exercida sobre os juízes nas provas do concurso para a magistratura do Estado do Rio de Janeiro e como isso se reflete nas decisões posteriormente tomadas.

No outro ponto de análise, mais teórico, da representação funcional, igualmente pouco promissor é o quadro. Já historicamente, a recepção do instituto jurídico da representação funcional (ou profissional ou classista), primordialmente no contexto da feitura da Constituição de 1934, deu-se como ponto de apoio de uma política corporativo-fascista do então Governo Provisório de Getúlio Vargas, o qual visava a centralizar o poder na União e, dentro dela, nos mecanismos de sustentação social do governo em sindicatos e associações de trabalhadores (cf. TAVARES, 1988). É sintomático desta distorção do instituto o fato de que o Brasil o recebeu na modalidade deliberativa – os representantes classistas poderiam deliberar e votar no Legislativo – e não somente na modalidade consultiva de experiências internacionais. Também sintomático é o fato de que tal

mecanismo foi introduzido na legislação eleitoral brasileira por iniciativa do Poder Executivo do Governo Provisório (cf. IBIDEM, p. 46 *et seq.*).

Por outro lado, do ponto-de-vista teórico, a assimilação da representação funcional ao modelo de judicialização da política brasileiro é extremamente problemático. Em primeiro lugar, como visto, o local institucional da inserção da representação funcional era o próprio Poder Legislativo, onde *competiria* com a representação política. Em segundo lugar, a idéia era representar uma pluralidade de interesses econômicos e sociais, não só quantitativa – como no voto –, senão também qualitativamente distintos. Neste sentido, era um mecanismo de pluralização, não de centralização, de vontades e opiniões. Por fim, mesmo sem eleições gerais, algum mecanismo competitivo teria de se estabelecer dentro das diferentes categorias profissionais, com o fim de estabelecer os escolhidos para representantes. Neste sentido, embora restrito o “colégio eleitoral”, tratar-se-ia, em sentido próprio, de representação.

Ora, em tudo e por tudo, o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público no Brasil – assim como nas demais democracias ocidentais mais ou menos “judicializadas” – não se assemelham a tal contexto. A uma, trata-se de poderes, por natureza e concepção política, *não-representativos*, mas sim técnicos. Servem a preservar o sistema jurídico, mediante a sua aplicação no caso concreto, seja como órgão decisor – Judiciário –, seja como parte sem constituinte direto – Ministério Público. A duas, não se amoldam a nenhuma categoria profissional/econômica, e, bem por isso, não representam, especificamente, qualquer interesse ou vontade. A três, a forma de recrutamento de seus membros, por concurso público ou nomeação, não favorece qualquer metáfora, por mais ampla que seja, com o significado corrente de representação.

A manobra conceitual empregada para tornar tais atores representantes funcionais é do mesmo matiz que a manobra que estrutura a compreensão comunitária da constituição: na ordem jurídica materializada no texto constitucional estaria presente uma ordem de valores compartilhada por toda a sociedade, ainda que não totalmente consciente para todos os cidadãos. Sobre esta base, o sistema judicial teria de ser assumido como um intérprete privilegiado das

concepções de bem e de justo da sociedade, simplesmente porque, como juristas, detêm a chave técnica para a compreensão e aplicação das normas jurídicas.

Talvez a única representação funcional que possam exercer é a da comunidade jurídica de que fazem parte. Isto serviria a começar a confirmar a hipótese delineada no presente trabalho, qual seja, a de que a transferência progressiva do centro de decisões políticas da sociedade, das arenas políticas tradicionais para o Poder Judiciário e a comunidade jurídica que o circunda serve para estabelecer um domínio político dos detentores da técnica do manejo das normas e da ordem jurídica. Servem, portanto, para estabelecer uma *tecnocracia jurídica*.

É curioso notar que autores como Werneck Vianna et al (1999, p. 38 *et seq.*), que parecem reconhecer todos os percalços e vicissitudes políticas que povoaram o processo constituinte de 1987-88<sup>83</sup>, com múltiplos acordos políticos e composições de interesses, ainda assim acreditem que a comunidade jurídica que

---

<sup>83</sup> Aliás, em um artigo mais jornalístico do que acadêmico, editado em julho de 2007, o próprio Werneck Vianna (2008) denuncia o caráter conciliatório e pluriclassista do governo brasileiro desde que o PT, com Lula, venceu as eleições em 2002. Como argumento maior para esta críticas, este autor invoca a “bizarra” adesão à tradição política brasileira da “revolução passiva” (cf. nota 79, acima), dada a qualificação pela inversão lógica do freio revolucionário vir da própria antítese – a esquerda – e não da tese – a direita – uma vez tomado o poder. Segundo Werneck Vianna, um dos mecanismos utilizados para frear a dialética social pela esquerda alçada ao poder foi a centralização administrativa dos conflitos de interesses sociais, assimilados, mediados e arbitrados pelo estado, numa lógica “tecnocrática” que desacredita os mecanismos de representação política no parlamento – com o “presidencialismo de coalizão” – e assimila a maior parte da dinâmica social ao estado pela predominância da representação funcional. Esta ácida crítica à representação funcional sediada na administração pública sem dúvida contrasta com o paradoxal abraço dado ao mesmo mecanismo quando sua sede é o poder judiciário. É como se a representação funcional no executivo fosse naturalmente autoritária – daí a expressão que dá título ao artigo sob comento (“O estado novo do PT”) –, mas o mesmo fenômeno político no judiciário fosse naturalmente democrático. Ainda assim, uma passagem primorosa do trabalho em questão demonstra que tudo o que se diz, aqui, sobre a tecnocracia intrínseca à judicialização da política, é intrínseca à própria idéia de representação funcional, tal como a apresenta o próprio Werneck Vianna: “Mas esse movimento [de centralização administrativa no estado] – por sua própria natureza – atua de cima para baixo, prescindindo da participação dos cidadãos, uma vez que decorre da ação das elites ilustradas, selecionadas à margem dos interesses sistêmicos e das corporações que os representam, elites que encontram no governo a oportunidade de realização das suas agendas de democratização social [...]. Se o Estado pretendeu, nos idos do Estado Novo, sob a iniciativa das suas elites intelectuais, como Gustavo Capanema, Francisco Campos, Agamenon Magalhães, entre outros, ser mais moderno que sua sociedade, as elites desse novo Estado, que toma corpo com a vitória do PT, pretendem que ele se torne mais justo que ela.” A (irônica) metáfora sugerida pelo termo “justo” é aqui, também, notável e interessante...



se forma no entorno do Poder Judiciário possa exercer a *função paternal*<sup>84</sup> de ditar à sociedade os valores e destinos que ela mesma compartilha(ria)<sup>85</sup>. Para compreender melhor este processo, é preciso que à base histórica da predominância do jurista e da concentração de poder auto-legitimador no Estado, no Brasil, se agregue uma análise do arcabouço teórico que fornece os meios de operação desta centralização da dinâmica política nas decisões técnicas jurídico-judiciais, e em seu alheamento da linguagem comum de estruturação simbólica da esfera pública informal do mundo-da-vida.

---

<sup>84</sup> Cf., para o caso alemão, a já citada Ingeborg Maus (2000), com o interessante ponto de partida de metapsicologia social.

<sup>85</sup> Aliás, diga-se de passagem, a própria designação “Terceiro Poder”, comum na literatura francesa pró-judicialização da política, parece sugerir, psicanaliticamente a busca por uma nova e incorrupta figura de pai que estruture simbolicamente as trocas e conflitos sociais entre iguais (irmãos). Para esta dinâmica a partir da leitura das obras psicossociais de Freud, cf. Enriquez, 1983.