



Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Direito e Modernização Brasileira
O Papel Civilizatório da Jurisdição Constitucional

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Doutor pelo programa de Pós-
Graduação em Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro
Maio de 2015



Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Direito e modernização brasileira
O papel civilizatório da jurisdição
constitucional

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof.^a Gisele Guimarães Cittadino
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Francisco de Guimaraens
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Luiz Jorge Werneck Vianna
Departamento de Ciências Sociais - PUC-Rio

Prof. Rogério Dutra dos Santos
Universidade Federal Fluminense- UFF

Prof. Juliano Zaiden Benvindo
Universidade de Brasília - UnB

Prof.^a Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2015.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Graduada em Direito pela UFMG; ; Mestre e Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Puc-Rio; Professora do Mestrado e Graduação da Universidade FUMEC/MG.

Ficha catalográfica

Silveira, Helena Colodetti Gonçalves

Direito e modernização brasileira: O papel civilizatório da jurisdição constitucional / Helena Colodetti Gonçalves Silveira; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015.

214 f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Modernização 3. soberania. 4. federalismo. 5. ativismo judicial. 6. judicialização da política. I. Cittadino, Gisele Guimarães. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Em memória dos que saíram de Mato Verde, Grão-Mogol, Iriti Mirim e Seis Horas, para conquistar o mundo.

Agradecimentos

Agradecer é ato de lembrança e humildade. *Lembrar* de quem nos auxiliou, seja por grandes ensinamentos ou pequenos confortos, na difícil tarefa de se expor na Academia, apresentando ao público a síntese acanhada de um pensamento por demais autoral, que deve deixar a segurança do amadorismo estudantil, e tentar chegar, se muito, ao mundo adulto daqueles que são criticados e tentam se sustentar diante do criticismo. Colocar-se à prova, essa é a grande tarefa de uma tese, momento inaugural de uma constância que se repetirá, mas como todo o rito de passagem, possui a especialidade de transformar aquele que por ele passou em alguém diferente de quem iniciou. Se somos na vida para sempre alunos, também é verdade que a titulação de doutor nos coloca mais perto da condição tão desejada de professor. Profissão exigente, que no vislumbre de dela nos aproximar, delinea na alma a visão de uma terra estrangeira, para qual queremos nos mudar, mas não temos certeza se nossa cidadania será aceita. Para grandes inseguranças, resta então a segunda parte do nosso agradecimento: a *humildade* de reconhecer que sem a presença do outro, a humanidade solitária nada conseguiria. Por isso, grandes amigos e professores, agradeço a todos humildemente, porque lembro que foi através da companhia de vocês que me percebi menos solitária, e mais consciente das limitações e dificuldades que, não somente eu, temos que passar, e, melhor, talvez sobreviver.

Aos meus pais, agradeço o apoio para a continuidade dos meus estudos, adesão incondicionada, que não precisou compreender os “porquês” para lá estarem junto comigo novamente.

Aos meus amigos, de longe e de perto, mas para todas as horas, o meu obrigado pelo interesse e preocupação, em especial para Júlia Alexim, Sarah Cohen, Thamis Dalsenter, Carina Bicalho, Igor Suzano Machado, Maria Luíza Marques, Olinto Nogueira e, *last but not least*, Ludmila Ribeiro.

À Gisele Cittadino, querida orientadora, pelos ensinamentos valiosos e pelo carinho em me mostrar que o horizonte somente se alarga quando se põe em perspectiva a própria angústia narcisista.

Ao Professor Andrew Arato, pelo acolhimento efusivo na New School for Social Research, quando não tinha menor obrigação de fazê-lo, e, ainda assim, ofereceu-me de bom grado seu tempo.

Ao Professor Luiz Werneck Vianna, por ter me aberto a avenida do pensamento social brasileiro e me forçado a sair da minha zona de conforto, conquistada pela sua sagacidade e dedicação à pesquisa.

Aos meus colegas da PUC, em especial meus amigos, Fernando Bentes e Joana Machado.

Ao Anderson e à Carmem, pela disposição em tornar o relacionamento com a PUC mais solidário.

À CAPES e à FAPERJ pelo financiamento desta pesquisa, sem o qual não seria possível realizá-la.

Resumo

Silveira, Helena Colodetti Gonçalves. Cittadino, Gisele Guimarães. **Direito e modernização brasileira: O papel civilizatório da jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro, 2015. 214p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Considerando que o direito tem sido mobilizado no processo de modernização brasileiro como instrumento de soberania do Estado, a tese discute as oportunidades emancipatórias abertas pelo constitucionalismo democrático da Carta de 1988. A ideia é demonstrar que a disputa pelo sentido da Constituição se transfigurou na própria pauta civilizatória, conduzida de maneira horizontal e plural pela cidadania através do acesso à Justiça. Este seria o sentido da “judicialização da política”. Todavia, nem sempre os Tribunais assumem o papel de mediador ou representante da soberania popular na sua luta por direitos constitucionalizados. Esse trabalho chama de “ativismo judicial” a postura imperial da Justiça no que diz respeito à sua capacidade de estabelecer uma agenda política de âmbito nacional, por se considerar o principal, senão o único, intérprete do compromisso constitucional. Sob essas condições, é possível perceber o retorno da ação demiúrgica da soberania monolítica do Estado, todavia, operacionalizada no âmbito da jurisdição constitucional. Essa pesquisa discute e critica as inflexões judicializantes e ativistas do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave

Modernização; soberania; federalismo; ativismo judicial; judicialização da política.

Abstract

Silveira, Helena Colodetti Gonçalves. Cittadino, Gisele Guimarães. **Law and Modernization: the civilizational role of the judicial review.** Rio de Janeiro, 2015. 214p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Considering that the Brazilian modernization process has been used the law as State's sovereignty instrument, this work discusses the emancipatory opportunities disclosed by the democratic constitutionalism of the 1988 Charter. The goal is to show that the dispute for the meaning of the Constitution ends up being its own civilizational agenda, steered horizontally and plurally by the citizenship through right's litigation. That would be the definition of the "judicialization of politics". However, not always the Courts take over this role as the citizenship's mediator or representative. The research will call "judicial activism" the imperial attitude of the Justice regarding its own ability to establish a national political agenda, because it considers itself as the major if not the only interpreter of the constitutional commitment. Under these circumstances it is plausible to realize the return of the demiurgic action of the monolithic State's sovereignty, however, implemented by the judicial review. This work discusses both judicial and activist inflexions of Brazil's Supreme Court.

Keywords

Modernization; sovereignty; federalism; judicial activism; judicialization of politics.

Sumário

1. Introdução	11
2. O Dilema da Modernidade no Brasil	19
2.1. Pensamento Social Brasileiro e o problema da formação do Estado Nacional	19
2.1.1. Nação e Soberania Popular	19
2.1.2. Nação e Modernidade: os vários projetos	30
2.1.2.1. Liberalismo e Ordem Burguesa: a percepção das “linhagens”	34
2.1.3. Estado e Direito: engenharia social a serviço da superação do atraso	50
2.1.3.1. A visão racionalizadora do direito	50
2.1.3.2. Federalismo e Direito: a dinâmica modernizadora	55
2.1.3.2.1. Federalismo(s) no Império	57
2.1.3.2.2. Organização do mundo do trabalho e consolidação tecnocrática	68
3. Para além da soberania popular: a retomada do direito como Ferramenta emancipatória o contexto da Constituição de 1988	81
3.1. Considerações iniciais	81
3.2. O papel da Constituição na reanimação da arena republicana	84
3.3. A dialética da redemocratização brasileira	107
3.3.1. Constitucionalismo	109
3.3.2. A guinada democrática autoritário	124
4. Poder Judiciário e Modernização	136
4.1. O papel da Jurisdição na democracia: judicialização e ativismo	136
4.2. Judicialização sob a ótica civilizatória: o caso brasileiro	159
4.2.1. Ajustando o foco: o Supremo Tribunal Federal e o incremento da hierarquia no Sistema da Justiça	168
4.3. Supremo Tribunal Federal como vértice da Administração da Justiça: a reedição do debate federalista	177
5. Conclusão	191
6. Referências Bibliográficas	197

O que esperamos na ágora reunidos?

É que os bárbaros chegam hoje.

*Por que tanta apatia no senado?
Os senadores não legislam mais?*

*É que os bárbaros chegam hoje.
Que leis hão de fazer os senadores?
Os bárbaros que chegam as farão.*

*Por que o imperador se ergueu tão cedo
e de coroa solene se assentou
em seu trono, à porta magna da cidade?*

*É que os bárbaros chegam hoje.
O nosso imperador conta saudar
o chefe deles. Tem pronto para dar-lhe
um pergaminho no qual estão escritos
muitos nomes e títulos.*

*Por que hoje os dois cônsules e os pretores
usam togas de púrpura, bordadas,
e pulseiras com grandes ametistas
e anéis com tais brilhantes e esmeraldas?
Por que hoje empunham bastões tão preciosos
de ouro e prata finamente cravejados?*

*É que os bárbaros chegam hoje,
tais coisas os deslumbram.*

*Por que não vêm os dignos oradores
derramar o seu verbo como sempre?*

*É que os bárbaros chegam hoje
e aborrecem arengas, eloquências.*

*Por que subitamente esta inquietude?
(Que seriedade nas fisionomias!)
Por que tão rápido as ruas se esvaziam
e todos voltam para casa preocupados?*

*Porque é já noite, os bárbaros não vêm
e gente recém-chegada das fronteiras
diz que não há mais bárbaros.*

*Sem bárbaros o que será de nós?
Ah! eles eram uma solução.*

Konstantinos Kaváfis, *À espera dos bárbaros.*

Introdução

A busca por um início democrático para o constitucionalismo moderno não veio sem as ambiguidades próprias dos esquemas de legitimação do domínio que buscavam combinar a racionalidade do novo soberano com o caráter imponderável da sua demiúrgia. Nesse sentido, o desafio era eliminar a transcendência do rei, e substituí-la por um poder “profundamente profano, ancorado no espírito da modernidade, este senso de contingência histórica e de afirmação dos poderes deste mundo” (Kalyvas, 2005, p. 229, tradução nossa). Eis o contexto para o surgimento da soberania popular, cuja qualidade absoluta refunda o estatuto de uma ordem secular se valendo paradoxalmente da mesma estrutura teológica da monarquia do Antigo Regime.

Como veremos ao longo da pesquisa, a aposta continental nos juízos imperiais de um centro de atribuição de sentido, de um lado, e, de outro, na coletivização do agente demiúrgico, colocou ambos em uma relação dialética, cuja síntese histórica significou, por vezes, a vitória da hierarquia sobre a democracia, ou, segundo uma versão aristocrática, o populismo das majorias sob os auspícios da anarquia. O dilema, muito bem explorado pelos girondinos, era: como um soberano poderia ser absoluto se ele, ao mesmo tempo, seria composto pelos destinatários dos seus comandos?

Essa “confusão” entre soberano e súdito, reunidos na ideia de soberania popular, acabou sendo resolvida apelando para um dos lados do par dialético. A solução contra-revolucionária optou por alienar novamente no campo das transcendências e dos mitos de fundação, a parcela democrática da soberania popular, privilegiando o seu caráter “arbitrário, ato de comando desprovido de limites [...], sujeito a nada ou a ninguém, acima da lei, e, teimosamente, buscando implementar sua obediência” (Ibidem, p. 225, tradução nossa).

Entretanto, o reforço da faceta incomensurável trouxe outros problemas para a “governabilidade”. Daí a necessidade de domesticar essa demiúrgia constituinte, racionalizando o voluntarismo do *demos* através da atribuição de um preposto responsável pela vocalização dos anseios coletivos, porém, de acordo com os ditames da lei. Todavia, ao fazer da instituição o oráculo da soberania

popular, invertem-se os esquemas de legitimação revolucionários, fazendo do poder constituído o lastro para a validação do voluntarismo do poder constituinte.

Como consequência, o constitucionalismo continental, na virada liberal, é esvaziado normativamente, isolando no ápice de um sistema hierárquico de poder a Constituição que, justamente por conta da sua transcendência, se torna incapaz de controlar a soberania estatal, para a qual chega apenas como um arremedo de inspiração revolucionária para seu programa político.

Percebe-se que a faceta democrática da soberania popular foi obliterada e substituída pela ideia de soberania como “comando”, conforme argumentado por Kalyvas (2005), e, pior, exercida de acordo com os interesses da parcela que se apresenta como todo: a burguesia. Essa captura da soberania popular pela soberania estatal deixará profundas marcas no constitucionalismo continental. Essa pesquisa irá justamente apontar como esses esquemas verticais de legitimação do poder acarretaram não apenas o desprestígio do povo real em favor do povo mitológico, mas igualmente transferiram para um agente privilegiado a escolha dos vetores do moderno.

Tendo como pano de fundo a crítica da oposição entre democracia e constitucionalismo¹, nosso trabalho indagará se ainda é possível um lugar para a soberania popular que não invoque seu ímpeto disciplinar, mas que, ao revés, valorize o caráter imanente e democrático presente na pragmática de “co-instituir” (Kalyvas, 2005). De acordo com esse rearranjo, a Constituição passaria a expressar o sentido positivo de uma práxis coletiva de auto-interpretação dos rumos da república, ao invés da ideia contratualista de um instrumento externo de limitação e organização do governo, à serviço do que era originalmente o Terceiro Estado. Como resultado, a própria política se tornaria política constitucional, ao mesmo tempo em que a linguagem constitucional seria expressada através da linguagem do direito², portanto, passível de reivindicação pelo povo real.

Essa recuperação da caráter constituinte da soberania popular está na base do “novo constitucionalismo” do pós-guerra, mas também reverbera sobre a teoria política, que elegeu a constituição como um dos seus núcleos normativos

¹ Tema desenvolvido em nossa dissertação de mestrado. Ver Silveira, 2009.

² “Theories of the constituent sovereign present a unique case for the constitution as understood in political terms and politics, in turn, is analyzed in constitutional terms, bridging thereby the artificial and politically suspicious distinction between politics as the field of factual power and the constitution as the realm of pure normativity” (Kalyvas, 2005, p. 229-230).

(Kalyvas, 2005, p. 229). Poderíamos ir além, e dizer que a democratização do constitucionalismo vem acompanhado da “normatização” da democracia. Para esse modelo, a democracia não se ligaria externamente à validade do exercício do poder, mas, contrariamente, o constituiria. A questão, portanto, não seria encontrar um início democrático para o constitucionalismo, como foi o problema de Rousseau e da teologia política moderna, mas atrelar o discurso constitucional à legitimidade democrática, que, assim, se transfiguraria em uma práxis republicana cotidiana.

Essa pesquisa, por conseguinte, atribuirá à Constituição uma tarefa civilizatória que escape da soberania estatal. Em sociedades plurais e complexas, a Carta será precisamente a estrutura que aproveitará a contingências das disputas políticas para reforçar o compromisso republicano, na medida em que transforma a incerteza do *logos* dialógico em liberdade de escolhas democráticas. Justamente porque não pode recorrer a alguma instância de validação superior, nem se valer da rigidez ética dos consensos substantivos que se projetam para fora da deliberação política, é que a Constituição possui uma força que advém de uma paradoxal insuficiência: a impossibilidade de determinar definitivamente o que é direito, o que é justo, ou o que é bom para todos. Esses conteúdos de identidade, valores, justiça e organização do poder, que habitam o foro constitucional, podem ser sempre modificados ou reinterpretados por uma “comunidade aberta de intérpretes”³, na hipótese de melhores razões. Ao invés de implicar em fraqueza, a “textura aberta”⁴ do discurso constitucional consegue se aproximar mais da autonomia, pois não retira dos sujeitos jurídico-políticos a oportunidade de redefinir seus conteúdos normativos, suas histórias de vida pública e privada. Será essa incompletude que acabará gerando uma “comunidade de destino”, nos termos do humanismo de Edgar Morin (2003), ou do “patriotismo constitucional” de Habermas (1996), que nada mais denotam senão a capacidade de gerar solidariedade social da vontade de se apostar nos discursos constitucionais.

Evidentemente que essa guinada democrática não pode representar o “fim da história” ou qualquer outro triunfalismo mais acanhado. Antes, expressa determinado compromisso normativo com o caráter “constituente” da soberania popular. Todavia, não significa que o estágio do “progresso” moderno tenha

³ Ver Häberle, 2002.

⁴ Expressão de Friedrich Waismann (1968).

eliminado a relação dialética entre soberania como comando e como (auto)constituição. Muito pelo contrário. Ela migra para a própria hermenêutica constitucional, que se vê agora como o palco da disputa entre uma cidadania que reafirma sua autodeterminação democrática através da reinvidicação judicial dos seus direitos constitucionalizados, e, de outro, um Estado que quer comandar os rumos do compromisso constitucional, por considerar que apenas o centro civiliza a multidão, dando-lhe forma e rumo.

Nesse contexto, recuperada a importância das constituições para a própria viabilidade da empresa moderna, a crítica à jurisdição constitucional se torna muito mais visceral que o problema da clássica separação de poderes ou da afronta ao princípio majoritário. Desta maneira, o que a tese discute é em que medida o controle de constitucionalidade faz reverberar o poder constituinte da cidadania, indicando um movimento de apropriação do texto constitucional que vem de baixo, ou, inversamente, reprisa o papel civilizatório e hierárquico do soberano monolítico, cujo monopólio cognitivo da justiça seria necessário para levar liberdade e racionalidade do centro para a periferia anárquica.

Os temas da “judicialização da política” e do “ativismo judicial”, portanto, serão analisados tendo como pano de fundo a discussão ampla sobre as possibilidades de “popularizar” a empreitada civilizatória mediante a socialização da Constituição, transformando o direito em instrumento de cidadania, e não de soberania estatal.

Como já deve ter ficado claro, a pesquisa incluirá a modernização brasileira como parte integrante da “tradição continental”. Não estamos dizendo que o Brasil não tenha flertado com o “americanismo”⁵. A própria judicialização, e sua busca de integração social pela via dos direitos, talvez seja seu maior exemplo. Todavia, a aposta em grandes esquemas racionais e hierárquicos de compreensão e ordenação no mundo, com ênfase na soberania como comando, também foi a tônica dos esquemas de legitimação do poder no Brasil. Tal como seus pares continentais, a atuação fáustica do soberano foi posta como condição para o moderno no caso brasileiro.

Por esse motivo, não abordaremos o debate da teoria constitucional americana, que nos servirá, pontualmente, de contraste. O foco será os discursos

⁵ Expressão de Luiz Werneck Vianna (1997).

de justificação da demiurgia continental, bem como seus reflexos sobre o constitucionalismo, lá e cá do Atlântico. A questão que nos interessa não é apontar nossa condição de herdeiro “quasímodo” do racionalismo europeu, mas antes destacar que comungamos com o velho continente o impulso de realização do “grande desígnio” modernizante (Morse, 1988), uma ideologia artesã que informou nosso devir histórico, e que sobre ele teve consequências diretas. Deste modo, se não se pode falar em uma história comum das civilizações ocidentais, iremos defender um móbil dominante: uma maneira de pensar e agir tributária da cognição verdadeira e justa de um agente investido de um mandato civilizatório.

Nesse sentido, a tradição continental servirá para elevar o horizonte da discussão brasileira, situando-a dentro deste mesmo movimento imperial, ao invés de destacar sua excepcionalidade. A herança francesa, por conseguinte, deve ser compreendida como uma reelaboração estilizada das “patologias da modernidade”, na qual cada experiência histórica padece de suas próprias “formas patológicas de acesso ao moderno”, como destacou Vianna (1999). Daí a necessidade de reconstruir os discursos da nossa *intelligentsia* sobre os problemas que envolveram a formação do Estado Nacional brasileiro, de modo a determinar no aparente plano metateórico a presença de investidas modernizadoras.

Para tanto, o primeiro capítulo descreve quais as soluções encontradas pela teoria política moderna para justificar o Estado e seu exercício do domínio com o aprofundamento dos processos de secularização e da consolidação do poder burguês. Ao descrever o “estado da arte” das auguras europeias pela ótica do seu pensamento político-social, a pesquisa fará o mesmo para a experiência brasileira, de modo a compreender nossas próprias inflexões. A intenção é identificar como as diversas percepções acerca da nosso “atraso” acabam por condicionar a posologia do moderno. Em ambas as linhagens estudadas, independentemente dos conteúdos civilizatórios, um agente privilegiado – o Estado – e um sistema de ação – o direito – foram articulados em prol de um programa de modernização comandado por um sujeito hercúleo, que desenha o mundo para depois realizá-lo.

Essa crítica nos permitirá apontar, ainda no capítulo primeiro, a imposição de uma racionalidade de Estado sobre a sociedade através do recurso da norma jurídica, dinâmica que chamaremos de “federalismo”. A intenção é menos mapear de maneira exaustiva a historiografia da formação do Estado nacional brasileiro, e mais exemplificar a opção política – e não cultural – pelo uso da faceta autoritária

da soberania “popular” nos processos de modernização brasileiro. Nesse sentido, dois usos se destacam: o territorialismo do Império e a organização do mundo do trabalho pós-1930.

Seguindo o plano da tese, o segundo capítulo aborda a retomada do direito como ferramenta emancipatória. O instrumental metodológico será o mesmo da seção anterior. Em primeiro lugar, há a opção deliberada de reconstruir o debate da *intelligentsia* jurídica a respeito do papel do constitucionalismo na tentativa de reanimar a arena republicana nos pós-guerra. O contexto inicial, portanto, é a crise do constitucionalismo liberal e indefinição quanto aos novos marcos de legitimação do poder. Diferentemente da captura da soberania popular pela soberania estatal nos infortúnios da Revolução Francesa, o movimento da primeira metade do século XX, embora dúbio, aponta para direção diversa. A pesquisa destaca a importância da revalorização do discurso constitucional enquanto discurso da soberania popular, empoderada pela normatização de extenso rol de garantias fundamentais. Todavia, a tese igualmente critica as leituras que veem no “novo” constitucionalismo normativo o júbilo incontestado da Atlântida democrática. Nesse sentido, será pontuado que a tríade composta pela soberania popular, Estado e Constituição, comporta muito mais nuances que as análises lineares do progresso moderno são capazes de conceber.

Em segundo lugar, ao mesmo tempo em que o caso brasileiro é colocado no mesmo horizonte da narrativa continental, tratada com proposital generalidade, as especificidades dos nossos processos históricos são discutidas em seção própria. O objetivo é compreender como o Brasil conseguiu canalizar de maneira construtiva as ambiguidades da tradição continental, de maneira a gerar também aqui um constitucionalismo democrático partindo de um cenário de desolação ditatorial. Mais uma vez, entretanto, o trabalho recusa as linhas retas que ligam a Ditadura à Nova República. Nesse sentido, a tese aponta como as certezas da *doxa* militar foram substituídas pela indeterminação da práxis política, cuja dialética entre adversários e/ou parceiros acabou por fazer pender a balança para o lado democrático.

Estabelecido o sucesso⁶ da pedagogia civilizatória das leis, agora em tintas democráticas, o terceiro capítulo aborda as repercussões da juridificação dos vetores do moderno, bem como a correlata politização do Sistema da Justiça. A discussão toma como eixo analítico a transformação da atividade judicante em questão constitucional de primeira grandeza, uma vez que a reivindicação de direitos se torna uma das principais formas de exercício da soberania popular. Daí a necessidade de enfrentar os temas da judicialização da política e do ativismo judicial. Nosso arcabouço teórico, porém, refletirá a tentativa de continuar articulando as premissas normativas e os compromissos políticos do racionalismo continental com o papel democrático outorgado pelo constituinte ao Poder Judiciário. A intenção é ir além dos dogmas liberais sobre os limites da atuação da Justiça, seja para criticar o ativismo judicial naquilo em que ele reedita os esquemas imperiais de legitimação do poder, seja para destacar o papel republicano das Cortes “judicializantes” em contextos que não se limitam à democracia plebiscitária.

Estabelecido o referencial conceitual, as seções seguintes tratam dos traços judicializantes ou ativistas do Sistema da Justiça brasileiro, proporcionados pelas inovações institucionais da Carta de 1988, bem como pela performance dos próprios atores políticos.

O trabalho, contudo, volta sua atenção para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Sua posição de vértice da Administração da Justiça, acompanhado das ferramentas de controle de constitucionalidade, fazem com que a Corte Suprema represente a hipérbole das dinâmicas, virtuosas ou não, que condicionam a atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira.

A crítica mira em dois dos principais regimes de competência da Corte: o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Será debatido a leitura que o STF faz das suas próprias atribuições, em especial aquelas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Embora singela, a análise demonstra que o Tribunal insiste em manter sua condição de ápice do sistema da Justiça,

⁶ Contingente e heterogêneo. Subjaz aqui a pergunta: *democrático para quem?* As clivagens sociais e econômicas fazem da democracia brasileira que, como qualquer democracia capitalista, está susceptível às mais diversas formas de desigualdade e exclusão, com repercussão direta sobre o próprio acesso do cidadão aos seus direitos e ao debate constitucional que se desenvolve a partir deles.

apesar da reforma constitucional ter lhe dado a oportunidade para deixar para as instâncias inferiores a decisão final acerca de matéria constitucional incidental.

Esse apego à “última palavra”⁷, bem como a preferência pelo controle concentrado, considerado mais “eficaz” pelo Ministros, indicam a presença de uma agenda centralizadora conduzida pela própria Corte Constitucional, caso analisado o perfil de suas decisões. A tese, contudo, não desenvolveu sua própria base de dados, mas utilizou o farto material disponível nas pesquisas de Vianna e Burgos (2002, 2007), Falcão et al. (2011), e Costa e Benvindo (2014)⁸. Isso porque este trabalho almejou criar uma hipótese teórica que ligasse a demiurgia da modernização continental ao protagonismo das Cortes Constitucionais. Embora o ativismo não seja um fenômeno confinado à cepa racionalista, ao menos no Brasil, parece que essa tradição fornece o discurso para a legitimação do exercício do encargo civilizatório pela Corte Constitucional. Os dados analisados, portanto, confirmam parcialmente a tese teórica, devendo ser destacado, e não escamoteado, o seu uso instrumental feito por esta pesquisa.

De toda sorte, o que o perfil decisório do STF mostra é que nossa Corte Constitucional funciona mais como “guardião da federação”, racionalizando as instituições públicas periféricas. Mesmo quando avoca para si o papel de “guardião da constituição”, acaba ele reeditando o federalismo organizado a partir da premissa de que somente o centro liberta, tendo o Visconde de Uruguai como seu principal *forerunner*. Aplicada essa ideia ao léxico do controle de constitucionalidade, significa dizer que a hermenêutica constitucional depende, e deve aguardar, a cognição verdadeira do vértice da Justiça. Lógica centralizadora que não fica contida nos desenhos institucionais, mas que se alimenta destes para reforçar sua racionalidade oracular.

⁷ Expressão de Conrado Hübner Mendes (2008).

⁸ Este é o motivo pelo qual a tese, por exemplo, não utiliza a pesquisa de Pogrebinski (2011). Sobre uma crítica detalhada às conclusões da referida autora, ver Silveira, 2012.

2

O dilema da modernidade no Brasil

Rio de ladeiras, civilização encruzilhada, cada ribanceira é uma nação.

Chico Buarque

2.1

Pensamento social brasileiro e o problema da formação do Estado Nacional

2.1.1

Nação e soberania popular

Os processos de formação dos Estados nacionais, no que de forma imprecisa podemos denominar de Ocidente, têm em comum a ideia de que a nação, mais do que um projeto, é antes de tudo um “destino”, como nos alerta Balibar (1991, p. 86). Nessa invenção tipicamente moderna, a legitimidade do poder vai abandonar a personalidade da figura do monarca absoluto para então repousar em uma entidade *prima facie* incorpórea, a nação. Diferente do primeiro, o corpo não precisa ser desencarnado para representar os fundamentos da autoridade legítima, numa operação contínua de depuração da instituição a partir da figura do agente, que Kantorowicz tão bem identificou (1998). A nação moderna já nasce como espírito secularizado (Hardt e Negri, 2001, p. 119), realizando através de uma ficção política⁹ a forja artificial de uma identidade coletiva. Nacional, nesse sentido, seria a qualidade a ser atribuída a determinado povo¹⁰, reunido por laços

⁹ Apesar de a distinção ser política, o simbolismo do conceito de nação é disfarçado com a ontologização das suas escolhas. Desta feita, o critério de pertencimento nacional aparece como um não-critério, ou seja, como uma não-escolha entre os de dentro e os de fora, como se a comunidade dela decorrente preexistisse à própria distinção e não fosse fruto desta. Sobre uma crítica à falsa premissa de homogeneidade contida no conceito de nação e soberania, a esconder uma estratégia violenta e excludente de criação de unidade política, ver Tully (1995).

¹⁰ Sobre a “popularização” do conceito de nação como estratégia para cancelar o protagonismo do domínio burguês, diz Hardt e Negri: “O elo entre o conceito de nação e o conceito de povo foi, de fato, uma poderosa inovação, e constituiu o centro da sensibilidade jacobina, assim como de outros grupos revolucionários. O que parece revolucionário e libertador nessa noção de soberania nacional e popular, entretanto, nada mais é do que outra volta do parafuso, mais uma ampliação da subjugação e dominação que o conceito moderno de soberania trazia consigo desde o início. O precário poder da soberania como solução para a crise da modernidade foi primeiro citado como apoio à nação, e quando a nação também se revelou uma solução precária, foi aplicado ao povo. Em outras palavras, assim como o conceito de nação completa a noção de soberania alegando precedê-la, o conceito de povo completa o de nação mediante outra regressão lógica simulada (...). Apesar de ‘o povo’ ser proposto como base originária da nação, *o conceito moderno de povo é, na verdade, produto do Estado-nação*, e só sobrevive dentro do seu contexto ideológico específico” (2001, p. 119-120).

inmemoriais de sangue, língua e valores, em cujo nome o Estado exerceria seu domínio, mantendo, contudo, sua condição de fonte suprema da soberania.

A novidade do recurso moderno, todavia, não foi o subterfúgio da transcendência, já amplamente empregado em tempos de direito divino dos reis¹¹, mas justamente a sua ocultação, isto é, a utilização de uma categoria que apenas aparentemente nos remete para vidas e geografias concretas, quando na verdade se trata de mais um constructo político forjado pela instituição estatal. A fábula da nação e da sua correlata soberania popular possui o mérito de camuflar como força social seu próprio invento político. Nesse sentido, povo e nação são criados única e exclusivamente para fornecer um mandante para um mandatário pré-constituído: o Estado. É nessa relação de empoderamento através da transferência, total ou parcial, da soberania do todo para a parte que o Estado moderno operará com maestria, ocultando a circunstância política de que foi a *polis* quem inventou seu *demos*. Melhor dizendo, o *demos* ao qual se alude em tempos de Convenção Nacional é ele mesmo *polis*. Nação e soberania popular são, respectivamente, as facetas passiva e ativa de uma operação comutativa que visa criar um antecedente lógico e uma figura plenipotenciária para o exercício de poder que precisa se legitimar em um mundo agora secularizado, porém, ainda tributário de fundamentações totêmicas.

O contratualismo liberal ou republicano representou, dessa forma, a apoteose dessa operação de ocultamento¹². Na versão rousseauiana do contrato social, ao contrário de Hobbes¹³, a soberania não é atribuída a uma entidade

¹¹ “If Christian and Jewish theology created for us an anthropomorphic deity, Christian politics, and English politics not least, created a theomorphic king. At some times, as Ernst Kantorowicz has shown, kings were conceived in the figure of Christ the son, at others in figure of God the father. And in England the legal fictions that accompanied the everyday workings of the king’s government endowed him with all the attributes of divinity. He was, for example, immortal: it could not be admitted that the king ever died. And like God he was perfect: he could do no wrong, so no action at law could ever lie against him. Indeed, like God he was the giver of laws, but also like God he acted according to the laws he gave. Like God he was omnipresent, for in himself he constituted the ‘body politics’ over which he ruled. But like the son whom God sent to redeem mankind, he was man as well as God; he had a ‘body natural’ as well as his body politic, and the two were inseparable like the persons of the Trinity” (Morgan, 1989, p. 17).

¹² A esse respeito, ver Arato: “What is however important if implicit in all of them is that with the figure of the contract, the modern problem of legitimacy in the sense of Max Weber was introduced. In other words, while foundings may have an element of violence, they are legitimate only if they can be justified by normative standards, whether demanding or undemanding” (em fase de elaboração, “The Origins of the Sovereign Theory: Machiavelli to Schmitt”, p. 06).

¹³ Na versão hobbesiana, a liberdade irrestrita da massa amorfa de sujeitos que compõe a facticidade social é transacionada no pacto constituinte em prol da criação de uma coletividade agora política, o povo, protegido pelo recém-criado soberano, o Estado. A soberania não é preexistente ao estado civil, mas é criada com o pacto constitucional e alocada na figura do

superveniente e exterior ao pacto, mas é o resultado da obtenção de poder político pelos próprios contratantes. O interesse comum que os uniu, a vontade geral, é o que também os distingue como uma entidade plural e soberana: o povo. Todavia, na transição do estado de natureza para a sociedade civil, os contratantes, vistos como um Leviatã coletivo, passam a exercer competência legislativa. Assim, o que a vontade geral cria é uma instituição soberana por excelência: o legislador popular. Será essa figura paradoxalmente una e coletiva que representará uma estatalidade criada a partir do interesse público. A invenção dessa agência legislativa, idêntica ao povo, será o grande objetivo do contrato social (Arato, em fase de elaboração, p. 38). As leis e, num grau inferior, o governo, serão o resultado do juízo deliberativo do legislador soberano, que as antecede. Daí que as leis, enquanto produtos da instituição, apenas podem ser *direito* depois da criação do próprio agente legislativo. Este é o motivo pelo qual o contrato social não é também uma constituição. Esta virá depois, decorrência lógica da criação do Estado pela soberania popular e da necessidade desta vontade geral de se expressar através de leis fundamentais acerca dos direitos dos cidadãos e dos limites de ação do governo¹⁴.

Como consequência, o governo não representa o povo, mas ele próprio se faz presente politicamente, sem intermediários, através da titularidade da soberania, exercida principalmente através da atividade legiferante. Diferentemente de Hobbes, o fundamento da autoridade não escapa ao corpo cívico. Ao contrário, a soberania adquire sua força por expressar a vontade geral da própria coletividade contratante. A transcendência ordenadora, por assim dizer, advém da imanência da comunidade de cidadãos. Entretanto, o mesmo raciocínio que Rousseau (2011) utiliza para justificar a criação das leis após a fundação do Estado serve também para demonstrar que o “povo” ao qual ele se refere apenas pode existir depois de alcançado o estado civil. A qualidade soberana concedida à

soberano. Não há, em Hobbes, transferência da soberania do povo para o soberano, mas a criação de todos pelo contrato social. Nesse sentido, o pacto inventa ao mesmo tempo representante e representado, transformando a multidão em povo, e criando *ab novo* a soberania estatal a fim de garantir a liberdade na ordem.

¹⁴“The social contract, the creation of a popular legislative is not yet a constitution. The constitution is now understood as law, thus as legislative acts of the general will, possible only after a body with a will has been formed, (II:6; III: 16; 17). It is moreover identified as political or fundamental law that determines the form of government (II:12). Government, understood as an intermediate body between the people as a whole and the people individually is then further identified as the executive power (III:1), with the traditional choice of one, few or all to exercise it. Only the last is called democracy (III. 3-4)” (Arato, em fase de elaboração, p. 38).

vontade geral é uma operação que depende da institucionalização dessa soberania enquanto agente político e jurídico. Somente após a transmutação do povo real em povo fictício é que se terá um ator para a soberania. Essa transformação não ocorre em um vácuo institucional, como se o povo fictício surgisse *ab novo*, antes e fora do Estado, para então criar este último como expressão de sua potência criativa. A soberania popular que funda o Estado não está suspensa no estado de natureza e apenas se mobilizaria para a criação do estado civil. O povo, para que possa exercer sua soberania, já se encontra dentro de um arcabouço político que lhe confira poder enquanto portador da vontade geral. Essa capacidade de ação, para não ficar restrita à pura mitologia, depende da existência prévia de um poder constituído e de um conjunto de regras sobre o lícito/ilícito. Daí ser possível entender que o contrato social de Rousseau é, antes de qualquer coisa, uma teoria regressiva que parte da existência política de um povo dentro de um Estado, e tenta explicar como esse Estado poderia ser criado por este mesmo povo, agora desencarnado e mitológico.

A engenhosidade de Rousseau, portanto, reside em apresentar a criatura como criador, desaparecendo com sua narrativa invertida a natureza órfã do Estado, que inventa seu povo fictício para então fazer dele seu genitor. A grande vantagem não é somente um parâmetro de legitimidade que não precise recorrer à transcendência do rei¹⁵. O que o seu contratualismo possibilitou foi o jogo de constante aproximação e afastamento entre o povo real e o soberano, de acordo com a vontade do Estado. É como se o povo real fosse agora “representado” pelo seu correlato fictício. Todavia, ao contrário da representação liberal, a presença do todo na parte sequer poderia ser objeto de escrutínio político, escondida pela falácia “a nação somos nós”. Ao transformar a soberania popular numa abstração jurídico-política, Rousseau esvazia seu conteúdo democrático e possivelmente emancipatório, na medida em que o critério de seleção para o universo de cidadãos fica à disposição do juízo demiúrgico e singular do vértice da *polis*, seja

¹⁵ Afinal, a secularização da política não mais albergava a chancela imediata da religião, embora continuasse na procura de um absoluto político que funcionasse como fonte única de legitimidade para o poder e para o direito. A esse respeito, diz Hannah Arendt “The numerous difficulties and perplexities, theoretical and practical, that have beset the public, political realm ever since the raise of the secular the very fact that secularization was accompanied by the rise of absolutism and the downfall of absolutism followed by revolutions whose chief perplexity was where to find an absolute from which to derive authority for law and power, could well be taken to demonstrate that politics and the state needed the sanction of religion even more urgently than religion and the churches had ever needed the support of the prince” (2006, p. 152).

ele um imperador ou uma assembleia nacional. Na antinomia republicana, procura-se instituir a democracia a partir do voluntarismo de um centro organizador da vida pública, infenso à própria arena política. Caberá à figura estatal definir o quanto de povo real será o povo soberano.

Tal como Rousseau, Sieyès (2003) dará ao povo-nação a titulariedade da soberania. No entanto, uma grande diferença é introduzida: o empoderamento da nação não decorre do contrato social, fundamental para que haja em Rousseau a transmutação da multidão de vontades particulares em uma única vontade, coletiva e pública, a vontade geral. Sieyès dispensa o subterfúgio obrigacional, e identifica diretamente a nação com o que é justo. Nesse sentido, a nação é uma vontade política coletiva mas também é lei, ainda que inicialmente apenas lei natural. Em franca continuidade ao absolutismo do príncipe, a nação que foi colocada no lugar do rei¹⁶ herda dele suas mesmas potencialidades: será ela fundamento de todo poder e direito. Sieyès não poderia ser mais claro quanto a este tópico:

A nação é tudo o que pode ser pela virtude de ser o que ela é [...]. O governo pode exercer poder real enquanto for constitucional. Ele será legal enquanto for fiel às leis impostas sobre ele. A vontade nacional, por outro lado, simplesmente precisa da realidade da sua existência para ser legal. Ela é a origem de toda a legalidade. (2003, p. 137, tradução nossa.)¹⁷

Ao reconhecer a factualidade política da nação como uma vontade coletiva, mas agregando a ela uma repercussão normativa, Sieyès resolve com uma única ficção o problema dos fundamentos do poder e da autoridade¹⁸. A nação não será soberana simplesmente por sua existência política, mas porque, a despeito do seu caráter factual, será também fonte de justiça. Ela representa um alicerce absoluto para ambas as vertentes. E sendo criadora tanto da instituição estatal quanto das

¹⁶ “What else did even Sieyès do but simply put the sovereignty of the nation into the place which had been vacated by a sovereign king? [...] And since the person of the king had not only been the source of all earthly power, but his will the origin of all earthly law, the nation’s will, obviously, form now on had to be the law itself” (Arendt, 2006, p. 147).

¹⁷No original: “A nation is all that it can be by virtue of being what it is. [...] Government can exercise real power only insofar as it is constitutional. It is legal only insofar as it is faithful to the laws imposed upon it. The national will, on the other hand, simply needs the reality of its existence to be legal. It is the origin of all legality “ (2003, p. 137).

¹⁸ Sobre a relação entre poder e autoridade nas revoluções, ver Hannah Arendt (2006). Em especial, o diferente encaminhamento dado pelos norte-americanos: “In the government of king and Parliament from which the colonies broke away, there was no *potestas legibus soluta*, no absolute power absolved from laws. Hence, the framers of American constitutions, although they knew they had to establish a new source of law and to devise a new system of power, were never tempted to derive law and power from the same origin. The seat of power to them was the people, but the source of law was to become the Constitution [...]” (p. 148).

leis, não poderia a nação estar submetida a nenhuma delas. Daí porque, para Sieyès, “seria ridículo supor que a nação seria ela mesma submetida a formalidades [...]. Não apenas a nação não é submetida a uma constituição, como ela não pode e nem deve sê-la” (2003, p. 137).¹⁹.

Ora, se a nação é a vontade política coletiva e, ao mesmo tempo, fonte de justiça, sua condição de fundamento se transfigura em capacidade criativa igualmente absoluta. Ela será, então, poder constituinte permanente, responsável pela criação dos órgãos de natureza legislativa²⁰ e pela fixação dos parâmetros de legitimidade²¹ e validade aos quais serão opostos os atos de governo e as leis positivas do poder constituído. É possível notar que a nação, por ser justamente o poder e a autoridade que cria a ordem constituída, fica fora dessa sua obra civil, em estado de natureza constante, sempre apta a expressar sua vontade quando achar necessário requalificar os conteúdos de constitucionalidade emanados do poder constituído²².

É importante destacar que não bastava que a nação fosse antecedente à ordem constituída, deveria ela ser também externa ao produto do seu engenho. Tal como um juiz que não fica no mesmo plano litigioso das partes (Ibidem, p. 138), a nação somente funcionaria como lastro decisivo se mantivesse sua postura transcendente em relação aos poderes constituídos. Percebe-se que as questões de legitimidade em Sieyès acabam se deslocando dos conteúdos normativos para o *topos* da autoridade. Assim, mais importante do que reavaliar a substância dos pactos coletivos sobre justiça e poder era descobrir onde residia a boca da nação. Em outras palavras, tendo em vista a transcendência do poder constituinte, quem seria o responsável por revelar à ordem imanente a verdadeira vontade coletiva? Quem iria fazer as vezes de juiz e arquiteto do Estado?

¹⁹No original: “It would be ridiculous to suppose that the nation itself was bound by the formalities [...]. Not only is a nation not subject to a constitution, it cannot and should not be [...]” (Sieyès 2003, p. 137).

²⁰Órgãos legislativos compreendido em sentido amplo, abarcando os “active bodies” de que fala Sieyès quando da descrição do seu esquema geral de criação da ordem constituída (Ibidem, p. 136).

²¹“Here we are not dealing with brigandage or domination but with a legitimate association, one that is voluntary and free”(Ibidem, p. 137).

²²“Every nation on earth has to be taken as if it is like as isolated individual outside all social ties or, as it is said, in a state of nature. The exercise of their will is free and independent of all civil forms. [...] A nation never leaves the state of nature and, amidst so many perils, it can never have too many possible ways of expressing its will”(Ibidem, p. 137-138).

É nesse momento que o próprio Sieyès fará uma inflexão, apresentando uma versão menos etérea de nação. Ele reconhece a necessidade de corporificá-la para que, encarnada, potencialize sua autoridade através da investidura de determinada parcela do “povo” com seu manto de legitimidade. E qual parcela seria esta? Aquela que, segundo ele, suporta com seu trabalho a própria sociedade: o Terceiro Estado. Arato defende, de forma que nos parece acertada, que Sieyès opta neste momento por um modo de explicação socioeconômico, se adiantando à Marx, para concluir que o estamento que mediante seu capital e indústria reproduz a nação será doravante o qualificado para reivindicar sua investidura (em fase de elaboração, p. 48).

Observamos que a perspectiva agora é outra. Homem do seu tempo, Sieyès sabia que o rigor lógico de seus ensaios não poderia ser obtido às custas da falta de operabilidade política da sua teoria. Uma nação somente seria um conceito empoderador se pudesse ser apropriada politicamente pelo estamento que almejava abandonar a condição de súdito. Não que a ideia transcendente de nação fosse descartada, mas no melhor da tradição cristã, ao lado do deus-pai, imaterial e fonte de justiça, era necessário o deus-filho, encarnado e executor na terra da providência divina. Assim seria também a nação na sua versão estamental e materializada.

É possível perceber aqui dois movimentos concatenados de redimensionamento do grau de universalidade do conceito de nação. No primeiro, o raciocínio é sociológico. O povo, na modalidade encarnada do alicerce nacional, transfigura-se em burguesia, haja vista que apenas quem contribui com o capital da nação merece ter para si o todo, mesmo sendo parte. Todavia, para que a nação-povo se torne nação-burguesia, um segundo tipo de representação deve operar. É preciso que a nação-burguesia se torne “nação em assembleia”. Em outras palavras, é necessário que todo o poder e autoridade da nação sejam transferidos para um órgão capaz de agir como “um substituto da assembleia da nação” (Sieyès, op. cit., p. 139, tradução nossa)²³. O que o pragmatismo de Sieyès externaliza²⁴, ao contrário de Rousseau, é que a nação deve ser traduzida em

²³No original: “surrogate of an assembly of that nation”.

²⁴“Extraordinary representatives have whatever new powers it pleases the Nation to give them. Since a great nation cannot in real terms assemble every time that extraordinary circumstances may require, it has, on such occasions, to entrust the necessary powers to extraordinary representatives” (Sieyès, op. cit., p. 139).

agência, isto é, em representantes reais dotados de poderes institucionais para dizer o que a nação quer. E esse órgão soberano agirá sem limites²⁵, análogo ao poder constituinte, podendo reinventar a ordem constituída como se fosse uma nação.

Fica claro que no itinerário percorrido, a ideia de povo-nação, se transforma em burguesia-nação, e, ainda mais restrito, em representante extraordinário-nação. Entretanto, apesar de parte, a nação dos representantes burgueses de Sieyès continua se travestindo de todo, e, como tal, reivindicando para si a integralidade do poder e autoridade da figura mitológica inicial. Como resultado, o problema de partida – *qual o fundamento do Estado e da lei?* – é deslocado para *quem será o porta-voz da nação?* Além da distância entre o povo real e fictício, a nação é emudecida pelos seus representantes, que chamam para si o monopólio do discurso público, e, via de consequência, das faculdades constituintes. Assim, não apenas o povo é um conceito jurídico, inventado pela figura estatal, como sua própria potência constituinte é amputada pelos poderes constituídos. Em típica atividade oracular, incube aos representantes revelar a vontade da nação por eles inventada. Ao final do esquema, chega-se ao resultado paradoxal de que caberá aos poderes constituídos, o Estado, expressar os anseios da nação, poder constituinte, invertendo os vetores iniciais de legitimação. Silenciada pela sua própria transcendência, a nação fictícia deve aguardar a palavra da parte que a representa.

Com razão Arato, ao afirmar que através de uma inusitada alquimia histórica, o esforço para se encontrar um verdadeiro início democrático para o constitucionalismo não apenas produziu ditaduras na prática, mas as fundamentou teoricamente (em fase de elaboração, p. 52). Isso porque, acrescenta ele, o que a nação-representante exerce não é soberania popular, mas soberania estatal²⁶ (Ibidem, p. 52).

²⁵ “I emphasize that they are not subject to the constitutional forms on which they have to decide. In the first place, this would be contradictory because these forms are in dispute, and it is up to them to settle them. Secondly, they have nothing to say about matters for which positive forms have been fixed. Thirdly, they have been put in the place of the Nation itself as if it was it that was settling the constitution. Like it they are independent. It is enough for them to will as an individual would will in the state of nature”(Sieyès, op. cit., p. 139).

²⁶ Acrescenta ele: “Each one of these “models” or their advocates imply however that the constitution making work is done by a sovereign organ and its agents, a power that transcends the separation of powers, and claims the right to do so by representing the sovereign people who either do not have to be consulted, or need to be consulted only in a minimal way, to give a global “yes” or “no”, more to guard the model against the tyrannical usurpation that is the danger of all

Em ambos, Rousseau e Sieyès, a questão da legitimidade do Estado é resolvida pela criação de um povo mitológico, homogêneo e iluminado, que, podendo tudo querer e arquitetar, nada pode controlar depois de dar vida ao rebento estatal²⁷. Ao insistir em um esquema jupiteriano²⁸ da figura onisciente que cria *ex nihilo* a instituição, a excepcionalidade do criador acabou reforçando seu isolamento em relação à materialidade das escolhas jurídicas e políticas da vida pública, que ficaram à mercê do preposto da entidade soberana. Assim, nesse deísmo secularizado, o problema normativo da legitimidade do poder é vulgarizado numa questão de fontes, desconectado da práxis republicana. O que importava era encontrar um início, uma figura hierarquicamente superior que pudesse fundar a ordem constituída, para que então ela pudesse seguir no exercício do domínio sem ter que lidar com sua orfandade. Eis então o milagre do povo soberano, que surge *ab novo* na esfera política para então criar a própria arena pública institucionalizada.

O que esse pequeno excursus procurou demonstrar foram as soluções encontradas pela teoria política para os desafios postos ao Estado nacional europeu, com o aprofundamento dos processos de secularização de um lado, e do domínio burguês, de outro. Contando a Europa continental²⁹ com seu Estado e seu povo real estabelecidos, era preciso então criar seu povo fictício, o povo soberano,

dictatorships, than for the sake of genuine consultation. Sovereign constitution making is organ sovereign constitution making that (if we use the term carefully) earns the title of sovereign dictatorship in all its forms, with an elective affinity if not a logically tautological link to permanent dictatorship, that the ancients indeed called tyranny” (Arato, em fase de elaboração, p. p. 54).

²⁷ Hannah Arendt é precisa ao afirmar que o que se chama de vontade da multidão é por definição algo fluido e mutável, e toda estrutura de legitimidade de poder erguida sobre ela se apoia em terreno movediço (op. cit., p. 154).

²⁸ Segundo a classificação de François Ost, “jupiteriano” seria o modelo jurídico do legislador único, infalível e transcendental, que do alto de sua pirâmide dita as regras para serem seguidas pela base, segundo um modelo regressivo de validade das normas, no melhor do estilo kelseniano. Para ele, “la ordenación lógica de esta construcción enmascara bastante mal, en nuestra opinión, la teología política implícita que la inspira. En este punto, W. Krawietz ha podido mostrar que la soberanía del legislador (brinceps legibus solutus) no sería más que la laicización de la suprema potestas divina [...]”. Interconectado a este monismo das fontes jurídicas, haveria o “monismo político de la soberanía estatal. La codificación –del mismo modo que el establecimiento de la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa– supone el resultado de un processo de identificación nacional y de centralización administrativa que culmina en la figura del soberano. A la multiplicidad de instituciones, estados y cuerpos intermediarios del Antiguo Régimen le sustituye ahora el espacio míticamente unificado de la voluntad nacional” (2007, p. , p. 106-107).

²⁹ Importante notar que o jacobinismo francês ou o liberalismo inglês não são as únicas formas de estabelecimento do domínio burguês na Europa. O “caminho prussiano”, na expressão de Lênin, ou a “revolução passiva” de Gramsci, nomeiam a modernização capitalista feita de cima, pelas elites conservadoras, que apenas parcialmente incluem as novas forças sociais, sem abrir mão da condução dos processos civilizatórios.

para que este novo absoluto, agora secularizado, viesse a integrar o esquema de legitimação do poder. Não se tratava de um capricho teórico, mas da necessidade política de se pensar uma solução robusta para a canalização dos impulsos revolucionários na direção dos interesses burgueses.

Fazendo jus à sua ocidentalidade, também o Brasil precisou inventar uma nação para seu Estado, atribuindo ao povo fictício o *status* de fonte de legitimidade do poder. Todavia, de forma distinta da experiência europeia continental, o Estado que inventará a nação não a antecederá. Ambos serão criados como categorias *prima facie* jurídicas pelo ato da Independência, que a um só tempo inaugura o Estado brasileiro, apartado de Portugal, mas o faz em virtude dos anseios do recém-descoberto “povo constitucional do Brasil”³⁰. Essa gênese comum alinhavará o destino de ambos em terras de pau-brasil: a construção da nação se dará através da construção do Estado. O novo Leviatã brasileiro já nasce investido na missão de forjar um povo soberano a partir da ação ordenadora da figura estatal. Diferentemente dos seus congêneres do velho continente, a presença fáustica da instituição não precisou ser ocultada pelo recurso à teologia política, preocupada em fornecer um genitor para seu Estado órfão. No Brasil, a relação entre nação e Estado não é simplesmente geracional, mas civilizatória. Sendo ambos inventos jurídicos, o desafio será extrapolar o campo do “dever ser” para se tornarem realidades sociológicas³¹. Por isso, a personalidade jurídica do Estado virá dotada de um mandato: vertebrar a nação fictícia. A depuração da multidão degradada em coletividade soberana será sua principal obra e se confundirá com o próprio edifício estatal. Este será erguido através de uma lógica territorialista no qual o Estado deve se fazer presente em todos os níveis da vida republicana, atribuindo-lhe de cima um *ethos* de civilidade, muitas vezes ao

³⁰Não apenas o Imperador foi aclamado, mas também o “povo constitucional do Brasil”, circunstância inusitada que nos fornece o registro de criação do povo soberano. Ver Ata de Aclamação de D. Pedro I. Disponível em http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_19.pdf, acesso em 10/08/2014.

³¹ Trata-se, contudo, de uma sociologia politicamente orientada, como não poderia deixar de ser. Ancoradas em profundas clivagens raciais, o futuro “povo real” nada tinha a ver com o povo presente. Este não era e jamais poderia ser a nação. A cepa digna do bom brasileiro não nasceria nas senzalas, tampouco dos seus mestiços. A figura do bandeirante, o paulista por excelência, bem como do sertanejo, evocam antes de tudo as transmutações do patriciado português em solo brasileiro, mas mantendo, contudo, sua aura aristocrática.

alvedrio de uma sociedade civil que começava a se tornar independente da chancela fáustica do Leviatã brasileiro³².

Ao contrário da fábula europeia, a nação brasileira não era iluminada e tampouco homogênea, mas poderia sê-las caso o Estado pusesse todo seu engenho nessa grande empreitada. Embora comungassem da mesma origem – a Independência – ao Estado coube a potência constituinte que foi negada à nação. Esta já nasce tutelada, representada em primeira mão pelo Imperador do Brasil, que também lhe outorgou a Carta de 1824³³. Enquanto na Europa continental a ideologia do contratualismo liberal ou republicano vendia a dignidade do Estado através do engodo da onisciência e infalibilidade da nação, no Brasil, a ficção é exatamente inversa: será a presença hercúlea e perseverante da entidade estatal que moldará o bom povo brasileiro, conferindo-lhe escol: a política gerando sociologia. Daí porque o critério de legitimidade do Estado, antes mesmo dos direitos econômicos e sociais da primeira metade do século XX, dependerá do grau de êxito da sua intervenção do mundo. Não se trata aqui de ter uma origem pseudodemocrática, como fora o binômio nacional-popular no velho continente, mas, para além das ficções de *pedigree*, o legítimo Estado brasileiro será aquele que cumpre sua missão civilizatória.

Essa construção permanente da nação assumiu diferentes feições e justificativas ideológicas ao longo dos reais processos históricos brasileiros, como será abordado na seção seguinte. Todavia, à diferença de outros esquemas hierárquicos, a tarefa dos grandes centros organizadores da vida pública assumiu eminentemente um valor normativo: modernizar-se. O projeto de nação brasileira

³²A organização de uma sociedade civil para além do reconhecimento do Estado, ou, pelo menos, fora dos seus parâmetros raciais e estamentais de circunscrição da boa sociedade sempre esteve presente nos processos históricos brasileiros, como demonstram a Revolta dos Malês (1835), Cabanagem (1835-1840) e Canudos (1896-1897). Mas, a partir do momento em que a diferenciação classista se justapôs às clivagens estamentais, uma nova identidade podia ser forjada a partir de baixo, motivada pela consciência do papel comum de uma multidão de expropriados dentro de um sistema capitalista. Se esse povo real não podia ainda programar o Estado, mas era programado por ele, através do que Wanderley Guilherme dos Santos chamará de “cidadania regulada” (1998), por outro lado, a sua inclusão na pauta política na condição de membro da sociedade civil se deve pelo seu próprio mérito de não poder ser mais ignorado. Demorará muito tempo para que o Estado se torne responsivo às demandas vindas de baixo simplesmente porque a “sociabilidade gera estatalidade”, para usar a expressão de Werneck Vianna. Ainda assim, não se trata de uma evolução linear, tampouco de uma evolução desprovida de tentativas de hierarquizar o status de cidadania dentro de uma sociedade civil apenas recentemente universalizada.

³³ “Art.98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (Constituição de 1824).

confunde-se com nossa própria saga de superação do atraso. Esse é o lastro para a ação demiúrgica estatal, cujas variações vão do liberalismo centralizador e agrário, passando pela industrialização e constituição de uma sociedade competitiva de classes, chegando à própria democratização do Leviatã pela sua abertura a uma sociedade civil titular de direitos. Independente dos caminhos que foram tomados, todos eles compartilham o intento de encontrar a famosa pista natural do progresso, para ficar na emblemática expressão de Faoro (1997), e não de cimentar a vitória burguesa através de uma legitimação retrospectiva do poder. Seja vício de origem ou atavismo social, a consciência do atraso e o atrelamento de sua superação à forja da nação movimentaram não apenas os processos históricos, mas a compreensão que se fez deles pelo pensamento social brasileiro. Não bastava à nossa teoria política encontrar uma origem virtuosa para o Estado, como fora o problema francês. Tampouco tratava de se defender a *kultur* brasileira, totalizada numa ideia espiritualizada de nação, nos termos da modernização conservadora alemã³⁴. A questão aqui era tornar legítimo o próprio povo real para um novo Estado partindo de ferramentas de intervenção social, principalmente jurídicas³⁵. É o que será abordado nas próximas seções.

2.1.2 Nação e modernidade: os vários projetos

Como já esboçamos, o ímpeto civilizatório do Estado brasileiro não fez da modernidade uma premissa, mas a colocou como objetivo a ser alcançado através da vertebração da nação³⁶. Diante da não-preexistência da entidade estatal ao povo fictício, não adiantava aqui o raciocínio regressivo à *la* Rousseau ou Sieyès. Se a figura estatal era de fato tão nova quanto o povo que acabara de inventar, nada

³⁴A resistência alemã aos processos civilizatórios do modelo individualista burguês e, em substituição, a defesa da sua *kultur* eticamente orientada a partir de uma visão romântica dos valores cavaleirescos medievais, acaba desaguando num conceito de nação espiritualizada. Não se trata aqui de fornecer um antecedente lógico ou um fundamento ao poder, mas de totalizar uma identidade em um universo primordialmente ético. Sobre a tensão entre civilização e *kultur* na Alemanha e seu reflexo sobre a construção nacional, ver Elias, 1994; Moura, 2009.

³⁵A criação do povo real, nossa sociedade civil, foi um campo de luta no qual movimentos mais ou menos inclusivos não necessariamente coincidiram com pressões democráticas. Ao contrário, a expansão da sociedade civil para as camadas subalternas por muitas vezes serviu para atender aos interesses privatistas da oligarquia ou da burguesia emergente.

³⁶“[...] a identidade nacional brasileira emergiu para expressar a adesão a uma nação que deliberadamente rejeitava identificar-se com o corpo social do país, e dotou-se para tanto de um Estado para manter sob controle o inimigo interno” (Jancsó e Pimenta, 2000, p. 440).

mais coerente do que assumir a ficção jurídica de ambos, chamando para si a responsabilidade de concretizar a boa sociedade brasileira pela via da própria edificação do Estado. Temos aqui, portanto, uma temporalidade “invertida” em relação à trajetória europeia: não será o povo soberano quem funda o Estado moderno, mas o Estado brasileiro será moderno quando e se conseguir completar a obra da nação, inventando um povo real³⁷ a partir do povo fictício³⁸.

Se a modernidade representava um destino a ser alcançado³⁹, não estavam definidos, todavia, os conteúdos necessários da vindoura nação brasileira. A superação do atraso funcionava como o mote para a intervenção dos agentes civilizatórios no mundo, porém, não estabelecia os parâmetros dos projetos de cada um deles. Estes estavam pendentes e sujeitos à beligerância própria das disputas políticas e sociais.

A partir dessa pluralidade de modos de acesso ao moderno, o chamado pensamento social brasileiro⁴⁰, ao se relacionar com a realidade, operou através da sua metanarrativa justamente a condensação dos *a priori* analíticos⁴¹ com os quais os agentes encararam o desafio da implantação da nação nas suas mais variadas versões. Nesse plano de “segunda” ordem, a intelectualidade se debruça sobre as soluções civilizatórias disponíveis e sobre aquelas desejáveis, mas, ao fazê-lo, acaba criando ela mesma novas propostas de modernidade. E não apenas porque a

³⁷ Patente que esse povo real poderá ser tão fictício quanto o povo soberano, caso não haja o empoderamento da cidadania por ela mesma. Uma nação que dita de cima quem será seu povo, sempre padecerá do engodo de tentar fazer da parte (branca, masculina, litorânea, latifundiária ou burguesa, etc.), o todo.

³⁸ O caminhar do teórico para o consuetudinário, como diz Brandão (2007, p. 150).

³⁹ Evidentemente que a utilização do conceito de modernidade se faz a partir das reflexões da sociologia contemporânea. Todavia, a ideia de moderno enquanto progresso material, e, posteriormente, moral, estava presente nos contextos iniciais da formação nacional brasileira, mas sempre agregado ao juízo normativo da sua ausência. Ou seja, embora a ideia de modernidade fosse associada ao progresso, junto com ela vinha a percepção da sua ausência e a necessidade de superar este atraso. Por outro lado, era claro que o evolucionismo do moderno, como qualquer filosofia da história, não apenas falseia a inexorabilidade do destino que elegera para si, como desconsidera as múltiplas perspectivas acerca do seu próprio êxito. Deste modo, a vivência da “modernidade” pela elite branca brasileira é muito diferente daquela experimentada pelos homens livres pobres, como diz Maria Sylvia de Carvalho Franco (1997).

⁴⁰ Sobre o papel dos ensaístas do Império e da Primeira República, bem como a posterior institucionalização das Ciências Sociais na década de 1930, que possibilitou uma sociologia a partir e para a sociedade civil, ver Vianna, 1997, p. 173-213.

⁴¹ Expressão de Gildo Marçal Brandão, 2007. A ideia da tradição ibérica como vício de origem, a condenar o Brasil a uma marcha claudicante rumo ao moderno; a visão aristocrática das elites brasileiras, representantes de uma nobreza agrária que faria surgir o moderno a partir da tradição da terra, são alguns exemplos desses *a priori* analíticos. Não se trata, contudo, de fazer as ideias o agente do moderno, mas vislumbrar em certos tipos de cognição uma estratégia para intervir no mundo, sem que os próprios intelectuais se situem fora dele.

*intelligentsia*⁴² brasileira sempre desempenhou papel político relevante na construção nacional, havendo, por muitas vezes, uma sobreposição entre os “políticos” e os “intelectuais”⁴³, mas porque a reflexão normativa sobre qual deveria ser nosso ponto de chegada altera também o ponto de partida⁴⁴. Em outros termos, as formas de pensar o Brasil implicam em correlatas ações políticas (Alonso, 2002). Desta maneira, se a solução para o atraso era desenvolver uma sociedade de classes competitiva, como fora para Florestan Fernandes (2005), o atraso residirá justamente na sociedade escravocrata, arredia aos processos de diferenciação social. Por outro lado, se a modernidade deveria ser um Estado liberal democrático, o problema inicial a ser combatido, tal como postulou Faoro (2001, 2007), seria, então, o patrimonialismo estatal que não deixava florescer a lógica do interesse aleijando a sociedade civil com suas deferências estamentais.

Como se pode perceber, os esquemas condensados acerca das nossas “formas patológicas de acesso ao moderno” (Vianna, 1999, p. 34) dialogam e intervêm na realidade analisada, mostrando os rumos que devem tomar o projeto nacional. Trata-se de uma narrativa em aberto, no qual as maneiras de pensar o Brasil acabam também por construir a nação. Por esse motivo, é que as estruturas intelectuais cristalizadas (Brandão, 2007, p. 30) nos fornecem um atalho metodológico para inquirir as implicações políticas e sociais dos diferentes modos de se inventar o “povo real”. O seu esforço reconstrutivo estiliza e aponta os principais vetores e agentes do moderno.

⁴²*Intelligentsia* como “representantes do ‘espírito do povo’, agentes libertários no exercício de um mandato racional, descasados das classes sociais e mesmo substitutivos delas” (Carvalho, M.A. 2004, p. 12). A esse respeito, ver Mannheim, 2003, p. 104-105.

⁴³ Falando sobre a geração de 1870, diz Alonso: “O movimento ‘intelectual’ contemporâneo à crise do Império não é nem um movimento de ‘ideias’, nem é formada por ‘intelectuais’. Embora o processo seja percebido pelos agentes como o de filosofias tomando mentes, são os agentes sociais que selecionam e utilizam teorias explicativas” (2002, p. 39). Essa ligação entre cognição e prática, que reflete a condição de agente político do intelectual, pode ser generalizada para outras “safras”. Basta lembrar os papéis de Oliveira Vianna e Francisco Campos no governo Vargas, Darcy Ribeiro no de João Goulart, e Raymundo Faoro frente à OAB.

⁴⁴ É o que também conclui José de Souza Martins (2005), ao comentar os objetivos de Florestan Fernandes em “A revolução burguesa no Brasil”. Diz ele: “A busca de como nos constituímos como nação, o enorme peso da escravidão no nosso passado e no nosso destino, propõem nesse ciclo de estudos uma reflexão incrivelmente sensata sobre o que pode ser definido como a nossa práxis. Há aí um pensamento social prospectivo, tentando desvendar um futuro possível, o destino do país, a partir dessa herança social que nos torna singulares em relação às tradições de compreensão e explicação das sociedades dominantes com as quais dialogamos” (p. 11-12).

Não se trata de um recorte novo⁴⁵. O tema da intelectualidade e como ela planeja a nação se encontram na agenda de pesquisa sociológica desde a década de 1950. Todavia, o que a institucionalização das ciências sociais trouxe não foram os intelectuais, mas a tentativa de estabelecer as linhas de continuidades entre eles e os modos recorrentes de interpretar o real fazendo uso de um acervo pré-selecionado de ideologias e concepções de mundo. Nesse mapeamento da teoria político-social brasileira, o cartógrafo também passa a fazer parte dessa “geografia do pensamento”. Ora, refletir sobre o Brasil nunca é uma atividade desinteressada, como se o cientista social pudesse esquadrihar as interpretações de outrem sem deixar suas próprias marcas. Muito pelo contrário, a maneira pela qual o pesquisador irá refletir e apresentar soluções para o moderno será justamente através dessa “historiografia engajada” acerca dos grandes temas que se desenvolvem a partir da relação entre Estado e sociedade. Nesse sentido, os estudos das “linhagens” apenas aparentemente constituem uma narrativa de terceira ordem, uma “meta-meta-teoria”. Na verdade, discutir sobre as famílias de pensamento sobre o Brasil implica igualmente em dar andamento ao mesmo esforço interpretativo dos próceres das ciências sociais, se colocando em linha de continuidade com o problema inicial de investigação, que surge com a Independência: o que é e o como deve se implementar o moderno em terras de pau-brasil⁴⁶?

⁴⁵ “[...] que os anos 1950 representam um notável ponto de inflexão nesse processo de gestação, ou cristalização, das formas de pensar. Neles ocorre tanto a rotinização das ‘inovações tecnológicas’ do pensamento social dos anos 1930 [...], como uma mudança profunda de ênfase, estilo e problemáticas intelectuais, derivada em parte da consolidação da universidade como principal locus da produção intelectual, e marcada, dessa vez, não apenas pela construção do Estado, mas pela emergência da sociedade e da sua transformação como problema” (Brandão, op. cit. p. 36).

⁴⁶ Oportuna é a crítica de Werneck Vianna, para quem o pensamento social brasileiro se preocupou bem mais com a inquirição das nossas formas patológicas de acesso ao moderno, do que com as próprias patologias da modernidade (1999, p. 34). Trata-se aqui de um problema epistêmico e afinado com a crítica pós-colonial. Ao pressupor uma modernidade “verdadeira”, sobraria para a experiência brasileira apenas o lugar do desvio e da “inautenticidade” (Souza, 2000). O equívoco está justamente na transformação de uma experiência histórica em um *a priori* analítico. A consequência deletéria dessa operação de totalização não se restringe ao falseamento histórico, mas impõe um esquema de interpretação do mundo marcado por uma assimetria fundamental de poder: cabe ao “centro” afiançar a trajetória da “periferia”. Assim, a modernidade brasileira é interpretada sob o signo da sua ausência e na busca quixotesca da sua realização. Sobre as implicações epistemológicas da modernidade no Brasil, ver Tavolaro, 2005. Sobre uma “epistemologia do sul”, uma forma de pensar a partir das fronteiras, ver Santos e Meneses, 2010.

2.1.2.1

Liberalismo e ordem burguesa: a percepção das “linhagens”

O estudo das linhagens do pensamento social brasileiro aborda o tema da modernização nacional a partir do processo de avanço do capitalismo e de sua correlata sociedade de classes. No melhor do dilema ocidental, o que a nossa sociologia e teoria política irão debater são os percalços da “revolução” burguesa brasileira⁴⁷, tomando como referência as diferentes propostas de articulação entre Estado e sociedade, feitas pelos próceres das ciências sociais, mas que a pesquisa sociológica já institucionalizada irá dar plena continuidade, traduzindo as inquietações imperiais e da aurora republicana para o discurso técnico já consagrado, como o formalismo weberiano e o materialismo histórico⁴⁸.

Se a grande narrativa modernizadora, de acordo com a leitura retrospectiva das linhagens, pode ser compreendida como a epopeia da implantação da ordem burguesa no Brasil⁴⁹, uma boa maneira de perceber as inflexões dentro das tradições leva em consideração as diferentes nuances que o liberalismo assume na consolidação do capitalismo e da sua correlata estrutura de classe. Não que o liberalismo representasse a solução comum para a concretização do povo real, mas porque sua presença, ainda que submersa, alimentou o antagonismo entre os intérpretes e impulsionou as próprias divisões dentro do pensamento social brasileiro, as quais a geração “institucionalizada” não conseguiu evitar, se colocando em linha de continuidade com a *intelligentsia* catalogada. É como se a manifestação de opinião acerca do papel do liberalismo fosse quase que incontornável, hipótese que pode nos fornecer um ponto de referência dentre as classificações disponíveis.

Portanto, sem nos apegarmos a polarizações dicotômicas, a proposta é destacar o papel mais ou menos edificante que o liberalismo desempenhou na forja da nação. Sendo ele tópico persistente no debate sobre as formas de superação de atraso, nada mais intuitivo que decantar as diferentes tomadas de

⁴⁷“Desde a Independência que o problema teórico e prático predominante e de alta visibilidade das elites políticas e intelectuais brasileiras tem sido fundamentalmente este: de que modo implantar e garantir eficiente funcionamento da ordem liberal burguesa” (Santos, W., 1978, p. 50).

⁴⁸Jessé de Souza (2000), por exemplo, mobilizará, além de Weber, Bourdieu e Charles Taylor para explicar sua ideia de modernização seletiva.

⁴⁹Ainda que para superá-la, como foi a proposta de Florestan Fernandes (2005). O elemento variável, portanto, não era a implantação da ordem burguesa, mas a necessidade de ultrapassá-la, para uns e de democratizá-la, para outros.

posição da *intelligentsia* nacional sobre tema, tornando evidente a oscilação entre aqueles que atribuem uma função construtiva ao liberalismo, e, de outro lado, não descurando das matizes intermediárias, os que o consideram uma concessão frívola, no máximo instrumental, feita pelos agentes civilizatórios, sem que esta ideologia tenha desempenhado um verdadeiro papel catalizador para a implantação da ordem burguesa brasileira, marcada pelo excepcionalismo. É exatamente a partir da dispersão em torno dessas avaliações construtivas ou condescendentes⁵⁰ acerca do liberalismo que o próprio estudo das linhagens pode ser alavancado e criticado.

Como esta pesquisa não possui o objetivo de mapear as vertentes do pensamento social brasileiro⁵¹, mas apontar as ideologias e os compromissos normativos que subjazem às respectivas posologias de superação do atraso, optamos pela divisão de Gildo Marçal Brandão (2007) quanto às principais famílias da teoria político-sociológica brasileira: *idealistas constitucionais* e *idealistas orgânicos*. A eleição não foi aleatória. Brandão não apenas aponta com muita clareza a existência de duas grandes propostas de modernização brasileira⁵², mas de forma explícita critica o que ele considera o idealismo de ambas, uma forma de conhecer o Brasil marcada pela demiurgia da razão, ora veiculada pela norma liberal, ora pela cognoscência do Estado-timoneiro⁵³, que, veremos, repercutirá diretamente nas concepções nacionais sobre as instituições jurídicas que se comportam de maneira análoga à intelectualidade ou que sofrem sua influência direta. Daí sua escolha como uma espécie de estudo exemplar.

⁵⁰ Expressão de Faoro, 2007, p. 94.

⁵¹ Autoritarismo instrumental, sociológico ou naturalista, liberalismo doutrinário, na classificação de Wanderley Guilherme dos Santos (1998); Americanos e ibéricos, na divisão de Luiz Werneck Vianna (1997) são alguns exemplos.

⁵² A divisão de Brandão não se apresenta como uma dicotomia, tendo ele apenas identificado os padrões hegemônicos do pensamento social brasileiro. Além de apontar as características de vertentes marginais da *intelligentsia* nacional, seu objetivo é justamente corrigir o que ele considera ser uma equivocada polarização em torno do debate constitucionalistas-orgânicos.

⁵³ Essa crítica, digamos, epistêmica, não vem desacompanhada de uma proposta pragmática: realocar o papel da *intelligentsia* nacional e refundar a agenda de pesquisa “à esquerda”. Será possível perceber que Brandão, talvez mais do que outros pesquisadores das linhagens do pensamento social brasileiro, encurta a distância entre teoria e práxis política da *intelligentsia*, cujo imbricamento deveria ser encaminhado no sentido de conferir à teoria social institucionalizada uma “relevância para a vida pública”, no melhor estilo manheimiano. Essa insistência na necessidade de síntese por uma intelectualidade republicana ironicamente fulminará o programa de Brandão com o mesmo vício que ele outrora havia acertadamente descortinado nas “linhagens”, mas reavivado com a reprise da oposição do “Brasil real” ao “Brasil ideal”, como será adiante abordado.

Para Brandão, a presença de autores afinados com os grandes temas do liberalismo permite o seu grupamento numa linhagem específica, denominada idealismo constitucional⁵⁴. A identidade do grupo, portanto, é dada pela adesão *eletiva* aos baluartes do pensamento liberal⁵⁵, cujo acervo ideológico serviria para fundamentar uma estratégia interventiva: reformar o Estado brasileiro, de modo que este se torne receptivo à lógica do interesse, ao invés de insistir na imposição da vontade nacional, metafísica e autoritária. Libertados dos grilhões estatais, as potencialidades do indivíduo liberal - sua capacidade de intervir no mundo e disseminar sua moral utilitarista - poderiam então florescer plenamente. Essa tática reformista deveria acontecer pela interferência nas instituições; pela submissão da facticidade adversa à lei, numa estratégia afinada com o constitucionalismo pós-revolucionário. Daí o próprio nome escolhido para essa linhagem: idealismo constitucional, expressão que denota tanto a crença na força transformadora da norma, quanto num modelo de Estado limitado por um sistema jurídico construído em torno dos direitos do cidadão, a versão politizada do indivíduo possessivo⁵⁶.

Fica claro que o liberalismo dos idealistas constitucionais é, segundo Brandão, fundamentalmente reativo, e, mais ainda, construtivo⁵⁷, na medida em que apenas uma ação política vinda da sociedade civil, moldando as instituições de acordo com seus valores de liberdade, é que poderia gerar a superação do atraso, oferecendo-lhe um cidadão dotado de um programa político e de uma concepção de mercado para uma nação ainda deveras impermeável ao

⁵⁴ Pertenceriam a esta linhagem, segundo o próprio Brandão, Tavares Bastos (*A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 3. ed., Coleção Afrânio Peixoto, v. 31), Rui Barbosa (*Obras Completas: Trabalhos Jurídicos*, v. 34, tomo 3, Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1992), Assis Brasil (*Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Guillard, Aillaud, 1895), Raymundo Faoro (*Os donos do poder*, Globo: 2001), Simon Schwartzman (*Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982) e Bolívar Lamounier (*Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação*. História geral da civilização brasileira, v. 9, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, pp. 371-404).

⁵⁵ Brandão é incisivo ao afirmar que os idealistas constitucionais se relacionam com o liberalismo de maneira seletiva. Deste modo, os avatares liberais (federalismo, separação de poderes, forma de governo, etc.) são encampados pela linhagem na exata extensão dos interesses estamentais ou de classe da qual o intelectual catalogado faz parte.

⁵⁶ Ver MacPherson, 1979, p. 242.

⁵⁷ Mesmo o pessimismo de Raymundo Faoro sobre a “falácia do nosso liberalismo” (Comparato, 2007, p. 09) não desqualifica a capacidade transformista do ideário liberal, mas apenas considera que aqui nunca houve o triunfo de um liberalismo dito verdadeiro ou radical. Este acabou sendo absolutamente marginal na história brasileira, e diante da sua incapacidade de se transformar em práxis, interditou também a realização da modernidade nos trópicos, que fica então desprovida de um pensamento político que se transforme em ação emancipadora.

“hedonismo privado”⁵⁸, o que colocaria o Brasil na contramão da vanguarda mundial. Diante de uma realidade adversa desde a Independência, os idealistas constitucionais almejavam extirpar nossa “cultura cartorial” (Brandão, 2007, p. 49) - esse patrimonialismo transplantado da metrópole para a colônia e responsável pela primazia do público sobre o privado - opondo a ela uma nova concepção civilizatória organizada em torno da autonomia individual e sua pretensa meritocracia no estilo do *self-made man* norte-americano⁵⁹, que na versão nacional conferiria brio ao bandeirante e à excepcionalidade paulista. Ao final do cerco liberal ao atraso metropolitano, teríamos uma nação representada por uma sociedade civil altaneira; um povo visto como o conjunto de sujeitos dotados de direitos inalienáveis e intangíveis, que em tintas mais democráticas significaria expandir a cidadania para os despossuídos de capital material e simbólico, de modo a lhes oportunizar a vocalização dos seus anseios através da representação política, fazendo casar soberania e povo real via democracia, como fora a proposta de Raymundo Faoro⁶⁰, ou, alternativamente, continuar no engodo de ocultar no universalismo das categorias jurídicas as clivagens sociais que sequer tinham tradução para a linguagem normativa, como no elitismo de Tavares Bastos⁶¹.

⁵⁸ Expressão de Richard Morse, 1999, p. 113. Todavia, fazendo jus ao seu iberismo, para ele o liberalismo jamais floresceu na América ibérica enquanto “cultura política”, ou seja, como noção informal de autoridade, valor do trabalho e salvação pessoal próprias das comunidades anglo-saxônicas regidas pelo interesse. O liberalismo foi utilizado como ideologia ou como programa econômico para a ascensão e justificação do poder das elites nacionais, sem que fosse necessário mobilizar a sociedade civil.

⁵⁹ Fica evidente a ocultação pelos idealistas constitucionais, tal como nos orgânicos, da grande hipoteca social suportada pelas camadas subalternas em prol da meritocracia dos “homens de bem”. Circunstância que tem reflexo, por exemplo, no debate contemporâneo sobre as cotas raciais e sua suposta ofensa ao princípio da igualdade.

⁶⁰ “O programa subtendido de Faoro ecoa as revoluções libertárias do Primeiro Reinado porque nelas está presente o que se há de fazer: liberar a sociedade dos nós que a atam ao Estado, fortalecer o sistema político da representação, emancipar a economia do desígnio mercantilista, distinguir as fronteiras entre o público e o privado, soltar a federação das amarras com que a União a constrange” (Vianna, 2009, p. 374).

⁶¹ Ver *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1937.

Em outra vertente, Brandão apresenta a linhagem dos idealistas orgânicos⁶². Diferentemente dos liberais “*prima facie*”, os orgânicos preferem ver a sociedade brasileira como ela de fato seria: um conjunto amorfo sem qualquer referencial valorativo, muito menos liberal, na qual a frouxidão das relações sociais e a extensão geográfica favoreceriam o comportamento caudilhesco e seu conseqüente risco de fragmentação territorial. Não se tratava de defender a sociedade civil contra o Estado, mas de garantir a unidade territorial e política ameaçada pela invertebração da própria sociedade. A solução dos orgânicos, portanto, passava pela forja de um centro disseminador de civilização; uma figura hercúlea que se faria presente no território, ocupando-o, mas que também tomaria de assalto suas próprias mentalidades, domesticando o voluntarismo autárquico através da racionalidade da nação fictícia⁶³.

Tal como os idealistas constitucionais, a proposta de correção para o atraso brasileiro viria da política, todavia, invertendo o vetor dos liberais. Os mecanismos de engenharia normativa não deveriam se dirigir ao Estado, no sentido de torná-lo instrumento de garantia da liberdade privada, mas, contrariamente, partir dele para cultivar e moldar os interesses individuais segundo as virtudes públicas. Nesse esquema interpretativo, coube a um sujeito coletivo – o Estado, representante da nação – toda capacidade demiúrgica para a formação do povo real, tentando reencenar uma espécie de republicanismo clássico, mas com forte inclinação aristocrática dentro do próprio universo da

⁶² Brandão ainda elenca duas outras tradições do pensamento social brasileiro que seriam anti-aristocráticas: o “pensamento radical de classe média” e o “marxismo de matriz comunista” (Brandão 2007 p. 37-38). O primeiro, gestado na USP, seria caracterizado por um pensamento radical, democratizante, porém não necessariamente revolucionário. Brandão inclui nessa linhagem Sérgio Buarque de Hollanda (*Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006), Victor Nunes Leal (*Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012), dentre outros. O segundo, busca a relação entre infra e superestrutura para explicar a sociedade. Tal como os pensadores de classe média, passou a considerar uma revolução dentro da ordem, no sentido de democratizar a sociedade a partir da pressão dos novos atores do capitalismo brasileiro. Brandão não elenca um representante para este linhagem. Todavia, em texto diverso (1988), faz alusão à Nelson Werneck Sodré (*História da literatura brasileira: seus fundamentos econômicos*. No. 23. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1960).

⁶³ As principais referências para a composição do perfil dos idealistas orgânicos de cepa conservadora são Paulino José Soares de Souza - o Visconde de Uruguai- e Oliveira Vianna. “À esquerda”, dispensando o conservadorismo e elitismo daqueles, mas continuando a encarar o dilema moderno como a necessidade de se estruturar, a partir do Estado, uma sociedade desarticulada, teríamos Guerreiro Ramos e Wanderley Guilherme dos Santos. Ver Brandão, 2007, p. 34.

*polis*⁶⁴. A “república” dos orgânicos, pois, remetia a uma unidade totalizadora que desautorizava interpretações do mundo divergentes, convencida de que o moderno apenas viria pelas mãos do macrosujeito, cabendo aos demais personagens aguardarem por sua pedagogia cívica. Nessa concepção quase que familística do Estado-nação, os orgânicos, com destaque para Oliveira Vianna, organizam a *polis* nos moldes da *oikos*.

Entretanto, divergindo dos idealistas constitucionais, o papel do liberalismo seria mais ambíguo para a tradição conservadora. Brandão não aborda diretamente essa questão, mas a introduz de maneira indireta ao recuperar o conceito de método em Oliveira Vianna. Explica ele que o vocábulo possui duplo sentido para o saquarema: “método é o modo pelo qual o cientista social se posiciona diante da realidade. Método é também a maneira de usar o conhecimento adquirido para mudar essa realidade, a brasileira” (p. 81). Conseqüentemente, a atuação do intelectual se desdobraria em duas frentes. A primeira seria primordialmente cognitiva, na qual o intérprete faria uma investigação sobre as causas do atraso brasileiro, estabelecendo uma típica relação sujeito-objeto do conhecimento. Implícita a essa perspectiva estaria uma suposta neutralidade do intelectual orgânico, disposto a tomar a sociedade brasileira como ela é: sem as idealizações bacharelescas sobre nosso grau de vertebração social, constatado como inexistente ou precário. Na segunda, feito o diagnóstico sociológico, o intérprete iria intervir sobre a realidade atribulada para lhe conferir rumo. O campo agora é o da práxis, no qual a *intelligentsia* vai não apenas indicar os instrumentos civilizatórios, mas também o conteúdo da sua utopia moderna. A práxis, portanto, lida com os meios de intervenção necessários para concretizar, num horizonte alargado, o destino por ela mesmo traçado, seja ele um Estado corporativo com sua sociedade de classes pacificadas⁶⁵ ou mesmo uma poliarquia construída a partir de sólidas políticas distributivas e do reforço do grau de institucionalização⁶⁶.

⁶⁴ Para Oliveira Vianna, a aristocracia foi encarnada inicialmente pela elite agrária do Império e substituída pelos tecnocratas corporativos quando da consolidação do capitalismo e da sociedade de classes a partir de 1930. Nesse sentido, Brandão, 2007, p. 75.

⁶⁵ O exemplo seria Oliveira Vianna.

⁶⁶ Esta é a proposta de Wanderley Guilherme dos Santos, um “orgânico à esquerda”, segundo Brandão (Ibidem, p. 34). Tendo como pano de fundo a poliarquia de Robert Dahl, ele usa esse tipo-ideal para definir seu projeto: “(...) chamarei de modernização ao processo de transformação da estrutura produtiva de um país, tornando-o predominantemente industrial, de reestruturação ocupacional e de proliferação de grupos de interesse – tal como descrito na primeira parte do capítulo anterior. Ademais, incluo na modernização a obtenção de índices sociais – de saúde, educação, habitação – compatíveis com os dos países do Primeiro Mundo. *Países do Primeiro*

As duas versões do “método” orgânico são articuladas normativamente: porque foi constatada a desagregação social e os excessos do individualismo sem “interesse bem compreendido”⁶⁷, é que a atuação fáustica do Estado deve incidir para transformar a multidão em uma sociedade ciente das suas responsabilidades cívicas. Ao final do ciclo pedagógico, os conservadores de Brandão não almejam aniquilar o indivíduo, mas formatar sua liberdade à ordem.

Vista sob essa perspectiva “metodológica”⁶⁸, as reservas dos orgânicos quanto ao liberalismo ficam mais claras: ele não pode ser utilizado como método para a *cognição* da realidade brasileira, tampouco como *práxis* para sua transformação. No primeiro caso, a existência de um constitucionalismo liberal não possui o condão de criar por analogia uma sociedade também liberal, como se uma ínfima parte das elites urbanas pudesse sobrepujar a factualidade da imensidão bárbara dos sertões e da plebe cidadina, somente porque editou “leis civilizadas”. Sendo assim, não haveria como conhecer a realidade brasileira e detectar nela a solidariedade utilitária que poderia germinar da articulação dos diferentes interesses individuais⁶⁹. Já na segunda hipótese, o problema é de estratégia. Seria pouco efetivo, quiçá ingênuo, tentar transformar uma sociedade

Mundo todavia são aqueles que possuem a capacidade autônoma de gerar conhecimento e tecnologia, as quais redefinem permanentemente o que é modernidade, fixando os termos instáveis da competição internacional e os padrões que os “modernos” devem imitar. Modernidade é subproduto do Primeiro Mundo, mas não vice-versa” (1997, p. 128, itálico no original).

⁶⁷ Conceito que parte da ideia de que a busca pela satisfação do interesse individual pode levar ao respeito pelo direito de todos, em virtude do cálculo utilitarista que o cidadão faz dentro de uma cultura de gestão democrática e descentralizada, cujo exemplo seria as *towships* americanas. Diz Tocqueville: “A partir do momento em que os negócios comuns são tratados em comum, cada homem percebe que não é tão independente de seus semelhantes quanto imaginava anteriormente e que, para obter o apoio deles, muitas vezes é necessário lhes prestarem seu concurso. [...] As instituições livres que os habitantes dos Estados Unidos possuem e os direitos políticos de que fazem tanto uso recordam sem cessar, e de mil maneiras, a cada cidadão, que ele vive em sociedade. Trazem a todo instante seu espírito a ideia de que o dever, tanto quanto o interesse dos homens, é tornarem-se úteis a seus semelhantes, e como não vêem nenhum motivo particular para odiá-los, já que nunca é nem seu escravo nem seu amo, seu coração se inclina facilmente para a benevolência. Os homens se ocupam do interesse geral primeiro por necessidade, depois por opção; o que era cálculo se torna instinto e, à força de trabalhar pelo bem de seus concidadãos, acabam adquirindo o hábito e o gosto de servi-los” (2000, p. 126-129).

⁶⁸ “Metodologia” no léxico de Oliveira Vianna, como bem recupera Brandão (2007). Pode-se falar de forma mais genérica num certo “etapismo epistemológico”: conhecer para depois agir ou agir de acordo com a experiência. Essa busca pelo *verdadeiro* Brasil não virá sem a profunda cisão entre norma e realidade, que os orgânicos tanto criticaram nos constitucionalistas.

⁶⁹ Sobre Oliveira Vianna, diz Brandão, citando-o: “[...] não houve entre nós impulso para a ‘solidariedade pacífica, a solidariedade voluntária, a solidariedade para a conquista de um interesse comum’. Produzindo tudo o que necessitam, transportando e comercializando sua produção no litoral e nos rarefeitos núcleos urbanos, os fazendeiros não só têm por que se associar entre si como não dependem ‘umbilicalmente’ do trabalho de outras classes externas à fazenda e ao engenho” (Brandão, 2007, p. 93-94).

não-liberal através do liberalismo. Essa ideologia possuiu um efeito modernizador que teria brotado espontaneamente das estruturas sociais. No caso do Brasil, inexistindo esse tipo de sociabilidade, o liberalismo ficaria confinado ao universo legal, incapaz de se comunicar com o Brasil real, muito menos transformá-lo. Isso porque o povo não se comove com seus corolários de liberdade, já que enfrenta factualmente a tirania do senhor de engenho e todas as demais variações desse individualismo autárquico, imune à racionalidade da lei liberal e fomentador do mandonismo.

Assim, o problema dos idealistas constitucionais, segundo os orgânicos, é que eles não apenas fundem a cognição com a práxis, como se “conhecer liberalmente” o Brasil fosse suficiente para modernizá-lo, mas ao fazê-lo, acabam por sobrepor artificialmente uma sociabilidade alienígena, que repercute aqui apenas como teoria⁷⁰. A crítica é quase kantiana: uma razão liberal que desconsidera a experiência social se degenera em especulação ou devaneio. É contra esse liberalismo abstrato e arrogante que os orgânicos se opõem. Em contrapartida, o que eles postulam é uma diferente forma de socialização que não dependa desse indivíduo virtuoso ou revolucionário⁷¹, inexistente aqui. Seria então pelas mãos do Estado, esse grande timoneiro racional, que a solidariedade seria criada, educando a massa disforme para que ela se torne sociedade civil.

Como desdobramento do método sociológico, fica claro que na proposta orgânica de superação do atraso o papel construtivo é deslocado do liberalismo para o Estado; do indivíduo para o sujeito coletivo. Porém, não se trata de bramir um antiliberalismo, como se o moderno pudesse vir da subsunção da sociedade ao Estado. A ambiguidade aflora, pois o liberalismo ressurge transfigurado ao final da empreitada estatal, como um dos resultados da ação modernizadora, e não como seu combustível. Esse outro liberalismo nada rememora o individualismo anárquico da caricatura liberal, que teria apenas fomentado os desmandos de uma elite “bronca”, ao fazer vista grossa ao desapego seletivo desta para com a lei (Brandão, op. cit., p. 101). O indivíduo que emerge da ação racionalizadora do Estado seria imbuído de um espírito cívico, que o faria reconhecer que a sua esfera de liberdade ficaria condicionada aos limites impostos pela ordem. A

⁷⁰ Esse seria o grande desserviço dos liberais, pensar que a nação brasileira poderia ser fruto de uma teoria, segundo a clássica formulação de Euclides da Cunha (1999).

⁷¹ Esse virtuosismo comporta matizes que vão do liberalismo aristocrático de Tocqueville ao republicanismo de Rousseau.

ordem, ela mesma, não lhe estaria disponível, pois a liberdade civil não viria acompanhada da liberdade política, como faz questão de lembrar Brandão⁷².

Divergindo do modelo de Estado liberal, no qual os direitos políticos têm a função de reafirmar os interesses privados canalizados para a esfera pública através da escolha de representantes⁷³, na proposta orgânica o tracionamento seria inverso⁷⁴. Os interesses privados são traduzidos como liberdades civis porque o Estado, monopolizando a pauta política, seria capaz de determinar até onde o individualismo possessivo poderia avançar sem perturbar a ordem e sua agenda pré-fixada do moderno⁷⁵, e, mais ainda, impulsioná-la numa espécie de comunitarismo induzido pelos arranjos institucionais e normativos.

Além do evidente ranço autoritário⁷⁶, Brandão irá criticar os idealistas orgânicos no que ele considera uma falha nos “modos de usar” as ideias intelectuais para um projeto de país. Neste momento ocorre uma inflexão, e de forma explícita Brandão abandona a cartografia para, utilizando-a como massa crítica, propor o seu “programa de pesquisa à esquerda” (2007, p. 160). Mas qual seria então o problema dos orgânicos? O mesmo dos constitucionalistas: um idealismo que opera a cisão entre “as ideias e o mundo real; entre ser e ‘dever ser’”, que acabaria por servir de base tanto à “apologética conservadora quanto ao desencanto, liberal ou esquerdista, com o suposto artificialismo congênito das instituições” (Ibidem, p. 143-144).

No caso da tradição conservadora, o idealismo estaria presente no pretenso pressuposto realista das suas análises sociológicas, e, via de consequência, nos limites impostos ao plano do “dever ser” por essa “estreita métrica do existente” (Ibidem, p. 146). Se voltarmos ao léxico metodológico de Oliveira Vianna, Brandão questiona justamente o caráter cognitivo dessa ida dos orgânicos à

⁷² Discorrendo sobre Oliveira Vianna, argumenta Brandão: “Paradoxalmente, vali aqui, contra os liberais e contra a liberdade política, a boa ordem europeia: só depois de conquistada a liberdade civil é que deveríamos nos lançar à construção da política” (Brandão, 2007, p. 101).

⁷³ Ver Habermas, 1995, p. 40-41.

⁷⁴ Apenas aparentemente inverso, como na crítica feita por Werneck Vianna (1997).

⁷⁵ “Seria importante, em consequência, retomar a obra centralizadora dos ‘reacionários audazes do Império. Tratar-se-á de educar as elites, evitar lutas de classe, dar prioridade à construção da ordem sobre a liberdade, dar independência ao Judiciário, limitar as autonomias estaduais, organizar a população por meio de corporações, e construir uma sociedade civil (civilizada) por meio da ação racional de um novo Estado centralizado. E só depois [...] admitir a democracia política” (Brandão, op. cit., p. 47-48).

⁷⁶ A noção de minoridade do povo real, que precisa ser educado pela racionalidade do Estado, para que ao final, como produto desta, possa levar adiante a modernização brasileira está no centro do pensamento autoritário, ainda que instrumental. A esse respeito, ver Santos, W.G. 1998.

realidade, como se eles pudessem extrair dela apenas a verdade. Ficaria claro que o diagnóstico do Brasil profundo é seletivo afinado com a práxis que se quer operar sobre ele. O olhar dos orgânicos, portanto, seria treinado para identificar na “realidade” brasileira o mesmo problema ao longo de cinco séculos, salvaguardadas algumas atualizações do discurso técnico, para, num segundo momento, operar sua transformação através da atuação fáustica da norma ou da instituição, programada pela intelectualidade.

Daí que o efeito hipostasiador seria duplo. Além de identificar de forma persistente o mesmo obstáculo à modernização brasileira, uma espécie de “vício de origem” análogo aos constitucionalistas, a posologia do atraso também se tornaria invariável e condicionada ao limite do possível, dentro de um horizonte utópico igualmente pré-estabelecido. Ter-se-ia, à direita, a invertebração social e ausência de povo, um “fato sociológico” que vincularia a ação modernizadora à longa marcha de educação cívica do indivíduo e de pacificação da sociedade segundo os comandos dirigentes da nação. Seria essa condição *gauche* ou *sui generis* da sociedade brasileira que constrangeria a própria envergadura dos processos civilizatórios. E à esquerda, a condição subalterna do Brasil no sistema capitalista mundial, que forçaria a nossa adesão formalista aos avatares do liberalismo do centro hegemônico, sem que possuíssemos as condições materiais e espirituais para tanto⁷⁷ (Brandão, 2007, 149), cuja principal consequência seria um constante déficit de sociabilidade e baixa institucionalização.

Quanto aos constitucionalistas, também haveria no modo de pensar liberal o descolamento entre ideias e fatos, resultando na compreensão da realidade apenas como a “dispersão do empírico” (Ibidem, p. 145). Brandão engrossa o coro da crítica conservadora, e denuncia a abstração do discurso liberal. O curto-circuito seria notório: ao tomar as ideias liberais como essências imutáveis, sobraria para os processos históricos apenas o lugar do desvio ou da incompletude. Almejando funcionar como uma espécie de “imperativo categórico” para a dinâmica civilizatória (Ibidem, p. 145), esse excesso de exigência normativa sobre os atores políticos e sociais acabaria por gerar um sentimento de frustração com o

⁷⁷ Brandão utilizará Guerreiro Ramos para exemplificar o idealismo orgânico à esquerda: “Imperativos econômicos e tecnológicos, busca de legitimidade política internacional que só poderia advir da criação de instituições tipicamente ocidentais [...] é o próprio processo de modernização que induz fenômeno do formalismo. Reconhecido como realidade inescapável, não como veleidade ideológica, este passa a ser considerado uma ferramenta legítima, uma estratégia consciente de mudança que trata de adequar o passo ao andar da carruagem” (2007., p. 149-150).

(des)andar da carruagem brasileira. Daí o diagnóstico por vezes sombrio dos liberais: não conseguindo casar a realidade com o tipo-ideal, a história indômita seria lida como fardo ou vaticínio apocalíptico⁷⁸. Assim, diante da inadequação do real, restaria ao constitucionalista adotar uma postura resignada quanto ao projeto de modernidade, indo se recolher na verdade e na justiça da norma ineficaz, ou, alternativamente, partiria ele para a radicalização da crença demiúrgica da lei, entendida aqui como veículo de cisão revolucionária com a herança ibérica, ainda que com ares quixotescos⁷⁹.

Apresentados inicialmente como antípodas, idealistas constitucionais e orgânicos são reunidos no que Brandão considera um maniqueísmo epistemológico e político comum dos intelectuais brasileiros, que precisariam recorrer à idealização, ora dos processos sociais, ora dos valores e agentes civilizatórios, de modo a levar a cabo o que seria a síntese da modernização brasileira: a construção da nossa ordem burguesa⁸⁰. Para ele, essa divisão entre “país real” e “país legal” - presente em ambas as tradições, ainda que com matrizes ideológicas diferentes - expressariam a soberba de uma *intelligentsia* que “sucumbe ao fascínio de ‘ir ao povo’ ou sente-se compelida a ‘dar voz aos que não têm voz’” (2007, p. 151), justamente porque compartilhariam com as classes subalternas a posição marginal em um sistema capitalista tardio. Entretanto, ao contrário destas, possuiriam ao menos capital simbólico para arquitetar uma nova ordem em benefício daqueles que representam.

Porém, à medida que o individualismo possessivo é consolidado no Brasil, seja pela via orgânica ou pela via constitucionalista, essa intelectualidade de classe média teria se distanciado dos espoliados que um dia almejou representar,

⁷⁸ Analisando Raymundo Faoro, diz Brandão sobre trecho de “Os Donos do Poder” (2007): “É bem verdade que esse radicalismo abstrato, do que se poderia derivar ou uma Grande Recusa ou a aceitação resignada do existente, vem atenuado na edição de 1973, na qual o futuro é eliminado e o verbo, posto no passado, torna a posição menos apocalíptica, mas nem por isso submetida a menores tensões: o desespero cede lugar ao estoicismo e à melancolia. Diante do presente eterno, a consciência sabe que é inútil toda a resistência e não obstante resiste, não se dobra diante do inevitável” (Ibidem, p. 145).

⁷⁹ Fica subtendido para Brandão que os idealistas constitucionais não tiveram tanto sucesso quanto os orgânicos em comandar os processos de modernização brasileira. Daí a atitude estoica ou quixotesca destes quanto ao alcance de uma “verdadeira” ordem liberal, com nuances mais ou menos democráticas.

⁸⁰ “[...] tudo se passa como se, do Império para cá, sujeitos políticos dotados de consciência clara e distinta perseguissem com denodo e senso pragmático a resolução do mesmo problema crucial. Seja pela direita [...], seja pela esquerda [...], o objetivo de construir uma ordem burguesa se impõe e tal idealismo, em que pese grandes variações táticas conjunturais, só pode dar frutos de modo incremental” (Brandão, 2007 p. 150)

e, cooptada pelo Estado ou pelo capital industrial, passaria a desempenhar a função de consultores - *experts* no fornecimento de subsídios para a “racionalização das demandas sociais” e na medição do bom funcionamento das instituições- mas incapazes de “pensar o conjunto” (Ibidem, p. 156), isto é, as interações contraditórias entre capitalismo e democracia em contextos pós-coloniais e transnacionais⁸¹.

Vários problemas decorrem dessa tentativa de Brandão de reencontrar um programa adequado para a intelectualidade brasileira após o triunfo do capitalismo nacional⁸². Todavia, interessará a este trabalho apenas apontar como a crítica ao idealismo comum dos orgânicos e dos constitucionalistas acabou por engolfar Brandão no mesmo cognitivismo “metodológico” travestido de programa civilizatório, cuja presença nas duas maiores linhagens do pensamento social brasileiro ele resolveu explicitar.

A cisão entre “doutrina” e práxis modernizadora ocorre porque Brandão, apesar de situar a *intelligentsia* como o movimento de produção de ideologia para ação política de novos grupos sociais, acaba estruturando o estudo das linhagens segundo a capacidade dos intelectuais de gerar teorias sobre o Brasil (Alonso, 2002, p. 22). Logo, se de um lado as “linhagens” se apoiam numa perspectiva cognitiva - as ideias liberais ou conservadoras sobre o atraso/moderno – de outro, o “programa de pesquisa” ou os “modos de usar as ideias” focam na ação interventora da *intelligentsia* nos processos político-sociais. Ao separar os momentos de cognição e práxis da intelectualidade, Brandão amputa o próprio conceito de *intelligentsia* que ele quer resgatar, e, pior, torna a reintroduzir a tão criticada dicotomia ideal-real, mas agora no bojo das respectivas performances –

⁸¹ Sobre o papel da *intelligentsia* “à esquerda”, ver Brandão, ibidem, p. 168.

⁸² Brandão identifica a *intelligentsia* brasileira com a vanguarda de classe média imbuída na tarefa de levar adiante o projeto de modernização, porque investida de um mandato outorgado pelas classes subalternas, diante da inércia da burguesia em incluir os de baixo (Ibidem, p. 151). Ora, em primeiro lugar, os intérpretes antecedem a consolidação do capitalismo no Brasil, e não podem ser considerados uma especificidade deste sistema. Em segundo lugar, salvo raras exceções, o intelectual brasileiro foi também um político brasileiro, o que o alinha com os interesses das elites estamentais ou de classe das quais fez parte. Se a institucionalização das ciências sociais trouxe ao pensamento social brasileiro a plataforma de projeção política própria da academia, não necessariamente o interligou com os interesses dos despossuídos. Parece que Brandão utiliza sem mediações o conceito de *intelligentsia* orgânica de Gramsci, quando o caso brasileiro seria muito mais aristocrático e não necessariamente capitalista. Sobre Gramsci e os intelectuais, ver Semeraro, 2006. Sobre a participação da intelectualidade brasileira na esfera pública nacional, a partir da vinda da família real portuguesa, ver Perlatto, 2010.

teórica ou pragmática –dos intelectuais na epopeia de implantação do moderno⁸³ no Brasil.

Não se trata de meras filigranas filosóficas. Esse escamoteamento do esquema reflexão/ação cobra seu preço sobre as análises de Brandão, que terá que lidar com os desencontros entre os conteúdos da modernidade dentro das linhagens e a práxis dos seus intelectuais nos efetivos processos civilizatórios, fazendo as mesmas torsões idealistas que ele tanto criticou nas duas maiores tradições do pensamento político brasileiro.

Vejam no caso dos idealistas constitucionais. Brandão equivocadamente sobrepõe o programa de modernização liberal à sua correlata ideologia. Apesar da sua ressalva metodológica inicial,⁸⁴ ele concebe os idealistas constitucionais como aqueles que propõem alcançar uma ordem liberal através de instrumentos liberais de contenção e transformação do Estado, ainda que de forma seletiva. Deste modo, os constitucionalistas seriam “idealistas” justamente porque buscam seu triunfo político – uma ordem liberal – através do poder transformador da norma liberal irradiada a partir do Estado, tomado de assalto por essa lógica constitucionalista. Entretanto, quando a tradição liberal é confrontada com a presença histórica de um Estado autoritário e interventor, Brandão explica que a saída dela é reconhecer humildemente seu fracasso programático, admitindo que sua utopia – a ordem liberal – não pôde ser realizada diante da gravidade do nosso pecado original, o patrimonialismo. É como se a razão liberal incorresse em antinomia, querendo transformar mais do que suas potencialidades cognitivas poderiam suportar. Daí o seu recuo estratégico para a esfera do “dever ser”, tentando aprimorar suas capacidades de intervenção na realidade, ao mesmo tempo em que recusa o objeto de conhecimento arredo – o Estado patrimonial. Assim, encurralada pela adversidade histórica, os constitucionalistas mais otimistas se enveredariam em um messianismo de uma futura ordem liberal a ser

⁸³ Essa discrepância de tratamento decorre em alguma medida da circunstância das “Linhagens do Pensamento Político Brasileiro” ser uma coletânea de textos publicados em diferentes momentos. De qualquer forma, os intelectuais que pensam o Brasil na primeira parte do livro, não são os mesmos que intervêm na realidade, à esquerda ou à direita, na segunda metade da obra.

⁸⁴ “Por isso mesmo, em um trabalho exploratório como este, o caminho mais seguro é ir das ideias e das formas ao social – na verdade, tomar as formas como cristalizações do social, decantações da experiência – sob pena de introduzir na análise pressupostos deterministas e de cancelar, *a priori*, a riqueza das mediações. Do mesmo modo, não se trata de riscar linhas retas entre ideologia e formas de pensar, interpretação do país e linha política que dela possa ser ‘deduzida’, de julgar que, dada esta teoria segue-se aquela política – até porque tais relações estão longe de ser diretas e unívocas” (Brandão, 2007, p. 43-44).

criada por arcabouço normativo incrementado, ou, como faz Faoro, condenariam a esfera do “ser” ao permanente estranhamento e deformidade diante da verdade e justiça dos totens liberais.

Todavia, esse estoicismo do pensamento constitucionalista não correspondeu à sagacidade e pragmatismo dessa *intelligentsia* no que diz respeito à implantação de uma ordem liberal no Brasil, cuja conquista não necessariamente exigiu métodos liberais, tampouco correspondeu à sua hegemonia política. Como bem lembra Wanderley Guilherme dos Santos sobre o contexto pré-64, não havendo esperança dentre os liberais de atingir o poder sem romper com o compromisso de submissão aos métodos legais, era perfeitamente correto, e, mais ainda, dentro da mais pura tradição liberal, tentar derrubar o regime vigente, utilizando inclusive meios violentos (1998, p. 41).

Esse desencontro entre pensamento político e práxis civilizatória passa despercebido por Brandão, que se restringe a criticar o hiato entre fato e norma dos constitucionalistas, como se a teoria político-social fosse a única faceta da atuação modernizadora dessa *intelligentsia*. E, mais ainda, parafraseando Werneck Vianna, como se o liberalismo brasileiro representasse uma ordem legal ideal, caricaturalmente contraposta à ordem concreta, e não na forma necessária de um sistema de dominação (1978, p. 49).

Em consequência, seduzido pela descrição “escapista” dos constitucionalistas - que pressupõem o olimpo liberal, sob pena do auto-sacrifício no altar da verdade da norma - Brandão acaba indiretamente alinhavando o sucesso da ordem liberal a essa métrica do impossível⁸⁵, como se o problema estivesse nos autores catalogados, e não também no estudo das linhagens, que compartilha com os constitucionalistas uma concepção unidimensional do liberalismo, para depois condenar seus representantes à “dicotomia sem síntese” (Brandão, 2007, p. 143), isto é, à insuficiência da teoria em transformar a realidade.

⁸⁵ Ao contrário da “métrica do existente” dos orgânicos. Evidente que com tamanha exigência normativa, Brandão não poderia senão constatar o fracasso das “ideias” liberais diante dos “fatos” históricos.

O problema, já denunciado por Werneck Vianna ao criticar Raymundo Faoro⁸⁶, é que esse tipo de raciocínio interpreta o triunfo da ordem liberal como a implantação do constitucionalismo. Esse arcabouço jurídico representaria, na esteira da experiência americana ou inglesa, a inscrição do interesse privado em uma ordem pública inventada a partir da sociedade burguesa, e dedicada à sua satisfação, seja pela via dos direitos subjetivos ou do poder de polícia exercido nos limites do “contrato social”.

Essa identificação necessária entre ordem liberal e liberalismo político, contudo, não se mostrou verdadeira para países de capitalismo tardio como o Brasil, no qual a consolidação do individualismo possessivo dependerá, “principalmente pós-30, [d]a intervenção deus *ex-machina* do aparato estatal para dar vazão à sua irrestrita apetitividade” (Vianna, 1978, p. 94). Assim, a hegemonia do burguês⁸⁷ e de sua correlata *intelligentsia* ocorrerá sob a tutela de um Estado autoritário, que, ao defender uma “vontade nacional” apenas aparentemente antagônica aos interesses privados, acabou neutralizando os obstáculos à acumulação capitalista, possibilitando uma “revolução” burguesa que dispensava a capitania da classe que será a mais beneficiada por ela.

Sem aprofundarmos neste momento no *quid* liberal, nos interessa somente apontar que essas ambiguidades do liberalismo são o motivo pelo qual a *intelligentsia* constitucionalista, apesar do título, possa ter tanto dispensado os métodos liberais para obter sua hegemonia política, quanto ter convivido muito bem com um modelo de estado interventor, que só de maneira simulada lhe interditava o poder de decidir sobre os rumos da nação e lhe tolhia o apetite capitalista⁸⁸.

⁸⁶ Sobre as ambiguidades do liberalismo, sua coexistência com um Estado autoritário, e a consolidação do individualismo possessivo dispensando a hegemonia política burguesa, ver Werneck Vianna, 1978, p. 92 et seq.

⁸⁷ Primeiramente econômica, e, posteriormente, política. Neste último caso, a conquista do Estado pela burguesia industrial brasileira não significou a instauração de uma ordem política liberal, como o pós-64 haveria de demonstrar. Mais um reflexo da inexistência de associação necessária entre capitalismo e democracia liberal.

⁸⁸ “A ‘generalização’ da revolução burguesa, porém, não se consumava sob a liderança das fábricas, isto é, realizava-se independentemente de uma hegemonia burguesa. Face à essa peculiaridade, a política do Estado era obrigada a um esforço contorcionista, tomando a forma de um projeto comunitarista nacional, a fim de a estreiteza dos interesses privados que amparava. A apetitividade do indivíduo liberal passa a exercer-se numa ordem que aparentemente a negava, com a presença de um Estado *benefactor* situado por cima das classes, neutro em relação a elas e alçado à posição de intérprete da ‘vontade nacional’” (Vianna, 1978, p. 135).

Dessa forma, se a crítica de Brandão à ortodoxia normativa dos constitucionalistas funciona bem para Raymundo Faoro, não terá o mesmo efeito para liberais do cabidel de Roberto Campos, cujo ecletismo nos modos de acesso ao moderno não antagonizava com os dogmas liberais, mas, ao contrário, os realizava. Ao enxergar o liberalismo pelas lentes do *pensamento* constitucionalista, Brandão lê a discrepância entre teoria e práxis no melhor da tradição da filosofia da consciência: como um curto-circuito na capacidade autorreferente do sujeito de afirmar sua singularidade através da objetificação do mundo – fenomenológico ou prático-moral⁸⁹. Sob essas premissas, não resta outro lugar para a relação entre o “Brasil-pensado” e o “Brasil-de-fato” senão a adversariedade, um tipo de dialética que prefere declarar a vitória incondicionada de um dos polos antagonicos a ter que lidar com a tensão entre eles⁹⁰.

Portanto, mais do que a questão da inautenticidade, do caráter excepcional ou quasímico dos modos de instituição do moderno no Brasil, o que o estudo das linhagens do pensamento social brasileiro de Brandão nos permite é recuperar, através de uma fratura inicialmente epistemológica, os próprios pressupostos político-normativos da modernidade brasileira, tal como concebida por parte de sua *intelligentsia*. Isso porque esse esquema reflexão/ação, presente no interior das tradições e transportado para o metaestudo das linhagens, traz a reboque o moderno a encargo do sujeito que desenha o mundo para depois realizá-lo, em uma tarefa solitária de projeção da consciência sobre a natureza, ainda que do macrosujeito pensante: Estado, classes, corporações, etc.

Essa forma específica de civilizar o país através da cognição privilegiada atrela o moderno ao voluntarismo dos que hipostasiam a nação, de modo que na distância calculada entre povo real e povo fictício, a democracia não alcance o vigor da república.

⁸⁹ “Agreement also exists about the fact that the authoritarian traits of a narrow-minded enlightenment are embedded in the principle of self-consciousness or of subjectivity. That is to say, the self-relating subjectivity purchases self-consciousness only at the price of objectivizing internal and external nature. Because the subject has to relate itself constantly to objects both internally and externally in its knowing and acting, it renders itself at once opaque and dependent in the very acts that are supposed to secure self-knowledge and autonomy” (Habermas, 1993, p. 55).

⁹⁰ Essa cisão entre pensamento e ação política dos intelectuais não é, contudo, repetido por Brandão na análise que faz dos idealistas constitucionais. Não apenas a ambiguidade da relação entre ordem liberal e democracia é trazida à tona através da crítica ao pensamento de Oliveira Vianna, como ela mesma é decorrência do vislumbre de que o esquema “país ideal inventa país real” está também presente na linhagem orgânica através da falsa premissa “realista” de sua sociologia.

2.1.3

Estado e Direito: engenharia social a serviço da superação do atraso

2.1.3.1

A visão racionalizadora do direito

Esta pesquisa procurou apontar na seção anterior como a legitimidade do Estado brasileiro esteve atrelada à forja da nação, circunstância que trouxe maior complexidade ao mito geracional da teologia política, uma vez que deslocou o problema da orfandade do Estado para a gênese de um “povo real” à altura do “povo fictício”, representado em primeira linha pelo nosso Leviatã. Não tomando o moderno como premissa⁹¹, mas, ao contrário, como resultado a ser obtido a partir de grandes esquemas de interpretação e intervenção no mundo, essa estratégia demiúrgica foi considerada necessária para deixar de lado nosso arcaísmo e encontrar em um horizonte alargado o “progresso”⁹².

Portanto, se a nossa Independência trouxe consigo um ator privilegiado, cujo ímpeto civilizatório não se contentou em deixar ser absorvido pela ordem racional-legal⁹³, mas que, inversamente, tomou de assalto a própria sociedade, fazendo da *instituição* o próprio motor de acesso ao moderno, o direito, por sua vez, foi mobilizado pela entidade estatal como sua principal ferramenta de intervenção sobre a realidade considerada adversa⁹⁴.

⁹¹ Há uma diferença entre se perceber a modernidade enquanto superação do atraso, como foi o caso do Brasil, e a modernidade enquanto possibilidade de um futuro, como fora a experiência europeia. A primeira concepção não exclui a segunda, mas entende que deve-se primeiro achar “a pista natural do progresso”. O futuro, assim, dependeria do próprio esforço modernização, e não seria um reflexo deste. Sobre a percepção da modernidade europeia diz Tribe a respeito das considerações de Koselleck: “Enlightenment rationalism raised the prospect of unending progress and human improvement, and this vision was transformed into a future, realizable utopia through its articulation in the political programs of the French, and later, European revolutions” (2004, p. XVIII).

⁹² Progresso com significado polissêmico, não necessariamente humanista, “positivo”, mas determinadamente progresso material nos moldes da acumulação capitalista.

⁹³ Como fora a estratégia francesa de assédio revolucionário da sociedade sobre a instituição, ainda que o modelo jacobino tenha sido derrotado pela monarquia constitucionalista, exemplificada pelo liberalismo político de Guizot. Ver Rosanvallon, 1985.

⁹⁴ Importante destacar que os idealistas orgânicos consideravam a sociedade desagregada, esta seria sua realidade adversa. Já os idealistas constitucionais, conquanto não ignoravam a fraqueza dos laços sociais, atribuem ao Estado a condição de realidade quasimoda que deveria ser transformada, paradoxalmente, pela própria estatalidade, através de reformas políticas, isto é, pela lei.

Essa presença monumental do público desde a “hora-zero da fundação da nação brasileira”⁹⁵ espelha o enlace entre Estado e direito, ligados pela ideia de soberania nacional, típico dos esquemas do *civil law*⁹⁶, mas que na trajetória brasileira atribuirá ao sistema jurídico menos a função de defesa do indivíduo contra o Leviatã – tática de obstrução própria do liberalismo político – privilegiando, em contrapartida, sua função transformadora, desempenhada através de modulações predominantemente autoritárias durante grande parte da nossa história.

Essa capacidade de criar e controlar o social a partir da vontade do Estado não foi exclusividade brasileira, e decorreu, em certa medida, do próprio modelo racionalista e hierárquico de justificação do poder arquitetado pela modernidade continental em substituição ao absolutismo. Todavia, o que nosso processo de modernização radicalizou foi justamente o encontro sem delongas entre “governo da razão”⁹⁷ e vontade soberana, sobrepostas no compósito “razão de Estado”, cuja consequência primordial foi eliminar a necessidade de se recorrer a uma fonte transcendente de legitimidade, de maneira que a ordem político-jurídico brasileira já nasce assumindo sua tautologia imanente e sua competência performática. Encarnar a vontade nacional e expressar sua cognição superior era a própria função do Estado brasileiro, e não do seu povo, real ou fictício.

O exemplo francês talvez nos sirva de contraste. Recuperando o pensamento racionalista dos séculos XVIII e XIX, Rosanvallon (2002) aponta o que o ele considera uma contradição nos esquemas de salvaguarda das liberdades burguesas contra o arbítrio do rei. A saída francesa foi apostar, de um lado, na autoridade da razão e, de outro, na atribuição à nação a tarefa de revelá-la, assumindo este legislador coletivo o papel oracular antes desempenhado pela singularidade do monarca absoluto. Logo, se havia uma *ratio* fonte da verdade e da justiça no mundo⁹⁸, essa essência ordenadora dependeria da *vontade* soberana, agora

⁹⁵ Expressão utilizada por Luiz Werneck Vianna em nossas aguerridas aulas da pós-graduação em Ciências Sociais da Puc-Rio.

⁹⁶ Ver Merryman & Pérez-Perdomo, 2007.

⁹⁷ Expressão de Rosanvallon, 2002.

⁹⁸ “[...] if the legal and social order derives from an original agreement, it was realized through the power of reason and logic to deduce a complete and gapless system of rules from a few axiomatic principles. The essence of the state was to be rationally reconstructed from its valid elements and justified only by means of reasoned argument, based on its founding principles in the contract; indeed reason was declared the essence of the state. The prestige of the natural sciences was thus transferred to political philosophy and natural law became a pure discourse of deduction modeled on mathematics” (Douzinas, 2000, p. 66).

coletiva, para se fazer vinculante pela força da lei, e, ao mesmo tempo, servir de critério de legitimidade para a ordem constituída⁹⁹. Atrelando a soberania nacional à vocalização da razão, não teria como a vontade política se degenerar em voluntarismo e arbitrariedade, uma vez que sua atividade cognitiva seria simplesmente constatativa. Caberia a ela apenas se conformar aos ditames racionais, não havendo espaço para divergência diante de leis naturais e verdades científicas, agora traduzida em normas garantidoras dos direitos individuais e organizadora do Estado pelos seus próprios cidadãos no exercício da soberania “popularizada”¹⁰⁰.

Não será preciso repetir aqui que mediante a abstração do conceito de nação é que a soberania popular se viu capturada pela soberania estatal, responsável por definir o quanto de “povo real” seria “povo soberano”. Tampouco apontar como a universalização do *status* de cidadão ocorreu sobre os auspícios da invisibilidade das assimetrias no mundo social. Tudo isso para que a sociedade política pudesse artificialmente coincidir com a onibarcante sociedade civil burguesa, ignorando nessa subsunção os filtros jurídicos postos para a qualificação da cidadania, nos termos da célebre crítica de Marx em *Sobre a questão judaica* (2010). O que nos interessa é o esforço do racionalismo francês em criar uma fonte substantiva de legitimidade para a ordem jurídica que estivesse fora da própria ordem constituída¹⁰¹, e, mais ainda, que a transposição dessa ontologia transcendente em normas imanentes fosse obra de uma vontade pública constituinte: a soberania

⁹⁹ “In France, the struggle against arbitrary rule or the protection of freedoms was accomplished by paying tribute to the Government of Reason, not by establishing representative procedures. The Revolution’s great contribution, on the other hand, was to affirm, earlier than anywhere else, the principle of popular sovereignty. On the one hand, Cult of Reason; on the other, Tribute to the Will: this is the fundamental contradiction of French politics” (Rosanvallon, 2002, p. 687-688).

¹⁰⁰ “Before evidence, necessity and will are indeed fused. ‘Evidence must be the very principle of authority because it is tantamount to the uniting of wills,’ says Le Mercier. It is equivalent to the principle of unanimity, the form of universal reason. It is a means of accessing truth and the general interest which in no way implies deliberation or experimentation. It is an immediate path, like its neighbor, Faith” (Ibidem, p. 689).

¹⁰¹ Diz o preâmbulo da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789: “The representatives of the French People, formed into a National Assembly, considering ignorance, forgetfulness or contempt of the rights of man to be the only causes of public misfortunes and the corruption of Governments, have resolved to set forth, in a solemn Declaration, the natural, unalienable and sacred rights of man, to the end that this Declaration, constantly present to all members of the body politic, may remind them unceasingly of their rights and their duties; to the end that the acts of the legislative power and those of the executive power, since they may be continually compared with the aim of every political institution, may thereby be the more respected; to the end that the demands of the citizens, founded henceforth on simple and incontestable principles, may always be directed toward the maintenance of the Constitution and the happiness of all”. Disponível em http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf, acesso em 01/10/2014.

popular e sua vontade geral. Daí a necessidade da articulação entre “governo da razão” e “tributo à vontade” de que fala Rosanvallon (2002). O intento era gerar uma ordem constituída lastreada em algo além dos rompantes do soberano, o que foi feito, primeiro, com a secularização e objetivação dos critérios de legitimidade do poder¹⁰², e, segundo, com a publicização da vontade soberana. A contradição entre *razão* e *vontade* surge depois, quando o liberalismo burguês - já vitorioso sobre o rei, jacobinos e *sans culottes* - privilegia a vontade do indivíduo coletivo, o Estado, não apenas sobre a vontade “popular” - considerada agora fonte de paixões e tiranias - mas também sobre a ontologia, até o ponto de dispensá-la completamente¹⁰³, bastando para a legitimidade do direito uma autoridade competente para editá-lo¹⁰⁴.

Essa concepção jupiteriana do racionalismo continental foi assimilada no Brasil sem as inflexões teórico-políticas que marcaram o exemplo francês, pois desnecessário aqui a coroação da vontade burguesa através do empoderamento do seu *alter ego* político - a nação - contra um Estado cuja autoridade estava até então fundada no arbítrio do rei. No Brasil, o desafio era diverso, e residia no rompimento dos liames com a metrópole, cuja deferência colonial estava a constranger a acumulação das elites agrário-exportadoras¹⁰⁵ e a ferir o orgulho do príncipe regente. Assim, o fermento “revolucionário” brasileiro não seria controlar o Estado, mas criar um, justamente para confirmar uma ordem social e um sistema produtivo que se viam agora ameaçados pela interferência portuguesa¹⁰⁶. Não se trata aqui de postular um continuísmo absoluto, ignorando toda uma gama de

¹⁰² O jusnaturalismo e seus direitos do homem.

¹⁰³ “The absolute power of the individual over his capacities, an early prefiguration of the idea of natural rights, was God's gift to man made in his image. At the same time, the nominalists based their ethics on divine commands and deduced the whole law from their prescriptions. The law was given by the divine legislator whose will is absolute and obligatory for humans per se and not because it accorded with nature or reason [...]. In this way, the source and method of the law started changing. It was gradually moved from reason to "Will, pure Will, with no foundation in the nature of things" (Douzinas, 2000).

¹⁰⁴ Eis o caminho muitíssimo abreviado para o positivismo e formalismo jurídico, bem como, no campo da política, para o cesarismo: a representação permanente do “povo” pelo *législateur* ou *lawgiver* enérgico e pedagógico.

¹⁰⁵ Mas que ao longo dos processos de modernização abrirá caminho para a transição para um sistema de classes competitivo capitaneado pela burguesia agrária e industrial, todavia, dispensando que seu domínio econômico coincida necessariamente com sua hegemonia política. Nesse sentido, ver Vianna, 1978.

¹⁰⁶ A convocação das Cortes de Lisboa (1820-1822) logo demonstrou para os representantes brasileiros que o ensaio de constitucionalismo liberal para a metrópole viria acompanhado do recrudescimento do controle colonial para um Brasil já acostumado com sua condição de “reino unido”. Ver Faoro, 2001.

oportunidades políticas e sociais, que foram descortinadas a partir do momento em que se tem um Estado nacional dotado de uma constituição do tipo liberal e um sistema econômico integrado ao capitalismo mundial¹⁰⁷. Nossa ênfase é na circunstância de que, não sendo a inclusão política de determinada classe ou estamento marginalizado o motivo que subjazia à Independência, toda a energia constituinte foi canalizada para a estruturação e outorga de poder ao Estado, para que este novo Leviatã mantivesse a ordem, e não inová-la no sentido de reconhecer direitos políticos e civis dos que eram invisíveis ao pacto político-social vigente, que, tal como o imperador, estava pressuposto e fora do interesse constituinte de 1823 ou 1824¹⁰⁸.

Deste modo, o malabarismo francês para que fosse transferida para o Estado a competência de dizer qual era a vontade da nação foi despiendo aqui. No Brasil, não foi a nação quem concebeu seu Estado, mas o Estado, como preposto de uma nação por vir, é quem deveria exercer sua cognição superior e criar um povo soberano através da sua pedagogia cívica¹⁰⁹. Trata-se da política

¹⁰⁷“Portanto, a Independência foi naturalmente solapada como processo revolucionário, graças ao predomínio de influências histórico-sociais que confinavam a profundidade da ruptura com o passado. O estatuto colonial foi condenado e superado como estado jurídico-político. O mesmo não sucedeu com o seu substrato material, social e moral, que iria perpetuar-se e servir de suporte à construção de uma sociedade nacional. Contudo, o elemento revolucionário era o componente verdadeiramente dinâmico e propulsor. Por isso, embora tolhido aqui ou deformado ali, ele se converteu em ‘fermento histórico’ do comportamento social inteligente. A curto prazo, alimentou e orientou as opções que delimitaram, nos planos ideológico e utópico, os ideais e organização do Estado nacional. A longo prazo [...] a integração nacional produzia efeitos que ultrapassavam o mero despojamento dos caracteres heteronômicos da antiga ordem social, conduzindo de fato à sua desagregação e a intensificação concomitante da formação de caracteres autonômicos típicos de uma sociedade nacional” (Fernandes, 2005, p. 51-52)

¹⁰⁸ Esse compromisso excludente perdurará por grande parte da história brasileira, apesar da pressão pontual dos que estavam para além da fronteira da ordem. Todavia, a partir de certo ponto, sem nenhuma insinuação triunfalista, os invisíveis conseguem participar da repartição do bolo do poder e passam a instrumentalizar o Estado no sentido de reconhecer sua plena cidadania. O direito será fundamental para essa conquista, que teve, até o momento, seu ápice na Constituição de 1988. Voltaremos à essa questão no próximo capítulo.

¹⁰⁹ Explicando as razões das desavenças com as Cortes de Lisboa, ficam claros os motivos para o rompimento com Portugal: a ameaça que o rebaixamento do Brasil à condição de província traria para própria integridade territorial da colônia além-mar, o que significava a ruptura do estatuto da ordem e sua boa liberdade. As medidas necessárias para defender o Brasil, disse o então príncipe regente: “Exigia, pois, este Reino, que já Me tinha declarado Seu Defensor Perpetuo, que Eu provesse do mais enérgico, e prometo a sua segurança, honra, e prosperidade. Si Eu Fraqueasse na Minha Resolução Atraçoava por um lado Minhas Sagradas Promessas, e por outro quem poderia sobrestar os males da anarchia, a desmembração das suas Províncias, e os furores da Democracia? Que luta porfiosa entre os partidos encarniçados, entre mil sucessivas, e encontradas facções? A quem ficariam pertencendo o ouro, e os diamantes das nossas inesgotáveis Minas [...] Quem acalmaria tantos partidos dissidentes, quem civilizaria a nossa Povoação disseminada, e partida por tantos rios, que são mares? [...] De certo, Brasileiros, lacerava-se o Brazil; esta grande peça da benéfica Natureza, que faz a inveja, e a admiração das Nações do Mundo [...]” (*in* Manifesto do dia 1º de Agosto de 1822. Esclarece os Povos do Brazil das causas travadas contra o Governo de

reconhecendo a ausência do social, e, por isso mesmo, fazendo do social um produto seu, uma vez que o povo brasileiro em sua versão integral, sem os filtros da ordem, composta de negros, mestiços, índios, mulheres e pobres, lá estava com sua factualidade ignorada pelo preposto da nação, até o momento em que este decidisse incluí-los ou fosse forçado a fazê-lo pelas transformações na infraestrutura cada vez mais capitalista.

Seja qual for a *persona* ou *locus* do atraso brasileiro, como vem debatendo o pensamento social brasileiro, a correção modernizadora proposta pelas elites dirigentes passava pela atuação enérgica do Estado. Nesse privilegiamento da sua função racionalizadora, o direito é mobilizado por longos períodos como instrumento de garantia de soberania, e não como expressão de cidadania (Avritzer, 1993, p. 24). Essa preferência pela governança administrativa por muito tempo desconectará o sistema de direitos de estratégias de defesa e participação da sociedade civil na esfera pública, esta última confundida propositadamente com o Estado e seus interesses civilizatórios.

2.1.3.2

Federalismo e direito: a dinâmica modernizadora

Componente obrigatório das disciplinas introdutórias, o federalismo é incorporado à grade curricular dos cursos de Direito pelo estudo das diferentes formas de Estado. A grande temática, portanto, são os modos de organização da entidade estatal, as peculiaridades dos modelos federativo e unitário, suas respectivas matrizes históricas e teóricas, e, por fim, já introduzindo conteúdo típico da dogmática constitucional, qual a dinâmica federativa do ordenamento brasileiro? Nesse sentido, recorrentes são as discussões acerca do caráter hipercomplexo e cooperativo do nosso federalismo pós-88, servindo de exemplo as competências comuns e concorrentes entre a União, Estados federados e Municípios.

O estudo do federalismo, portanto, segue um itinerário analítico que vai do universal para o particular, de modo a constituir um sistema racional para a explicação de como as partes (União, Estados federados e Municípios) se

Portugal, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>, acesso em 01/10/2014).

articulam para a formação do todo (a Federação), ou, em outras palavras, como o *todo* se encontra presente nas *partes*. O federalismo, sob os cânones do ensino jurídico, possui sua gênese no momento constituinte e diz respeito ao grau de autonomia que cada componente da federação terá, e como deve ocorrer a interação entre eles no desempenho das respectivas competências legislativas e administrativas.

Todavia, para além da dogmática constitucional, é possível pensar o federalismo como a principal estratégia de mobilização racionalizadora do direito por um Estado investido no mandato do moderno. A seara de análise ultrapassa o campo positivo-normativo das relações entre União, Estados e Municípios dentro de determinado arcabouço constitucional, e alcança a duradoura opção do Leviatã brasileiro de criar a nação se fazendo presente na sociedade e esfera pública através de uma governança administrativa organizada em torno da capacidade interventiva da norma jurídica. O que se inicia como uma lógica territorialista de ocupação quando da Independência assume os contornos metafísicos da necessidade da presença de um centro de atribuição de sentido, para que a experimentação social virtuosa seja induzida por parâmetros de legalidade fixados pelo representante da nação¹¹⁰. É essa aliança entre Estado e um direito racionalizador, programado pela instituição, sem abertura para os *inputs* da sociabilidade, mas que, ao contrário, reifica-a como objeto de transformação do “real pelo ideal”¹¹¹, é que o federalismo, antes de ser um conceito, pode ser encarado como uma macroperformance modernizante.

Assim, sob a rubrica do federalismo, podemos identificar não apenas a dinâmica institucional dos entes federados propriamente ditos, mas a imposição de uma racionalidade de Estado sobre a sociedade através do recurso à norma jurídica. Pouco importa que essa demiurgia normativa tenha sempre obtido êxito “infraestrutural”¹¹² (Souza, 2006, p. 11), isto é, que tenha de fato conseguido transformar seu objeto, aproximando o “ideal do real”. Como já foi dito

¹¹⁰ Diz Avritzer sobre a modernização brasileira: “[...] the state by embodying modernization automatically represented the Will of the people” (1993, p. 80).

¹¹¹ Estratégia comum aos idealistas constitucionais e orgânicos, como já foi debatido.

¹¹² “É válido pensar que os autores estão aplicando tais adjetivos para diferentes dimensões do poder estatal e para diferentes capacidades do Estado. Assim, poder-se-ia dizer que o Estado Imperial brasileiro era forte em poder despótico e frágil em poder infraestrutura. Tanto no Império como na República Velha, o Estado tinha dificuldades em firmar seu poder infraestrutural, vale dizer, em penetrar a sociedade ou em coordená-la sem a assistência de outros grupos de poder” (Souza, 2006, p. 11).

anteriormente, o ponto de chegada influencia o ponto de partida, de modo que os conteúdos do progresso almejados pelo Estado e suas elites são tão reais quanto a conduta que se pretendeu fomentar, ainda que de maneira propositadamente malsucedida¹¹³. O que será relevante para essa pesquisa é a permanência dessa forma “imperial” de implantação do moderno, isto é, a utilização do direito como ferramenta de engenharia social induzida de cima, mas que, ao aproximar o indivíduo da norma, transformando-o em “empregado”, “empregador”, “requerente”, “requerido”, “servidor”, “contribuinte”, etc., dialeticamente possibilitou a inversão dos vetores civilizatórios, de maneira que fosse criado um circuito democrático entre a cidadania e a república, pulverizando, ainda que de maneira intermitente, a vontade monolítica do Estado-nação.

2.1.3.2.1 Federalismo(s) no Império

Em termos bastante estilizados, é possível afirmar que o debate em torno da centralização ou descentralização do poder político e administrativo surge com a própria constituição do Brasil enquanto Estado independente. Junto aos objetivos da futura elite nacional de se ver livre das amarras do estatuto colonial, cujo paradoxal recrudescimento vinha pelas mãos dos liberais portugueses reunidos nas Cortes de Lisboa, havia a correlata preocupação de que a independência não se fizesse ao custo da disrupção social e fragmentação do território, como demonstrava à época “o quadro de horrores da anarquia” na América espanhola (Carvalho, J.M., 2005, p. 161).

Assim, se de um lado o fim das amarras coloniais representava o elemento “revolucionário” da Independência, seu momento jacobino e de ruptura, a centralização do poder político na figura do novel imperador brasileiro

¹¹³ Luiz Werneck Vianna e Maria Alice Rezende de Carvalho ilustram bem como a “ineficiência” da penetração da ordem racional-legal na sociedade foi uma das condições possibilitadoras da própria modernização brasileira: “Desse impasse resultou um esforço civilizatório autocontido, intrinsecamente hipotecado ao que lhe era antagônico, levando a uma ambiguidade entre a ordem racional-legal e a patrimonial [...]. Assim, se o Estado era moderno, de formato liberal, acomodado às instituições de uma monarquia constitucional, a ação modernizadora do Centro sempre se via ‘corrigida’ no plano local, dado que a raiz efetiva do patrimonialismo se encontrava implantada na sociedade [...]” (2002, p. 21-22).

significava, por outro, a faceta transacionada do processo de constituição da nova nação sul-americana¹¹⁴.

Rompido o pacto colonial, a elite agrária nacional alcançou lugar próprio e não mediado no circuito capitalista mundial, passando a articular diretamente a negociação dos seus produtos com os centros consumidores, ou, na pior das hipóteses, tratando diretamente a venda da monocultura com os grandes atacadistas do Atlântico Norte. A Independência, portanto, alterou os signatários do contrato colonial. Ao invés da metrópole ibérica, era a elite agrária quem adquiria “capacidade civil” para integrar diretamente os acordos do capitalismo mercantil. Circunscrita ao “estado jurídico-político” (Ibidem, p. 51) do pacto colonial, a Independência deixou intocada, porém, suas bases econômicas e sociais¹¹⁵. Resultado de uma manobra tipicamente nominalista, a ruptura com Portugal não implicou em rompimento com a ordem social estamental, ancorada, de um lado, pela monocultura de exportação, e, de outro, pelo trabalho escravo. Ao contrário, a emancipação se fez justamente sob a condição da sua confirmação, cujo silêncio a respeito da escravidão na Carta de 1824 fora o seu maior exemplo, como bem assinalou Wanderley Guilherme dos Santos (1998, p. 70).

Essa estratégia de “ruptura seletiva” reverberou nas concepções acerca do papel do Estado, capitaneado pela figura de Dom Pedro I. Antes de ser um elemento dinamizador das mudanças sociais, eco das movimentações que vinham de baixo, o Estado, nos moldes da nossa Independência, se colocou como instrumento de cristalização das estruturas de domínio vigentes e de obstrução dos anseios de aprofundamento do liberalismo político. A partir da associação direta entre unidade e ordem, a defesa do território fazia da espacialidade a encarnação material do *status quo*. Resguardar o território contra as ameaças de esfacelamento, portanto, significava manter a integridade da recém-inaugurada

¹¹⁴“A independência pressupunha, lado a lado, um elemento puramente revolucionário e outro elemento especificamente conservador. O elemento revolucionário aparecia nos propósitos de despojar a ordem social, herdada da sociedade colonial, dos caracteres heteronômicos aos quais fora moldada, requisito para que ela adquirisse a elasticidade e a autonomia exigidas por uma sociedade nacional. O elemento conservador evidenciava-se nos propósitos de preservar e fortalecer, a todo custo, uma ordem social que não possuía condições materiais e morais suficientes para engendrar o padrão de autonomia necessário à construção e ao florescimento de uma nação” (Fernandes, 2005, p. 50-51).

¹¹⁵ O que não significa que as possibilidades de mudanças a partir da Independência tivessem sido eliminadas. A esse respeito, ver nota 100.

“boa sociedade” imperial. Ao reivindicar a secessão (ainda que momentânea) do território brasileiro, os movimentos de oposição¹¹⁶ à Corte de D. Pedro I atacavam igualmente a base do compromisso que deu impulso à Independência: a sociedade estamental agrária e escravocrata. Como elucidou Pimenta Bueno, futuro Marquês de São Vicente:

O território do Império não constitui somente a sua mais valiosa propriedade; a integridade, a indivisibilidade dele é, de mais a mais, não só um direito fundamental, mas um dogma político. É um atributo sagrado de seu poder e de sua independência; é uma das bases primordiais de sua grandeza interior e exterior (apud Mattos, 1999, p. 213).

Essa manutenção do binômio unidade/ordem exigia um arcabouço institucional que cadenciasse as reformas necessárias para a plena superação do estatuto colonial, sem desprezar a direção do processo político-jurídico em favor de uma sociedade civil alargada.

Aberta na sessão de três de maio de 1823, a Assembleia Constituinte colocava em evidência a tensão no vértice do poder: uma elite sequiosa em programar, a partir das províncias, os rumos da nação, numa espécie de confederação articulada com a precedência dos direitos de liberdade sobre a monarquia, e, em antagonismo, um imperador ilustrado cujo poder antecede e não se submete à soberania “popular”. Constitucionalismo liberal não-democrático, de um lado, e absolutismo reformista, de outro. Embora houvesse o objetivo comum de evitar a “tirania da maioria”, advogando ambas as polarizações sobre a minoridade do povo e a necessidade de cultivar uma moral cívica a partir do Estado, divergiam elas sobre o protagonismo do Imperador ou da Assembleia Geral. Da disputa intra-elite, sai vitorioso aquele que dispunha das armas e da capacidade efetiva de desmobilizar momentaneamente as sublevações que já eclodiam nos cantões mais distantes da influência da Corte. Sob a promessa da ordem, portanto, a unidade territorial se transmuda em centralização política e administrativa na figura do Imperador e do seu Conselho de Estado. Com a outorga da Carta de 1824, vence o modelo articulado por José Bonifácio, porém com tintas mais fortes, a partir da criação do Poder Moderador. Trata-se de um constitucionalismo contraditoriamente sem limitações de poderes, no qual o Leviatã antecede ao pacto civil, não se submetendo a ele. Soberano, nos moldes

¹¹⁶ Revoltas na Bahia (1822) e na Província do Grão Pará (1822). Mas será a Confederação do Equador (1824) a mais relevante em virtude do seu liberalismo democrático.

da Carta de 1824, não seria o “povo”, mas a “nação”. Essa categoria imaterial, a ser ainda substanciada, coloca em simbiose o “espaço” e “identidade” brasileira, criando uma noção de comunidade política diretamente atrelada aos anseios territorialistas e à precedência do público sobre o privado. Como resultado, tem-se não apenas a irrelevância ou imaturidade do povo, mas igualmente a aniquilação do indivíduo como sujeito de direitos e protagonista da política, alçando o Estado ao papel demiúrgico de inventor social e de agente privilegiado da modernização, como já foi amplamente debatido nessa pesquisa.

A forja do espírito nacional, adquirindo ares de missão, deveria se fazer a partir da atuação civilizatória do vértice imperial. Em termos administrativos e políticos, a Carta de 1824 desenhou um sistema altamente centralizado, no qual o Imperador nomeava os presidentes das províncias e magistrados; submetia à chancela da Assembleia Geral todas as deliberações das Assembleias Provinciais; e interditava, através de reserva constitucional, as matérias passíveis de deliberação pelo legislativo local.

Todavia, esse sistema hierárquico de competências da Carta de 1824, que reconduzia ao vértice as mais corriqueiras decisões da periferia do poder, não vingou durante o breve reinado de D. Pedro I. Ressentidos com o desenlace da Constituinte de 1823, a elite nacional, tão logo sufocadas as convulsões de Pernambuco, se negou a funcionar como os “braços e pernas” da “enorme cabeça” do Estado, para usar a analogia de Uruguai. A ordem, portanto, não precisaria do esquema de unidade engendrado pelo monarca.

Negado o reconhecimento da autoridade, D. Pedro I não teve como sustentar seu grandioso plano de despotismo esclarecido em terras de pau-brasil. Fulminada de ira por ter sido arquivada a intangibilidade dos seus direitos a partir da precedência do poder monárquico (Faoro, 2007, p. 96), a elite agrária redefine de acordo com seus anseios o “interesse nacional”, e os opõe aos do Imperador. Levantada a bandeira nativista, o governo de D. Pedro I é acusado de favorecimento dos interesses portugueses, de tal maneira que não poderia mais recorrer ao adjetivo “nacional” para justificar seu centralismo sem mediações. Abalada sua condição de representante primeiro da nação, ironicamente D. Pedro I se volta para o elemento ignorado da equação constitucional: o povo real. Governando a partir de um cesarismo instável, seu carisma o sustenta até o que o prestígio da Independência se esvai. Nunca soube ser “homem do seu povo”

(Faoro, 2001, p. 342), e, diante da desconfiança nativista, seu orgulho dinástico não repercute positivamente sobre a massa disforme, ao mesmo tempo em que se coloca em rota de colisão direta com a elite nacional, a essa altura com melhores condições de fazer vingar as reformas liberais obstaculizadas pela postura monolítica de D. Pedro I¹¹⁷.

Eliminado o entrave à apropriação direta do poder, a elite nacional, já dividida entre exaltados e moderados, tratou de reorganizar as bases para o seu exercício. À frente, continuaria o Estado-nacional, mas despojado do personalismo autoritário dos Bragança, que tendia a ofuscar um ensaio de ordem racional-legal com as convulsões emocionais do seu líder carismático. Era preciso depurar a ordem constitucional do seu ranço despotista e fazer casar o arcabouço institucional à mentalidade liberal dirigente. Evidentemente que não se propunha uma solução democrática, fomentadora de um sistema competitivo de classes, mas um liberalismo compromissado com a manutenção do domínio estamental da grande lavoura, e, portanto, afeito a severas clivagens sociais, mas que, paradoxalmente, almejava profissionalizar-se enquanto poder administrativo

Retoma-se, em certa medida, o projeto federativo da Constituinte de 1823, com algumas inflexões importantes. Como defende Coser, na primeira fase da Regência, o predomínio dos liberais exaltados “busca construir o Estado nacional a partir dos interesses do cidadão ativo, sem que tal obra envolvesse uma dinâmica estranha ao cidadão” (2011, p. 195). O ponto de partida dessa ação civilizatória seria o município. Nele seria facultada aos homens de bem a participação na gestão dos negócios públicos. A Lei do Juiz de Paz (1827) e o Código de Processo (1832) exemplificam um desenho institucional que privilegia a deliberação local. A ideia era canalizar o utilitarismo egoísta para a composição do interesse público local, em uma manobra típica de pedagogia cívica: exposto às necessidades da comunidade, o interesse particular assume uma postura construtivista e conciliadora com os interesses de outrem. O bem comum nasceria,

¹¹⁷ Sobre o Imperador, diz Faoro: “Não admitiu o papel de soberano demagogicamente sagrado, que caberia a um aventureiro e não a um herdeiro da casa real. Governo popular, sim; mas governo dependente do povo, não: senhor de suas ações, de sua vida escandalosa, jamais servo da ondulante, variável e excitável plebe. Os exaltados – a revolta do povo outrora submisso – dele se afastam; ele fica só com a tradição ainda vacilante e com a força militar, esta também contaminada dos sentimentos da nação. O alvo comum de seus ódios, o português. O 7 de abril completa, aperfeiçoa o 7 de setembro: com a queda do reinado, em causa comum os exaltados e os moderados, renasce a tarefa adiada por nove anos, entregue a outras mãos, saída diretamente da nação, sem a tutela transacional de um rei” (2001, p. 342).

portanto, da transfiguração do interesse privado a partir da práxis comunitária. Na hipérbole desse tipo de raciocínio, o interesse nacional surgiria da composição dos interesses locais, invertendo os vetores da hierarquia político-administrativa vigentes no primeiro reinado, bem como transferindo para o cenário municipal o palco das principais disputas políticas. O binômio unidade/ordem é compreendido, pois, sob o signo da descentralização.

A partir do Ato Adicional de 1834, entra em cena um federalismo moderado (Ibidem, p. 196), que prestigia o interesse das províncias ao invés do município. O novo estatuto atua em duas frentes. Primeiro, esvazia os mecanismos de autogestão dos municípios transferindo para o legislativo provincial a competência para decidir sobre os empregos públicos municipais bem como sobre sua organização judiciária. O juiz de paz, o júri e o promotor, todos cargos eletivos, têm suas competências diminuídas ou neutralizadas pela atuação do juiz de direito e do prefeito (Idem, 2008, p. 958). Como consequência, o interesse local sucumbe ao interesse provincial, fechando as portas para uma política e uma administração organizadas a partir da cidadania local¹¹⁸. A retórica oficiosa apresentava como justificativa o despreparo e ausência de um mínimo de civilização na maioria dos municípios para o exercício de tais responsabilidades públicas. Contudo, o argumento ocultava o verdadeiro temor pela perda do controle da pauta deliberativa, decorrente do trato sem mediações das aspirações dos homens livres pobres. Lindando diretamente com as camadas subalternas, a boa sociedade municipal ficava, por demais, exposta às pressões que vinham de baixo¹¹⁹.

Segundo, o Ato Adicional toma as precauções para que o desprestígio municipal não implicasse em ascensão do poder central. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que são estendidas as prerrogativas do legislativo provincial, é eliminado o Conselho de Estado, principal órgão de assessoramento do executivo

¹¹⁸ Importante frisar que a cidadania do Império era o resultado de intensas clivagens sociais, não representando uma configuração democrática ou republicana para o Estado-Nação brasileiro. Ver Magalhães, 2011.

¹¹⁹ “[...] os liberais moderados recusam o encontro com as demandas das classes subalternas por terra e vão buscar a reforma do Estado imperial por dentro; a reforma do Estado seria a obra das elites provinciais. A descentralização do poder, efetuada como o Código de Processo, forçou o ‘encontro das elites locais com a massa do povo sem direitos’ (Vianna, 1991, p. 58). O pensamento federalista, com sua ideia de tornar o poder responsável perante os cidadãos, recuou diante dos efeitos inesperados dessa opinião” (Coser, 2008, p. 959).

nacional, que, associado à inatividade do Poder Moderador, completa o desmonte do aparato central.

A tese dos moderados era de que o interesse nacional viria da agregação das vontades provinciais. Funcionando como indivíduos racionais na busca de maior utilidade, a competição entre províncias teria como resultado a composição do melhor interesse nacional, num jogo tipicamente oligárquico. À diferença do federalismo dos exaltados, a arquitetura moderada tinha início e fim na figura do Estado. Não havia abertura para a participação da cidadania ativa, ficando sua expressão política restrita ao momento plebiscitário. Dessa maneira, não eram os deputados os atores deste modelo federalista de agregação de vontade, mas as próprias províncias, tomadas como sujeitos em disputa para a formação de uma vontade coletiva transacionada: a vontade nacional. A partir do seu encastelamento na instituição, o acesso do grande público ao centro decisório se tornou impossível, não apenas por conta das limitações jurídicas ao exercício ativo da cidadania, mas igualmente pela distância entre a realidade social, vivida nos municípios, e o artificialismo dos corredores da casa legislativa provincial.

Esse modelo de federação tinha como pressuposto a disposição das províncias em acordarem uma vontade nacional. As partes se engajariam numa disputa utilitária para ao final chegarem em um resultado consensual, numa espécie de contratualismo liberal pós-constituição da sociedade civil. Entretanto, quando das primeiras revoltas regenciais, ficou claro que nem todas as províncias estavam dispostas a criar um todo a partir das partes. Tampouco se comportavam como indivíduos racionais, dotados de uma vontade homogênea e perene. O chamado “interesse provincial” estava em disputa, dando início a uma série de sublevações no norte e sul do país. Em algumas províncias, onde o domínio dos senhores de terra era suficientemente forte, os embates não contaminaram os setores subalternos da sociedade (Carvalho, J.M., 2005, p. 166). Mas naquelas em que o poder estamental era mais incipiente, as insurgências se alastraram para as camadas populares, adquirindo ares de guerra civil.

Com propriedade ou não, as reformas do Ato Adicional foram responsabilizadas diretamente pela ameaça real de fragmentação do Império (Ibidem, p. 165). Nem “patriotismo municipal” (Cosser, 2011, p. 995), nem federalismo provincial. Sob a ameaça de caudilhização, o ímpeto civilizatório deveria ser conduzido por um centro único que pudesse expressar a verdadeira

razão de Estado. O Regresso Conservador logo se organizou no sentido de reencaminhar à Corte e ao Imperador as rédeas no trato dos assuntos nacionais. O “interesse provincial”, outrora torque do motor federalista, recebeu a pecha de parcialidade e pequenez diante dos grandes desafios da nação brasileira. Somente uma autêntica figura monolítica em ato e vontade poderia conduzir o Brasil no caminho da modernização.

A ação corretiva do centro se desdobrava em várias frentes. Uma delas era justamente neutralizar a independência política e administrativa das províncias adquirida com a norma de 1834. Nessa toada, a Lei de Interpretação (1840) retirou das prerrogativas provinciais a ingerência sobre os comandos vindos do poder central, com destaque para a polícia judiciária, comandada agora diretamente pelo Ministro da Justiça. Restrita aos assuntos estritamente locais, e, por outro lado, inundada com diretivas nacionais, a postura altaneira das províncias ficaria adormecida por um longo tempo, antes de ser reclamada novamente em contexto de crise.

Noutro polo, o Regresso tratou de reaparelhar a própria estrutura administrativa e política do governo central. Com o fim da Regência, e estando a Carta de 1824 em pleno vigor, o Imperador voltaria a exercer através do Poder Moderador sua função constitucional de primeiro representante da nação. Seu braço executivo estava no Conselho de Estado, igualmente restabelecido, e no Senado vitalício, energizado como porta de entrada para o Conselho.

À diferença do Primeiro Reinado, o arranjo centralizador compartilhava com os federalistas o intento de organizar no Brasil uma ordem liberal excludente. Todavia, diferentemente do seu antagonista, entendia que o sucesso dessa empreitada dependeria da figura hercúlea do Estado nacional e seu agente ativo, o Poder Moderador¹²⁰. Não se tratava do regresso do personalismo da gestão, com ares neopombalinos, como fora com D. Pedro I, mas numa aposta na instituição do Imperador, e sua capacidade única de mobilizar esforços de modernização em âmbito nacional. O Estado-Central, portanto, seria a chave para o sucesso dessa tarefa comum aos liberais e conservadores, justamente porque sua cognição e

¹²⁰ Constituição Imperial de 1824: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

recursos materiais eram muito superiores aos do cidadão de bem ou da província, ambos isolados na imensidão do sertão incauto e susceptíveis à irracionalidade dos que têm força desprovida de lei.

O primeiro movimento civilizatório seria a ocupação, a presença física do Estado no território, conferindo-lhe ordem e ilustração a partir da unidade. A geografia extrapola sua feição descritiva e assume o caráter de estratégia política: em um país sem um verdadeiro ato de fundação revolucionário, fará ele da ocupação o modo de celebração da nacionalidade. Sob o signo da conquista, o Brasil e o brasileiro seriam inventados, numa peculiar lógica espacializante, comandada pelo soberano (Maia, 2008).

Coube a Paulino José Soares de Sousa, Visconde de Uruguai, o papel de artífice destacado e teórico da centralização conservadora, fórmula bem sucedida que conduziu o Segundo Reinado sobre leito remansoso, após o fim do ciclo de revoltas regenciais. Ministro da Justiça já em 1840, Paulino identificava na anarquia e na feudalização do território dela decorrente os males que impediam o livre exercício dos direitos civis pelos homens de bem. Segundo seu pensamento, a descentralização política e administrativa favorecia a criação de potentados refratários aos valores da civilização. Nessas localidades assoladas pelo conflito, dois elementos saíram do controle: os subalternos que expandiram a agenda das revoltas para incluir o questionamento dos fundamentos da sociedade estamental; e os próprios senhores de terra, que exerciam seu poder de forma despótica. Em ambos havia o profundo desrespeito à lei. Para os primeiros, a ofensa vinha pelo ataque à propriedade; para os segundos, era a liberdade a atingida, na medida em que os direitos civis ficavam condicionados à boa vontade e arbítrio de verdadeiros caudilhos em terras brasileiras.

Era contra esse cenário de liberdade sem ordem que Paulino defendia a centralização política e a descentralização administrativa, e fazia delas, aliás, a salvaguarda dos direitos. A opressão, portanto, estava na descentralização política, que transformava a ausência de um justo poder disciplinador em abertura para o despotismo individual. Centralizar significava libertar o cidadão do domínio pessoal do caudilho, colocando aquele sob o manto protetor do Estado racional-legal. Não seria pela ausência deste que se garantiria a justiça, mas pela sua

presença colossal e enérgica, expressão da vontade nacional e seu governo da razão¹²¹.

Com o Visconde de Uruguai, o Estado centralizado se justificava pela ordem, mas não se esgotava nela. Existiria um dever a ser cumprido, um caminho a ser trilhado, que é justamente superar o atraso e educar a sociedade. Dotado de uma cognoscência privilegiada, será o interesse público que orientará a sociedade sobre os costumes e valores a serem seguidos. Inverte-se o modelo exaltado do “interesse bem compreendido”: com Uruguai, são as virtudes do público que devem cultivar os modernos interesses privados. Os interesses não se transfiguram em direito, ao contrário, é a norma quem cria a justa vontade privada, modelando-a. Como consequência, apesar de instrumental, o centralismo de Uruguai é profundamente autoritário, negando capacidade inventiva à sociedade, que deveria ser dirigida a partir do vértice. Relegado ao papel de aprendiz e expectador, o povo real, ainda que na perspectiva excludente da boa sociedade imperial, espera com humildade os ensinamentos da totalidade benfeitora.

Essa escola de civismo conta com um desenho institucional que reforça a postura arbitral do Estado. Sendo agente civilizador e pedagogo da liberdade, a centralização conservadora confere ao Poder Moderador a função de magistrado do Império. Sua qualidade de representante da nação o habilita a pacificar as disputas partidárias que se desenrolam no plano da política ordinária. Não se trata mais de um despotismo esclarecido que submete com truculência as deliberações legislativas. O Poder Moderador no Segundo Reinado se coloca como instância superior de decisão, necessária para aparar as arestas do embate político, visto em chave depreciativa. Com efeito, as disputas partidárias tinham contornos definidos e limitações na arquitetura política do Império: jamais poderiam ofuscar o interesse nacional com as rugas das facções. Funcionando o Poder Moderador como bússola moral da sociedade, a rotina político-administrativa poderia se desenrolar com poucos sobressaltos, blindada pela figura magistral do Imperador. Daí o motivo pelo qual a conciliação foi a qualidade distintiva da interação entre

¹²¹“Para os conservadores liberais como Uruguai, a liberdade era ameaçada não só pelo Estado como também pelos particulares [...]. Nestas circunstâncias [...], o Estado também podia ser o fator de garantia da liberdade contra o arbítrio particular. O poder distante era menos despótico que o poder próximo. Não só menos despótico: podia ser um elemento de civilização, de garantia de direitos graças a uma justiça independente dos potentados locais e graças ao arbitramento pacífico das lutas políticas. Nas circunstâncias brasileiras, enfim, e em todas as que ela se assemelhavam, o Estado podia ser um pedagogo da liberdade e não um assassino da liberdade como queriam os liberais” (Carvalho, J.M., 2005, p. 175-176).

os polos conservador e liberal, durante a longa duração do centralismo nos moldes concebido pelo Visconde de Uruguai.

Entretanto, quando os critérios de manutenção do equilíbrio das facções começaram a falhar, seja pelo imobilismo na pauta reformadora reivindicada pela facção liberal, ou ainda pela erosão do modo de produção colonial, fundamento do prestígio conservador, é que o centro do poder sofre uma crise interna. Incapaz de promover as mudanças, o Estado imperial cometeu um erro fatal: deixou de ser agente da modernidade e passou a representar a parte decadente da nação. Não soube ele mais traduzir através da sua atuação magistral a hegemonia. Sua qualidade de “nacional” dependia de um esforço de síntese de interesses antagônicos, o que significava o atendimento de parte da pauta de reforma liberal, sem ao mesmo tempo romper com as bases do agrarismo. Todavia, quando o gabinete do Visconde de Rio Branco (1871) atende às reivindicações, o faz de forma hesitante, de modo a deixar insatisfeitas ambas as facções. O ataque aos pilares do pacto oligárquico - escravidão, agrarismo colonial e religião católica – abalou o consensualismo que marcava a dinâmica entre liberais e conservadores¹²². Para os liberais, a usurpação pelos conservadores da sua plataforma de acesso ao moderno, e, pior, a incompletude das mesmas notadamente em relação às reformas eleitorais, acirrou os ânimos no sentido de uma nova solução institucional para acomodar suas reivindicações de acesso ao poder. Do lado conservador, a ofensiva contra o fundamento do modo de produção colonial – a mão de obra escrava – foi duramente ressentida pelo combatido setor agrário, que igualmente retirou seu apoio à solução monárquica.

Na busca tardia pela retomada das rédeas dos processos civilizatórios, o Imperador se mostrou desnecessário. O centralismo tivera seu sucesso na medida em que se provou capaz de garantir a unidade e a ordem em benefício da boa sociedade. Quando seus custos passam a ser maiores que os benefícios, era o momento de se abandonar a onipotência do vértice e buscar um novo arranjo federativo, mas ainda estruturado em torno da estatalidade. A pedagogia rendeu frutos, e a ordem prescindiu da unidade centralizadora na virada republicana. As oligarquias provinciais, tuteladas pelo centro, amadureceram. Não mais precisavam dele para dosar a liberdade com a lei. Eram liberais, mas também

¹²² Ver Alonso, 2002.

positivistas, afinal de contas. O cenário republicano pedia uma federação organizada a partir da periferia; um presidente que compreendesse as diferenças entre as aspirações regionais e federais; que fosse incisivo ao defender um liberalismo político no plano nacional, mas sem que os direitos alterassem o estatuto da dependência pessoal nos rincões oligárquicos; e um exército de prontidão para exercer, quando solicitado, a função de fiel da balança.

Ao fim da longa trajetória do Império, temos uma primeira versão da nação brasileira. Fruto da engenhosidade do Estado, soube ele transformar o artificialismo jurídico do seu nascimento em projeto de ordenação da sociedade pela via da unidade territorial. Não se apresentava, pois, como ato de adesão ao contrato social, mas como filiação orgânica do brasileiro à sua geografia e à ordem social dela decorrente, sacralizada pela lei¹²³. O eixo centralização-descentralização, portanto, representou variações institucionais de um modo perspicaz de mobilizar o direito para por em curso a agenda do moderno a partir do privatismo da vontade do soberano.

2.1.3.2.2

Organização do mundo do trabalho e consolidação tecnocrática

Se o federalismo durante o Império girava em torno da reafirmação do próprio Estado através de uma lógica de ocupação, fazendo com que a presença do Centro liberal-autoritário suplantasse os impulsos separatistas da sua oligarquia caudilhesca e de sua plebe indômita, a tônica da República será diversa. Sem a menor aspiração de esquadrihar o complexo cenário político-social que fez emergir uma sociedade de classes, ancorada no trabalho assalariado urbano, e, do lado da produção, uma indústria nacional com pretensões de suplantar a relevância política e econômica da monocultura, o que nos interessa é que o Brasil chega à década de 30 do século XX com novas condensações na performance federalista. Com efeito, apesar do protagonismo político da oligarquia agrária em tintas já burguesas e com ela um liberalismo político que, ao mesmo tempo em que rezava a cartilha da universalização dos direitos civis, “mistificava”¹²⁴o

¹²³ Tanto no que diz respeito às correções que o liberalismo constitucional impunha às fronteiras da cidadania, no sentido de expandi-la, quanto na omissão desse positivismo formalista em relação à subcidadania dos “homens livres pobres”.

¹²⁴ Expressão de Victor Nunes Leal, 2012, p. 70.

regime representativo a partir das fraudes eleitorais e da subserviência do poder local ao poderes regionais e nacionais¹²⁵, a verdade é que a República veio com novidades que iriam cobrar sua parte na divisão do poder e realinhar os contornos da empreitada do moderno.

Sem nos estendermos demais, a expansão do mercado de trabalho e de consumo a partir da abolição da escravidão, aliada a uma fugaz política industrializante já no Governo Provisório¹²⁶ (1889-1890), trouxe para a arena social novos atores – classe média, operariado e o burguês industrial – que a ortodoxia liberal apenas percebia na chave da liberdade privada para contratar e ser contratado. Não que o capitalismo fabril e o trabalho urbano assalariado fossem invisíveis à ordem constituída, mas o engenho racionalizador do Leviatã brasileiro na Primeira República não elegeu a produção capitalista industrial e seus conflitos de classe como o vetor da nossa modernização. Para os liberais que decretaram o fim da Monarquia centralizadora, a República deveria estabelecer como agenda civilizatória a consolidação de um federalismo que retornasse a ideia de agregação dos interesses dos estados para a formação do interesse nacional. E o motivo era evidente. Responsável pelo obsolescência do Imperador e da oligarquia saquarema, as elites agrárias de corte burguês sabiam que a presença de forte elemento nacional, unificador e soberano, exporia a divisão desigual de poder e seus dividendos econômicos entre os estados agroexportadores e aqueles que ficaram fora da vanguarda republicana, como bem apontou Luiz Werneck Vianna (1978, p. 48). A solução para perpetuar a partilha heterogênea viria com a assepsia do liberalismo político e seu Estado arbitral. Camuflados pela igualdade na lei e seu federalismo horizontal, estava uma política organizada para atender ao modo de produção agrário¹²⁷. Daí a necessidade da ordem constituída de se mostrar insensível às especificidades que o capitalismo industrial e seus conflitos

¹²⁵ Destoando de interpretações anteriores, Leal (Idem) defende que a lógica do compromisso entre o chefe local e os governos estaduais e federais ilustra o declínio do coronel, que somente tem importância política pela sua capacidade de agregar votos para a agremiação governista, ancorado no seu prestígio oligárquico. Não possuiria ele condições de influir nas questões de governo, se limitando a cobrar os “favores” prestados no momento plebiscitário.

¹²⁶ Sobre a política monetária expansionista de Rui Barbosa, destinada a disponibilizar recursos para a indústria através da emissão de títulos da dívida pública, ver Luiz Werneck Vianna, 1978, p. 42 et seq., notadamente sua observação sobre a circunstância de que o fomento industrial decorreu da racionalidade de Estado, modernizadora a partir do vértice, e não da representação dos interesses de determinada classe, segundo a lógica liberal de migração do privado para o público.

¹²⁷ Exemplificando a partilha desigual de poder e renda em favor da oligarquia agrária, o artigo 9º da Constituição de 1891: “É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: 1º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção [...]”.

de classe exigiam, abstendo-se enquanto pôde de intervir no mundo do trabalho para além da regulação da liberdade de contrato. Seu receio era justamente despertar o gosto do Centro pela avocação da demiurgia da nação fictícia, cuja tradução das novas variações produtivas e sociais através de categorias jurídicas exporia o pacto oligárquico excludente que a arquitetura liberal ajudou a esconder¹²⁸. Todavia, seja pela pressão dos subalternos das cidades¹²⁹ ou mesmo pela reação das elites – rurais ou urbanas – no sentido de reforçar o estatuto da ordem através de uma inclusão seletiva dos “de baixo”, o fato é que ainda na Primeira República são editadas as primeiras leis operacionalizando o que Wanderley Guilherme dos Santos chamou de “partilha profissional da população” (1997). Reconhecimento da livre filiação do operariado aos sindicatos plurais (1907)¹³⁰, a responsabilidade do empregador por acidentes *no* trabalho (1919), as caixas de aposentadoria e pensões (1923), o direito a férias (1926) e a regulação do trabalho do menor (1927), são alguns exemplos da disciplina jurídica para questões que já se colocavam no plano da luta social urbana.

Não se tratou, contudo, de uma sistemática orientação no sentido de regular as condições sob as quais a acumulação se processava (Vianna, 1978, p. 75), mas pontuais tentativas de compensar o trabalhador pelas distorções desse capitalismo voraz, que continuava praticamente intocado quanto aos limites do seu apetite econômico e social. Esta fora a tática da ortodoxia liberal para garantir a continuidade da hegemonia política oligárquica quando as lutas sociais se instauraram no seio da sociedade urbana. A estratégia era dúplice. Se por um lado juridificava algumas das pautas dos subalternos, reconhecendo, inclusive, o defensor coletivo do trabalhador - o sindicato -, por outro, acirrava a repressão no exercício dos recém adquiridos “direitos sociais”, cortando a sobreposição entre o sujeito de direitos políticos e os titulares dos direitos civis. O cidadão brasileiro, soberano da política, não poderia ser aquele tributário da anarquia operária, de

¹²⁸ “Ora, emascular o livro jogo mercantil pela intervenção da instância política, se não eliminava os pressupostos liberais que orquestravam o conjunto do sistema, ao menos rebaixava o *status* da sua validade. Consequentemente, federação e ortodoxia liberal representam a dupla face da mesma moeda, persistindo como noções vinculadas” (Vianna, 1978, p. 49).

¹²⁹ Luiz Werneck Vianna informa que apenas entre 1901 e 1905 ocorreram 36 greves no Estado de São Paulo. Nos 12 anos anteriores, 24 paralisações (Idem).

¹³⁰ O Decreto nº 1.637, de 05 de fevereiro de 1907, estendeu a todas as categorias profissionais o direito de se associarem em sindicatos: “Art. 1º É facultado aos profissionais de profissões similares ou conexas, inclusive as profissões liberais, organizarem entre si sindicatos, tendo por fim o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão e dos interesses profissionais de seus membros”.

maneira que o questionamento da ordem lhe subtraía a proteção dos direitos civis, inclusive aqueles ditos “sociais”. Eram cidadãos, mas sob o regime de exceção da ordem liberal quando tratava de questionar a mais valia cruel a que eram submetidos. Daí a lógica do cassetete sobre o movimento operário durante toda a Primeira República.

O formalismo do direito era usado aqui como uma engenharia social às avessas. A juridificação tímida da pauta dos trabalhadores urbanos deveria ficar confinada à abstração da lei, confirmando a soberania do Estado sobre a sociedade dos “de baixo” e amputando o empoderamento destes como cidadãos reativos. Não se trata aqui de se defender a dicotomia real *versus* ideal, mas compreender como o formalismo da norma foi utilizado para conter o social, sendo, nesse sentido, bastante factual. A ortodoxia do liberalismo com sua “inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”¹³¹ hipostasiava seu sujeito de direitos para traduzir o mínimo possível para o campo da política as lutas a respeito do modo de acumulação capitalista que se acelerava sem peias nas cidades. Assim, apenas para as elites o “indivíduo tipo-ideal” encontrava alguma ressonância com sua versão encarnada¹³². Para os despossuídos, essa junção dependeria, quando pouco, da adesão incontestada ao estatuto da ordem excludente. Não havia ingenuidade alguma na insistência nessas contradições entre a lei e o exercício dos direitos por uma sociedade civil formalmente alargada, cuja antinomia era posta para viabilizar o liberalismo econômico em pleno vapor nas esferas agrárias e urbanas¹³³.

É importante ressaltar, contudo, que esse lampejo de desempenho organizador pelo Centro tinha como objetivo confirmar a hegemonia da oligarquia agrária regional, que foi obrigada a restabelecer a ordem nas cidades, tornando visível algumas das especificidades do mundo do trabalho urbano. Mas ela o fez primordialmente porque deixou intocadas as estruturas patrimoniais vigentes no campo¹³⁴. A intervenção, apesar de “nacional”, deveria ser cirúrgica e confinada

¹³¹ Ver artigo 72 et seq. da Carta de 1891.

¹³² “Prisioneira da hipoteca ao patrimonialismo, a ordem racional-legal, ao conceber uma república sem democracia e sem incorporação social, cristalizou o liberalismo como ideologia das elites, sem desenvolver suas potencialidades universalistas, em termos de direitos civis” (Vianna e Rezende, op. cit., p. 24).

¹³³ A omissão ou falta de efetividade das normas jurídicas, no que tange a defesa da cidadania e o controle da esfera pública pelo Estado, representa a simbiose entre um tipo de constitucionalismo e um modelo excludente de dominação liberal. A este respeito, ver Tully, 1995.

¹³⁴ É o que explica Luiz Werneck Vianna, 1978.

ao ambiente citadino. O federalismo do tipo “agregador das vontades regionais” continuaria vigente, mas agora ciente de que, para além da dicotomia estados *versus* nação soberana, a oposição entre o mundo do trabalho rural e urbano era o que ameaçava os esquemas de poder formados com a proclamação da República, merecedora, portanto, de uma abordagem reformista de modo a arrefecer os ânimos. A anarquia operária deveria ser contida para evitar a contaminação dos pauperizados do campo com suas bandeiras distributivistas. Sendo assim, se o moderno significou até a década de 20 do século XX a ortodoxia liberal consagrada exemplarmente na arquitetura constitucional¹³⁵, os mesmos interesses que a coroaram irão fazer uma inflexão para direcionar os novos setores produtivos através da *lei*.

Entretanto, essa tática de compensações pontuais, além de deixar insatisfeitos o operariado e setores médios da sociedade¹³⁶ - que eram subincluídos não apenas pela estreiteza da nova regulamentação¹³⁷ do trabalho, mas igualmente pela já referida “mistificação” da representação política, irá também fomentar uma dissidência no seio da oligarquia agrária e a oposição da burguesia industrial. No primeiro caso, tratou-se da oportunidade dos estados desprestigiados de questionarem a própria divisão de poder intra-oligárquica, que claramente favorecia a burguesia agroexportadora, fulminada pela crise econômica de 1929. A estes se juntou a dissidência de Minas Gerais, estado que até então partilhava das benesses do “café com leite”¹³⁸, mas que restou insatisfeita com a celeuma suscitada pela sucessão de Washington Luís. Aos mineiros, sem ordem de antecedência, agregou-se o Rio Grande do Sul e a Paraíba, todos representados pela figura do candidato à presidência derrotado, Getúlio Vargas. Do lado da burguesia industrial, a implementação desse liberalismo com concessões intervencionistas sob o mundo do trabalho fará com que o empresariado defenda o regresso ao liberalismo clássico, no qual a acumulação correria sem os entraves dos mencionados mecanismos jurídicos de engenharia social¹³⁹. Seu discurso oficial, contudo, amenizava a libertinagem

¹³⁵ Sobre a Constituição Republicana de 1891, ver Leite, 2003.

¹³⁶ O destaque aqui vai para os militares e o movimento tenentista. Sobre essa questão, ver Forjaz, 1977.

¹³⁷ Aliás, regulamentação que não possuía foro constitucional.

¹³⁸ Para uma revisão do aspecto consensual da política do “café com leite”, ver Viscardi, 2001.

¹³⁹ Pelo menos no que tange ao uso do direito para as compensações da acumulação capitalista. O direito, no seu apego às titulações formalistas, serviu e muito bem aos anseios da burguesia em

capitalista, focando no retorno às premissas universalizantes do liberalismo político, amputado pelo sistema de representação elitista¹⁴⁰ e pelo federalismo regional. Daí sua conexão com os postulados moralizantes da classe média, com destaque para o exército e seus tenentes. Assim, se para os industriais a questão era questionar o domínio oligárquico denunciando sua seletividade, para então restaurar o liberalismo econômico escamoteado dentro do caráter arbitral do liberalismo político, para a classe média a questão final, e não de meio, era democratizar a República, dando visibilidade e repercussão política aos novos estratos sociais. Todavia, a radicalização do pensamento instrumental dentro do movimento tenentista, levará à postura ambígua do exército de que a democratização, diante das forças da oligarquia agrária, somente poderia ser obtida fora dos marcos do liberalismo político, o que os distanciaram da plataforma legalista da classe média da qual se originou, colocando-o em linha de continuidade com o papel moderador que exerceram no Governo Provisório. Deste modo, segundo a inflexão militar, a autonomia individual deveria ser o resultado de um esforço pedagógico de um agente de vanguarda, o Estado centralizador, cuja razão verdadeiramente nacional suplantaria os interesses individualistas e facciosos do liberal oligarca, colocando em seu lugar uma solidariedade social cultivada a partir das virtudes públicas enunciadas pela nação fictícia. Essa interposição necessária do sujeito coletivo para a recriação hierárquica da política e do social indicará a guinada aristocrática e antiliberal que o projeto democratização do Estado republicano tomará, no que com ele convergiu a dissidência oligárquica, sequiosa por uma nova composição intra-elites.

Por outro lado, embora desgostoso com os custos das concessões da República liberal ao trabalho assalariado, ao industrialismo burguês não interessava o reforço do vértice civilizatório, como de fato ocorreu no pós-30.

ascensão na Europa continental e no Brasil. Assim, não deixa de ser irônica a percepção radical do intervencionismo do mundo do trabalho na Primeira República, quando os oligarcas, tal como os industriais, apenas defendiam seu apetite possessivo, circunstância que foi acelerada pela Revolução de 1930 para ambas as elites, ainda que sob a batuta do Leviatã racionalizador. Exemplos são a criação já em 1931 do Conselho Nacional do Café, o corporativismo e unidade sindical, respectivamente pelos decretos 20.003/31 e 19.770/31.

¹⁴⁰ Ocorre o resgate dos baluartes da Campanha Civilista de 1910, que denuncia, dentre outros, o voto de cabresto e a manipulação dos resultados eleitorais através da Comissão Verificadora de Poderes. Segundo informa Rezende (2006), o número de votantes em relação ao potencial de eleitores jamais ultrapassou a casa dos 3,5% até 1930. Aliás, não eram cidadãos ativos as mulheres e os analfabetos.

Entretanto, naquele momento, não poderia oferecer resistência ao retorno da plenipotência do Estado-Nação, mais preocupado que estava em conter de imediato a radicalização do movimento operário, como aponta Werneck Vianna (1978, p. 125). Quando finalmente decide questionar os limites da atuação estatal, fará a “revolução” natimorta de 1932, que com os afagos posteriores de Vargas aos cafeicultores e à indústria paulista¹⁴¹, tornará sem sentido a defesa do liberalismo político para o avanço da acumulação capitalista. Eis a adesão pragmática do burguês ao Estado timoneiro da política e do social.

A própria figura de Vargas, sua juventude militar e seu pertencimento à dinastia de estancieiros gaúchos, representará a síntese de uma nova composição de poder que passa a identificar o liberalismo da Primeira República com o arcaico, e o moderno com o Estado intervencionista e centralizador, utilizando o velho argumento imperial de que só a ordem poderia garantir o exercício das liberdades com responsabilidade.

O mote inicial seria justamente reorganizar as bases das relações de produção a partir da política e do direito. Sua opção pelo corporativismo representou uma diferente forma de percepção e inclusão dos novos atores econômicos. Não mais seriam vistos como indivíduos disputando interesses contrapostos, mas como pessoas coletivas¹⁴² em parceria, para a promoção da grandeza da nação. A concepção liberal de neutralidade do mercado (Avritzer, 1993, p. 46), que validava qualquer ação dirigida à satisfação utilitária do livre interesse do indivíduo contratante, vai ser substituída por uma compreensão “comunitarista” do privado (Vianna e Carvalho, op. cit., p. 24). Nessa reorientação ética, caberá ao Estado corporativo guiar a sociedade e sua economia rumo ao moderno, validando apenas as ações que promovessem o bem-comum e o progresso. Nesse sentido, não apenas o Centro retoma a função oracular de revelar os conteúdos do “governo da razão”¹⁴³, estabelecendo os vetores do moderno: industrialização, profissionalização da administração pública, da educação¹⁴⁴, etc. Ele também se colocará diretamente como agente no mercado, promovendo *motu*

¹⁴¹ Ver nota 132.

¹⁴² Governo e sindicatos mediados através de órgãos de representação mista, como o Conselho de Economia Nacional, na Carta de 1937, ou os Conselhos Técnicos, da Constituição de 1934.

¹⁴³ Mais um exemplo de como a soberania popular é transformada em soberania estatal através da distância entre o povo real e o povo fictício.

¹⁴⁴ Nesse sentido, ver a Lei Orgânica do Ensino Secundário, promulgada em 1942 sob a batuta do então ministro da educação Gustavo Capanema.

proprio a indústria de base¹⁴⁵, bem como, doutro lado, canalizando os conflitos de classe para dentro das estruturas estatais para aparentemente conciliá-los através da sua postura arbitral e apartidária. Ilustrativo é o discurso de Getúlio Vargas, na instalação da Assembleia Constituinte em 1933:

O Estado, qualquer que seja o seu conceito segundo as teorias, nada mais é, na realidade, do que o coordenador e disciplinador dos interesses coletivos, ou a sociedade organizada como poder, para dirigir e assegurar o seu progresso. Toda estrutura constitucional implica, por isso, na estrutura das funções do Estado (Vargas, apud Fonseca, 1987, p. 204).

Fica claro que o desempenho das funções de coordenador e disciplinador dos interesses coletivos exigiu um uso diferente das ferramentas civilizatórias. Não éramos mais um país apenas agromercantil, no qual as relações sociais poderiam ficar sob o controle apenas da casa-grande. Diante dos novos estratos urbanos, o Estado assumiu *prima facie* a tarefa de coordenar o social pela titulação jurídico-econômica dos subalternos, ampliando a cidadania a partir “do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei” (Santos, W.G., 1998, p. 103)¹⁴⁶. Daí a importância do direito do trabalho e, posteriormente, do direito previdenciário. A inclusão dependeria do desempenho adequado do papel produtivo, que, no caso, significava reconhecer as classes sociais, mas despojadas dos antagonismos que poderiam levar os subalternos a uma pauta autônoma de reivindicação para além das concessões do Estado. Essa negativa do conflito não se colocava no plano político como uma simples indiferença ou cegueira. Ao postular a prevalência dos interesses da nação, estava o Estado racionalizador remodelando o estatuto da ordem, de modo a controlar os de baixo a partir de uma inclusão regulada pelo vértice oligarca, e, depois de 1932, também industrial.

Na novidade que eram os direitos sociais, a satisfação material das massas ocultou mais uma vez a circunstância que coube ao soberano reinventar de

¹⁴⁵ Criada a Comissão Executiva do Plano Siderúrgico Nacional pelo Decreto-Lei nº2.054/40, foi então definido o local e os contornos da nova Companhia Siderúrgica Nacional (CST), o primeiro movimento significativo do Estado brasileiro rumo à consolidação da sua indústria de base. O mesmo aconteceu com a Petrobrás em 1953. Noutra ponta, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) fechava o circuito da política industrial brasileira, fornecendo os recursos para as novas companhias, públicas ou privadas.

¹⁴⁶ Trata-se do que Wanderley Guilherme dos Santos chamará de “cidadania regulada” (1997).

maneira autoritária o que o cidadão poderia ter e ser¹⁴⁷. Visibilidade que não veio acompanhada de autonomia, mas de adesão aos grandes esquemas racionais do centro único de atribuição de sentido à vida brasileira, o Estado corporativo. Era como se houvesse um sentido ético para a experimentação social do trabalho (Vianna e Rezende, op. cit., p. 25), mas esses conteúdos do bom ou do justo eram fixados a partir dos *inputs* sub-reptícios das parcelas dirigentes, e neutralizados através da isenção norma editada pelo Estado nacional, quando não eram explicitamente fruto da violência estatal. Esta era a nova configuração da partilha desigual dos benefícios materiais e simbólicos da acumulação capitalista¹⁴⁸, que no liberalismo político de outrora contava com a “agressividade passiva” das omissões do direito civil, mas que no Estado corporativo irá assumir sua posição assertiva, escondendo que os novos direitos visavam, mais do que justiça social, a transferência para a instituição do controle das classes subalternas. Finalmente a *oikos* era da competência da *polis*, sem acanhamentos.

A titularidade de direitos a férias, proteção ao trabalho feminino, as indenizações pela perda de emprego, regulação das jornadas trabalhos, a criação da justiça do trabalho, etc., tiveram impacto positivo na vida do trabalhador, mas como bem capta a ideia de “cidadania regulada” de Wanderley Guilherme dos Santos (1997), os beneficiados tinham pouca influência na composição entre capital e trabalho, mas eram, não obstante, agraciados com a *ratio* compensadora do Estado a partir de uma agenda política que lhe era estrangeira. A questão era complexa, pois da falta de interlocução altaneira entre Estado corporativo e trabalhadores urbanos¹⁴⁹ não se pode deduzir a passividade destes. Importante pontuar que a legislação sindical do pós-1931¹⁵⁰ dificultou ao máximo uma

¹⁴⁷ “A regulamentação das profissões, a carteira profissional e o sindicato público definem os três parâmetros no interior dos quais passa a se definir a cidadania. Os direitos dos cidadãos são decorrência dos direitos das profissões, e as profissões só existem via regulamentação estatal. O instrumento jurídico comprovante do contrato entre o Estado e a cidadania regulada é a carteira profissional que se torna, em realidade, mais do que uma evidência trabalhista, uma certidão de nascimento cívico” (Santos, W. G., 1997, p. 105).

¹⁴⁸ Sobre a fixação do salário mínimo pelo Estado Novo e suas consequências deletérias para a representação sindical, ver Vianna, 1978, p. 175. No aspecto simbólico, a identificação do moderno com a industrialização elevará o burguês industrial ao *status* de cidadão virtuoso, divergindo da decrépita oligarquia da Primeira República. O operariado, como o povo em geral, poderia ser virtuoso em potência, mas não em ato. Caberia ao Estado tutelá-lo nesta empreitada.

¹⁴⁹ O trabalho rural ficou de fora da legislação trabalhista. O movimento camponês somente foi se organizar em meados dos anos 50 do século XX, culminando com as “Ligas” e sua luta contra o exclusivo agrário..

¹⁵⁰ Decreto 19.770/31: “Art. 1º Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da República e por intermédio do Ministério do Trabalho,

organização operária descomprometida com o peleguismo. Quando esta tentará se desvencilhar da tecnocracia, o “hibridismo entre discurso liberal e autoritário [a partir de 1930] se desfaz no pós-1937” (Fonseca, op. cit. p. 277, *comentário nosso*), criminalizando e jogando na clandestinidade vários líderes sindicais e comunistas, além de subtrair o direito de greve¹⁵¹. Por outro lado, a própria existência de uma massa de trabalhadores urbanos forçou o Estado racionalizador a lidar com os desafios da distribuição, pois se sentia virtualmente ameaçado pela potencial oposição do operariado, sintetizada nas apocalípticas elucubrações sobre uma vindoura revolução comunista no Brasil. O que se quer deixar claro é que a falta de capitania do movimento operário na política de direitos não pode ser confundida como pura irrelevância. Não apenas as compensações ocorreram pela própria presença do proletariado na sociedade, como a exposição a elas renderão frutos emancipatórios, na medida em que a condição de sujeito de direito (coletivo ou individual) abrirá um campo novo de batalha pela cidadania.

A deposição de Getúlio Vargas (1945) e o advento da Constituição de 1946 não alteraram substancialmente a demiurgia da nação, mas foi abrandando o autoritarismo e corporativismo, mesclando-o progressivamente com uma percepção mais individualista da sociedade e da própria acumulação capitalista. Quando o bem-comum era suscitado, via de regra, destinava-se a impor limites à autonomia da agenda sindical ou justificar o aprofundamento da condição do Estado como agente no mercado. Todavia, azeitada a engrenagem trabalhista, os sindicatos puderam competir por maior equidade segundo os parâmetros fixados pelo estatuto da ordem: negociação coletiva diante da Justiça do Trabalho, monopólio sindical na vocalização dos anseios do trabalhador, e regulação

Indústria e Comércio, os seus interesses de ordem econômica, jurídica, higiênica e cultural, todas as classes patronais e operárias, que, no território nacional, exercerem profissões idênticas, similares ou conexas, e que se organizarem em sindicatos, independentes entre si, *mas subordinada a sua constituição às seguintes condições [...]*” (Grifo nosso). Posteriormente, o Decreto-lei 1.402/39: “Art. 2o Somente as associações profissionais constituídas para os fins do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 48 poderão ser reconhecidas como sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta lei”.

¹⁵¹ Além da dissolução da Aliança Nacional Libertadora em 1935 com base na nova Lei de Segurança Nacional, a Constituição outorgada de 1937, estabeleceu: “Art. 139 [...] A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

profissional. E de fato conseguiram, a muito custo, ganhos salariais, apesar de não terem surgido “novos” direitos sociais¹⁵² neste período.

Ocorre que o que era novidade no início do século XX, se torna o próprio perfil brasileiro na sua segunda metade: uma sociedade urbana de classes. Toda a engenharia institucional desenhada pelo Centro interventor lidava com o mundo do trabalho na base da regulação profissional e encaminhamento sindical das pautas compensatórias. Entretanto, o capitalismo brasileiro e a sociedade haviam se tornado mais complexas do que o modo de resolução de conflitos varguista. Como bem lembra Santos (1997), não apenas o trabalho possuía demandas que escapavam ao peleguismo, mas a própria cidade suscitava questões como o acesso à saúde, educação e moradia, que constrangiam a atuação do Estado no sentido de aprofundar a distribuição das benesses públicas além da questão profissional.

Sob pressão da sociedade civil organizada nas cidades e, de forma inédita, no campo¹⁵³, a tentativa do governo João Goulart em usar “receita velha para ingrediente novo” não surtiu efeito, e a mera insinuação do acréscimo do trabalho rural na agenda da regulação-compensação do Estado ajudará a precipitar a radicalização política por parte de uma elite industrial e agrária encastelada no Congresso Nacional. A lógica da inclusão moderada para evitar a ruptura social é reencenada, mas com uma pauta democratizante mais alargada, as Reformas de Base. Todavia, diferentemente da década de 30, o Centro modernizador vai encontrar a resistência das elites em transigir, mesmo porque àquela altura já tinham elas amealhado força suficiente para reivindicar para si a hegemonia política, ao passo que os subalternos resistiam à tutela estatal, forçando uma agenda mais progressista. Criado o impasse, este foi traduzido no plano da institucionalidade política como “paralisia decisória” decorrente da incapacidade do Poder Executivo em sustentar “coalizações parlamentares” (Santos, W.G., 2003). As reformas estavam obstruídas no Congresso, e a ida de Goulart às ruas

¹⁵² Wanderley Guilherme dos Santos aponta apenas a obtenção do salário família (1963) como ganho distributivo no período. A unificação da previdência social teria acontecido na contramão dos interesses sindicais, preocupados em manter suas distinções corporativas. Ver Santos, 1997.

¹⁵³ Expulsos da terra para dar lugar a monocultura da cana ou para a pecuária, o camponês traduzirá de maneira inédita a opressão pelo latifundiário como luta de classes, reivindicando seu acesso à terra e seu modo de subsistência. Assassinatos e prisões foram a resposta do Estado autoritário e da oligarquia, ao pleito agrário das Ligas Camponesas. Nesse sentido, “Cabra Marcado para Morrer” (1984), filme de Eduardo Coutinho sobre o líder camponês João Pedro Teixeira, mostra de maneira cortante a sina de gerações de excluídos no Engenho da Galileia, Pernambuco. Sobre as Ligas Camponesas, ver Benevides, 1985; Bastos, E.R., 1984.

apenas serviu para demonstrar sua “subversividade” e evidenciar o quão supérfluos eram os recursos da institucionalidade democrática. Assim, incapaz de comandar a agenda do moderno, o governo Goulart se tornará irrelevante, inclusive para o povo fictício que ele pensava representar nos comícios¹⁵⁴.

Com o advento do Golpe Militar em 1964, ficará claro que o esforço de modernização brasileira esteve sempre comprometido com o capitalismo¹⁵⁵, mas não necessariamente com a democratização, elemento contingente na demiurgia da nação, circunstância que expunha mais uma vez a nudez do privatismo do soberano. A dinâmica federativa continuará sendo centralizadora, mas dispensada qualquer referência à “produção do consenso e da solidarização social” (Vianna e Carvalho, op. cit., p. 27).

A engenharia social através do direito será radicalizada, chegando ao ponto do poder constituinte ser usurpado pelo “Comando Supremo da Revolução”¹⁵⁶. Despojado de qualquer comunitarismo ético, ainda que de embuste, a ordem jurídica assumirá sua índole puramente instrumental, destinada a “moldar as ações estatais” (Avritzer, 1993, p. 70), dispensando qualquer consenso normativo vindo da sociedade. Ao contrário, a vontade da nação se imporá apesar da resistência social aos novos valores da “revolução” de 1964, não hesitando em retirar do direito seus últimos mecanismos para defesa das garantias civis: suspende-se o *habeas corpus*, a liberdade de manifestação e expressão, dos direitos políticos, o *due process of law*, apenas para exemplificar. É o direito inteiramente a serviço da soberania.

Nessa hipérbole da função racionalizadora da ordem jurídica, não fica difícil entender os motivos pelos quais será durante a ditadura militar que acontecerá a organização dos sistemas monetário e financeiro nacionais, o sistema tributário, o novo Código de Processo Civil, o sistema financeiro de habitação, o Instituto

¹⁵⁴ Muito se discute sobre a figura de João Goulart na literatura contemporânea. Seria ele peleguista, populista, nacional-reformista ou mesmo com inclinações golpistas no estilo do varguismo. Todavia, a falta de resistência popular ao Golpe demonstra que a agenda progressista dos subalternos não era endossada por parcela significativa da sociedade brasileira, haja vista a paranoia comunista que persistiu durante os 21 anos da ditadura, com ressonâncias até na disputa presidencial de 2014. Sobre as possíveis causas do Golpe de 1964, ver Fico, 2004.

¹⁵⁵ “Modernizar, neste contexto, significava o quê? Novas leis, novos códigos, novos órgãos de decisão e de execução de políticas econômicas [...], mudar o sistema eleitoral, fazer a representação classista, estender o voto às mulheres e torná-lo secreto; reconhecer a existência de classes sociais e impedir o prosseguimento da política regionalista dos estados, em favor da política nacional orientada pelo Estado [...]. Modernização, enfim, significava capitalismo” (Fonseca, 1987, p. 210).

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver o preâmbulo do Ato Institucional nº 01.

Nacional de Previdência Social, o novo modelo para a administração pública¹⁵⁷, e, ironicamente, o Estatuto da Terra. Mais do que desenvolvimento, se buscava “eficiência” na gestão dos próprios conflitos sociais pelo “governo da razão”¹⁵⁸, vocalizado pelo “Comando Supremo da Revolução” em sintonia com o empresariado autoritário instrumental, para usar o léxico de Wanderley Guilherme dos Santos (1998).

À máxima de Vargas de que “a necessidade faz a lei”¹⁵⁹, pode ser acrescentado que a lei só será legítima se for necessária. Em outras palavras, alicerçada por sua capacidade de intervir no mundo, a ordem jurídica, tal como o seu soberano, se tornam reféns dos resultados que propõe à sociedade, sejam eles repressivos ou de crescimento econômico. Quando os fatos se tornam adversos, será o próprio fundamento da autoridade o atingido, forçando não apenas a troca da titularidade da soberania, mas da própria racionalidade do direito. É nessa reconquista de normatividade que a transição democrática pode ser compreendida. A grande performance federativa pela primeira vez fará da democracia o vetor do moderno. Vejamos.

¹⁵⁷. Ver Bercovici, 2010.

¹⁵⁸ Sobre o Brasil: “[...] the state by embodying modernization automatically represented the Will of the people” (Avritzer, 1993, p. 80)

¹⁵⁹ Apud Fonseca, op. cit., p. 208.

3

Para além da soberania: a retomada do direito como ferramenta emancipatória no contexto da Constituição de 1988

There is only the fight to recover what has been lost
And found and lost again and again: and now, under conditions
That seem unpropitious. But perhaps neither gain nor loss.
For us, there is only the trying. The rest is not our business.
T.S. Eliot

3.1

Considerações iniciais

Na primeira seção do capítulo anterior, optamos por analisar o dilema da modernização brasileira a partir das propostas do nosso “pensamento social”. Mais especificamente, discutimos os diferentes pressupostos analíticos das duas principais linhagens da teoria política nacional, segundo a classificação de Gildo Marçal Brandão (2007). O objetivo era identificar como as diversas percepções acerca das causas do nosso “atraso” acabavam por condicionar a posologia do moderno. Em ambos os casos, independentemente dos conteúdos civilizatórios¹⁶⁰, um agente privilegiado - o Estado - e um sistema de ação¹⁶¹ - o direito - foram articulados em uma determinada performance racionalizadora: a dinâmica federativa.

Nessa seção a referida metodologia será reprisada, alterando-se, contudo, dois filtros. O primeiro é que não abordaremos diretamente o processo brasileiro de modernização. A circunscrição histórico-geográfica cederá espaço para o debate difuso da *intelligentsia* jurídica¹⁶² a respeito do papel do

¹⁶⁰Por exemplo, uma sociedade competitiva de classes, para Florestan Fernandes, e um Estado liberal democrático, para Faoro.

¹⁶¹ “Ao contrário da moralidade pós-convencional, o direito não apenas representa um tipo de saber cultural, mas constitui ao mesmo tempo um importante núcleo de ordens institucionais. O direito é duas coisas ao mesmo tempo: um sistema de conhecimento e um sistema de ação” (Habermas, 1996, p. 79).

¹⁶² Não abordaremos a discussão americana diretamente, porque seu *judicial review* surge para possibilitar o arranjo federativo pós-independência. Não se tratava de limitar o poder, como fora a saga burguesa na França, mas de criar uma nova fonte de autoridade, diversa do poder soberano: a constituição (Arendt, 2006). Já na Europa continental e no Brasil, sendo o soberano fonte de poder e autoridade, o constitucionalismo é deslocado para um papel de obstrução: proteger o cidadão contra as ingerências do Estado. Apenas na segunda metade do século XX é que o constitucionalismo continental passa a expressar um compromisso jurídico-político com a promoção da democracia e da igualdade. Será justamente essa proposta civilizatória organizada em torno de uma constituição agora normativa que nos interessará. Daí o foco na Europa continental e

constitucionalismo na tentativa de reanimar a república no pós-guerra, partindo de concepções normativas acerca da democracia. Como consequência, e daí o segundo filtro, a intelectualidade servirá novamente de atalho metodológico para compreendermos como que em contextos históricos específicos as propostas civilizatórias passaram a se organizar em torno das constituições e seu extenso elenco de direitos fundamentais. Ao invés da percepção da herança ibérica, as patologias da modernidade poderão ser generalizadas pela teoria do direito¹⁶³ como déficits de legitimidade democrática. Ampliando nosso campo de análise, poderíamos dizer que a estratégia racionalizadora descrita na seção anterior persiste, porém, com a possibilidade de ser apartada do juízo monolítico do soberano, e reconduzida para instâncias abertas à deliberação pública, sendo o processo constituinte a maior delas¹⁶⁴. Segundo essa arquitetura, a intervenção através do direito não viria apenas do centro estatal visando atingir a periferia da cidadania, mas, de maneira inversa, partiria da pluralidade cidadã que, exercendo seus direitos constitucionais, moldaria as ações do Estado, chamando para si a definição dos vetores do moderno. A questão é menos declarar a vitória do “povo real” sobre o Estado-soberano e mais indicar que novas opções democráticas foram abertas para a cidadania.

Como já foi dito anteriormente, não se está postulando que a teoria do direito antecede aos arranjos políticos, determinando-os através da sua normatividade, ou vice-versa. O discurso da *intelligentsia* sobre o papel da constituição no encaminhamento do moderno como democracia pluralista reage e

América latina, ambas afiliadas à tradição do *civil law*. Sobre o debate norte-americano, ver Mendes, C.H., 2008.

¹⁶³ Não somente ela, mas essa pesquisa toma como fonte primária de pesquisa os discursos da *intelligentsia*. Por outro lado, a “teoria do direito” é compreendida de forma alargada, para incluir os debates da sociologia, ciência política e filosofia sobre as funções do direito na relação entre Estado e sociedade.

¹⁶⁴ Essa ideia da constituinte representando um “novo começo”, um momento de refundação do pacto social é, para Bruce Ackerman, apenas um dos padrões concretos para a criação de constituições escritas. Na modalidade “novo começo”, a constituição aparece como “um sinal simbólico de uma grande transição na vida política de uma nação (2006, p. 17). Há uma percepção de um antes e um depois, cuja passagem é operacionalizada pelo pacto constitucional. Esse padrão constituinte favorece posturas mais redentoras do Tribunal Constitucional, que buscaria evitar que a vontade constituinte fosse erodida por maiorias episódicas. A Alemanha pós-1945 e sua Lei Fundamental de Bonn são exemplos desta modalidade. Já o padrão federalista enfatiza a coordenação entre centros de poder já existentes. A jurisdição constitucional usualmente percebida nessa variante é mais afeita à prudência, facilitando a resolução dos conflitos, sem sobrepor seu juízo às entidades federadas. Um exemplo seria o constitucionalismo canadense. Alerta ele, contudo, para ausência de concorrência entre os referidos padrões. Os EUA e a União Europeia seriam casos mistos, ou seja, no qual ambas as mentalidades concorreram significativamente para a dinâmica constitucional.

tenta compreender as dinâmicas políticas e sociais que envolvem o direito, mas, ao fazê-lo, acabam gerando novas realidades e novas utopias, em uma tensão permanente entre fato e norma. Nesse sentido, tal como as linhagens do pensamento brasileiro, as “linhagens”¹⁶⁵ do pensamento jurídico do *civil law* integram determinado fluxo civilizatório, seja na condição de seu promotor ou crítico, mas nunca fora da narrativa que ajudam a construir como atores políticos.

Importante também destacar que esta pesquisa refuta igualmente uma abordagem triunfalista do constitucionalismo. Como qualquer projeto de organização do poder, seu êxito e benefícios são variados e sua associação com a democracia é contingencial e cheia de sutilezas, como bem nos lembra Fioravante (2001). Portanto, não se trata de um estágio adquirido na longa marcha do progresso humano, mas uma “luta que não acaba”¹⁶⁶, uma superfície irregular cujas nervuras, se examinadas de perto, revelam o lado bárbaro da civilização que demarca de maneira fluida os que estão habilitados a se tornarem parte do auditório da cidadania, fazendo da inclusão democrática um desafio muito maior do que a posse de direitos políticos ou sociais¹⁶⁷. Por isso, a “globalização” do constitucionalismo, se é que existe, representa mais a interdependência dos esquemas de dominação facilitada pelo capitalismo do que uma razão histórica totalizada no Estado de Direito¹⁶⁸. A consequência desse tipo de raciocínio é o redimensionamento do “peso” das experiências constitucionais consideradas paradigmáticas, não apenas para ressaltar suas idiosincrasias, mas,

¹⁶⁵ O uso do termo “linhagens” é apenas ilustrativo, não possuindo o significado denso da sociologia brasileira. Não será objeto desse trabalho mapear de forma pormenorizada as “linhagens” da teoria do direito contemporâneas, mas compreender o papel de relevo que as constituições assumiram no pós-1945 a partir do discurso da própria *intelligentsia* do direito. É a guinada do projeto do moderno para a democracia e suas repercussões nas relações de soberania que nos interessa, a culminar com a visibilidade até então inédita conferida ao Poder Judiciário.

¹⁶⁶ Expressão de Pierre Rosanvallon concedida à revista eletrônica Carta Maior, em 28/11/2012. Acrescenta ele: “Estamos em sociedades que não podem ser reguladas também recorrendo a uma lei divina. Por conseguinte, estamos em sociedades onde devemos organizar o mundo comum a partir da discussão pública. E se isso é tão decisivo é porque se trata de uma experiência que sempre é difícil. Aqueles que olham a história da democracia como a história de um progresso que vai da tirania à democracia realizada se equivocam. A história da democracia é uma história de êxitos e traições” (2012.).

¹⁶⁷ A luta pela cidadania se revela presente não apenas na expansão da qualidade de vida, mas no empoderamento político do cidadão para que não se deixe capturar pelo vácuo da exceção que, a todo momento, perturba a superfície lustrosa do Estado de direito, e transforma o pobre e o imigrante em bandido, a mulher em objeto a ser possuído, e o negro em exterminável.

¹⁶⁸ O constitucionalismo pós-1945 poderia ser lido tanto como uma reação ao privatismo capitalista e sua igualdade formal, ou mesmo sua continuidade através de uma nova acomodação nos esquemas de distribuição de riquezas. No primeiro, se encaixariam os autores do neoconstitucionalismo ítalo-ibérico. No segundo, as críticas da teoria alemã aos déficits de legitimidade do Estado de Bem-Estar social europeu.

principalmente, para perceber como a tradição ocidental traz consigo na bagagem mais de 500 anos de colonialismo, essa perpétua diferenciação entre os de dentro e os de fora, que toma forma no encarceramento da juventude negra no Brasil e no Estados Unidos; na criminalização do imigrante e na “guerra ao terror”.

Seja como for, os desafios da superação do estranhamento entre democracia e constitucionalismo¹⁶⁹ em contextos excludentes e autoritários, lá e cá do Atlântico, levou à *intelligentsia* jurídica a dar significado diverso aos compromissos éticos e morais previstos nas constituições pós-1945. É como se a própria vivacidade do objeto do estudo fornecesse uma nova articulação entre fato e norma, muito diferente da adversariedade que frustrou ambas as linhagens do pensamento social brasileiro na análise da modernização nacional.

3.2

O papel da constituição na reanimação da arena republicana

O fim da Segunda Guerra Mundial é considerado pela teoria do direito como um momento de guinada do constitucionalismo rumo a uma configuração mais democrática, na medida em que os novos textos constitucionais elaborados, daí em diante¹⁷⁰, viriam embebidos de direitos fundamentais e valores republicanos fixados pela própria cidadania constituinte¹⁷¹, no sentido de reforçar o controle social sobre o Estado, em uma reação às experiências totalitárias do século passado. Todavia, essa inflexão, apesar de radical, não operou no campo das cisões revolucionárias como alguns juristas mais entusiasmados defendem. Trata-

¹⁶⁹ “Democracy appears to mean something like this: popular political self-government – the people of a country deciding for themselves the content [...] of the laws that organize and regulate their political association. ‘Constitutionalism appears to mean something this: the containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution – ‘a law of lawmaking’, we shall sometimes call it – designed to control which further law can be made, by whom, and by what procedures” (Michelman, F. *apud* Mendes, C.H., 2008, p. 01).

¹⁷⁰ O marco pós-1945 não é sincrônico. Temos um primeiro fluxo de constituições normativas como as da França (1946 e 1958), da Itália (1947) Alemanha (1949), num segundo momento, superado os regimes autoritários de Salazar e Franco, as constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), e, num terceiro movimento, as constituições do leste europeu: Romênia (1991), República Tcheca (1993) e Hungria (2013).

¹⁷¹ Essa tese de mudança de paradigma, embora não seja incorreta, não pode ser reduzida à leituras um tanto redencionistas, que enxergam na arquitetura jurídico-política pós-1945 o momento do sepultamento definitivo dos problemas de legitimação do Estado moderno, que passaria a lidar, daí em diante, com a questão da efetividade da tutela dos direitos, mas não propriamente com os fundamentos do exercício do poder. Veremos mais adiante que esse “neoconstitucionalismo” representa também continuidade: o rearranjo dos parâmetros de legitimidade diante do exaurimento da ideologia da justa-troca no mercado e sua substituição pela concessão de prestações públicas de modo a aplacar os conflitos de classe.

se de um dos desdobramentos de um longo processo de crise do moderno Estado liberal e do seu modo de produção capitalista, que encontrou no direito, mais uma vez, uma solução de continuidade, ainda que em premissas verdadeiramente mais democráticas. Para compreender o alcance dessa nova arquitetura constitucional é preciso esquadriñar o que ela visou superar e em qual tempo.

Como já foi abordado nesta pesquisa, uma das questões centrais para a modernização dos Estados nacionais fora o problema da titularidade da soberania e os seus limites de atuação. Nesse sentido, apontamos que a solução revolucionária francesa foi bastante simplificada: substituiu o rei pelo “povo” soberano, mantendo, contudo, o caráter ilimitado do exercício do poder. Ante a soberania popular não poderiam ser invocados direitos ou prerrogativas de governo. Muito pelo contrário, o “povo” soberano era o próprio poder constituinte, responsável pela fundação do novo Estado e da lei. Essa co-originalidade do direito e da política foi, todavia, o ponto que mereceu reparo pela reação conservadora à radicalização jacobina. Ora, a burguesia que suplantou o rei trabalhava agora no sentido de conter a maioria “tirânica” que havia ajudado a criar, e a melhor maneira de fazê-lo seria desassociar soberania e poder constituinte, contrapondo o direito à política. Sendo assim, eliminado o rei, o povo mítico que tomou o seu lugar deveria ser também dessacralizado, antagonizando à sua vontade a inviolabilidade dos direitos do sujeito burguês temeroso do *demos*. Como resultado, não apenas a soberania popular não poderia “querer” algo que fosse contra o direito, mas a própria vontade somente seria reconhecida como soberana se expressasse os “anseios gerais” do Terceiro Estado. Diferentemente da soberania monolítica rousseuniana, sua versão liberal significa justamente o somatório das vontades dos cidadãos. Mas onde seria possível identificar a vontade da maioria senão na própria lei, geral e abstrata? Portanto, se a vontade soberana é a vontade da lei, o soberano é o próprio legislador, que no modelo liberal exige necessariamente a intermediação do Estado. O itinerário percorrido desde a Queda da Bastilha é longo, e foi resolvido através de um sofisma: a soberania inicialmente ilimitada autolimita-se pela lei, posto que o soberano sempre foi também o legislador, e aquele que decide sobre as leis não pode agir *contra legem*¹⁷². Submetida à adequação liberal, a soberania é domesticada e

¹⁷² Fica clara a inspiração kantiana nessa autoconstrução da política, de maneira a garantir a liberdade do indivíduo racional. A esse respeito, ver Fioravanti, 2001.

despolitizada pelo direito, a expressão racional de um suposto *ethos* nacional-popular.

Canalizada para dentro do Estado, a soberania desencarnada passa a ser primordialmente soberania estatal, submetida, porém, aos controles da lei. E a constituição? Amputada pela separação entre política e direito, esta perde seu referencial normativo, assumindo a feição ideológica de um programa político para um governo limitado “no varejo” pelas garantias civis do cidadão liberal¹⁷³.

Dessa desconexão da constituição, tanto em relação ao direito, quanto em relação à soberania popular, decorrem duas consequências que serão fundamentais para a compreensão da crise que se instaurou na Europa continental na primeira metade do século XX. Na primeira delas, o constitucionalismo é encarado como um (fraco) mecanismo político de controle do poder. Sua função é constranger o discurso da soberania estatal pela invocação das razões políticas que outrora informaram a nação, e que deveriam, portanto, balizar as ações do seu preposto, o Estado. Logo, o constitucionalismo liberal *não* é fonte de direitos, mas compromisso político. O segundo efeito, como observa Jacobson e Schlink (2002), é que a constituição liberal não funda o Estado, mas o Estado preexiste à constituição, sendo o próprio fundamento desta¹⁷⁴. Dito de outra maneira, a factualidade do Estado faz com que, de um lado, seus compromissos políticos sejam explicitados através das constituições, e, de outro, que a própria tomada de decisões políticas sejam organizadas “constitucionalmente”, de modo a identificar “quais são os órgãos supremos, como se formam, como expressam sua vontade,

¹⁷³ Diz Fioravanti: “Assim, pois, o constitucionalismo posterior à Revolução aceita na essência a herança que a mesma Revolução havia deixado, porém somente depois de definir cuidadosamente seus confins. Nessa herança está seguramente compreendida a supremacia da lei e o princípio da igualdade entendido como igual submissão de todos à mesma lei. Sem dúvida, tudo muda quando a esta imagem da Revolução se sobrepõe outra, na qual o protagonista é o povo soberano dotado de um poder constituinte na essência privado de limites. Contra essa segunda imagem todo o constitucionalismo europeu irá se opor” (2001, p. 132-133).

¹⁷⁴ Embora as observações de Jacobson e Schlink digam respeito à Alemanha, suas conclusões podem ser estendidas para o constitucionalismo de cunho continental, preocupado em estabilizar a soberania do Estado contra as convulsões revolucionárias do início do século XIX. Nesse sentido, será ele um constitucionalismo contramajoritário, menos no sentido de garantir os direitos da minoria, e mais no sentido de interditar o poder constituinte do *demos*. O contraponto seria o constitucionalismo americano, no qual o “Estado é o rebento de uma constituição arquitetada [framed] pelo povo através dos seus representantes [...]. A constituição precede ao Estado, lógica e temporalmente” (Jacobson e Schlink, 2002, p. 01, tradução nossa). Corroborando a existência de um constitucionalismo liberal antidemocrático na Europa continental, acrescenta Fioravanti: “Também na França, portanto, e não somente na Alemanha ou na Itália, o direito público que se construía na virada do século sobre uma base estatal, mediante uma oposição cada vez mais clara ao princípio democrático da soberania popular” (2001, p. 144, tradução nossa).

que limites [de competência] possuem e, por último, como se situam os particulares, com seus direitos, frente ao Estado” (Fioravanti, 2001. p. 142, tradução e comentário nosso). Assim, o direito constitucional, no ápice do Estado liberal, tem seu conteúdo exaurido pelo direito administrativo¹⁷⁵.

Em contraposição ao esvaziamento jurídico e político das constituições liberais, há o reforço do poder do parlamento ou Executivo, responsáveis pela edição do direito propriamente dito: as leis. Será através delas que o sujeito burguês defenderá sua propriedade, exigirá a execução dos contratos e criminalizará os que não capitularam com o estatuto da ordem. Todo o aparato político e econômico que viabilizará a produção capitalista e sua correlata sociedade será organizado em torno da legislação infraconstitucional¹⁷⁶.

Essa engrenagem institucional funcionou muito bem enquanto o capitalismo, para florescer, necessitava da assepsia da lei liberal para neutralizar as desigualdades das trocas no mercado. A ideologia de que o avanço da produção por si só traria justiça para as barganhas entre capital e força de trabalho em um mercado despolidizado era próprio pressuposto do direito legicêntrico e seu critério de validade¹⁷⁷.

Todavia, o próprio desenvolvimento das forças produtivas aumentou em escala exponencial a capacidade de produção capitalista e sua sede por mercados. Esse crescimento na complexidade do sistema trouxe consigo mais riscos: flutuação no consumo, dificuldades de conquistas de novos clientes e indocilidade da mão de obra (que sob a configuração industrial, se tornou mais organizada e consciente da sua situação de classe expropriada). Assim, a expansão industrial, ao mesmo tempo em que gerou um acúmulo inigualável de riquezas, causou colateralmente a hipérbole dos seus problemas intrínsecos. Logo se percebeu que o mercado, na dimensão em que se encontrava o capitalismo, não poderia resolver os impasses da acumulação sozinho. O Estado foi chamado para então intervir e prevenir as crises capitalistas, atuando como gestor explícito do sistema produtivo a partir de políticas macroeconômicas de crescimento sustentável e de correções

¹⁷⁵ Circunstância comum ao Brasil, como já foi debatido na seção anterior.

¹⁷⁶ Conceito que, a rigor, sequer existia no contexto da Europa continental.

¹⁷⁷ "Este Estado de Derecho es formal también en la medida en que se rechaza categóricamente toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador: la referencia de la ley a la razón, que en el concepto temprano del Estado de Derecho constituía la legitimación interna del 'imperio de la ley', se convierte en una categoría metajurídica. En la ley solo es real el acto de voluntad de la instancia legislativa. Y su producto, la generalidad de la ley, es en todo caso un resultado natural, no una consecuencia esencial del concepto de leyes" (Böckenförde, 2000, p. 30).

na demanda; políticas monetárias de fortalecimento dos meios de transações correntes; políticas imperialistas de conquistas de mercados-territórios, e, principalmente, de redistribuição de bens para as classes subalternas. Garantia de emprego, salário mínimo, previdência, saúde e educação pública, foram apenas algumas das maneiras encontradas pelo Estado para pacificar o conflito de classes e domesticar a mão de obra em prol do pleno desenvolvimento do capital. Os chamados ‘direitos sociais’ foram a moeda de troca para a superação da crise do capitalismo concorrencial.

Contudo, esse descortinamento da relação do Estado com a economia toma a forma de uma crise, na medida em que o marco de dominação capitalista é repolitizado sem que a própria soberania estatal pudesse ajustar os parâmetros para o exercício do seu poder que se torna, por assim dizer, desnudo. O mesmo Estado que determina a jornada máxima de trabalho, faz controle de preços e assim por diante, tem que lidar com o descompasso de continuar se sustentando através de constituições ironicamente despolitizadas e administrativistas. Do impasse, sai na frente a factualidade da soberania estatal para solucionar os problemas de acumulação, forçando o constitucionalismo a reorganizar suas premissas de acordo com o ritmo ditado pela “realidade”¹⁷⁸. Entretanto, se a constituição liberal era dependente do Estado, a crise do seu genitor acaba por “produzir discursos que desafiam e competem com o discurso constitucional” (Jacobson e Schlink, 2002, p. 02), podendo, inclusive, considerá-lo irrelevante.

Nesse sentido, a República de Weimar e o 3º Reich alemão ilustram de maneira emblemática as diferentes cadências entre soberania e constituição no entardecer do Estado liberal. Derrotado na Primeira Guerra Mundial, o Império alemão é forçado a se reorganizar numa república diante do desprestígio da sua aristocracia bélica. Alçada ao comando político, a burguesia alemã, até então de estirpe liberal clássica, defensora das garantias individuais contra os abusos do Kaiser, terá que lidar com duplo flanco de ataque: de um lado, a sobrepujada, porém orgulhosa, nobreza militar; de outro, o proletariado sequioso por iniciar a revolução, contida até aquele momento pelo equilíbrio das forças conservadoras do Reich. Sua saída foi modificar a constituição para alterar o papel do Estado, transferindo-lhe o ônus de pacificar os conflitos sociais gerados pelo capitalismo e

¹⁷⁸ Sobre o enfraquecimento do direito diante da decisão do soberano, cuja “realidade” deveria preferir à “idealidade” da norma, ver a crítica da Kägi (2008).

pela guerra¹⁷⁹. Todavia, apesar do esforço burguês, a política que se desenvolvia fora do marco constitucional, nas ações do Executivo e Parlamento, não se deixaria mobilizar pelo direito. A reenergização normativa da constituição em Weimar não impactou suficientemente o Estado, uma vez que a titularidade da soberania continuava pertencendo ao Leviatã republicano, não importando disposições jurídicas diversas¹⁸⁰. O mandato do moderno que o Estado alemão aceitava não poderia vir da constituição, mas apenas auto-atribuído. O cenário era de uma ambiguidade profunda, na qual a nova constituição tenta tomar de assalto o Estado, conferindo-lhe novo propósito e limites, mas esquece que dessa batalha só poderia sair vitoriosa se a própria soberania fosse ao mesmo tempo “popularizada” e “publicizada”, o que pressuporia uma refundação do Estado através de uma constituição democrática, e não uma mera superposição da norma ao poder pré-existente e “extraconstitucional”, numa espécie de freios e contrapesos *à la* Montesquieu aplicado, porém, ao controle recíproco entre política e direito. A fragilidade da arquitetura de Weimar podia ser percebida no seu próprio texto que, além do malfadado art. 48¹⁸¹, inicia dizendo que “o império alemão é uma república”¹⁸².

Dessa estratégia parcial, a tentativa de normatizar a constituição acarreta a resistência por parte da soberania do Estado. Esse celeuma político - que não era apenas um problema de aceitação de novas regras, mas o próprio esgotamento de

¹⁷⁹ “Liberal ideas seemed to have value only for a social class that was ‘not itself in possession of state power, but that aspires to protect itself with the help of liberal institutions against the state and its bearers of domination. Consequently, while these ideas were necessary for the German bourgeoisie during the Empire, they lost all meaning for its champions the moment the itself seized state power. In this new situation, liberal ideas and arrangements even threatened to become a weapon against the bourgeoisie – a weapon in the hands of the proletariat, which could protect itself against abuse of power with the help of the liberal precautions and achieve participation in ruling with the help of the parliamentary system” (Jacobson e Schlink, op. cit., p. 07). Situação similar à burguesia liberal brasileira, que sacrificou o liberalismo político para consolidar o liberalismo econômico, ainda que sob a batuta do Estado interventor.

¹⁸⁰ Diz a Carta de Weimar: “The German people, united in all their racial elements, and inspired by the will to renew and strengthen their Reich in liberty and justice, to preserve peace at home and abroad and to foster social progress, have established the following constitution: [...] Article 1. The German Reich is a Republic. Political authority emanates from the people”. Disponível em http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?documentid=3937, acesso em 10/12/2014.

¹⁸¹ Será o art. 48 que possibilitará a declaração do estado de emergência que não apenas dará o poder ao então chanceler à Adolf Hitler, mas permitirá que o estado de exceção nazista vigore sem nunca ter suspenso a Constituição de Weimar.

¹⁸² O próprio comentário é ambíguo, na medida em que “reich” pode significar tanto “império” quanto “comunidade” ou “nação”. De qualquer maneira, a indefinição é a mesma do Brasil que proclama “provisoriamente” a república em seu Decreto nº 01. Noutro norte, a presença do soberano monolítico pode ser identificada no próprio federalismo centralizado de Weimar. A esse respeito, ver Jacobson e Schlink, op. cit., p. 09.

um modelo de Estado - acaba arrastando para o abismo a Constituição de Weimar. A inviabilidade da república alemã, com um pé no passado e pressionada por um futuro do qual não assentiu, faz com que a política se autonomize totalmente do direito, não aceitando sequer o controle externo da Carta de Weimar¹⁸³. O Leviatã concordou de bom grado com as novas ferramentas de ingerência sobre o social, mas refutou veementemente qualquer tipo de controle pela cidadania. A soberania deveria continuar monolítica e adrede ao Leviatã. Como consequência, o discurso político desafia e supera o discurso constitucional no “antiliberalismo existencialista” do Terceiro Reich¹⁸⁴.

A transição do Estado liberal para o Estado social, como a radicalidade do exemplo alemão demonstra, não foi apenas uma questão de agregação de novos direitos, mas uma profunda crise de legitimidade do poder, na medida em que o Leviatã, chamado a intervir na economia e na sociedade, o faz ancorado no voluntarismo da sua razão de Estado¹⁸⁵, ignorando a Constituição que buscava definir democraticamente as balizas do interesse público.

Weimar, por assim dizer, trata-se de uma figura intermediária: diferentemente do Estado liberal, as funções estatais vão além da mera defesa da liberdade privada. Todavia, destoando do que viria a ser o Estado Social “clássico”, o discurso constitucional não conseguiu se colocar como limite normativo à vontade do soberano. Muito pelo contrário, no embate entre a razão de Estado e as normas constitucionais, perdeu esta última¹⁸⁶.

¹⁸³ “What was notable about the constitutional culture of the Weimar Republic was the failure of a particular conception of constitutional democracy to gain hegemony over political life” (Caldwell, 1997, p. 177).

¹⁸⁴ O existencialismo político, no sentido dado por Schmitt, significa abandonar a passividade e o relativismo racionalista, e resgatar a ideia de uma realidade concreta, existente além da norma criada pelo sujeito, e, por isso mesmo, um lastro objetivo para a ordenação da experiência humana. Schmitt vai começar demonstrando o equívoco da precedência da norma sobre a realidade, e para tanto, vai desenvolver o conceito limite da “exceção”. Ou seja, o momento de ruptura da normalidade que põe em evidência a precedência da política sobre a ordem jurídica. Para Schmitt, as normas jurídicas são apenas válidas sob determinadas condições normais, cuja ultrapassagem importa em suspensão da ordem jurídica. A validade do ordenamento, portanto, não é incondicionada, mas situacional. Não está fundada em nenhuma ordem de princípios universais, mas na própria imanência do contexto dado pela política. A esse respeito, ver Schmitt, 2006.

¹⁸⁵ Razão que continua burguesa, mas, como já explicitou Werneck Vianna (1978), quando do Estado social, deveria se travestir de razão pública para atingir suas finalidades privadas. Especificamente sobre os processos sociais brasileiros, ver Machado, 2013.

¹⁸⁶ Na efervescência de Weimar, a turbulência política repercutia sobre o pensamento constitucional. O decisionismo político de Schmitt, o positivismo de Kelsen, o normativismo ético de Heller são alguns exemplos de como a teoria da constituição dependia da teoria do Estado. A este respeito, ver Caldwell, 1997; Dyzenhaus, 1997.

Esse empoderamento do Estado sem a devida democratização do interesse público acabou por gerar as condições para as experiências totalitárias que se seguiram à degenerescência da República de Weimar. A hipérbole do delírio nacionalista trouxe perplexidade para o constitucionalismo, que viu suas premissas falharem estrondosamente. Sob o ângulo do pensamento liberal, a constituição não se firmou como mecanismo de controle do poder. Sua condição de programa político pré-estabelecido ruiu diante do decisionismo do soberano carismático, que suplantou qualquer tentativa de instituir uma política constrangida consuetudinariamente, ao mesmo tempo em que as garantias infraconstitucionais não podiam fazer frente à normatividade de uma constituição usada contra a própria cidadania¹⁸⁷. Sob a perspectiva do “novo” modelo intervencionista, o balanço apontava sobre o equívoco em se reforçar um Estado hostil a uma relação mais profícua entre direito e política¹⁸⁸. A soberania estatal que existe antes da constituição não pode ser por esta controlada, restando-lhe, quando muito, a aposta na boa vontade do Leviatã em observar as regras jurídicas colocadas pela manobra de superposição do direito à política.

Sob os escombros da guerra e diante da presença fantasmagórica do holocausto, ficou claro que a constitucionalização, por si só, de novo elenco de direitos não seria suficiente para resolver os problemas ligados à relação entre Estado e sociedade capitalista, ainda tributária de um legalismo formalista, incapaz de dar conta das novas interações sociais¹⁸⁹. A discricionariedade com que a soberania estatal conseguiu exercer seu juízo imperial para manipular as fontes legislativas e suprimir direitos do cidadão, fez com que o constitucionalismo alterasse suas premissas. A primeira delas é que a normatividade da constituição passa a ser compreendida sob uma dupla

¹⁸⁷ A supremacia constitucional foi aproveitada pelo Estado apenas para lhe dar total controle sobre a legislação através do permanente estado de emergência vigente em Weimar. Como consequência, a salvaguarda dos direitos dos cidadãos através da legislação ordinária se via frustrada por lei contrária, editada pelo representante da nação, no pleno exercício das suas competências constitucionais. Ao permitir que o soberano decidisse sobre quais leis poderiam ser opostas ao Estado, falida estava a intangibilidade dos direitos fundamentais. Nesse contexto é que se coloca a legislação nazista que excluiu os judeus do serviço público (1933); proibiu a admissão de crianças judias em escolas públicas (1937); e confiscou os bens daqueles com origem semita e os transferiu para o gentio alemão (1939). No mesmo sentido, os atos constitucionais de 1940 - que concedeu ao General Petáin poderes executivos, legislativos e judiciais - que culminaram com a supressão da liberdade de expressão através dos chamados “delitos de opiniões”.

¹⁸⁸ A República de Weimar reflete essa indecisão: era um “Estado Social” no tocante ao novo rol de direitos, mas liberal na relação que estabelecia entre constituição, soberania e Estado até a ascensão do nazismo.

¹⁸⁹ A esse respeito, ver Faria, 1994.

perspectiva. Tanto significa que as Cartas são fontes de direitos para cidadania, quanto critério de controle do Estado. Posto de outra maneira, as normas constitucionais entabulam direitos fundamentais para o cidadão, mas pela ótica estatal representam deveres para o Leviatã, que é instado não somente a respeitar a intangibilidade das garantias agora constitucionalizadas, mas a direcionar seus esforços no sentido de efetivá-las. Como consequência, as ações estatais dependem da conformidade constitucional para terem viabilidade jurídica e política. Assim, no lugar da legalidade, a *constitucionalidade* passa ser o lastro para aferição da validade das leis, atos administrativos e judiciais, contando, inclusive, com mecanismos coercitivos para garantir a integridade das novas cartas republicanas¹⁹⁰. Essa supremacia constitucional- e daí a segunda premissa – ocorre não apenas por conta da posição hierarquicamente superior da constituição no edifício jurídico, como sempre fora a tônica desde o racionalismo iluminista. A diferença é que a constituição representa também manifestação concreta da soberania popular acerca de como deve se dar a “construção do que é comum” (Montes, 1986, p. 228). O reconhecimento de que a vida política deve ser decidida pela porção “viva” da sociedade, e não pela soberania desencarnada do Leviatã, seja ele o rei-sol ou o Führer, resgata a ideia de que é a vontade de todos que legitima os parâmetros para o exercício do poder, que assume um necessário caráter democrático¹⁹¹. Como resultado, o atributo, digamos “fundacional” da constituição, é tanto político quanto jurídico. A soberania popular volta a ser poder constituinte permanente, capaz de criar o direito e a política a partir da sua vontade institucionalizada que é a constituição¹⁹². O Estado, nesse sentido, é

¹⁹⁰ As controvérsias a respeito dos limites da jurisdição constitucional serão abordadas no próximo capítulo.

¹⁹¹ Evidentemente que o novo constitucionalismo não postula uma democracia direta. Seu “povo soberano” seria representado de maneira responsiva nos canais institucionalizados de deliberação pública, organizados de acordo com o pluralismo jurídico. Por outro lado, o “povo” se faria também presente, sem intermediações, na busca judicial pela tutela dos direitos constitucionais, sem olvidar de outros instrumentos de participação direta (plebiscito, *referendum*, consultas públicas, conselhos mistos, etc.). Veremos adiante que também o Estado Social, apesar do seu constitucionalismo democrático, conseguiu aumentar a distancia entre o povo real e o povo fictício, se fechando para os impulsos vindos da cidadania. A teoria do direito, contudo, capta esse fenômeno apenas na crítica ao clientelismo da jurisdição constitucional, não tendo realizado a contento uma análise do próprio modelo de Estado e de direito, tal como a sociologia e a ciência política. Sobre uma crítica ao Estado Social, ver Habermas, 1984; sobre as limitações do discurso jurídico, ver Douzinas, 2000.

¹⁹² “El principio de la soberanía del pueblo se apoya en dos ideas: la de que el poder que ejerce el dominio político - el dominio de hombres sobre hombres - no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación

“Estado Constitucional”, isto é, Estado organizado conforme a constituição, que lhe confere, ao mesmo tempo, legitimidade política e juridicidade. Trata-se de um controle intrínseco, ligado à própria fundação estatal pela carta republicana, e não simplesmente o seu controle externo pelas regras jurídicas, segundo o típico esquema liberal de freios-contrapesos. O mandato do Leviatã passa a depender da sua adstrição aos princípios constitucionais. De tal sorte, ao contrário de Weimar, o discurso estatal deve efetivar e aprimorar o discurso constitucional, que é o discurso da cidadania. Direito e política, portanto, voltam a ser co-originários e, sobretudo, democráticos¹⁹³.

É possível perceber neste momento uma aproximação entre o constitucionalismo continental e o americano, no sentido de que a força da constituição reside menos na autoridade do soberano e mais da disposição de criar e desenvolver um projeto coletivo de sociedade. É através desse filtro “arendtiano” que deve ser entendido o atributo fundacional das novas constituições. Como explicou Shiba, falando de Hannah Arendt, mas que se aplica ao cenário pós-1945, “esses fundamentos políticos não são apenas os atos de constituição do corpo político, mas também o resultado da liberdade de ação da cidadania no propósito de dar início a algo novo e permanente” (Shiba, 2006, p. 13, tradução nossa).

Mas em qual direção se orientou os discursos constitucionais na Europa continental do pós-guerra? Na juridificação de certas “exigências morais” (Figuerola, 2005, p. 165) através de um elenco “substantivado” de direitos fundamentais. As novas cartas republicanas não se restringem a arrolar as garantias de liberdade e igualdade formais do indivíduo contra o Estado, mas estabelecem diretrizes, programas, que deverão ser desempenhados pelo Estado e exigidos pelo cidadão, no intuito de se obter maior igualdade “material, econômica e social” (Böckenförde 2002, p. 33). Repolitizado o mercado, a Constituição determina o dever do Estado de corrigir as disparidades nas relações de troca entre força de trabalho e capital, através de princípios como “democracia econômica, social e cultural”¹⁹⁴; promoção do “bem-estar e a qualidade de vida do

(legitimación), y la de que esta legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este” (Böckenförde, op. cit., p. 48).

¹⁹³ A esse respeito, ver Habermas, 1996.

¹⁹⁴ Constituição Portuguesa, 1978, art. 2º.

povo e igualdade real”¹⁹⁵, “direito ao trabalho”¹⁹⁶, “direito à segurança social”¹⁹⁷ e à “educação”¹⁹⁸, ao mesmo tempo em que avalia as pretensões do indivíduo com base nesses mesmos valores¹⁹⁹. Assim, por exemplo, não apenas o Estado deve fomentar políticas de pleno emprego, como também vedar a marginalização do trabalho feminino através de uma rede protetiva de seguridade social (licença maternidade, regras diferenciadas para aposentadoria, etc.), o que demonstra o caráter compreensivo do mandato Estatal na efetivação dos direitos²⁰⁰. Por outro lado, o pluralismo ético, moral e cultural dos cidadãos é garantido através da construção democrática de uma moralidade pública²⁰¹ que reverbera através do elenco de direitos fundamentais (liberdade religiosa, proibição de discriminação em virtude de raça, gênero, liberdade de profissão e associação, etc.) estruturados em torno da ideia de dignidade da pessoa humana. Segundo Habermas, esses direitos que espelham a autonomia e igualdade, no entanto, somente podem ser plenamente exercidos se:

Os cidadãos puderem usufruir simultaneamente de garantias acerca de níveis suficientes de independência nas suas vidas econômica e privada, e quando eles são capazes de criar suas próprias identidades pessoais nos ambientes culturais de sua livre escolha. (Habermas, 2010, p. 468)

Deste modo, os chamados direitos civis, políticos e sociais, não são percebidos como categorias estanques, como se a vida econômica não se

¹⁹⁵ Constituição Portuguesa, 1978, art. 9º.

¹⁹⁶ Constituição Italiana, 1947, art. 4º.

¹⁹⁷ Constituição Espanhola, 1978, art. 25.

¹⁹⁸ Idem, art. 27.

¹⁹⁹ Várias são as críticas ao clientelismo do Estado social habilitado pelo constitucionalismo pós-1945, cuja pauta de benesses reivindicáveis seria pré-selecionada pelo Estado, em detrimento da autodeterminação da cidadania. Todavia, o “novo” constitucionalismo não se esgota no *Welfare State* europeu, embora com ele se relacione de maneira próxima a partir de contextos históricos específicos, como o alemão e francês. Nesse sentido, como acontece em Habermas (1996), a crítica ao “Estado constitucional pós-1945”, por vezes, se confunde com a crítica ao “Estado Social”.

²⁰⁰ Como será abordado ao longo da pesquisa, ultrapassada a fase inicial de defesa do próprio caráter normativo das constituições, o desafio maior do constitucionalismo pós-1945 dirá respeito à efetividade de seu elenco substantivado de direitos fundamentais. Essa preocupação transforma o Poder Judiciário no palco principal das disputas por direitos, e com ele a crítica aos limites da jurisdição constitucional. Portanto, há a retomada do tema da democracia e da legitimidade democrática, mas agora deslocado do Parlamento e Executivo para o Judiciário.

²⁰¹ Moralidade pública ou moralidade política que para Dworkin (2007) representa a ideia de integridade do direito, uma virtude que orienta a legislação e aplicação do direito no sentido de ser obter uma deliberação que fomenta o caráter compromissório e pluralista do sistema jurídico. A esse respeito, diz Ost: “No pensamento jurídico contemporâneo é, certamente, Ronald Dworkin quem desenvolveu o tema com mais eficácia: sua concepção do “direito como integridade” não é mais que, de fato, um discurso de defesa para a fidelidade de uma comunidade política aos princípios da moralidade política, que inspiram, através do tempo, o desenvolvimento de suas normas jurídicas” (2005, p. 92).

relacionasse com a vida política, mas em permanente colaboração uns com os outros de modo a “satisfazer a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada pessoa de maneira igualitária” (Habermas, 2010, p. 469).

Dessa densificação normativa das constituições pós-guerra decorrem duas mudanças, uma de caráter política e outra quase ontológica. No primeiro caso, o “novo” constitucionalismo privilegia o poder constituinte ao *continuum* legislativo, notadamente para salvaguardar os direitos fundamentais e cláusulas pétreas de alterações ordinárias²⁰². Isso porque as normas constitucionais são consideradas qualitativamente diferentes daquelas infraconstitucionais, tanto pela posição hierárquica no ordenamento, quanto pelo efeito irradiador que possuem sobre a legislação. As disposições constitucionais passam a determinar a hermenêutica jurídica como um todo, atraindo de volta para si toda e qualquer adjudicação, que deve ser agora “conforme a constituição”, inclusive no seu aspecto negativo, ou seja, quando a omissão legislativa ou executiva comprometer a efetividade dos princípios constitucionais²⁰³. Mas não é somente isso. A supremacia da constituição vai além do aspecto jurídico. Também do ponto de vista político, as novas Cartas representam a celebração do poder constituinte do “povo soberano”, uma reconfiguração democrática e não mitológica do que era até então quase que exclusivamente vontade estatal. Essa energia deliberativa recupera, em certa medida, os ideais de autodeterminação revolucionários, todavia, em uma versão mais institucionalizada e compromissória do *constitution making*. O mito da soberania popular²⁰⁴ abandona sua ficção oníbarcante para abrir caminho para uma representação política submetida ao controle social, ao mesmo tempo em que prevê *inputs* diretos da cidadania no processo constituinte.

Como desdobramento da sua excepcionalidade jurídica e política, as Cartas pós-1945 acabam possuindo um caráter aparentemente contramajoritário. Isso porque uma das suas principais funções é colocar obstáculos frente ao legislador

²⁰² “[...] a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos não opera somente no momento em que se estabelece a Constituição. A vontade e a racionalidade do poder constituinte objetivado na Constituição não só funda a Constituição na sua origem, mas fundamenta permanentemente a ordem jurídica estatal e pressupõe um limite à potestatividade do legislador” (Tribunal Constitucional espanhol, STC 76/1983, apud Fioravanti, 2001, p. 161, tradução nossa).

²⁰³ São exemplos a ação declaratória de constitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a ação de descumprimento de preceito fundamental previstas pela Carta de 1988.

²⁰⁴ O caráter mitológico da soberania popular não se destina apenas a funcionar como uma ficção heurística para o exercício do poder, como entendeu Kelsen. Essa batalha do povo real para se aproximar do povo fictício é justamente o que impulsiona a democracia. Sobre o simbolismo democrático da soberania popular, ver Morgan, op. cit., p. 306.

ordinário naquilo que for contrário às disposições constitucionais. Assim, segundo o raciocínio corrente, a supremacia constitucional significaria a oportunidade dos “direitos” triunfarem sobre a “soberania popular”, que seria, por assim dizer, domesticada. Todavia, essa valorização do povo-constituente em detrimento do povo-legislador, nada mais faz do que reconhecer a maior qualidade deliberativa do discurso constitucional. Nesse sentido, se há sempre uma distância entre povo real e povo fictício, no processo constituinte ela diminui, circunstância que justamente lhe confere maior legitimidade política. Logo, a supremacia da constituição e dos seus direitos fundamentais é também soberania popular, porém, mobilizada enquanto poder constituinte e não como legislador ordinário.

A tensão entre direitos fundamentais e soberania somente faria sentido se analisada dentro do próprio discurso constitucional. Nesse contexto, a pergunta seria: a soberania popular constituinte é limitada de antemão por um sistema de direitos suprapositivo? A resposta depende do grau de desconfiança que se atribuiu à vontade da maioria. No caso da Europa continental, em especial a Alemanha, as constituições pós-1945 foram marcadas pela necessidade de se construir um sistema de direitos que protegesse o cidadão da política, inclusive a política constituinte. Encabeçando as salvaguardas de defesa, estariam as várias versões do princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁵, considerada não como “produto político do parlamento [constituente], mas como algo a ser redescoberto como pré-existente e universal” (Möllers, 2009, p. 419, comentário nosso). Expressando assim um comando moral juridificado, de raiz cristã e reverberando a filosofia kantiana, a dignidade da pessoa humana se colocaria como um bastião substantivo do indivíduo contra uma política que falhou em respeitar o que há de distintivo na natureza humana: sua condição de sujeito moral²⁰⁶. Logo, contra uma possível tirania da maioria, o direito absoluto, de fundamento extrajurídico e extrapolítico, de ter preservada a dignidade humana e seus desdobramentos:

²⁰⁵ Sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional comparado, ver Frota, 2005; Barroso, 2012.

²⁰⁶ “[...] but I believe the connection between dignity and rank was not lost with the triumph of the more egalitarian idea. What happened was that the idea of general human dignity associated itself the notion that humans as such were a high-ranking species, called to a special vocation in the world, and that in a sense each of us was to be regarded as endowed with a certain nobility or royalty, each of us was to be regarded as a creature of a high rank. High rank was generalized rather than being simply repudiated” (Waldron, 2012, p. 1119).

liberdade, igualdade, direito ao trabalho, à saúde, educação, etc.²⁰⁷ O raciocínio é claro: o conflito próprio da política deveria ser balizado pela racionalidade dos direitos e seu apelo à “essência” humana²⁰⁸. A soberania popular não poderia ir além da fronteira da sua própria dignidade jurídico-moral²⁰⁹, circunstância que submeteu a racionalidade pública à dignidade do indivíduo, engajando a coletividade em um compromisso de defesa material da humanidade do seu cidadão²¹⁰.

Sem nos alongarmos nessa questão, a absolutização da dignidade humana no período pós-1945 acaba por criar um valor *a priori* constitucional, que fica paradoxalmente fora da constituição e do seu sistema de direitos. Essa compreensão omniabarcante cria uma contradição na qual o suposto super-princípio se torna dependente do sistema de direitos que procura assegurar, correndo o risco de ser isolado como mera *raison d’être* de cunho moral (Enders, 2010).

Por outro lado, essa hermenêutica constitucional de defesa teve o condão de tornar vacilante a própria concepção robusta de democracia recuperada após as experiências totalitárias. Reduzida à vontade da maioria, a democracia precisaria ser virtualmente “controlada” pelo extenso elenco de direitos fundamentais. Miopia que cobrará seu preço quando a soberania estatal não tiver mais interesse em

²⁰⁷ O Tribunal Constitucional alemão considera a dignidade humana como o núcleo da maioria dos direitos fundamentais e o fundamento para o sistema de direitos. Todavia, ao mesmo tempo, a dignidade humana é considerada um direito constitucional (e não uma justificativa política), reivindicável judicialmente de maneira “pura”, porém, com escopo bastante reduzido. Como resultado do primeiro sentido, os direitos fundamentais “específicos” poderiam ser constrangidos por outros direitos constitucionais conquanto fosse mantido o núcleo da dignidade humana, que funcionaria, assim, como limite objetivo à ponderação entre direitos constitucionais, conforme entendimento da Corte alemã. A esse respeito, ver Bendor e Sachs, 2011.

²⁰⁸ Constituição da Alemanha: “Art. 2º. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues PDF.pdf>, acesso em 13/12/2014.

²⁰⁹ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana segundo a interpretação do Tribunal Constitucional alemão, diz Möllers: “[...] the dominant conception of Article 1 as represented by the Constitutional Court, still contains the following features: It presents human dignity as a legal version of a moral guarantee, with explicit reference to Kant’s moral, not to his legal philosophy. It constructs human dignity as a subjective right which is meaningful for all other basic rights and such that it cannot be *abri*. It constructs human dignity as an absolute right that cannot be balanced against other rights and it interprets human dignity as a minimum guarantee that is characteristic of all constitutional democracies” (op. cit. p. 423). O próprio autor irá expor as contradições da Corte alemã, que, ao mesmo tempo em que absolutiza a dignidade humana, acaba por balanceá-la na relação com outros direitos.

²¹⁰ E por isso, também é um projeto cívico organizado a partir das necessidades do indivíduo. Não há no constitucionalismo pós-1945 o republicanismo virtuoso de Rousseau, a co-originalidade da política e do direito no momento fundacional da constituinte é minorado por uma desconfiança residual quanto à ulterior práxis política.

juridificar a dignidade humana com o mesmo ímpeto do pós-guerra. Como Möllers coloca, não se consegue perceber que a democracia deve se relacionar com a dignidade humana de uma maneira positiva²¹¹. Isto é, o abuso majoritário não seria apenas uma violação aos direitos humanos, mas também do próprio princípio democrático (2009, p. 427-428). A esse respeito, completa ele:

[...] the very act of constitution making took place in a democratic situation that required the mutual recognition of all members of the Parliamentary Council as reasonable and deliberative persons. In this act of recognition we may observe the original fusion of democracy and human dignity. Participants of the constitutional deliberation had to recognize each other as reasonable and open to deliberation, otherwise their participation as a congregation would have been without sense. The mutual promise of human dignity in the text of the constitution is the explicit generalization of this implicit mutual recognition. The democratic act of constitutional law giving has a more specific relation to human dignity than other provisions of the Basic Law. Analytically this means that human dignity is a prerequisite for both: the democratic process and the use of basic rights. Both depend on the ability to make reasoned decisions and to be free; these are the abilities that are specifically protected by the guarantee of human dignity. Such an assumption of freedom is normative and is in our context independent from the scientific doubts about free decision-making. This interpretation is closer to Kant's legal philosophy than to his moral philosophy (Ibidem, p. 431-432).

Todavia, passado o período imediato do pós-guerra, ou, como no caso da península ibérica, o período pós-redemocratização, a substantivação de direitos fundamentais passou a ser percebida menos como mecanismo de defesa contra maiorias antirrepublicanas, e mais como a via de acesso da cidadania à realização dos projetos pessoais e coletivos, em esquemas mais ou menos emancipatórios, a depender da autonomia com que o Estado determinou as pautas públicas e o próprio regime de concessão de direitos. Dentro dessa ótica, é possível perceber dois grandes fluxos.

O primeiro, de consolidação do Estado de Bem-Estar Social e “suas ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais” (Vianna et al., 2007, p. 40), utilizando o direito de modo a intervir no trabalho e nos padrões de redistribuição de riquezas. O processo funcionou

²¹¹ Este problema seria um dos desdobramentos da co-originalidade entre direito e política no Estado democrático de direito, defendida por Habermas (1996). Segundo ele: “These perspectives broaden when we introduce the idea of the constitutional state. From rights we move over to a constitutionally organized authority whose exercise is supposed to be bound to legitimate law. Once law is reflexively applied to the political power it tacitly presupposes, of course, the tension between facticity and validity shifts to another dimension: it reappears in constitutionally organized political power itself. State power is based on a threat of sanctions backed by instruments of force held in reserve; at the same time, however, it is authorized by legitimate law” (1996, p. 136).

genericamente transferindo parcialmente os bônus de um crescimento econômico potencializado pela intervenção do Estado para programas de recomposição dos danos capitalistas: mais atividade econômica, mais impostos, mais programas sociais. Os cidadãos são agraciados com políticas públicas de distribuição de tempo e dinheiro: menores jornadas de trabalho, condições mínimas de segurança e salubridade, instituições públicas para atendimento às demandas de saúde e educação, previdência social, fomento ao pleno emprego, etc. Com toda essa ação interventora, aumenta-se a qualidade de vida do cidadão, e, na esteira, o seu contentamento com o Estado e sua política de efetivação das garantias constitucionais, que é, por assim dizer, “estatizada”.

Em um cenário de crescimento econômico e distribuição de bens, a validação plebiscitária da eficiência da Administração é facilmente obtida, assim como o simbolismo da experimentação de direitos sociais criados pelo constituinte popular. Todavia, a luta do “povo soberano” pela determinação dos rumos da sociedade é esvaziada pela disputa por uma maior distribuição de bens e alargamento da base dos agraciados com a proteção estatal, deixando de fora os parâmetros para o próprio estabelecimento de uma agenda pública de mudança social pela e para a cidadania, conforme a célebre crítica da teoria social alemã²¹². A normatividade da constituição é eclipsada pela *expertise* dos gestores públicos.

O segundo fluxo se estabelece na crise do Estado social e da sua forma clientelista de se relacionar com a sociedade civil. Na virada da década de 80 do século XX²¹³, a diminuição das margens de lucro, dos níveis e perfil de consumo e renda²¹⁴, das taxas de emprego, etc., colocou o Estado Social sob um impasse: se a fonte de recursos que alimentava os programas distributivos diminuiu, como mantê-los, num momento em que a pressão pela assistência estatal era ainda maior? Na seletividade que lhe foi peculiar, o *Welfare State* decidiu restringir seu assistencialismo, iniciando o desmonte de parte de suas grandes instituições distributivas como a previdência e serviços públicos, de modo a não onerar a empresa capitalista.

²¹² Nesse sentido, ver Offe (1984) e Habermas (1984).

²¹³ Desencadeada pelos choques no mercado de petróleo a partir de 1973.

²¹⁴ Crescimento maior do setor de serviços ao invés da indústria e a procura de novos produtos que não se encaixam na categoria de bens duráveis (automóveis, eletrodomésticos, etc.).

Desconstitucionalização e desregulamentação²¹⁵ eram a posologia daqueles que identificavam a crise do Estado interventor e do seu modelo de capitalismo como uma crise do próprio constitucionalismo democrático. O problema do Estado de Bem Estar estaria na sua Constituição que oferecia mais direitos do que a economia poderia suportar, gerando prejuízos que seriam “coletivos”, segundo a retórica do novo liberalismo.

Frustrada com a captura do projeto constitucional pela soberania estatal, a cidadania reagiu questionando a guinada minimalista da Administração Pública quanto à efetivação dos direitos fundamentais²¹⁶, vistos agora pelo Estado como programas contingenciáveis, sujeitos à disponibilidade dos recursos públicos, e, mais ainda, sacrificáveis em nome do crescimento da economia capitalista²¹⁷. Greves, protestos, e, o que mais nos interessa nessa pesquisa, a reinvidicação judicial da fruição dos direitos foram os mecanismos, nem sempre bem sucedidos, para que a cidadania pudesse fazer valer o compromisso constitucional de se implementar uma sociedade materialmente mais justa.

Paralelamente, desde o fim da década de 60 do século XX, toda uma contracultura de cidadãos não incluídos no esquema de distribuição passou a pressionar a esfera pública e seus canais institucionalizados pelo reconhecimento das suas demandas por identidade e concepções de vida próprias: homossexuais, feministas, ecologistas, hippies, etc. Suas propostas tinham em comum o desafio à ciranda distributiva, e a exposição das premissas políticas de uma cidadania que

²¹⁵ “A ‘desconstitucionalização’ de matérias em nome de uma ‘desestadualização’ e ‘desregulamentação’ mostra as consequências a que uma apressada crítica contra a juridicização conduz: aquela – a desestadualização – propõe a substituição da normatividade constitucional pela ‘economicização da política’ e da vinculação jurídica do sistema político pelas ‘leis económicas’; esta – a desregulamentação – pede a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos para tornar mais claudicante o estatuto político-social já alcançado (direitos dos trabalhadores, medidas sociais, garantias de qualidade de vida)” (Canotilho, 1994, p. 471, apud Bercovici, 1999, p. 39-40).

²¹⁶ Como será adiante desenvolvido, a mobilização do direito pela cidadania para se defender contra a obstrução dos direitos fundamentais pelo Estado não diz respeito apenas aos direitos sociais, mas também à liberdade de expressão, ao devido processo legal, direitos ditos de primeira geração, mas ameaçados pelas recentes legislações antiprotesto na Espanha e Brasil.

²¹⁷ Nas palavras de Margareth Thatcher, o cidadão não poderia ser exonerado do dever de saber cuidar de si mesmo: “Again and again, denationalization has brought greater motivation to managers and workforce, higher profits and rising investment, and what is more, many in industry now have a share in the firm for which they work. We Conservatives want every owner to be an earner and every earner to be an owner [...] Those politicians overlooked the warning in that Paper that government action must not weaken personal enterprise or exonerate the citizen from the duty of fending for himself. They disregarded the advice that wages must be related to productivity and above all, they neglected the warning that without a rising standard of industrial efficiency, you cannot achieve a high level of employment combined with a rising standard of living” (1984, disponível em <http://www.margareththatcher.org/document/105763>, acesso em 15/12/2014, grifo nosso).

fora monetarizada e esvaziada. Com a crise do *Welfare State*, a negativa do Estado em considerar essas reivindicações como legítimas foi usada pela contracultura como ferramenta de desvelo do filtro tecnocrático sobre a pauta política. Tornou-se possível demonstrar exatamente o quão distorcido pela soberania estatal foi o conceito de “público”: somente as questões que envolviam quantidade de distribuição de tempo e dinheiro para cidadãos com papéis econômicos considerados relevantes pela Administração. Aqueles que não se encaixavam no esquema, pois: não queriam distribuição, não aceitavam as funções que a tecnocracia lhes atribuía, não tinham suas premissas de reconhecimento aceitas como questões maiores de redefinição dos conceitos de sociedade, personalidade e cultura, usaram os déficits de reprodução material da sociedade capitalista para mostrar também os déficits de reprodução simbólica, ambos com implicações para a democracia e para o constitucionalismo. Este teve que lidar com o pluralismo da sua sociedade. O “povo real” era fragmentado, de maneira que a democracia constitucional deveria abandonar sua presunção de homogeneidade ético-cultural e garantir o igual respeito e consideração às múltiplas identidades, que não eram definidas pela sua posição nas relações de produção.

Seja como for, em ambos os fluxos – Estado Social e reação antineoliberal e multicultural - é possível perceber a utilização do potencial racionalizador do direito. Com efeito, foi confiada à norma a tarefa de mediar as relações entre capital e trabalho, criando os mecanismos de pacificação social através da redistribuição de bens, ou, noutra ponta, assegurar a existência digna da cidadania e suas múltiplas identidades, ainda que na contramão de políticas públicas pouco garantistas.

Como desdobramento do constitucionalismo pós-1945, as características do sistema jurídico se alteram. Sua função deixa de ser adstrita à resolução de conflitos entre particulares e assume o finalismo político de um Estado que possui uma pauta interventora, ou de uma cidadania que resiste a ela, propondo uma nova agenda “popularizada” a partir da defesa da constituição. Esta é a alteração “ontológica” que mencionamos anteriormente: o sistema jurídico passa a possuir uma racionalidade também teleológica.

Por conta dessa nova atitude performática, os critérios de legitimação do direito ultrapassam o positivismo da remissão à fonte competente (em termos formais) e o respeito à autonomia privada (em termos substantivos). A

legitimidade no contexto pós-1945²¹⁸ vai além do formalismo, e se mede também pelos “resultados sociais que atinge pela regulação” (Teubner, 1987, p. 15). Nesse contexto, a própria validade da norma fica condicionada ao sucesso com que molda a realidade social, sob pena de revogação tácita ou explícita²¹⁹.

Esse direito, agora materializado em políticas públicas, regulação das atividades empresariais, etc., não preenche mais todos os requisitos do dueto clássico liberal: generalidade e abstração. Muitos dos programas de distribuição se amparam em normas dirigidas a auditórios e efeitos específicos: redução do período contributivo para determinada categoria de trabalhadores em virtude das peculiaridades profissionais, programas de inserção de jovens no mercado de trabalho, auxílio desemprego por um maior período para regiões atingidas por calamidades públicas, são alguns dos exemplos.

Da mesma maneira, a luta da cidadania por reconhecimento significa se movimentar entre os pleitos que buscam a exceção à generalidade e abstração da lei, e aqueles que procuram ampliar o significado original dos direitos para dar conta da diversidade identitária que compõe a própria cidadania²²⁰.

O que todas essas movimentações têm em comum é o caráter teleológico do direito (Ibidem, p. 16): a sua necessidade de atingir a finalidade concebida pelo Estado ou pela cidadania²²¹. Daí o motivo pelo qual o sistema jurídico ter assumido sua feição prospectiva, isto é, procura ele, primordialmente, fomentar

²¹⁸ Weber já havia identificado o fenômeno da materialização do direito ainda nas primeiras décadas do século XX, um dos fatores, segundo ele, para o desencantamento da modernidade. Todavia, o pós-guerra trouxe a novidade da constitucionalização desse direito performático.

²¹⁹ Talvez o episódio da Lei Seca nos EUA (1920-1933) seja um dos exemplos embrionários de legitimação teleológica do direito: incapaz de eliminar os efeitos negativos da comercialização e ingestão de álcool para os quais foi criada, a Lei Seca acarretou justamente o seu contrário: incentivo à produção e à distribuição clandestinas, violência, corrupção, e, por fim, a incapacidade de alterar a mentalidade dos cidadãos americanos quanto à negatividade do consumo do álcool. A emenda constitucional que aboliu a Lei Seca foi a que mais rápido tramitou na história americana (menos de um ano).

²²⁰ Para exemplificar, a batalha recente de pacientes pelo direito de utilizar substâncias entorpecentes ilícitas para o tratamento médico. Já o movimento LGBT busca justamente a extensão do conceito de casamento para incluir pessoas do mesmo sexo à luz do princípio da igualdade. A própria unidade da soberania é abandonada ao se reconhecer as diferentes nacionalidades presentes num Estado que se torna plurinacional, como no caso da Bolívia e do Equador.

²²¹ Apesar da literatura sobre o tema da juridificação privilegiar o uso do direito materializado pelo Estado interventor, não há uma correlação necessária entre este fenômeno social e o ator estatal. Também a cidadania faz uso da teleologia jurídica. Basta lembrar a judicialização do acesso à saúde no Brasil. Estas demandas judiciais alteram a própria lista de medicamentos considerados protocolares pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

comportamentos futuros, ao invés de penalizar comportamentos passados, aproximando os direitos às políticas públicas e o legislador ao juiz.

O problema dessa guinada ontológica é quando a teleologia do Estado substitui ou concorre com a racionalidade pública, substantivada nos princípios das constituições democráticas. Para esses casos, os fins almejados pela soberania estatal se tornam autônomos em relação ao programa constitucional²²². Para que isso ocorra, a própria noção de público é corrompida e reduzida à vontade estatal, em um raciocínio que identifica a coletividade do agente com a publicidade da sua agenda civilizatória. Esse mascaramento ideológico estatiza a efetivação dos direitos, que passam a ser subordinados à discricionariedade da Administração acerca dos conteúdos sobre o “bom”, “justo”, “eficiente” ou “proporcional”. O resultado é o monopólio do Estado na vocalização dos compromissos constitucionais, que ficam a depender da sua tradução acerca do real significado da “vontade constituinte”, reduzida, por conseguinte, a um episódio histórico de mobilização popular, cuja pseudo-atualização ficaria sujeita à cognição hierárquica e vinculante da instituição.

Nossa análise, contudo, não deve ser tomada como um vaticínio pessimista. Trata-se apenas de apontar que o caráter democrático do constitucionalismo não depende exclusivamente da sua gênese. A chamada “força do direito”²²³ reside menos no momento fundacional da constituinte, e mais na *possibilidade* de uma práxis “constitucionalizante”, isto é, no balizamento constante das interações republicanas pelos compromissos constitucionais democráticos²²⁴. Essa atividade não é estática, como se fosse uma arqueologia do saber dos *founding fathers*, tampouco necessita de figuras oraculares que revelem ao povo real o que o “povo fictício” quis dizer quanto aos limites do projeto “do comum”. Ao contrário, a práxis constitucional é primordialmente empoderamento político e jurídico da cidadania, que fazendo uso dos seus direitos e da sua condição de *zoo politikon*

²²² “A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados” (Bercovici, 1999, p. 40).

²²³ Ver Bouretz, 1991.

²²⁴ “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis” (Hesse, 1991, p. 08).

reinterpreta os conteúdos da Carta a partir de necessidades históricas concretas²²⁵. Esse exercício de autodeterminação, ao mesmo tempo pública e privada, é o próprio *continuum* democrático, agora estruturado em torno da hermenêutica constitucional.

Fica claro que o constitucionalismo pós-1945 representa a *possibilidade* da cidadania estabelecer um “processo de aprendizado falível no qual ela gradualmente supera sua inabilidade de se engajar numa reflexão normativa acerca de si mesma”²²⁶, na medida em que coletiviza os processos de atribuição de sentido às experiências republicanas. E os motivos para essa oportunidade de autorreflexão advêm dialeticamente dos próprios mecanismos de captura da soberania popular pela soberania estatal.

Com efeito, diferentemente de outras experimentações modernas, o normativismo das constituições pós-1945 acelerou a juridificação da sociedade, na medida em que expandiu o direito para áreas até então imunes à disciplina jurídica²²⁷. Como consequência, as eventuais insatisfações da cidadania passaram a ser traduzidas como falta ou excesso de direitos, a demandar uma reação também juridificada: a disputa pela reconfiguração das garantias constitucionais de acordo com os anseios da sociedade civil e não do Estado ou das corporações capitalistas. Daí a pressão do cidadão sobre o Poder Judiciário acerca do conteúdo dos princípios constitucionais, bem como sobre o Legislativo e Executivo no tocante à pró-atividade na efetivação das normas garantistas. É por isso que se fala em “retorno do direito” (Bouretz, 1991), que nada mais é do que a batalha política da cidadania para determinar o sentido da constituição, usando as mesmas armas dos que querem privatizar sua cognição. Todavia, ao fazê-lo, inverte-se o sentido da dominação, transformando o direito em instrumento de emancipação

²²⁵ Hesse (1991) afirma que a força normativa da constituição é o próprio limite das mutações constitucionais. Enquanto houver “vontade de constituição” o sentido constitucional pode e deve ser alterado para que se mantenha democrático.

²²⁶ Habermas citando livremente Ulrich Preuss (1996, p. 444, tradução nossa).

²²⁷ “A expressão ‘juridificação’ se refere genericamente à tendência em direção ao crescimento do direito formal (ou positivo, escrito), que pode ser observado nas sociedades modernas. Nós podemos aqui distinguir entre a expansão do direito, que é a regulação legal de novas questões sociais, até então informalmente regulados, do aumento de densidade do direito, que é a decomposição especificadora de questões globais de fatos legais relevantes em regulações ainda mais detalhadas” (Habermas, 1984, v. 2, p. 357).

política²²⁸. Subtraída do personalismo do soberano e “publicizada” enquanto práxis republicana cotidiana, a hermenêutica constitucional organizada a partir dos impulsos da cidadania pode se converter em poder constituinte permanente, colocando no lugar das grandes utopias e dos grandes intérpretes o potencial duradouro de reinvenção “do comum” pela democracia²²⁹.

Nota-se que essa juridificação “virtuosa” não é homogênea, antes representando a reação entrincheirada da cidadania contra a tentativa sistemática da soberania estatal de privatizar o discurso constitucional através da apropriação da racionalidade pública²³⁰. Entretanto, a persistência no posicionamento político altaneiro através do direito gera um aprendizado cívico que pode ser coletivizado²³¹. Não está aqui se falando da aclamação histórica do constitucionalismo democrático, mas a sedimentação de uma “vontade de constituição”, como dizia Hesse (1991). Isto é, a disposição política de canalizar para o discurso constitucional tanto a solução dos conflitos sociais como os vetores da modernização. Trata-se de um projeto normativo que parte da cidadania, no qual a “Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (Hesse, 1991, p. 03), justamente porque possui uma pretensão de eficácia em relação à realidade. Todavia, apesar do seu caráter idealizante, a “vontade de constituição” é sempre histórica e culturalmente contextualizada, o que significa dizer que a normatividade dialoga com a factualidade, sendo “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela” (Ibidem, p. 04).

A teoria constitucional contemporânea percebeu isso muito bem, inclusive para tematizar sua condição simultânea de observador científico e de participante do jogo político²³². Ao ter como objeto de análise o fenômeno do

²²⁸ A estratégia é, sobretudo, política: impedir que apenas a soberania estatal desconectada do povo real avoque-se como porta-voz do povo fictício, isto é, a soberania popular reduzida à subterfúgio heurístico para a fundação do Estado.

²²⁹ “Consequência singular do colapso da grande utopia singular igualitarista é, doravante, o encargo conferido à democracia de ter que provar sua capacidade de assumir suas promessas de igualdade” (Bouretz, op. cit., p.15).

²³⁰ Flexibilização do regime de trabalho, cortes nos benefícios de amparo ao emprego - e todas as demais “verdades” do Consenso de Washington - instituição de processos administrativos e judiciais infensos ao contraditório e à ampla defesa e cerceamento da liberdade de expressão, são alguns exemplos.

²³¹ Habermas chama esse fenômeno de “patriotismo constitucional”, uma versão pluralista do civismo ético rousseuniano. A esse respeito, ver Cittadino, 2004, p. 178.

²³² “Daí que se deriva, tanto para a cultura jurídica quanto para a jurisdição, uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica, desconhecidas para a razão jurídica própria do velho

constitucionalismo – e não somente a constituição - o jurista se depara com a circunstância de que teoria e práxis se inter-relacionam, na medida em que as constituições democráticas são um “dever ser” historicamente situado, logo, também dotadas de uma factualidade que impede a remissão a uma utopia supra-histórica ou substantiva, como no caso do Estado hegeliano ou do positivismo filosófico. Tampouco aceita agentes hercúleos e demiúrgicos, inclusive o “povo-fictício”, “*we, the people*”, cuja homogeneidade e unidade servem à alienação do projeto constitucional do povo real, fragmentado, histórico e plural²³³.

A idealidade constitucional é um compromisso pragmático e histórico: o engajamento político com a democracia. Não no sentido plebiscitário, mas enquanto processo de integração social através do jogo pluralista de significação provisória e falível dos rumos civilizatórios. A democracia constitucional não é uma forma que permanece a mesma ao longo do tempo, mas “que se mantém como uma promessa feita” (Garapon, 1999, p. 181). E por esse motivo os parâmetros de sucesso do constitucionalismo se alteram. Não se trata de comparar o quanto de realidade foi modificada pela normatividade, mas sim, o quanto ela resiste em abandonar sua pretensão de validade e eficácia, a despeito de uma suposta aridez dos fatos²³⁴. Em outras palavras, significa dizer o quanto a constituição se sustenta como promessa de refundação contínua da república a partir do empenho normativo da cidadania. Esse compromisso não está atrelado a uma moralidade pública imutável que, por sua vez, seria contrastada a uma realidade sempre aquém dos ideais civilizatórios. Os princípios constitucionais são eles mesmos contingentes e históricos. O que pode permanecer “perene” é a “vontade de constituição”, isto é, a disposição de organizar democraticamente as demandas da sociedade e do Estado.

Deste modo, por conta do seu caráter pragmático, “conhecer” a constituição implica, ao mesmo tempo, expressar os rumos que deve tomar a *Wille zur Verfassung*²³⁵. Como qualquer linguagem, não é possível simplesmente descrever a constituição e não tomar parte deste diálogo público. A teoria constitucional é sempre hermenêutica constitucional, não muito distante da apropriação que a

juspositivismo formalista: o apontamento das antinomias e das lacunas, e a promoção da sua superação por meio das garantias existentes, ou a proteção das garantias que faltem” (Ferrajoli, 2003, p. 18-19, tradução nossa)

²³³ Ver Oliveira, 2010.

²³⁴ É o que Habermas (1996) chama de expectativa contrafática.

²³⁵ Vontade de constituição.

cidadania faz da Carta, que também é normativa e prospectiva. O contrário também é verdadeiro. Também a cidadania, ao se engajar no projeto constitucional, determina seus próprios vetores civilizatórios, que são, por assim dizer, democratizados, retirando da *intelligentsia* o mandato aristocrático de conceber o moderno. Esta se torna mais uma interlocutora na grande arena de deliberação pública que é uma hermenêutica constitucional democratizada.

Desapegado do discurso técnico e inundando as relações sociais como ferramenta para uma práxis pública de autodeterminação política, o direito se coloca como possibilidade para a manutenção de um permanente diálogo constitucional pela e para a cidadania. É possível a dispensa, portanto, da deformidade permanente do “Hércules quasímado”.

3.3 A dialética da redemocratização brasileira

As inflexões do constitucionalismo abordadas na seção anterior apontam que a tríade composta pela soberania popular, Estado e Constituição, comporta muito mais nuances que as leituras lineares do progresso moderno são capazes de conceber. Assim, se por um lado a retrospectiva liberal valoriza a herança jacobina para escamotear o constitucionalismo termidoriano²³⁶, de outro, o “novo” constitucionalismo faz vista grossa às tentativas, por vezes bem sucedidas, da soberania estatal de monopolizar o discurso constitucional, malgrado a normatividade dos direitos fundamentais e seu princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo foi indicar que a qualidade democrática do constitucionalismo depende menos de atos de fundação mitológicos, e mais da práxis republicana de reafirmação da soberania popular pela reivindicação cotidiana dos seus direitos. Desta maneira, a figura monolítica do povo homogêneo cederia seu lugar para uma cidadania plural, que não podendo concordar sobre interesses e valores, constroem paradoxalmente uma unidade a partir de um discurso constitucional,

²³⁶ O Termidor (1794) é o nome dado à reação da grande burguesia girondina contra a pequena burguesia jacobina. Trata-se de um movimento contra-revolucionário, destinado a neutralizar a “tirania da maioria” e instituir um governo da razão, a ser exercido pelos mais capazes, de acordo com a formulações de Guizot. O Termidor marca a captura da soberania popular pela soberania estatal, sacralizada pelo sistema de representação burguês e seu Diretório. Segundo Furet, “las circunstancias obligan a rehabilitar lo "legal" en detrimento de lo "revolucionario", haciendo reaparecer la ambición de inscribir la Revolución en la ley, por la Constitución del año III” (1998).

isto é, uma pragmática de encaminhamento das diferenças, que empodera politicamente no seu caminho os próprios participantes.

Essa ideia de “patriotismo constitucional”, delineada por Habermas (1996), não necessita da herança francesa, todavia, traz um tom de crítica especial para uma tradição que fez grande aposta na igualdade, sob o preço de ter ocultado sob categorias universais a parcialidade dos seus critérios de seleção. Nesse sentido, a apropriação da parte pelo todo, seja pela sagacidade da soberania estatal, seja pelo romantismo ético contida na concepção de “povo soberano”, tornou o constitucionalismo continental particularmente susceptível aos usos excludentes da norma jurídica.

Rebento dessa metafísica racionalista, esta seção discutirá especificamente como o Brasil conseguiu canalizar de maneira construtiva as ambiguidades da tradição continental, de maneira a gestar também aqui um constitucionalismo democrático a partir de um cenário de desolação ditatorial.

Embalado pelos movimentos de redemocratização na América Latina e Península Ibérica a partir do final dos anos 70 do século passado, cujas lutas em prol de um sistema de direitos que fosse capaz de garantir o respeito às liberdades individuais e aos direitos de participação política efetiva, o Brasil chegou à Constituição de 1988 disposto a, definitivamente, deixar para trás seu último ciclo autoritário. Não se tratava, naquele momento, de afastar o fantasma da exceção, como o fora para a Alemanha pós-nazismo, mas a própria usurpação do poder constituinte pelo “Comando Supremo da Revolução”. A luta pela redemocratização, nesse sentido, significou o estabelecimento pela cidadania de um novo projeto de sociedade, eliminando seus malfadados prepostos e decretando o fim de uma regência ancorada em duvidosos motivos de urgência.

O resultado desta mobilização foi uma constituição impregnada de princípios de moralidade política e encarada como um plano de ação para a efetiva implantação dos valores democráticos presentes em seu texto. A questão não era somente elencar direitos, mas principalmente realizá-los na experiência republicana, de modo a evitar um novo aprisionamento da soberania popular pela falácia da defesa da ordem. E foi por isso que dentre os dispositivos constitucionais foram previstas políticas públicas de acesso à saúde, educação e cultura; princípios que albergavam o pluralismo político, étnico-racial e religioso,

bem como instrumentos processuais para o acesso do cidadão à plena vivência democrática que a Carta de 1988 procurava naquele momento estabelecer.

Tratou-se de um enorme feito da sociedade brasileira, porém, não menos cheio de matizes, como é próprio das lutas políticas, sob pena de se converter em discurso unilateral de vencedores ou vencidos. As interações entre as forças políticas responsáveis pela redemocratização brasileira não foram apenas contraditórias, como se houvesse um desvio *gauche* a lhes conferir mácula permanente, mas fundamentalmente dialéticas, nas quais a presença de determinado antagonista transformou ambos opositores, criando pela diferença uma unidade que passou a existir pela interação com o “outro”. Assim, o que interessa no estudo da redemocratização é o processo em si, isto é, como se deu a dinâmica entre forças autoritárias e democráticas (e todas as gradações entre elas), cujo resultado não foi um produto acabado, algo que possa ser objeto de posse, mas a própria interação republicana, que seria reavivada a partir da constituinte. O desafio é entender como a relação dialética entre forças políticas imediatamente antagônicas gerou um movimento democrático que tem se autossustentado por 27 anos através da Carta de 1988. Se houve o triunfo da democracia, essa vitória deve se compreendida como disposição para uma “luta que não acaba”²³⁷. É como enfrentamento do lado barbárie da civilização²³⁸ que a democracia se afirma enquanto projeto de emancipação de verdades absolutas e estrangeiras, apostando na incerteza da permanente redefinição do seu próprio “destino” através do compromisso com a Constituição.

3.3.1 Constitucionalismo autoritário

Elemento fundamental para assimilar essa passagem dialética, o direito nos fornece em primeira mão a lógica estruturante por detrás da arquitetura política do Regime Militar, que, ao mesmo tempo em que dispensou a legitimidade dos consensos normativos da democracia liberal, se viu impelido a resgatar a potência criativa da nação e seu poder constituinte para que não se esgotasse na factualidade da coerção.

²³⁷ Rosanvallon, 2012.

²³⁸ Expressão de Gildo Marçal Brandão, 2007.

É dentro desse contexto que o “Comando Supremo da Revolução”²³⁹ edita o Ato Institucional nº 01, em 09 de abril de 1964, após a deposição do presidente eleito João Goulart concomitantemente às perseguições e expurgos nos quadros do funcionalismo público, casas legislativas, ou mesmo das próprias Forças Armadas. Apesar do seu iminente caráter de autojustificação política do golpe, o primeiro ato da Junta Militar²⁴⁰ vai além da simples propaganda e estabelece uma nova concepção de constitucionalismo, distinta do intervencionismo liberal da Constituição de 1946, porém, não menos juridificado.

A manobra é complexa e nada ingênua. Elaborado por Francisco Campos, principal jurista do Estado Novo e ex-ministro da Justiça de Getúlio Vargas, o libelo do golpe deveria encarar sua ilegalidade em relação à ordem constituída se descolando dela enquanto fundamento do poder. Daí a necessidade de um novo começo, dito revolucionário, mas que acima de tudo inovava mediante a ideia de uma soberania permanentemente delegada²⁴¹. Esta seria “popular” apenas em relação ao mandante, o povo fictício. Todavia, paradoxalmente, transferia *ad eternum* o poder constituinte ao novo mandatário, porque igualmente perene seria a própria revolução²⁴² e a necessidade da sua tutela por uma vanguarda enérgica. Entretanto, o que os militares ocultaram dessa equação é que a excepcionalidade a justificar a indigitada delegação foi lançada de antemão pelos prepostos da nação. Não foi a soberania popular, teológica ou representada, quem concluiu acerca do cenário de radicalização e “purulência bolchevique”, mas seus futuros comissários, que criaram a exceção para fundamentarem seu mandato constituinte. De acordo com essa lógica, fica evidente que a tarefa mais importante do mandatário da nação foi realizada antes mesmo da delegação. Isso porque coube ao “Comando da Revolução” decidir sobre o quadro de anomia que embasaria sua própria formação, e com ela “uma aproximação constitucional vinculada à ideia

²³⁹ A troika das Forças Armadas era composta pelo general do exército e futuro presidente, Arthur da Costa e Silva, o tenente-brigadeiro da aeronáutica, Francisco de Assis Correia de Mello e o vice-almirante da marinha, Augusto Hamann Rademaker Grunewald.

²⁴⁰ Outras normas já tinham sido editadas após o Golpe de 1º de Abril, como, por exemplo, a Lei nº 4.321, de 07/04/64, que dispunha sobre a eleição, pelo Congresso, do Presidente e do Vice-Presidente em virtude da “vacância” no cargo outrora ocupado por João Goulart.

²⁴¹ Preposto já existente em Sieyès mediante a figura do “substituto da Assembleia da Nação”, que poderia ser ele mesmo uma espécie de ditador comissário.

²⁴² Diz o AI nº 01: “Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”.

de soberania como decisão personificada” (Santos, 2007, p. 282, apud Barbosa, 2012).

Esse privatismo do arbítrio da Junta Militar, todavia, tinha que ser travestida de “vontade da nação”, como se o pseudocoletivismo do soberano fosse capaz de legitimar uma decisão tomada à revelia da cidadania. Tal como a *intelligentsia* de Mannheim, as Forças Armadas se consideraram investidas no mandato do moderno, que, naquele contexto, assumira ares de redenção da nação, como deixou bem claro o Presidente Castello Branco no seu discurso de posse:

É nas classes mais cultas e abastadas que devem ter seu ponto de partida as agitações regeneradoras. Demos ao povo o exemplo, e ele nos seguirá (DCN, 16/4/1964, p. 127-128, apud Barbosa, 2012, p. 33).

Mas se havia um novo soberano com a incumbência de regenerar o país, em que sentido ele usou seu poder constituinte? Primeiramente, a normatividade que era inaugurada com o ato revolucionário dispensava a solenidade de uma nova constituição. Os conteúdos constitucionais viriam inicialmente através da figura exótica dos “Atos Institucionais”, enquanto que a Constituição de 1946 seria mantida:

Limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista” (AI nº 01/1964).

Essa tônica pragmática marcará todo o Regime Militar, que no melhor da tradição do autoritarismo schmittiano demonstrará um profundo desapego quanto ao formalismo liberal e seu esquema piramidal de hierarquia normativa²⁴³. A validade da norma é contraposta à existência da vontade do Comando das Forças Armadas, que poderia então assumir a forma de atos institucionais, decretos-leis, portarias, etc., pouco importando os contornos da sua exteriorização, conquanto houvesse uma “vontade de política”, invertendo aqui o sentido originalmente dado por Hesse à *Verfassung*. Nessa variante do existencialismo político, seria um equívoco buscar condições autorreferentes de validação para o direito, seja ela uma constituição normativa ou algum princípio de moralidade pública. A aposta

²⁴³ A teoria de Schmitt nos fornece um quadro analítico para os eventos que levaram ao Golpe de 1964, mas isso não significa que a Ditadura brasileira tenha sido a encarnação histórica da *diktatur*.

não fora na norma, mas na decisão de definir que os inimigos da nação brasileira seriam os “bolcheviques”. É o fato político da presença do adversário que justificaria a ordem jurídica a ser moldada a partir dessa realidade beligerante. Esse engajamento “realístico” é o que validaria o direito pela sua capacidade de afastar a exceção, e não necessariamente pela sua recondução a um sistema de fontes normativas.

Todavia, diferentemente da doxa schmittiana, a “revolução” de 1964 estava comprometida com a ordem, como bem lembra Barbosa (2012, p. 59). Seu objetivo era restaurar os parâmetros do que considerava ser a normalidade política, ainda que fosse necessário subverter instrumentalmente os poderes constituídos. A questão não era exatamente renegar a normatividade anterior ao Golpe, mas não ser por ela restringida na medida em que “os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo”²⁴⁴ de João Goulart. Daí a decisão de manter em vigor a Carta de 1946, porém, com as modificações dadas pelos atos institucionais e emendas sucessivas. Na visão do Regime Militar, o problema era mais de eficiência dos meios de contenção da “exceção comunista”, do que o repúdio ontológico ao direito liberal. Assim, se as regras jurídicas em vigor não serviam para determinar os rumos da nação de acordo com o orgulho patriótico da caserna e do seu empresariado conservador, o realismo político e sua demiurgia normativa deveriam preponderar, mas em uma missão restaurativa, que ecoava a partir do moralismo tenentista e da mágoa dos nossos industriais. Portanto, a bandeira da exceção é defendida para o regresso de uma normalidade passada, e não futura²⁴⁵. O Golpe de 1964 será fundamentalmente conservador, se fechando completamente para uma agenda vinda das camadas subalternas, que desde 1930 haviam estabelecido uma interlocução constante com o núcleo estatal, embora com graus variados de autonomia. Mais ainda, sua pauta modernizadora no mundo da economia e do trabalho buscará justamente recuperar um liberalismo excludente para os de baixo²⁴⁶, e um capitalismo intervencionista para os de

²⁴⁴ Ver AI nº 01.

²⁴⁵ Diferentemente do decisionismo schmittiano que equipara funcionalmente a exceção ao milagre. Essa normalidade que surgirá da excepcionalidade é futura, e não passada, embora o pensamento de Schmitt seja uma resposta saudosa à decadência do antigo Reich.

²⁴⁶ Houve o rompimento do ciclo de políticas distributivistas destinadas a mediar a composição entre capital e trabalho e, com elas, o abrandamento da tensão social, em vigor desde Getúlio Vargas.

cima²⁴⁷, cujo efeito é acelerar a diferenciação de classe, ao mesmo tempo em que interdita a política para a base expropriada.

Essa inflexão faz toda a diferença e explica em grande medida a necessidade do regime de se “institucionalizar”²⁴⁸, apesar de recorrer à demiurgia do poder constituinte. Segundo Barbosa (2012), se o Comando Militar avoca para si a soberania constituinte, no momento seguinte ele se autolimita, como se estivesse dizendo que, podendo fazer a revolução, ele optará inicialmente pela reforma, reservando-se no direito de romper de vez com a ordem constituída, se os fatos assim demandarem do preposto da nação. É por isso que a Carta de 1946 foi “recepcionada” pelo Ato Institucional nº 01, e pelo mesmo motivo a Constituição de 1967 foi promulgada pelo Congresso Nacional a toque de caixa e sob “rígido controle” do Poder Executivo (Barbosa, 2012). E exatamente assim sucedeu. Malgrado sua parcimônia constituinte inicial, tão logo os “atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais”²⁴⁹ passam a questionar a repressão política e exclusão social patrocinada diretamente pelo Estado, se torna patente que o “Comando da Revolução” não se faria de rogado. Não é o caso desta pesquisa discorrer de maneira detalhada sobre a temática dos principais atos institucionais, emendas, leis e decretos-leis, mas compreender como foi orquestrada a contrarreação autoritária aos focos de resistência social que se seguiram ao Golpe. Não surpreende a circunstância de ter havido uma escalada da lógica adversarial e dos meios de combate à “subversão”, haja vista a ressalva inicial contida já no AI nº 01. Porém, a grande diferença é que o regime fez da exceção a espinha dorsal de um esquema repressivo organizado como um discurso constitucional²⁵⁰, e não simplesmente como um legalismo de criminalização da divergência.

O paroxismo é apenas superficial. Se a própria Ditadura almejava “tranquilidade” e “institucionalização”, como textualmente previu o preâmbulo do AI nº 02, essa “pasárgada” civil-militar dependia da eliminação dos inimigos que

²⁴⁷ O fim da estabilidade no emprego e a sua substituição pelo FGTS é um dos maiores exemplos do liberalismo do mercado para a força de trabalho. Já para a oligarquia rural, programas como o Pró-álcool foram responsáveis pela transferência de recursos públicos para o capital privado. Três quartos dos investimentos na produção da biomassa foram subsidiados pelo Orçamento Monetário Nacional, vinculado ao Banco Central. Ver Scandiffio, 2005.

²⁴⁸ “A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe” (AI nº 01/1964).

²⁴⁹ Ver AI nº 05.

²⁵⁰ Diferente, porém, do constitucionalismo liberal.

impediam o sucesso da revolução. Esta, por sua vez, não se confundia como a simples tomada do poder²⁵¹, nos moldes do caudilhismo latino-americano, mas como um novo projeto de modernização social, organizada a partir de dois vetores: *segurança nacional e desenvolvimento econômico*²⁵² (Pilatti, 1988, p. 13).

Apesar do seu aparente caráter construtivista, essa proposta não passava de um desdobramento da premissa golpista quanto à presença permanente da excepcionalidade na sociedade e política brasileiras, só que agora a desafiar as conquistas da “revolução”, e não a impedir sua realização, como fora o cenário de Jango. Como toda política gestada sob o temor da anomia, seu foco residia na perpetuação da ameaça²⁵³, e não na construção de novas formas de integração social. A agenda do moderno existia para sustentar a exceção permanente, e não para eliminá-la.

Idealizada na Escola Superior de Guerra (ESG) sob a batuta do General Golbery do Couto e Silva, e em parceria com *think tankers* civis, como o IPES e o IBAD²⁵⁴, a doutrina de segurança nacional tinha como axioma o estado contínuo de guerra em que se encontrava o Brasil e o mundo polarizado. Não se tratava de uma guerra limitada a dois ou mais países, combatida pelas forças armadas através do seu empenho contra o inimigo a empunhar baionetas. No contexto da Guerra Fria e da possibilidade de aniquilação completa da vida humana, a animosidade beligerante é perene. O conflito se torna “total”: não fica confinado às fronteiras fixas; não se restringe ao campo de batalha clássico, se espalhando para as disputas financeiras, ideológicas, culturais e tecnológicas; e, por fim, não faz distinção entre civis e combatentes, cabendo a todos suportar os sacrifícios da excepcionalidade (Alves, 1985, p. 451)²⁵⁵.

²⁵¹ “Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos” (AI nº 02/1965)..

²⁵² De acordo com o Manual Básico da Escola Superior de Guerra: “Política Nacional pode ser subdividida em dois aspectos: política de desenvolvimento e política de segurança. Política de desenvolvimento nacional busca orientar o governo no sentido de fortalecer seu poder para atingir os objetivos econômicos nacionais. Política de Segurança Nacional é a arte de aconselhar o poder nacional, de modo a garantir a conquista e a manutenção dos objetivos nacionais” (Alves, 1985, p. 571, tradução nossa).

²⁵³ O temor do inimigo funcionava como um substituto funcional do simbolismo normativo liberal como os valores de justiça, igualdade, solidariedade, etc.

²⁵⁴ Sobre a atuação conspiradora do IPES e do IBAD no Golpe, ver Dreifuss, 1981.

²⁵⁵ EC nº 01/69: “Art. 86. Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”.

Como desdobramento, se o embate dispensa um território delimitado, igualmente fluido e indeterminado será o seu adversário. O inimigo deixa de ser necessariamente externo e passa a abranger todo aquele que desafia e contesta os interesses nacionais, inclusive internamente (Alves, 1985, p. 467), circunstância que transforma qualquer popular em um potencial antagonista da nação.

Caso transportemos esse conceito alargado de guerra para a gestão do Golpe de 1964, fica claro que a doutrina de segurança nacional fornece a justificativa tanto para o extermínio - físico ou moral - daqueles considerados adversários do Brasil, quanto para o controle da sociedade civil pelo Estado. Em relação aos primeiros, a virtualidade da guerra total prescinde do real entrincheiramento dos combatentes, bastando o entrincheiramento ideológico, isto é, a disposição do inimigo para subverter a ordem mediante a evangelização comunista. A luta armada, nesse sentido, seria apenas um aprofundamento da posição adversarial travada previamente no plano ideológico. O que interessava era a luta política; o antagonismo público à “ordem revolucionária”²⁵⁶, o que significava para o léxico golpista o patrocínio da “anomia” que o Regime Militar vinha tentando com afincos suplantar. Deste modo, segundo a ESG, o dissenso político seria ato de guerra, e seu autor, mais que criminoso, um inimigo da pátria. Como resultado, o subversivo deveria ser desterrado física e simbolicamente: suas garantias fundamentais lhe seriam subtraídas, e mesmo sua presença no território nacional, interdita, conforme o AI nº 13²⁵⁷.

Não era à toa que a resistência ao Golpe, em suas diversas variantes: dos movimentos grevistas, passando pela prática de “atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”²⁵⁸ e chegando até a luta armada, foram criminalizadas pela Lei de Segurança Nacional, sujeitos ao arbítrio da Justiça Militar²⁵⁹. E como seria de se esperar de um sistema jurídico adversarial, não caberia a proteção dos direitos políticos do inimigo interno²⁶⁰, que lhes são cassados, tampouco o direito de trabalhar em órgãos públicos e a garantia

²⁵⁶ Ver AI nº 02.

²⁵⁷ “Art. 1º - O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”.

²⁵⁸ Ver Decreto-lei nº 314/1967.

²⁵⁹ Ver AI nº 06/1969

²⁶⁰ O antagonista da “revolução” era uma categoria ampla, e incluía os movimentos operários ou qualquer grupo de pressão vindo da sociedade civil, suficientemente organizado para questionar publicamente as escolhas do preposto da nação.

constitucional do *habeas corpus*²⁶¹. Por fim, como rival do Estado, o subversivo poderia perder o direito à vida, aos seus bens e à sua liberdade²⁶². A lógica é da aniquilação da divergência²⁶³, prevista numa ordem jurídica organizada em torno da ameaça da anarquia, e executada sem pudor nos porões da ditadura.

Já em relação ao cidadão de bem, a presença do aparato policial era defendida como um instrumento de defesa da sociedade civil contra o cerco do inimigo comunista. Justamente porque estaria sendo travada uma guerra silenciosa, o Estado deveria intervir na sociedade para evitar que ela acabasse sendo cooptada pela retórica do adversário. Não seria necessário sua adesão expressa²⁶⁴, pois o preposto da nação era o poder constituinte que se legitimava por si mesmo, sendo despiciendo sua ida ao povo real para validação plebiscitária, quando já havia obtido a chancela permanente do povo fictício quando da “revolução”. Nesse sentido, o Comando Militar também era preposto da vontade geral, expressando sempre o interesse comum. Embora os mecanismos de controle social pudessem acarretar embaraços à vida cotidiana, estas restrições faziam parte da cota de sacrifício que o esforço de guerra exigia de toda a população, civil ou militar. Isso porque a tarefa dos sistemas de vigilância e controle se ligava à própria garantia da liberdade, contudo, atrelada às responsabilidades da cidadania para com a ordem. Apenas o inimigo ganharia com a disrupção e divergência, cabendo ao regime zelar pela unidade da nação.

Porém, não só de liberdade vive o homem. Segundo a *intelligentsia* golpista, a segurança nacional também seria o fator que proporcionaria o desenvolvimento econômico e a modernização brasileira, numa via de mão dupla. Na medida em que a nação é depurada dos seus inimigos internos, o capitalismo e seus dividendos poderiam florescer em uma sociedade pacificada e cada vez mais

²⁶¹ Ver AI nº 05/1968

²⁶² “Art. 1º [...] § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.” (AI nº 14/1969).

²⁶³ “Sempre que qualquer tipo de antagonismo ou pressão estiver produzindo algum efeito dentro das fronteiras nacionais, a responsabilidade de lutar contra eles, superá-los, neutralizá-los ou reduzi-los é compreendida dentro do escopo das ações e programas de planejamento que definimos como política de segurança interna” (Manual Básico de Segurança Nacional, *apud* Alves, op. cit., p. 528).

²⁶⁴ Ver Alves, op. cit., p. 305.

industrial²⁶⁵. Este seria o retorno da cidadania em virtude da confiança constituinte depositada no “Comando da Revolução”, como bem observou Alves (op. cit., p. 311). Entretanto, de forma sinalagmática, também a segurança nacional dependeria da prosperidade econômica por dois motivos. Em primeiro lugar, a satisfação material da sociedade fomentaria a unidade nacional, havendo uma adesão espontânea do povo real aos avatares de segurança e desenvolvimento postos pelo comissário da nação, reforçando sua legitimidade. Em segundo, o crescimento da economia poderia direcionar seus benefícios para a *hinterland* brasileira, locais no qual a ausência de Estado e de planejamento teriam o efeito deletério de estimular a dissidência e a penetração dos inimigos externos. Daí o retorno da lógica da ocupação para a construção nacional; o imperativo da presença do Estado para que sua “metafísica da terra” (Maia, 2008) gere a “física do interesse” capitalista (Vianna, 1997)²⁶⁶.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento é uma das facetas da segurança nacional, e que somente de forma indireta poderia ele se destinar à melhoria da qualidade de vida das classes subalternas, circunstância que não ocorreu na contingência dos processos históricos brasileiros, muito pelo contrário²⁶⁷. Claro que a frustração da massa de trabalhadores, urbanos e rurais, eram extravasadas na votação dos candidatos da oposição consentida, nos comícios, nos movimentos de base, enquanto estes eram ainda permitidos, na panfletagem clandestina e na luta armada²⁶⁸. Todavia, o triunfo imediato foi da Ditadura, embora a presença subterrânea da resistência civil tenha sempre moldado as ações reativas da repressão e do desenvolvimentismo.

²⁶⁵ Não se trata aqui da submissão do interesse privado ao interesse público, como fora o intervencionismo do Estado Novo, preocupado em canalizar os conflitos de classe para as instâncias institucionalizadas sob sua coordenação. Na Ditadura, a convergência entre capital e trabalho seria tarefa do mercado, cabendo ao Estado investir na infraestrutura necessária ao investimento privado. O conflito de classe e a luta pela redistribuição de renda era uma pauta subversiva, logo, coibida pela doutrina de segurança nacional. Nesse sentido, o Regime Militar é mais um exemplo de como o liberalismo econômico se beneficia do autoritarismo político.

²⁶⁶ Exemplificam o desenvolvimentismo militar a criação da Zona Franca de Manaus, a ferrovia norte-sul, a fronteira agrícola deslocada para o centro-oeste e norte, a hidrelétrica de Tucuruí, e, notadamente, Grande Projeto Carajás, locado em 900 mil km² da Amazônia legal.

²⁶⁷ Se o arrocho salarial fora a tônica do Ditadura militar para garantir as taxas de acumulação da burguesia nacional principalmente na segunda metade da década de 70 do século passado, o governo militar ambigualmente incluiu o salário-maternidade sob a responsabilidade do Ministério da Previdência e Assistência Social, além de estender os benefícios previdenciários para trabalho rural. Ver Santos, W.G., 1998.

²⁶⁸ E também dos estudantes, da militância comunista na ativa desde o Estado Novo, de setores legalistas do próprio exercito e da classe média liberal, como a Ordem dos Advogados do Brasil.

Esse sucesso se deve, em parte, ao duplo movimento de concentração operada pelo regime: horizontalmente, mediante o deslocamento do poder para o Executivo, desprestigiando o Legislativo e Judiciário; bem como, verticalmente, convergindo as decisões para o âmbito federal (Pilatti, 1988, p. 14). O intento da *troika* militar de agregar na sua cúpula as decisões políticas de toda a federação não era explicitado de maneira sutil. Os atos institucionais e demais medidas autoritárias previram cassações discricionárias de mandatos parlamentares, extinção dos partidos políticos e imposição de um bipartidarismo pelego, eleições indiretas para presidente e governadores, aumento da competência legislativa do Poder Executivo e restrição das iniciativas parlamentares, apenas para ficar no âmbito do legislativo federal. Já em relação aos Estados-federados, houve a previsão de intervenção federal sem as limitações constitucionais, nomeação de interventores nos governos estaduais e ampliação das suas competências legislativas através de decretos. Quanto aos municípios, o controle previa até mesmo a nomeação dos prefeitos das capitais pelos governadores pró-regime, sem olvidar da suspensão das eleições municipais e todo tipo de manipulação das regras eleitorais, como será adiante abordado. Por fim, foi retirado do Poder Judiciário a competência de apreciar a constitucionalidade e legalidade dos atos da “revolução”, reforçado pela cooptação do Supremo Tribunal Federal através do aumento do seu número de ministros pelo AI nº 02.

Essa junção de poder no Executivo federal somente foi possível porque o discurso golpista desde o início associou a demiurgia constituinte à própria missão civilizatória de salvar o povo brasileiro da exceção comunista. Se havia um inimigo interno que deveria ser expurgado, essa operação de purificação somente poderia ser alcançada através da outorga do poder constituinte a uma agência que fosse capaz de soberanamente representar o povo, que, naquele momento de crise, estava ele mesmo contaminado pela presença do adversário que lhe era intrínseco (Arato, 2013, p. 146). É preciso deixar claro que este mandatário constituinte não é ele mesmo povo, embora consiga ele identificar o que seria a vontade popular, incapacitada de maneira transitória em virtude da degenerescência causada pelo inimigo entrincheirado. Ocupando estruturalmente o lugar da soberania popular, mas sem exatamente sê-la, o comissário se projeta politicamente porque é

investido na missão de “drenar o bolsão comunista”²⁶⁹, e, para isso, se organiza a partir de uma rígida hierarquia controlada pelo vértice.

É a missão de regenerar o povo e restaurar a normalidade suspensa pelo antagonista da nação que confere ao “Comando Supremo” sua legitimidade constituinte, que se torna, por conseguinte, teleológica²⁷⁰. Será a gravidade dos fatos, e, mais ainda, a habilidade de superar as ameaças que empoderará a cúpula militar. Essa representação não é consentida pelo povo, nos termos do contratualismo liberal, mas por ele aderida em virtude da capacidade de decisão da agência que chamou para si a potência constituinte²⁷¹.

O resultado desse desenho de inspiração schmittiana²⁷² é que será constitucional tudo o que estiver ligado à missão civilizatória de resgate da normalidade. Em outras palavras, toda e qualquer ação do comissário da nação destinada a aplacar a exceção - que não é apenas política, mas também econômica e moral - possuirá envergadura constitucional. Não estamos falando da qualidade normativa superior da constituição, mas da capacidade de impor uma decisão soberana capaz de estabelecer a forma de existência política de determinado povo. Cada vez que um ato institucional, um decreto-lei, etc., identificava a anomia, combatia a “corrupção”, a oposição à ordem, às aspirações geopolíticas e à vocação agrícola-exportadora do Brasil²⁷³, estava o Regime Militar reafirmando

²⁶⁹ Sobre a aproximação entre ditadura comissária e soberana na própria teoria de Carl Schmitt, diz Arato: “As any authoritarian form, this dictatorship will suspend the previous separation of powers (and where relevant: the division of powers too), but here assuming instead of silencing the legislative power (thus: a full substitution of the dictator for the sovereign). [...] But, and here is a difference of Schmitt with Carré de Malberg, as all dictatorships this will supposedly, still be a commission and not sovereignty itself, tied to the carrying out of a concrete task (the making of a constitution) and is revocable when and if the commissioning instance is fully constituted or even before, if its will becomes clear” (em fase de elaboração, p. 51).

²⁷⁰ “Extraction’ and ‘regeneration’ [do povo] (and therefore proscription) as the production of the supposedly constitution-making subject are the highest task of sovereign dictatorship in Schmitt’s original interpretation, higher than even the production of the constitution” (Arato, 2013, p. 147, comentário nosso).

²⁷¹ “A revolução vitoriosa *se investe* no exercício do Poder Constituinte” (AI nº 01, destaque nosso).

²⁷² Não se trata aqui de simplesmente ler as estruturas de poder da Ditadura pelas lentes da teoria de Carl Schmitt, o que seria plenamente válido enquanto ferramenta analítica. Mas entender porque Schmitt foi utilizado pelo “Comando Supremo da Revolução” via Francisco Campos, os motivos dessa escolha política estratégica e quais as suas consequências para o constitucionalismo brasileiro. Não é o caso da teoria gerar a política, mas a decisão política de utilizar instrumental e seletivamente uma teoria de viés autoritário para se legitimar.

²⁷³ Sobre as diferentes políticas econômicas do regime militar, a culminar com o “Brasil grande potência” de Médici e Delfim Neto, ver Macarini, 2005. Com destaque a fala do Presidente Médici: “Aí estará, precisamente, a maior novidade da nova política governamental. Desde os anos 50, nosso esforço desenvolvimentista vem sendo predominantemente industrial, de forma desequilibrada em relação ao setor agrícola [...] Dessa forma, nossa política de desenvolvimento

este constitucionalismo decisionista, que não era normativo, e, portanto, não estava adstrito ao formalismo do direito²⁷⁴. Ao contrário, era sua teleologia beligerante que constitucionalizava as decisões destinadas a eliminar as ameaças, internas ou externas, à unidade e grandeza da nação brasileira.

Sob esse ângulo, mais do que um legalismo de fachada, a Ditadura operava em uma lógica de hiperconstitucionalização da vontade do soberano, só que não no sentido liberal. Claro que a decisão política vinha sob a forma juridificada, mas a sua natureza era constitucional-existencial, e não constitucional-normativa. O apelo, portanto, era à política, e não ao direito, o que de certa maneira aproxima o constitucionalismo autoritário brasileiro ao constitucionalismo político do século XIX²⁷⁵, mas com grandes diferenças. Primeiramente, o caráter político da constituição não servia para constringer a soberania estatal através da presença de um programa de governo pré-estabelecido, mas para ungi-la da demiurgia constituinte. Assim, quando a Carta de 1967 diz que o presidente deverá “manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”²⁷⁶, o juramento representa antes de tudo a asserção da potência constituinte do mandatário, e não o seu constringimento. Em segundo lugar, não há desconexão entre política e direito, mas submissão do último em relação ao primeiro. O direito passa ser o principal mecanismo para o exercício da soberania do Estado, cujas regulações disciplinam praticamente todos os aspectos da vida e da produção, ao mesmo tempo em que subtraem da cidadania a possibilidade de utilização do sistema jurídico como salvaguarda das intervenções do Estado, como seria o caso do legalismo de defesa do século XIX. Por outro lado, diferentemente de outras configurações intervencionistas, a burocracia não precisou reconduzir suas decisões aos princípios jurídicos-políticos contidas nas Constituições de estirpe normativa, ainda que fosse para ocultar neste caminho as clivagens identitárias e

[...] visará ao incremento substancial da produção agrícola e ao aumento das exportações, o que certamente haverá de motivar rápida ampliação do mercado interno e induzirá a própria expansão do setor industrial” (Médici, apud Macarini, op. cit., p. 61).

²⁷⁴ Está implícita aqui a distinção de Schmitt entre constituição positiva e leis constitucionais. A primeira é a decisão política que instituiu a forma da existência política de um povo, que fica sob o encargo do soberano. Já a segunda são normas que retiram sua validade, em última instância, da constituição positiva. A esse respeito ver Schmitt, 2008, p. 76 et seq.

²⁷⁵ Ver seção anterior.

²⁷⁶ Ver Constituição de 1967, art. 78, § 1º.

de classe contidas em suas políticas públicas²⁷⁷. Aqui a legitimação da técnica veio direto da chancela da cúpula militar²⁷⁸. O texto constitucional não serviu de contraste para identificar a pertinência dos conteúdos do progresso, pois o que ele estabeleceu é que quem decidiria sobre o moderno no Brasil seria o “Comando da Revolução”.

É importante esclarecer que não estamos dizendo que não havia qualquer espaço para a legalidade liberal, mas que não era ela que determinava a natureza deste constitucionalismo autoritário. Sua utilização servia para a “administrativização (burocratização) da legislação” (Santos, R.G., 2007, p. 282)²⁷⁹, bem como para arbitrar o litígio entre particulares. O poder da lei, contudo, não fazia frente ao poder do soberano, pois este era também poder constituinte²⁸⁰.

Todavia, como nos alerta Alves (1985, p. 337), essa necessidade de regência sobre o presente e o futuro da sociedade brasileira acaba por colocar o Regime Militar numa escalada de radicalização fora do seu controle. Do lado da segurança nacional, a resistência civil por parcelas da própria classe média - como os estudantes e professores universitários - parlamentares da oposição, militares legalistas, dentre outros, levou o Regime Militar a colocá-las sob as lentes da inimizade, estendendo a ideia de subversão, concebida inicialmente para os “comunistas” de primeira linhagem²⁸¹. A repressão aumentou seu espectro e também sua intensidade para dar conta das diferentes manifestações de insatisfação com o cerceamento de liberdades. Como consequência, a burocracia

²⁷⁷ Sobre os problemas de legitimidade do Estado Social, ver capítulo anterior.

²⁷⁸ O “milagre” brasileiro exemplifica bem o descompromisso da Ditadura com a socialização dos ganhos de produção. Sua ideia de desenvolvimento econômico “significa aumento absoluto da produção e da produtividade, em função do crescimento da população e da incrementação da acumulação de capital, por meio de maior reinvestimento da parcela do produto obtido. O desenvolvimento econômico se constitui, portanto, antes de tudo, como acumulação de capital” (Marineli, 2014).

²⁷⁹ Rogério Dutra Santos destaca a administrativização da legislação no contexto do Estado Novo sob a batuta de Francisco Campos. Todavia, essa mesma conclusão pode ser aplicada ao constitucionalismo autoritário da Ditadura Militar.

²⁸⁰ Cícero Araújo (2013) sustenta que a manutenção da legalidade liberal servia para impor limites à própria dinâmica da corporação militar. A existência de regras de hierarquia e disciplina serviriam para mitigar os riscos de surgimento de um líder carismático vindo da própria Forças Armadas, mas despedado dos eixos organizadores deste estamento burocrático.

²⁸¹ A guerrilha urbana foi o caminho encontrado pela esquerda brasileira após o AI nº 05. Malgrado a eficiência da sua repressão pela Ditadura, os abusos do regime não apenas foram se tornando públicos, acelerando a desmoralização da “Revolução”, como fomentou uma pauta unificada da oposição em torno do combate à exceção. Sobre o papel os movimentos de resistência armada, ver Rollemberg, 1994; Gorender, 1987; Ventura, 1988.

da vigilância e tortura cresceu e se tornou autônoma em relação à cúpula do Executivo Federal, que não conseguia mais acompanhar de perto o “varejo” da repressão, tampouco lhe conferir diretrizes específicas²⁸². Para esses administradores da violência estatal, a diversidade dos ataques à ordem exigia “improvisos” que não se sujeitavam ao escrutínio do centro, mesmo porque não estava ele na linha de frente do conflito. Daí todo o tipo de abuso e excessos nos porões da Ditadura, que seguia apenas o arbítrio do torturador. Essa autonomia da polícia repressiva, contudo, tinha um preço político que foi debitado na conta do Comando das Forças Armadas. Quando a repressão passa a atingir os seus, a classe média progressivamente vai retirando seu apoio ao regime, apesar do seu conservadorismo. Uma coisa era cadeia para sindicalista e camponês insurrecto, outra era para a juventude universitária e para os padres católicos²⁸³. Como resultado, a oposição muda da luta armada e do sindicalismo varguista, ambos debelados no pós-AI nº5, para um discurso em prol do respeito às garantias fundamentais e direitos políticos proferido por lideranças do partido opositor oficial (MDB), da igreja católica e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Já pelo ângulo do desenvolvimento econômico, o chamado “milagre brasileiro” começava a socializar seus custos. Fruto de uma estratégia ousada de crescimento da economia através do incentivo à agricultura e à exportação, o plano do então Ministro da Fazenda Delfim Netto consistia em diversificar os incentivos à setores estratégicos, antes focado na substituição de importações. A aposta era no efeito cascata que uma agricultura modernizada e exportadora poderia gerar para a consolidação do mercado interno. Nesse sentido, o crédito barato para que o agronegócio pudesse mecanizar sua produção, comprar mais fertilizantes, etc., teria como consequência o aumento da produtividade, cujo excedente, por sua vez, induziria também o crescimento da indústria e do consumo interno²⁸⁴.

²⁸² Não se está afirmando aqui que a *troika* militar era contra ou desconhecia a tortura. Muito pelo contrário. Várias ordens de extermínio partiram da cúpula executiva. Todavia, o aumento exponencial da polícia repressiva afrouxou os controles burocráticos do centro, e indiretamente empoderou essa parcela do Estado brasileiro, que passou a ser uma força política autônoma dentro do regime, a chamada “linha dura”.

²⁸³ A morte do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, é decisiva para a sensibilização da classe média.

²⁸⁴ “Essa aceleração do crescimento resultaria de uma modificação substancial na estratégia do desenvolvimento, que passaria a centrar-se [...] no forte incremento da produção agrícola e das exportações do país, ensejando a rápida ampliação do mercado interno e induzindo o crescimento dos demais setores. Tal estratégia [...] se orienta no sentido de um crescimento equilibrado, com as

A forte intervenção do Estado na economia para aumentar as taxas de acumulação²⁸⁵ e o grau de internacionalização do capital industrial, além do favorável mercado de *commodities* internacional, proporcionaram os níveis vigorosos de crescimento entre 1968 e 1973, na média de 11% anuais (Veloso et al., 2008), cujo sucesso podia ser mensurado pela diversificação e modernização da indústria nacional, além da consolidação do processo de urbanização e diferenciação de classes no Brasil.

Todavia, a partir do momento em que o aquecimento desequilibrado da economia passou a gerar escassez de matéria prima e inflação, associado o desaquecimento do mercado externo, as premissas excludentes do “milagre” deu a dimensão do equívoco do *slogan* “ordem para o progresso”²⁸⁶. Todo o sacrifício a que fora submetida a sociedade brasileira: as restrições à liberdade, à participação política, as intervenções nas relações de trabalho e na economia, tiveram como saldo o arrocho salarial, o aumento das desigualdades, do êxodo rural, da dívida pública e da inflação²⁸⁷. Sem poder de compra e renda, ficou claro que a repartição do bolo econômico foi feita em benefício da alta burguesia industrial e da oligarquia rural.

Deterioradas suas bases ideológicas e econômicas, o regime tem que lidar com a indeterminação do seu futuro político, circunstância que reabre a oportunidade para um discurso constitucional para além da lógica da soberania e da defesa da nação. E, neste momento, a resistência civil que era primordialmente subterrânea forçará uma interlocução agora institucionalizada com a Ditadura, que não poderá continuar no monopólio do poder constituinte se quiser manter as rédeas da política nacional.

virtudes inerentes a esse processo, que, pelo desenvolvimento simultâneo dos diversos setores, acelera a criação de renda e de mercado para cada um desses setores”(Delfin Netto, apud Macarini, 2005, p. 62).

²⁸⁵ Além da isenção de impostos, no Governo Médici foi marcado por uma política monetária expansionista, com crédito barato para a indústria, financiado, em última instância, por toda a sociedade. A este respeito, ver Macarini, op. cit.

²⁸⁶ Sobre os problemas intrínsecos do modelo econômico do Regime Militar, ver Prado e Earp, 2003.

²⁸⁷ Enquanto em 1959 eram necessários 65 horas de trabalho para ganhar o salário mínimo, no fim da década de 70 do século passado, eram necessárias 153 horas, o que demonstra a política de arrocho salarial. Apenas entre os anos 1964/67 o houve um decréscimo de 8%. Ver Saboia, 1990.

3.3.2 A guinada democrática

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura.

Ulysses Guimarães

É com esse espírito de superação que o deputado Ulysses Guimarães profere o discurso da promulgação da constituição em 1988, traduzindo para o púlpito o engajamento republicano que permeou as atividades da constituinte, resultado não do consenso, mas das disputas entre as forças políticas que se sedimentaram no período final da Ditadura brasileira, com destaque para a participação popular.

O autoritarismo infame, contudo, não foi expectador do processo de democratização brasileiro, sem que com isso se esteja dizendo que foi ele o protagonista. Nem uma coisa nem outra. Interessa a essa pesquisa apontar como e porque as certezas da *doxa* militar foram substituídas pela indeterminação da práxis política²⁸⁸, cuja interação dialética entre adversários (por vezes, também amigos), acabou por fazer pender a balança para o lado democrático, sem qualquer insinuação de “fim da história”.

Este cenário de transição se torna mais claro quando o governo Geisel assume o poder em meio a uma crise de identidade do próprio regime, que se via numa encruzilhada quanto às suas bases da legitimação, bem como quanto à sua integridade corporativa. O primeiro problema, digamos, era normativo. Tendo como pressuposto o combate à subversão e, por isso, a ideia de revolução permanente, a presença do inimigo comunista já havia sido debelada com sucesso, de tal maneira que a aparente tranquilidade social depunha contra a retórica da exceção que havia deflagrado a própria ditadura e justificado as restrições de direitos (Pilatti, 1988, p. 20). Já a segunda questão é um desdobramento da primeira, mas sob uma ótica institucional. Embora as Forças Armadas tivessem feito do enfrentamento do inimigo interno seu principal mote existencial, inclusive ao embasar o exercício direto da chefia do Poder Executivo federal por um representante da caserna, os limites da sua politização não eram assim tão claros nos debates intracorporação. Aqui também, o êxito da repressão criou cisões, porém,

²⁸⁸ Ver Araújo, 2013..

diretamente no estamento militar²⁸⁹. Enquanto o adversário fazia comícios, sequestrava embaixadores, convocava greves, havia certo consenso sobre a necessidade da sua tutela direta da República, mas tão logo a maré subversiva baixou, era possível perceber divisões internas.

Como já foi levantado na seção anterior, o crescimento do aparato repressivo não só deu autonomia a este segmento da polícia e das Forças Armadas, como os aproximou da política (Araújo, 2013). Por conseguinte, os usuais avatares corporativos da disciplina e da hierarquia se viram secundarizados em prol das disputas cada vez mais públicas pelo poder, para o horror daqueles que concebiam as Forças Armadas nos moldes estritamente burocráticos. Tornam-se perceptíveis projetos individuais de ascensão e notoriedade fora dos moldes de promoção *interna corporis*. Alguns dos mais ambiciosos desenvolveram verdadeiras plataformas políticas visando a conquista de cargos eletivos, o que, em última instância, poderia precipitar a competição pela própria presidência da república.

Este fora o contexto inicial que levou o presidente Geisel a reforçar a institucionalização do regime, procurando introduzir progressivamente elementos do constitucionalismo liberal, de maneira a neutralizar a facção “linha dura”²⁹⁰ das forças armadas que, sob o pretexto de endurecimento do combate do inimigo, almejava a manipulação eleitoreira do regime da exceção, subvertendo o *habitus* militar. Geisel, ele mesmo mais moderado, e, sobretudo, com muito mais a perder na hipótese de confirmação deste “motim branco”²⁹¹, buscava blindar, através da legalidade, o *modus operandi* da vertente mais corporativa das forças armadas, mesmo que com isso tivesse que abrir mão de parte da potência constituinte e da sanha repressiva.

A proposta oficial do governo fora uma “distensão lenta, gradual e segura”, no qual ele inicialmente procurará desarmar os instrumentos jurídicos-políticos

²⁸⁹ Não era exatamente uma questão nova, haja vista o disposto no AI nº 17/69.

²⁹⁰ Na queda-de-braço com a linha dura, Geisel consegue substituir com sucesso o Comandante do II Exército de São Paulo e, com isso, instituir algum tipo de controle sobre o DOI-CODI paulista.

²⁹¹ Documentos do SNI produzidos no governo Geisel evidenciam que faltava “coordenação entre os Centros de Informações Militares ou até mesmo entre o CIE e os DOI/Ex” (Castro, 2002, p. 52). Relatos de Geisel dão conta de que o CIE do Exército sonhava informações ao SNI, dificultando o acompanhamento das operações que deveriam ser comunicadas ao presidente [...]. Sua criação [do CIE], no entanto, foi um erro, disse Geisel, pois levou a uma superposição, abrindo-se ‘um processo de descentralização que ia permitir que as ações particulares ou isoladas desenvolvidas por esses órgãos fugissem ao controle da presidência’ (Carvalho, A., 2005, p. 119).

que fomentavam a indisciplina da corporação: as medidas de exceção e a máquina de repressão²⁹², mas que para o grande público aparecia exclusivamente como o reforço da liberalização política. A própria eleição de Geisel era um sinal da inflexão moderadora do regime. O candidato militar havia “se permitido” concorrer com o aspirante da oposição, o deputado do MDB, Ulysses Guimarães, em uma eleição indireta. O conteúdo propagandístico em favor da propalada distensão era patente, e não passou despercebida pelo adversário consentido:

Não é o candidato que vai percorrer o país. É o anticandidato, para denunciar a antieleição, imposta pela anticonstituição que homizia o AI-5, submete o Legislativo e o Judiciário ao Executivo, possibilita prisões desamparadas pelo habeas corpus e condenações sem defesa, profana a indevassabilidade dos lares e das empresas pela escuta clandestina, torna inaudíveis as vozes discordantes, porque ensurdece a nação pela censura à imprensa, ao rádio, à televisão, ao teatro e ao cinema (apud Barbosa, op. cit., p. 151).

Daí se seguem o abrandamento da censura, a tolerância para com os movimentos sociais, a revogação do AI nº 05 e demais atos institucionais²⁹³, o maior controle da cúpula sobre o sistema repressivo²⁹⁴, o retorno do pluripartidarismo e a própria realização das eleições legislativas de 1974, nas quais o MDB ampliou consideravelmente sua representação no Congresso Nacional (Pilatti, 1988, p. 22).

Essa inflexão liberalizante, contudo, é profundamente ambígua e não aponta um compromisso sólido do regime com o constitucionalismo liberal, muito menos com a democracia. A disposição de Geisel e de seu sucessor, João Figueiredo, era substituir a ideologia da revolução por um variante mais legalista, na qual fosse possível que a sociedade civil desfrutasse de maior liberdade. Esta, todavia, seria dosada pelo inexcedível compromisso com ordem, cujo estatuto continuaria sendo estabelecido pelo guardião da República, ainda que com roupas civis.

Este era o plano da “gradualidade” e sua pretensão de resolver ambos os problemas do regime: os novos fundamentos para uma legitimidade “pós-

²⁹² Ver Araújo, op. cit., p. 352.

²⁹³ Através da Emenda Constitucional nº 11/78, que revoga “Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial. todos os atos institucionais contrários à constituição”.

²⁹⁴ O Sistema Nacional de Informações (SNI) fora ramificado no Centro de Informações do Exército (CIE), Destacamento de Operações de Informações (DOI), Centro de Operações de Defesa Interna (CODI), ligados ao Exército, Centro de Informações da Marinha (CENIMAR) e Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica (CISA).

revolucionária” e o reforço da coesão corporativa. Contudo, o raciocínio era profundamente instrumental. Toda vez que os ventos liberalizantes ameaçassem soprar contra os interesses da cúpula militar, a liberdade responsável deveria ser restabelecida. Por isso as intervenções *ad hoc* nas regras eleitorais, de maneira a garantir a vitória do partido da situação²⁹⁵; a anistia “ampla, geral e irrestrita”, perpetuando a impunidade da tortura, sequestros e assassinados patrocinados pelos agentes do Estado; o disciplinamento dos líderes sociais mais inflamados, etc.

Um Leviatã benevolente, para utilizar a expressão de Lamounier (1997), seria a configuração ideal para a nova fase do Estado brasileiro e sua missão de unidade e desenvolvimento nacional. Mas não foi isso o que aconteceu. Preocupado com suas disputas internas, o Regime Militar subestimou a insatisfação da sociedade, e, mais ainda, a sua demanda reprimida por direitos. Os anos de chumbo deixaram marcas profundas em praticamente todos os estratos sociais, que, cada qual defendendo seus interesses, procuraram forçar a agenda da distensão a tomar o sentido da democracia.

Evidente que este não era o intento da Ditadura, porém, ela também não era mais a mesma, pois sabia que a radicalização da repressão naquele momento poderia significar, quando pouco, o esfacelamento das próprias Forças Armadas. As cartas então foram lançadas:

[...] de maneira que, a partir de certo momento, difícil de indicar com precisão, nenhum ator ou agência relevante e nenhum dos lados em confronto ou competição se mostraria capaz de definir unilateralmente tanto os resultados quanto o ritmo do processo (Araújo, op. cit., p. 358).

Do lado da sociedade civil organizada, a irrisignação tomava a forma da denúncia dos abusos cometidos pelos agentes do Estado²⁹⁶, mas também ia além do repúdio à exceção, e começava a pautar a discussão pública em torno de um novo desenho constitucional.

²⁹⁵ Pilatti (1988) e Alves (1985) destacam a Lei Falcão (Lei nº 6339/76) e o Pacote de Abril, que estabeleceram, dentre outras medidas, os senadores biônicos (eleitos pelo colégio eleitoral), a extensão do mandato para presidente de cinco para seis anos, e a manutenção da eleição indireta para presidente da república, governadores e prefeitos de municípios considerados de especial interesse para a segurança nacional.

²⁹⁶ Estas que continuavam a ser rotineiras, haja vista as mortes de Vladimir Herzog (1975) e Manuel Fiel Filho (1976).

A Igreja Católica, apesar do apoio inicial à Ditadura, logo passa a proteger os presos políticos e denunciar as torturas. Deste modo, sua grande contribuição para redemocratização foi sua imensa capacidade de se conectar diretamente com a população, e, partindo das demandas políticas específicas das bases, organizar movimentos populares de acesso à terra, à moradia, contra o alto custo de vida, etc.²⁹⁷ Esse direcionamento progressista, que vinha de uma CNBB inspirada pela teologia da libertação, tornava as paróquias verdadeiros centros de agregação de interesses e reivindicação de direitos. A institucionalização da igreja era colocada à serviço dos excluídos, conferindo-lhes um mínimo de *know-how* para pleitear como atores políticos suas demandas sociais, como nos alerta Alves (op. cit., p. 3167).

O sindicalismo, por sua vez, refez seu caminho de volta à arena pública inventando um novo tipo de liderança e redefinindo o papel político do trabalhador urbano (Avritzer, 1993). Desde a era Vargas a atuação sindical ocorria primordialmente nos fóruns institucionalizados, nos quais as lideranças, inclusive patronais, negociavam os acordos coletivos para a distribuição de ganhos e benesses salariais. Evidente que o Estado sempre teve grande influência nessas transações, notadamente em favor da burguesia nacional, mas em muitos casos pressionou uma agenda positiva de direitos sociais.

Na Ditadura, contudo, esse esquema foi desmontado. As instâncias para a composição entre capital e trabalho foram esvaziadas, e as próprias lideranças sindicais interditas. Sem ter aonde e com quem se sentar, o sindicalismo conseguiu organizar ainda duas grandes greves em 1968, duramente reprimidas. Transcorreram-se dez anos antes que as greves dos metalúrgicos do ABC fossem deflagradas outra vez. A novidade, todavia, estava na própria concepção do sindicalismo, que deixava de ser uma organização de representação hierárquica, dependente da atuação do líder sindical, e passava a ser um movimento que proclamava a identidade do trabalhador, denunciava sua exploração e a instrumentalização das leis em favor do capital²⁹⁸. Segundo essa reorientação, a

²⁹⁷ O Movimento dos Sem Terra (MST) tem origem nessa articulação inicial com a igreja, através da Comissão Pastoral da Terra (CPT) e suas comunidades eclesiais de base (CEBs). A essa lista pode ser agregada o Movimento do Atingidos por Barragens (MAB), Movimento Custo de Vida, associações de bairro, e, em certa medida, reforçou um ambiente favorável para a fundação do Partido dos Trabalhadores, através da atuação da Pastoral Operária. Ver Alves, 1985; Avritzer, 1993; Pilatti, 1988.

²⁹⁸ Ver Avritzer, 1993, p. 123 et seq.

reivindicação de direitos não era mais tarefa privativa da liderança, tampouco exigia a institucionalização do Ministério do Trabalho. Todos os metalúrgicos seriam responsáveis pela luta salarial, que era primordialmente uma batalha política²⁹⁹, inclusive no chão das fábricas.

De maneira inusitada, os trabalhadores do ABC paulista ingressaram nas fábricas, bateram ponto, e se recusaram a trabalhar. Como não havia formalmente greve, tampouco a ação isolada de um líder sindical, mas o engajamento real de toda uma classe marginalizada, as técnicas de desmobilização repressiva não funcionaram e a pauta de reajuste salarial foi bem sucedida.

Em 1978, segundo Codato (2005), foram realizadas 118 greves no Brasil. Em 1979 os números saltam para 246, chegando a 619 em 1985. Como se pode perceber, o problema do Regime Militar não dizia respeito exclusivamente à implementação de um Estado de Direito, mas ao próprio modelo excludente de desenvolvimento nacional.

Por fim, vale mencionar a advocacia. A Ordem dos Advogados do Brasil, que até a sua IV Conferência Nacional³⁰⁰ mantivera uma postura temporizadora para com o regime³⁰¹, preferindo uma defesa genérica dos direitos individuais, sem implicar os abusos do Estado no seu libelo liberal, a partir da V Conferência irá fazer das garantias do homem o seu tema central, questionando deliberadamente o conceito e a lei de segurança nacional³⁰². Entretanto, é com a VII Conferência, sob o comando de Raymundo Faoro, que a OAB abandona definitivamente o bacharelismo da situação e lança a bandeira da

²⁹⁹ “[...] o trabalho do sindicato é mostrar à classe trabalhadora a verdade [...] que o sindicato não pode fazer merda nenhuma para a classe trabalhadora exceto em casos individuais [...]. Ele tem que ter coragem de dizer que o sindicato está amarrado, castrado e que serão os trabalhadores que irão resolver o problema” (Lula, entrevista à *Latin American Perspective*, 1978, apud Avritzer, 1993, p. 115, tradução nossa).

³⁰⁰ O tema da IV Conferência era o desenvolvimento nacional. O situacionismo ainda está presente na fala do então presidente José Cavalcanti Neves, que “põe em relevo as graves ameaças e perigos por que passa a sociedade contemporânea, por que passam os países com acelerado processo de desenvolvimento [...] Daí porque a nossa agenda de trabalho diz do embasamento jurídico do desenvolvimento nacional [...]”. (IV Conferência, 1970, p. 54-55).

³⁰¹ A advocacia sempre se pronuncia contra a ilegalidade, mas não significa que ela assumira a defesa da democracia, se contrapondo ao autoritarismo. Há uma certa ambiguidade neste legalismo bacharelesco, desengajado da política, e, portanto, omissos para com suas responsabilidades republicanas.

³⁰² Este foi o tema da palestra de Miguel Seabra Fagundes.

redemocratização e da anistia, se dirigindo diretamente à sociedade brasileira em sua declaração de abertura³⁰³:

A anistia, embora não leve, por si só, ao Estado de Direito, será passo necessário para seu aperfeiçoamento [...]. As promessas governamentais, para que atendam aos reclamos da opinião pública, devem converter-se em ação, com brevidade, em favor da paz e da concórdia dos brasileiros (OAB, 1978).

É Faoro que explicita “as aspirações mais profundas” do país:

No passado quisemos mudança e tudo mudou. Hoje, queremos a transição e o que está além da transição como senso de responsabilidade de quem refletirá, no gesto deferido, a consequência do amanhã reconhecido e reconstruído (Faoro, VII Conferência Nacional OAB, p. 46)

A tríade composta pela Igreja e seus movimentos sociais, os sindicatos e a OAB³⁰⁴ está longe de esgotar as forças mobilizadas pela sociedade civil na fase final da ditadura. Entretanto, servem de termômetro para compreender que o descontentamento outrora contido ganhava formas públicas diversas: cartas, missas, passeatas, greves, etc., que escapavam do controle repressivo, embora não de maneira ileso³⁰⁵.

Ao esforço de vocalização das demandas pela sociedade civil, junta-se, em sinergia, a sociedade política, inicialmente representado pelo partido-bloco da oposição, o MDB. Nesse momento, para além das pautas específicas, ocorre um “clamor nacional pela reformulação inadiável das bases constitucionais da nossa ordem jurídica”³⁰⁶, traduzida em dois pleitos concretos: eleições diretas para a presidência da república e uma assembleia constituinte.

Debatida desde o fim do governo Geisel pelas principais organizações da sociedade civil, a bandeira ganha as ruas com a campanha pela aprovação da emenda constitucional proposta pelo deputado federal Dante de Oliveira. O que era um dos temas da “distensão” e, depois, da “abertura” se tornou uma campanha nacional, envolvendo mais de duzentas entidades sociais e políticas. As “Diretas

³⁰³ Outra manifestação importante fora a “Carta aos Brasileiros” (1977), lida por Godoffredo Telles Jr. da arcada do Largo de São Francisco, porém, assinada por professores universitários, juízes, ex-ministros do Supremo Tribunal Federal e autoridades eclesásticas, que termina dizendo: “A consciência jurídica do Brasil quer uma coisa só: o Estado de Direito, já”.

³⁰⁴ Poderíamos citar a intelectualidade nacional, o Teatro do Oprimido, o movimento estudantil, a imprensa, as associações de bairro, dentre outros.

³⁰⁵ Basta lembrar os episódios da bomba no prédio da OAB/RJ e do Riocentro.

³⁰⁶ Expressão empregada pela Declaração de Manaus, VIII Conferência Nacional da OAB, 1980.

Já” ganharam as ruas em caravanas lideradas pelos expoentes da oposição, além, claro, de comícios que contaram com a presença de artistas, intelectuais, num frenesi participativo que foi capaz de reunir um milhão de pessoas em São Paulo, no dia 16 de abril de 1984 (Barbosa, op. cit., p. 179).

O projeto foi derrotado em uma jogada feita pelo Regime Militar dois anos antes da própria campanha, ao elevar para 2/3 o quórum para a aprovação de emendas à constituição. Essa e outras manobras eleitorais exauriram todo seu capital político, esgotando as chances de continuidade da caserna diretamente no poder, o que culminou com a desistência do presidente Figueiredo em indicar um sucessor militar³⁰⁷.

Entretanto, embora não vitoriosa, a campanha das “Diretas Já” criou um *momentum* de participação popular nos processos da política formal cujo resultado fora a inevitabilidade da principal pauta da redemocratização: a realização de uma constituinte. Malgrado a presença robusta dos herdeiros do regime no Congresso Nacional, não era possível se colocar contra a reconstitucionalização sem perder apoio do eleitorado ou o trem da história. A questão passou então a ser como fazê-la.

As propostas variavam desde aquelas que visavam corporificar uma nova ordem constitucional a partir de uma contraditória emenda à Constituição de 1967/69 até as que propunham a convocação de eleições para a formação de uma assembleia soberana e exclusiva. Sem nos alongarmos nessa questão, ganhou a solução intermediária, isto é, a transformação do Congresso Nacional em assembleia constituinte, indício de que a expectativa de continuísmo e enquadramento do processo constitucional ainda tinha seu lugar no jogo de forças que pautaram a transição democrática³⁰⁸.

Aqui novamente o fluxo dialético pautou os processos políticos. Contando com uma maioria de centro-direita, formada por parte do PMDB, PSD, PFL e PL, a minoria de centro-esquerda³⁰⁹, todavia, “conseguiu impor maiorias pontuais que determinaram, em questões de alta relevância, a derrota de propostas de

³⁰⁷ A tarefa ficou para o partido da situação, o PDS, que indicou Paulo Maluf para concorrer com Tancredo Neves (PMDB).

³⁰⁸ A disposição do centro-direita era explicitamente conservadora, como se depreende da fala do então ministro Moreira Alves, nomeado por Geisel para o STF, acerca dos trabalhos constituintes: “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário” (DANC, 2/2/1987, p. 05, apud Barbosa, op. cit.).

³⁰⁹ Composta pela porção mais progressista do PMDB, PT, PDT, PSB, PCB e PC do B.

preferência do bloco ‘conservador’ majoritário” (Pilatti, 2008, p. 04). O sucesso da coalisão progressista em moldar o “espírito” normativo da constituição não foi obra do acaso. Instrumentalizando com maestria o regime interno da assembleia constituinte, o bloco liderado pelo deputado Mário Covas se posicionou no lugar e hora certos para formar coalizões para aprovação ou veto de propostas do seu interesse (Pilatti, 2008, p. 05). Contou também a assessoria de juristas engajados com os movimentos sociais e defensores de um “constitucionalismo democrático”³¹⁰, na esteira dos exemplos português e espanhol, que pesarão no formato final da Carta³¹¹.

Entretanto, a arena constituinte ainda estava montada e a maioria conservadora conseguiu dar o troco. A tática fora similar à dos progressistas. O regimento interno acabou sendo reformado de maneira a reabrir para a centro-direita a oportunidade de reverter as decisões da Comissão de Sistematização durante a votação em plenário³¹². Era a vez do “Centrão” utilizar o processo legislativo a seu favor.

Mas se os conservadores foram também exitosos na condução dos trabalhos constituintes, por que abrimos essa seção declamando a vitória da democracia através das palavras de Ulysses Guimarães? A resposta vem do peso que teve a participação popular em todo o processo constituinte, pressionando a agenda, no mínimo, para o centro em temas relevantes como os direitos sociais, políticas públicas de saúde e educação, dentre outros. Daí porque a trapaça conservadora não ter tido o mesmo êxito que a astúcia progressista. As oportunidades para a reversão completa dos compromissos com as garantias civis e sociais estavam lá, mas não puderam ser aproveitadas integralmente pelo centro-direita, em virtude da falta de ancoramento popular, naquela altura indispensável para a viabilidade política de qualquer projeto constituinte.

³¹⁰ Sobre os representantes deste “constitucionalismo democrático” ver Cittadino, op. cit.

³¹¹ Cittadino destaca que a circunstância de que vários deputados constituintes terem sido eleitos para o seu primeiro mandato no pleito de 1986, trouxe um sopro de rebeldia e inovação, mesmo nos bastiões conservadores. Assim, “o descontentamento destes ‘novo’ [deputados] com as decisões centralizadoras do Presidente Ulysses Guimarães foi a causa da eleição do Senador Mário Covas para a liderança da maioria (PMDB) na Constituinte [...]; o Regimento Interno, aprovado pelos ‘novos’ – que desejavam participar ativamente dos trabalhos constituintes – definiu um itinerário que, partindo do zero, descentralizava a confecção do texto constitucional em comissões e subcomissões e permitia a intensa participação da sociedade civil no processo [...]” (Cittadino, 2004, p. 63).

³¹² Sobre a “rebelião do plenário”, ver Pilatti, 2008.

Isso não significa que não houve discrepâncias entre a pressão dos movimentos sociais e o regramento constitucional. Em questões afins à reforma agrária, à concessão de tv e rádio, por exemplo, o lobby da oligarquia e da alta burguesia brasileira prevaleceram.

Porém da mesma maneira que a estratégia progressista:

[...] não é de modo algum acidental que a sociedade civil tenha se preparado para intervir no processo constituinte – acabando por fazê-lo com grande eficácia, em parte por ter aproveitado a brecha aberta por uma estratégia partidária –, não se pode desconsiderar que esse conjunto de atores, ao longo do enfrentamento à ditadura, foi acumulando grande prestígio e autoridade moral em todo país, atingindo seu clímax na campanha pelas eleições presidenciais diretas. Essa autoridade moral se devia, entre outras razões, ao desprendimento com que grande parte de sua massa diversa de associados e de seus líderes pelejava pelas causas democráticas mais amplas, sem a expectativa de retorno em termos de um exercício futuro do poder político – como era de se esperar, ao contrário, das lideranças partidárias. E no passado autoritário o faziam, ademais, expondo-se a riscos de retaliação de um aparato repressivo, infinitamente maiores do que um eleitor que votasse na oposição correria, protegido que estava pelo voto secreto (Araújo, op. cit. p. 367-368).

E assim se deu o “oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares”, que diariamente franquearam “as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões”³¹³.

A mobilização havia começado antes mesmos dos trabalhos terem início, com a organização do Movimento Nacional pela Participação Popular na Constituinte (MNPPC), uma rede composta por entidades civis destinada a fornecer subsídios para que os grupos sociais pudessem vocalizar suas demandas e influenciar os trabalhos da ANC³¹⁴. Deste modo, quando da elaboração do regimento interno, a própria abertura dos trabalhos da assembleia para a sociedade já era tema que havia ganhado o debate público. Como consequência, a constituinte deveria ser uma deliberação com e para sociedade, extrapolando o *habitus* profissional do processo legislativo.

³¹³ Discurso do Presidente da ANC, Deputado Ulysses Guimarães, quando da promulgação da Constituição de 1988..

³¹⁴ Versiani (2011) destaca a CNBB, IBASE, ISER, FASE, CPT e CPO.

Um dos desfechos imediatos dessa pressão popular foi o próprio regimento interno, que previu vários mecanismos para os *inputs* da sociedade civil organizada: abertura para sugestões aos congressistas; audiências públicas para o subsídio das comissões temáticas; oferecimento de emendas populares, conquanto contivessem mais de 30 mil assinaturas de eleitores e fosse endossada por três entidades legalmente constituídas. Neste último caso, a propositura partia diretamente da cidadania, sem intermédio representativo, passível, inclusive, de defesa direta na tribuna³¹⁵.

Era possível cruzar com integrantes da CUT, CONTAG, CNBB, movimentos sociais que giravam em torno da temática racial, de gênero, indígena, ribeirinha, etc., mas também com membros da CNA, CNI, FEBRABAM, FIESP, UDR e demais representantes do grande capital nacional e estrangeiro. Esse pluralismo social e político foi revertido para o texto da Constituição de 1988, que procurou acolhe-lo através de um extenso rol de garantias fundamentais, nos moldes do constitucionalismo normativo do pós-guerra. O objetivo era “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos” da sociedade brasileira. No entanto, diferentemente de outras paragens constitucionais, a *validade* da Carta ficou atrelada à sua *legitimidade* democrática. Ou seja, a Constituição de 1988 valeria enquanto “norma” porque também fora o resultado de um pacto político com a democracia. Todavia, divergindo de um raciocínio puramente contratualista, o engajamento democrático não se restringe ao momento fundacional, tampouco confere ao “povo” a passividade da teologia política. Ao revés, a democracia é concebida como uma práxis republicana que empodera do cidadão enquanto titular de direitos, mas também a sociedade civil enquanto “comunidade de destino”. Em outras palavras, a cidadania é explorada sob a perspectiva de uma cultura jurídica comum, isto é, uma cultura constitucional capaz de traçar seu próprio futuro, indeterminado, fluido, mas fundamentalmente coletivo e, por isso, igualmente uma performance política emancipadora.

³¹⁵ Barbosa informa que foram propostas 122 emendas populares, somando 12 milhões de assinaturas (op. cit., p. 231). Estima-se que entre 10% e 12% dos cidadãos brasileiros participaram diretamente na constituinte.

Esta foi a aposta feita pela Constituição brasileira de 1988. Pouco importa que o texto ou o processo constitucional não tenham sido perfeitos, como confessou sinceramente o presidente da ANC no seu discurso de promulgação. Nunca são³¹⁶. Tampouco o é a sua efetividade. Entretanto, a democracia se faz nessa busca diária por um horizonte com mais direitos, pluralismo e inclusão, recusando as tentativas de aprisionar a contingência da utopia republicana numa única vontade soberana, capaz de decidir sozinha a quem pertence ou quem fica fora da cidadania³¹⁷.

A pedagogia das leis, típica da retórica conservadora, acabou por vias tortuosas dando resultados democráticos, na medida em que dispensou o pedagogo nacional e apostou no auto-aprendizado combativo da república.

³¹⁶ “Um pouco do paradoxo de que formas não democráticas podem gerar democracia é a circunstância de que o direito é prospectivo, isto é, “a reordenação das instituições do direito nas sociedades capitalistas depende menos de uma estrutura constitucional programada *ex ante* e mais de um intrincado processo em cujo âmbito se desenvolvem múltiplas estratégias de negociação e arbitragem objetivando, como resultado *ex post*, uma ordem jurídico política nova e, acima de tudo, justa” (Faria, 1994, p. 13).

³¹⁷ “The gap between symbolic and the real is now much greater and can no longer be mediated by a single subject with two bodies. The transcendent space is still there, but it cannot be occupied as long as democracy survives. This means two things: first, that there is no democracy without symbolic reference, one that cannot be reduced, as in the realistic theory, to the concrete description of its workings” (Arato, 2013, p. 152).

4 Poder Judiciário e modernização

Se me perguntarem o que é a minha pátria direi:
Não sei. De fato, não sei
Como, por que e quando a minha pátria
Mas sei que a minha pátria é a luz, o sal e a água
Que elaboram e liquefazem a minha mágoa
Em longas lágrimas amargas.
Vinicius de Moraes

4.1 O papel da jurisdição na democracia: judicialização e ativismo

Os novos textos constitucionais foram o resultado da mobilização das forças sociais e políticas para superar a crise generalizada³¹⁸ que se seguiu às experiências autoritárias, lá e cá do Atlântico³¹⁹, a partir do pós-guerra. Essa afirmativa soa um tanto simplista, no entanto, ela “fala mais do que diz”. Isso porque o constitucionalismo democrático não foi apenas o produto bem aventurado da anomia, a *fortuna* da história, mas o próprio meio para solucioná-la. Com efeito, as Cartas normativas tiveram o êxito de gerar solidariedade social ao mesmo tempo em que eram deliberados seus contornos, justamente porque fizeram uma aposta na abertura do *logos* constitucional à *práxis* democrática, dispensando o lastro das verdades e colocando no seu lugar a contingência histórica das auto-interpretações coletivas³²⁰. Era patente nas conjunturas pós-autoritárias que não bastava a virtude do legislador se não houvesse a disposição para o auto-criticismo do *demos* que se externalizaria como *polis* através das constituições. Daí a revitalização do caráter constituinte da soberania popular, bem como sua influência direta nos processos deliberativos acerca do tipo de sociedade e de Estado que se iria refundar, ao invés de se contentar com a função heurística que lhe fora dada pelo constitucionalismo liberal clássico³²¹. A

³¹⁸“New constitutions almost always are written in the wake of a crisis or exceptional circumstances of some sort [...] By and large [...] the link between crisis and constitution-making is quite robust” (Elster, 1995, apud Kalyvas, 2005, p. 229).

³¹⁹ Europa continental, posteriormente Ibéria, América Latina, África e Leste Europeu.

³²⁰Sobre a discussão se a democracia possuiria um valor epistêmico ver Montero, 2006; Nino 1996.

³²¹ “Constitutional arrangements rested on popular sovereignty, but popular sovereignty was, first of all, understood hypothetically, that is, it rested on what people would agree to if they were rational (they were not actually asked to vote) and second, the arrangements to which the people

“vontade geral” da tradição continental, com as devidas ressalvas, passava a ser uma “vontade de constituição”.

Ciente da heterogeneidade do outrora povo-monolítico, as “novas” Cartas não se destinaram à agressividade latente da paz social. Ao contrário, os acordos constitucionais partiram do reconhecimento da pluralidade política, cultural, étnica, e, por isso mesmo, da exigência de se estabelecer uma forma mais produtiva de se lidar com a divergência, utilizando-a para sedimentar novos arranjos republicanos ancorados também em princípios de moralidade pública positivados. Assim, os antagonismos foram trazidos para dentro do texto, e transformados em direito a uma existência digna e seus desdobramentos. Esses valores constitucionais, tanto no seu *input* constituinte quanto no seu *output* adjudicante, seriam estabelecidos sob a premissa democrática. Em outras palavras, a *validade* constitucional estaria atrelada à sua *legitimidade* democrática, evitando, portanto, a vontade hercúlea do soberano totêmico. Como lembra Avritzer e Marona (2014), a constituição passa a ser percebida em termos de um debate, atravessado por lutas sociais que dependem dos direitos constitucionalizados para a franquia livre à arena pública. Estes são ao mesmo tempo sua condição de acesso e de permanência, criando uma sinergia construtiva entre direito e política.

Esse desenho específico teve o mérito de trazer para o cotidiano das relações públicas e privadas os debates acerca de quais seriam os ideais civilizatórios de determinada sociedade, traduzidos agora como normas de “envergadura constitucional” (Vianna e Carvalho, op. cit., p. 02). Assim, o encaminhamento do moderno se torna mais complexo no que diz respeito aos temas³²², aos promotores, bem como ao uso dos potenciais racionalizadores do direito. Ora, se a autodeterminação da cidadania viria sob a forma de um elenco extenso de garantias fundamentais - fixadas de acordo com o “gosto” da comunidade política - reivindicar e adjudicar direitos seria sua própria performance emancipatória, em um processo contínuo de (re)interpretação constitucional pelos “de baixo”. Sob essa premissa, a capacidade de intervenção do direito não é usada

were thought to agree were not fully democratic. Thus, following a long tradition in political theory, we can distinguish a constituent power of the people from a constituted power. The first is the sovereignty to establish constitutions; the second is the power to govern. By popular sovereignty, I mean the first” (Chambers, 2004, p. 154).

³²² Estes extravasam os estreitos limites da retórica do progresso da nação e da liberdade do cidadão.

apenas pelo Estado para controlar o social. Inversamente, será a sociedade quem utilizará o direito como ferramenta para exercício da cidadania³²³.

Logo, percebe-se que a *juridificação* dos vetores do moderno teve como resultado a própria *politização* da Justiça³²⁴. Tão importante quanto arrolar direitos era universalizar sua experimentação, sob pena de submeter as promessas de dignidade humana ao juízo de “oportunidade e conveniência” do Estado, máxima administrativista, mas que esboça bem a velha tática de neutralização dos potenciais de liberdade contidos no direito através do seu desengate da política³²⁵.

As cartas do pós-guerra procuraram precisamente evitar o filtro³²⁶ da legalidade estatal ao politizar o direito e judicializar a política mediante a supremacia normativa das constituições. Podendo o povo real se abrigar diretamente no texto constitucional e exigir seus direitos, ocorre um desmonte das estruturas de aprisionamento da “vontade geral”, que novamente se torna popularizada. A disputa pelo sentido da constituição se transfigura na própria pauta da modernização, conduzida de maneira horizontal e plural pela cidadania toda a vez que se discute sobre a adjudicação de direitos, abandonando a ideia do “milagre” constituinte limitado ao momento da promulgação das cartas.

A consequência imediata dessa reconfiguração é a transformação da atividade judicante em questão constitucional de primeira grandeza. O Poder Judiciário se tornaria, portanto, a porta de entrada para a cidadania exercer sua soberania. Este seria o sentido amplo da judicialização da política e da constitucionalização da Justiça, fenômenos conexos, ambos destinados a concretizar os princípios e valores das Cartas. E a circunstâncias dos novos textos terem optado pela juridificação tanto de um sistema amplo de proteção de liberdades, como de um compromisso político com uma maior igualdade material, tornou judiciável aspectos da vida pública e privada até então infensos ao controle

³²³ Sobre uma leitura “americanista” do direito como lugar da mudança social democrática, ver Vianna e Burgos, 2002.

³²⁴ Ver Avritzer e Marona, op. cit.

³²⁵ Existe uma diferença entre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e as constituições alemã, portuguesa e brasileira. No primeiro caso, estabelece-se a sacralidade da natureza humana universal, para que em nome dela, em um segundo momento, o legislador soberano possa concretizar o sujeito de direito. Nesse sentido, a declaração francesa não constitui os direitos do cidadão, mas “estabelece o poder para se criar uma forma particular de associação, a nação e o estado, que se tornará o legislador soberano, e, *pari passu*, irá particularizar o homem abstrato no cidadão, de maneira que este se torne o beneficiário dos direitos” (Douzinas, op. cit., p. 95, tradução nossa).

³²⁶ O primeiro filtro foi posto pelo Legislativo “girondino”; o segundo, pelo Executivo tecnocrata do Estado Interventor.

da magistratura, como, por exemplo, políticas públicas, direito ao trabalho, à memória, etc³²⁷. Defendemos a tese de que o constitucionalismo continental pós-1945 não decorreu apenas de uma mudança normativa, mas, seguindo-se a ela, de um novo desenho institucional capaz de traduzi-la, ancorada principalmente no acesso à Justiça e suas novas ferramentas processuais para aproximar a sociedade da instituição³²⁸.

Tal como a percebemos, a judicialização da política significa o empoderamento reflexo do Poder Judiciário em virtude da centralidade que a luta por direitos adquiriu nas democracias constitucionais pós-1945³²⁹. O protagonismo, por assim dizer, é da cidadania, que usa o *medium* do direito “para a tradução de questões pertinentes à sociabilidade em pontos da agenda pública” (Vianna e Burgos, 2002, p. 372). Na esteira do ativismo do cidadão é que a Justiça se torna, por vezes, o caminho menos dispendioso, mais curto e efetivo para a fruição das garantias constitucionais. Ele teria que lidar com a sua própria inércia em provocar os canais institucionais de decisão, porém, uma vez optado pelo litígio, o Poder Judiciário deverá lhe fornecer um resultado, ainda que em descompasso com suas pretensões iniciais, uma vez que a sentença é obrigatória para a atividade judicante³³⁰. O mesmo etapismo não ocorreria em relação ao Legislativo e Executivo. Ambos possuiriam maior discricionariedade acerca dos *outputs* para a cidadania, que não assumiria assim uma forma necessária (sentença), tampouco vinculante.

³²⁷ Sobre o aprisionamento da soberania pela Administração do Estado Social, conferir o capítulo anterior. Neste focaremos na crítica democrática à atuação do Poder Judiciário: se, e em que medida, ele sustenta a “vontade de constituição” pela e para a cidadania.

³²⁸ Poderíamos declinar as iniciativas de informalização do acesso à Justiça, como nos ritos simplificados dos juizados especiais. No tocante à efetividade da tutela de direitos, mencionaríamos os instrumentos da ação civil pública, ação popular, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo e medidas cautelares *lato sensu*.

³²⁹ Sobre as diferentes conceituações da “judicialização”, dizem Carvalho e Leitão que podem as mesmas serem divididas em duas grandes vertentes: “1) sociológica: que busca explicar o processo por uma conjunção de fatores macro sociológicos e políticos, explorando, por exemplo, se a expansão do Judiciário é benéfica ou maléfica para a democracia (Cappelletti e Garapon); 2) institucional: quando se focaliza os aspectos e arranjos institucionais referentes ao Judiciário e sua relação com o meio político, como por exemplo, a descrição das condições políticas existentes em cada país no momento em que se verifica indícios de judicialização [...]” (Carvalho e Leitão, 2010)

³³⁰ Ressalvamos a necessidade da duração razoável do processo para que a prestação jurisdicional seja efetiva. Decidir em tempo desarrazoado é o mesmo que negar o acesso à Justiça, como já decidiu por diversas vezes o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Constituição brasileira, com a redação dada pela EC 45/2004, igualmente previu o princípio da duração razoável do processo. Todavia, o STF tem dado interpretação restrita à garantia, via de regra, determinando que fosse incluída nas pautas de julgamento a apreciação de *habeas corpus*.

Assim sendo, a constituição chegaria como um mandato para o Estado cujo desempenho implicaria na obrigação em fornecer as condições para a existência digna da cidadania, sob pena de inviabilizar o próprio jogo democrático com a factualidade da fome, discriminação e autoritarismo. Esta seria a razão pela qual a atitude altaneira do cidadão em exigir a “democracia juridificada” encontraria continuidade na pró-atividade dos tribunais, traduzida no controle da eficiência e razoabilidade de políticas públicas, inclusive para suprir omissões dos demais poderes; fiscalizar os processos legislativos e administrativos; interpretar a lei segundo as finalidades constitucionais, dentre outros. Ter-se-ia, então, um Judiciário como instrumento da sociedade diante de um Estado resistente ou omissivo na adstrição aos comandos constitucionais³³¹.

Dentro dessa ótica, a judicialização da política, como apontou Vianna (2013, p. 207), seria o resultado da mobilização da sociedade em torno da defesa das cartas normativas. A pressão seria exercida pelos “de baixo”, agindo o Poder Judiciário de acordo com a provocação da cidadania, tendo como horizonte os ideais civilizatórios constitucionalizados, operados a partir de ferramentas processuais igualmente constitucionalizadas³³². Essa seria a dimensão política da judicialização. Significaria tanto submeter ao controle da magistratura atos, leis ou decisões que possam vir a frustrar a efetividade das garantias fundamentais, como, de maneira interligada, atribuir *status* de política constitucional ao próprio litígio e prestação jurisdicional envolvendo tutela de direitos individuais e coletivos³³³.

Evidente que a publicização do papel da Justiça não é fruto apenas de um desenho constitucional bem pensado, mas dos próprios desafios que se foram apresentando à democracia, de acordo com os contextos históricos. No caso continental, duas escolhas reforçaram a relevância do Poder Judiciário. A primeira se liga à “opção da legislatura em espontaneamente sujeitar suas próprias decisões

³³¹ “The obligation to legislate in order to maintain freedom was gradually extended to the preconditions of the exercise of a fundamental right, particularly in areas where the exercise is not just a matter of an individual’s will, but rather depends on social or legal prerequisites [...]” (Grimm, 2004, p. 22).

³³² “O constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro, ao conferir prioridade aos mecanismos jurídicos de participação que buscam efetivar o sistema de direitos assegurados pela Constituição, especialmente contra as omissões dos poderes públicos, não tem qualquer dificuldade em fazer uma leitura ampliada deste dispositivo constitucional [...]” (Cittadino, 2004, p. 64).

³³³ Tate e Valinder conceituam “judicialização da política” também como “the spread of the judicial-making methods outside the judicial province proper” (1995, p. 13). É o que José Eisenberg (2002) chamará de “tribunalização da administração”, sendo as CPIs seu maior exemplo.

ao escrutínio judicial” (Grimm, 2004, p. 17). Traduzindo em miúdos, significa que a tradição do *civil law* passou a admitir o controle de constitucionalidade das leis³³⁴, mas optou por fazê-lo primordialmente através de tribunais constitucionais exclusivos³³⁵. Não abordaremos agora este ato de contração do Legislativo. Interessa-nos apontar como a escolha deste modelo reforçou o processo de judicialização.

Decerto que estamos falando da herança kelseniana e sua tentativa de opor o arbítrio do poder à racionalidade da constituição, no célebre libelo em resposta à Schmitt³³⁶. O pano de fundo era o fracasso do Segundo Reich e de Weimar, conjuntura de crise tal como a reconstrução europeia no pós-segunda guerra ou a redemocratização na América Latina. Todavia, 1930 não é 1949, 1976, 1978 ou 1988. Se Kelsen propôs a criação de um corpo legislativo negativo - responsável pela garantia da supremacia da constituição, mas que funcionaria nos moldes de um Tribunal³³⁷ - não será esta a opção das constituições normativas³³⁸.

No cenário pós-1945 o desenho será kelseniano no que tange ao controle concentrado, isto é, a possibilidade de somente a corte especial ter competência para declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato de governo³³⁹. Entretanto, divergindo do modelo austríaco, as novas Cartas optarão por judicializar o controle das leis. Nesse sentido, os tribunais constitucionais farão parte integrante do Poder Judiciário, expondo a adesão a um modelo tripartite de separação dos poderes, até então esvaziado na tradição do *civil law* por conta da preponderância da lei frente à constituição política³⁴⁰. O desdobramento foi que o controle de constitucionalidade sob o encargo do sistema da Justiça criou a possibilidade da consolidação de um discurso constitucional específico, que de forma tautológica reafirma sua supremacia frente às deliberações legislativas e

³³⁴ A primeira corte constitucional estabelecida na Europa continental foi a da República da Áustria, em 1919.

³³⁵ O contraponto é o exemplo norte-americano e seu *judicial review*, estabelecido desde a decisão *Marbury vs Madison* pela Suprema Corte. Voltaremos a esta questão adiante.

³³⁶ “Quem deve ser o guardião da Constituição”, em *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³³⁷ Mas sem sê-lo propriamente, pois a legislatura deveria ser controlada por ela mesma.

³³⁸ “Kelsen configura un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al mínimo la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo órgano, sea legislativo o judicial” (Pietro Sanchís, 2000).

³³⁹ Abordaremos o caso brasileiro no próximo capítulo. Todavia, a presença do controle difuso não o exclui da tradição do *civil law* continental. Também merece ressalva a França e seu *Conseil D'État*.

³⁴⁰ Ver Ferejohn e Pasquino, 2004; Fioravanti, op. cit., p. 128.

executivas. Deste modo, enquanto Kelsen estava preocupado em defender o Legislativo do Executivo, a separação dos poderes é acionada no pós-guerra para tutelar a soberania constituinte em relação à soberania legislativa, empoderando no seu caminho o Poder Judiciário.

Já a segunda escolha reforça a primeira. Estamos falando aqui da intervenção do Estado nos processos de acumulação para mediar as relações entre trabalho e capital. Abordamos no capítulo anterior o impacto que o *Welfare State* e suas variações tiveram sob o constitucionalismo. Todavia, faltou apontar as implicações específicas do Estado interventor para a judicialização da política. Sobre esse aspecto, teríamos, de um lado, constituições principiológicas estabelecendo os vetores dos processos civilizatórios. De outro, a hipérbole da função administrativa, com o Executivo tentando “organizar o capitalismo [...] regular [...] os fluxos das variáveis econômicas e da ordenação social” (Vianna e Burgos, 2002, p. 377). A questão poderia ser posta da seguinte maneira: foram estabelecidos pelo texto constitucional, garantias fundamentais que chegavam para o Estado como baliza para suas ações modernizantes. Porém, ao mesmo tempo, a textura aberta das normas constitucionais deixava para o Leviatã a tarefa de determinar os modos efetivos de patrocinar os direitos e realizar seus valores democráticos. Quando à essa concretização dos ideais civilizatórios se junta a complexidade do desenvolvimento capitalista (Ibidem, p. 378), ocorre uma aceleração das atividades legislativas e administrativas, ambas exteriorizadas pela linguagem do direito.

Porém, o encargo modernizador chegou também para a Justiça, agora responsável por controlar a constitucionalidade das leis e atos administrativos. Assim, o aumento da juridificação da sociedade e da economia gerou o efeito concatenado de ampliar os conteúdos disponíveis para revisão judicial. Não apenas havia “mais leis”, mas qualidades diferentes de normas (políticas públicas, planejamento econômico, etc.). Legislações versando desde previdência social até a própria família, todas elas potencialmente estavam aptas ao controle de constitucionalidade.

Uma ressalva deve ser feita, contudo. A judicialização se desenvolveu além da *ratio* da juridificação. Em sociedades plurais e capitalistas, a experimentação constitucional não ocorre apenas quando se “faz leis”, mas igualmente quando as interpreta e aplica. Por isso a inconstitucionalidade de determinado ato não fica

confinado ao momento legislativo, espalhando-se para sua execução e interpretação. Esta é a razão dada por Dieter Grimm para explicar porque a “justiciabilidade” alcançou os juízos de razoabilidade e adequação feitos pelo legislador, administrador ou mesmo outros cidadãos (Grimm, 2004, p., 21, tradução nossa)³⁴¹. A lei será constitucional se a sua execução servir à promoção de alguma garantia fundamental. O finalismo que marcou a produção legislativa do *Welfare State* irá também pautar o contencioso constitucional.

O que o caso específico do Estado interventor nos mostra é que a judicialização da política não implica em uma lógica necessariamente adversarial entre os poderes. Nada mais equivocado do que atribuir a expansão do Poder Judiciário ao vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo ou Executivo, num silogismo de correlação inversa: quanto menos atua o parlamento ou a presidência, mais se sobrecarregaria a Justiça. A dinâmica histórica demonstrou justamente o contrário³⁴².

Mesmo no caso de relativa “paralisa” institucional, como indica Hirschl (2006), os próprios poderes Legislativo e Executivo irão instrumentalizar o controle de constitucionalidade para fazer avançar suas pautas políticas, estagnadas pela incapacidade da situação ou oposição de conseguirem quórum necessário para aprovação de reformas. A Corte Constitucional funcionaria como um mecanismo de “desarme” do impasse, seja decidindo sobre matéria de fundo, seja estabelecendo os limites de competência dos atores políticos, ou ainda sobre a correção dos procedimentos deliberativos. Mesmo nesse juízo mais formal, sem adentrar no mérito, a decisão do tribunal poderia forçar a abertura das rodadas de negociação, influenciando diretamente nas dinâmicas parlamentares e/ou executivas para o benefício de um dos contendores.

Seguindo nesse raciocínio estratégico, o controle de constitucionalidade também seria mobilizado para decidir sobre questões substantivas que as próprias instâncias legislativas ou executivas evitariam abordar, receosas em perder sustentação eleitoral em virtude do caráter polêmico de temas como aborto, pena

³⁴¹ O *judicial review* continental alcançou as relações entre particulares, e não apenas os litígios entre cidadão e Estado. Nesse sentido, os próprios negócios privados são lidos à luz da constituição, que, por exemplo, veda a exposição do devedor a constrangimento público pelo credor.

³⁴² O que não significa, contudo, que o Poder Judiciário não possa ter aumentado sua capacidade de ditar a agenda pública, causando o desprestígio político do Parlamento ou do Executivo, que passariam a agir de maneira reativa à Corte.

de morte, justiça transicional, etc. De acordo com esta lógica, as cortes constitucionais teriam condições de absorver melhor o custo político da decisão controversa, já que sua legitimidade democrática não viria diretamente da validação plebiscitária, mas da própria Constituição. Mesmo a provocação da Corte pela cidadania para que seja decidido sobre “omissões fundamentais” do Estado poderia fazer parte do cálculo político dos demais poderes.

A conclusão é que a judicialização da política também pode ser vista pelo prisma dos partidos políticos, lideranças de coalisões parlamentares, chefes do poder executivo, etc. O foco deixa de ser a efetividade dos direitos da cidadania para se ater à transformação dos embates políticos em litígios judiciais acerca da interpretação constitucional. Claro que essa migração tem significado político para os poderes envolvidos, muitas vezes a obscurecer a própria importância do direito pleiteado³⁴³. O que merece ser destacado, contudo, é a transfiguração da Justiça em uma estratégia extraparlamentar de sucesso, tanto da oposição quanto da situação, maiorias ou minorias. Portanto, além da mobilização do Judiciário pela sociedade, poderíamos então dizer que a judicialização da política possui um segundo sentido: a tradução dos conflitos da política institucionalizada para linguagem do direito, a fim de se obter um provimento judicial que renderá frutos parlamentares ou eleitorais. Enquanto no primeiro caso o sistema da Justiça é um canal para a experimentação constitucional pela cidadania, no segundo, o Judiciário funciona como instância arbitral para os conflitos políticos dos demais poderes³⁴⁴.

Com isso, o constitucionalismo normativo pôs em movimento a judicialização da política, mas esta se sustenta por forças diferentes, vindas da sociedade ou mesmo do Estado, como podemos vislumbrar. Os seus efeitos, contudo, não param por aí. Decerto que até agora falamos das condições histórico-positivas que permitiram a judicialização, entretanto, é preciso aprofundarmos nas suas justificativas normativas, parafraseando Ferejohn (2002, p. 65).

³⁴³ Em decisão liminar, o Ministro Gilmar decidiu sobre a constitucionalidade dos motivos que levaram à deliberação parlamentar, segundo ele, “casuísta”. Mais importante que a suposta proteção ao devido processo legislativo, está a estratégia da minoria em barrar a maioria pela via da jurisdição constitucional. A esse respeito, ver o Mandado de Segurança nº 32033/DF, Supremo Tribunal Federal.

³⁴⁴ Neste segundo sentido, a função de árbitro não impede que o Judiciário capitalize sobre a disputa política judicializada. O ganho poderia ser de legitimidade, ou mesmo de reforço da agenda política da corporação.

Em linhas gerais, podemos dizer que o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos pelo Judiciário impactou de maneira profunda a tradição continental no que tange o lastro majoritário da representação; o caráter ilimitado da soberania popular; e o princípio da separação de poderes, avatares até então intocados da *Weltanschauung*³⁴⁵ burguesa, forçando uma reorganização dos discursos de fundamentação do poder em torno de novos arranjos democráticos.

No primeiro caso, ao decidirem os pleitos vindos da sociedade, os tribunais se colocariam como um novo canal de representação política, alargando as bases representativas das democracias liberais. De acordo com este raciocínio, a sentença judicial seria a maneira pela qual a cidadania iria institucionalizar seus anseios, que antes dependiam exclusivamente do Parlamento ou do Poder Executivo. O pano de fundo, como bem nos lembra Vianna e Burgos, ainda é a Revolução Francesa e sua soberania popular, porém, admitindo sua representação em formas mais plurais que o mandato eleitoral (2002, p. 370). A constitucionalização da Justiça e a correlata judicialização da política, no que tange à representação, seriam herdeiras de Condorcet, ao invés de Rousseau ou mesmo Constant³⁴⁶. Nesse sentido, não haveria menos representação política, mas, um outro tipo de representatividade, “derivada das leis, sobretudo da Constituição”, ao contrário da representação procedural, advinda da chancela eleitoral (Ibidem, p. 371). Ao tornar o Poder Judiciário o responsável pela representação “dos princípios constitutivos do corpo político” (Ibidem, p. 367), abre-se nova avenida para que a soberania popular, agora juridificada na Constituição, exija sua superioridade utilizando-se, paradoxalmente, de um substituto funcional: a Justiça. Tornar efetiva a constituição pela via judicial significaria então atualizar a vontade da soberania constituinte fazendo uso de um representante. A ideia é menos a ausência do representado, e mais a vocalização dos seus anseios pela atuação de representante que, apesar de não eleito, somente poderia falar a linguagem constitucional outorgada por uma cidadania plural.

³⁴⁵ Visão de mundo ou cosmovisão.

³⁴⁶ Condorcet almeja canalizar de maneira positiva as forças desagregadoras que habitam o social, procurando dar a elas uma vazão política adequada através de mecanismos de participação direta, diferente de Rousseau que antepõe democracia à representação. Já Constant diverge de ambos. A representação, para ele, serviria justamente para limitar a democracia compreendida em chaves jacobinas, aproximando-o de um modelo de Estado republicano nos moldes americano. Ver Urbinati, 2004 e Fioravanti, 2001.

Seguindo esse raciocínio, a “dificuldade contramajoritária”³⁴⁷ dos tribunais seria superada pela própria reconciliação entre representação e democracia³⁴⁸, que sempre fora problemática para a tradição continental³⁴⁹. Se no primeiro momento revolucionário ela bradava o caráter ilimitado da soberania popular, no segundo a tolhia justamente através da representação política e direitos, criando disjuntivas, tais como: democracia ou representação; constituição ou leis, soberania ou direitos humanos, como tivemos oportunidade de abordar nos capítulos anteriores³⁵⁰.

Deste modo, as experiências totalitárias da primeira metade do século XX tiveram o efeito de esgotar os recursos legitimadores tanto da ortodoxia jacobina quanto girondina, apegadas cada qual ao virtuosismo da mobilização permanente do povo real - quando na verdade havia apenas a abstração do povo fictício - ou no reflexo isonômico entre a sociedade civil e sociedade política, ocultando a apropriação do todo-popular pela parte-burguesa.

Assim, a questão seria menos substituir a figura do *lawgiver*³⁵¹ infalível pelo “papado secular” do juiz Hércules, nos termos de Dworkin (2004), e mais compreender que a soberania popular não precisa da teologia política para se tornar poder constituinte³⁵², pois o reverso da fortuna da transcendência secularizada é a necessidade de um tradutor imanente que lhe rouba a palavra.

³⁴⁷ Expressão de Alexander Bickel (1986).

³⁴⁸ Democracia no sentido moderno. Para o léxico revolucionário, poderíamos dizer soberania popular ou república. Sobre o conceito de democracia como forma de governo em Rousseau, ver Rosanvallon, 1995.

³⁴⁹ Os americanos fizeram a revolução justamente para manter o que já ocorria na prática: uma república na qual os representantes das *townships*, da indústria, e dos demais segmentos sociais pudessem fazer valer suas vontades deliberadas na gestão dos negócios públicos, ameaçadas pelo arbítrio de um rei que estava, ele mesmo, limitado pela soberania do parlamento inglês.

³⁵⁰ Ver Fioravanti, op. cit., p. 118 et seq.

³⁵¹ A figura do *lawgiver* é trazida primeiro por Maquiavel ao analisar o episódio dos “decemviri”, Segundo conta Maquiavel, “uma comissão de dez membros foi eleita pelo voto popular, com mandato de um ano, para reformar as leis de Roma, ameaçadas pelas disputas cívicas” (Arato, em fase de elaboração, p. 02, tradução nossa). Após o primeiro mandato, os decemviri usurparam o que poderíamos chamar de soberania popular, não se contentando com seu papel de legislador. Também Rousseau recupera a ideia do *lawgiver* diretamente de Maquiavel. De acordo com Arato, “The lawgiver is a combination of an expert draftsman and an authoritative advocate on behalf of his draft, preferably an outsider who is not a magistrate of any kind, and has an extra-ordinary, one time office in the state (*dans l’État*) that constitutes the republic but remains entirely outside the constitution (“*constitue la république, n’entre point dans sa constitution*”), one with no power except that of persuasion and influence – this is where the instrumental use of religion turns up in a way identical to the recommendation of Machiavelli. It is with this device, Rousseau applies, for the first time as I can tell, the original Roman distinction between *auctoritas* and *potestas* to foundations” (Ibidem, p. 04).

³⁵² O invento da soberania popular ainda possui capacidade operativa para o constitucionalismo na medida em que proporciona o que Morgan chamará de “willing suspension of disbelief” (1989). Isto é, impulsiona o povo real a tentar se aproximar do povo fictício. Esse desejo é ele mesmo um critério de justiça para o exercício do poder que se torna democrático. Ver Arato, 2013.

Tendo como horizonte a judicialização, a Justiça não funcionaria como oráculo do povo fictício, mas o facilitador da experimentação constitucional por soberanos múltiplos, a cidadania encarnada. Ao invés de ser a *bouche de la loi*, o Judiciário passaria a ser “boca e braços” do cidadão ao efetivar, pela enunciação adjudicante, a própria “vontade do corpo político instituída na Constituição” (Vianna e Burgos, 2002, p. 366). Nas palavras dos autores:

Não se trata, pois, de uma ‘migração’ do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativa tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela ‘cidadania social’ (Vianna e Burgos, 2002, p. 371).

A soberania popular e a separação dos poderes, por sua vez, nos remetem a dois movimentos concatenados - um de emancipação e outro de regulação³⁵³ - que marcam a modernização continental a partir da herança francesa, e que ecoarão no desconforto do *civil law* com a judicialização da política. Antes, porém, é preciso compreender porque o princípio da separação representa, em certa medida, uma reação à soberania popular, ambos articulados de duas maneiras pela teoria política³⁵⁴.

Na primeira vertente, que poderíamos chamar de rousseuniana, parte-se do axioma de que a soberania popular é ilimitada e qualquer tentativa de dividir o exercício do seu poder implicaria em constrangimento à entidade demiúrgica. O que se está querendo dizer é que a fonte do poder e da autoridade - a nação, a soberania popular, por exemplo - prevalece sobre as instituições dela derivadas. Nessa chave, o princípio da separação significa a distinção entre *poder constituinte* e *poder constituído*, e o problema que se procura resolver é o estabelecimento de uma nova forma de Estado moderno³⁵⁵, na qual o poder não possa ser usurpado “às expensas do povo” (Arato, em fase de elaboração). Este seria o fundamento para o caráter revolucionário e emancipatório do binômio, que buscará deslegitimar o estatuto da ordem absolutista, “introduzindo uma discrepância entre as experiências e as expectativas” (Santos, B.S., 2002), que ao final alterará o titular da soberania. Para essa articulação, a separação de poderes

³⁵³ Expressão de Boaventura de Sousa Santos (2002).

³⁵⁴ Estamos seguindo aqui a classificação de Andrew Arato (em fase de elaboração).

³⁵⁵ Forma de Estado não é empregada aqui nos termos da teoria do estado (estado unitário vs. estado federado). O conceito é vago, mas parte de uma ideia normativa: sob que forma se organiza os esquemas de poder e autoridade de maneira a legitimar a entidade estatal?

implicaria na introdução de uma hierarquia entre poder constituinte do povo e poder constituído do governo, devendo este se submeter à autoridade daquele³⁵⁶.

A segunda leitura, nos moldes de Montesquieu³⁵⁷, parte de uma outra perspectiva, inclusive temporal. O momento não seria da demiurgia do poder constituinte que funda um novo Estado, mas da existência de um governo que deveria ser estável, apesar da pluralidade de instituições que habitariam seu interior, e que estariam a desempenhar funções por vezes contraditórias. Logo, a preocupação seria com a conservação das estruturas existentes, e não sua subversão ou fundação. A Constituição é que desempenharia a tarefa de harmonização, funcionando como mecanismo de moderação do governo, e não como expressão de autodeterminação da soberania ilimitada³⁵⁸.

O temor seria que o desequilíbrio em favor de uma das agências do poder reintroduza um elemento de ruptura, apesar dos esquemas racionais do Estado moderno. Todavia, este compromisso com a estabilidade acaba contaminando o próprio poder constituinte, que se torna, por assim dizer, constituído, ou, para usar um léxico mais adequado, *derivado*. Para ser exercido dentre as estruturas de poder já estabelecidas, ele se autolimitaria e se fragmentaria em diferentes *pouvoirs*, cada qual com *puissances* específicas de governo: legislar, executar, e, “aplicar as leis para pessoas particulares” (Bellamy, 1996, p. 444). A divisão possuiria o mérito de colocar os poderes em constante tensão, fazendo com que a competência de um servisse de limite para o exercício do outro. Assim, o que seria inicialmente um ato de contrição constituinte se tornaria um mecanismo permanente de controle recíproco dos poderes constituídos³⁵⁹. Nesta versão, separação significaria dividir para tornar estável o governo, evitando que uma agência possa alterar ela mesma sua jurisdição às custas das demais.

³⁵⁶ Sobre essa versão radical da separação de poderes, diz Arato “[...]the radical version of the doctrine [...] does not imply and even excludes limitation on the constituent power of the people, that is interpreted in terms of the sovereignty doctrine as *legibus solutus* and bound to no particular legal form. At best it will be a theory of single differentiation, that bans legislatures from assuming the constituent power, but not the agents of constituent power from legislating”.(Em fase de elaboração, p. 25).

³⁵⁷ Pelo menos de acordo com sua recepção na Europa continental.

³⁵⁸ Não se está afirmando que a divisão funcional do Estado em agências legislativa, executiva e judiciária não tenha seu mérito para *accountability* estatal. Entretanto, no modo como se deu a modernidade continental, o que era uma forma democrática de Estado foi remodelada para ser uma forma de governo moderado.

³⁵⁹ O que também impede o poder constituinte de legislar. Como lembra Arato, a diferenciação é dupla em Montesquieu: o poder legislativo não pode ser poder constituinte, mas também o poder constituinte não pode ser poder legislativo.

Enquanto que o pano de fundo da primeira articulação era a erupção revolucionária do povo contra o rei - e com ela todas as possibilidades que decorrem do questionamento do *status quo* vigente - na segunda o fluxo era de contenção. O cenário era de desconfiança em relação à soberania popular, cujos excessos democráticos ameaçavam os limites do novo estatuto da ordem, agora com nuances burguesas moderadas. Daí a necessidade de domesticar o “voluntarismo constituinte” através da separação de poderes, que figurava naquele momento operar a transferência do poder do *demos* para a *polis*³⁶⁰.

Como já deve ter ficado claro, a teoria política reflete e molda a disputa pelo sentido que deveria ser dado às revoluções burguesas. Seja como for, prevaleceu no “laboratório de argumentos da história” (Habermas, 1996, p. 472) a reação termidoriana e sua versão liberal da separação de poderes. Porém, não sem antes fazer uma concessão à versão rousseuniana. Com efeito, o caráter ilimitado da soberania popular é escamoteado para dentro do esquema conservador, com o objetivo de aparecer na outra margem como qualidade ilimitada do poder legislativo. O truque aqui é revisitar a demiurgia normativa da república, porém, direcionando-a em favor de uma instituição de governo: o Legislativo³⁶¹. Reveste-se de soberania popular o que, na verdade, é, soberania do Estado³⁶². O outrora poder constituinte situado fora da ordem constituída migra para o interior desta para recriar a mesma lógica absoluta agora dentro da instituição. Este é o roteiro que cria o império da lei do cidadão burguês e, de forma correlata, a intangibilidade dos seus direitos. A soberania do Legislativo e a primazia normativa dos direitos de liberdades representam a dupla face de um mesmo movimento de regulação da Modernidade. Para o homem genérico, contudo, ela chega como instrumento de soberania estrangeira, e não própria, uma vez que interditado seu acesso ao Estado³⁶³.

³⁶⁰ Sobre a oposição entre constituição e democracia na teoria de Montesquieu, ver Bellamy, 1996, p. 445.

³⁶¹ E posteriormente o Executivo, como foi o caso do Estado interventor. A manobra, contudo, é a mesma.

³⁶² Por isso Montesquieu dirá que a função da legislatura é declarar a vontade geral do Estado. Ver Bellamy, op. cit., p. 444.

³⁶³ “Eliminaba el modelo monista de la suprema potestas legislativa personificada en el Pueblo soberano, pero no por esto renunciava al principio, dominante em toda la Revolución, de la primacía del poder legislativo. Tal primacía, sin embargo, era a hora constitucionalmente disciplinada, en el sentido de que el mismo legislativo venía a formar parte de una maquinaria política que la Constitución pretendía organizar en su conjunto” (Fioravanti, op. cit., p. 119).

Nosso *detour* teórico foi extenso mais necessário. É possível compreender agora como o princípio da separação dos poderes, na sua versão conservadora, acabou criando dois dogmas que o constitucionalismo democrático foi obrigado a enfrentar: primeiro, que a soberania “popular” institucionalizada no Legislativo não poderia ser limitada por outro poder, e, segundo, que a separação de poderes demandaria a divisão funcional entre as esferas governamentais, sob pena de despotismo.

A consequência imediata é que, nos termos do Estado liberal continental, o Poder Judiciário ficou impedido de fazer o controle de constitucionalidade das leis, e, mais ainda, de agir no sentido de efetivar as garantias constitucionais, atuando apenas como mecanismo de salvaguarda das liberdades privadas contra os excessos do Estado, notadamente do Poder Executivo, contra o qual exerceria poder de veto.

O mesmo não ocorreu na tradição americana, na qual o medo não era o de excesso de poder constituinte, mas da impotência diante dos desafios de se criar uma federação. Daí o princípio da separação na América ter significado primordialmente a divisão de poderes entre os Estados-federados e a União, cuja base é um Montesquieu revisitado³⁶⁴. Aqui também valeria a máxima de que somente o poder controla poder. Entretanto, ao contrário de segmentar a soberania popular, e, indiretamente, empoderar o Legislativo estatal, os americanos resolverem criar um outro poder, a Constituição e sua dinâmica federativa, como bem apontou Hannahh Arendt (2006). Coube à Carta ser a fonte de autoridade, submetendo tanto o povo quanto o Estado à norma. A América, ao dispensar um centro demiúrgico, não precisou depois se esforçar para dividi-lo, como fora o problema francês. Seguindo Arato e Cohen (2009, p. 311), era impossível e ilegítimo no contexto americano que qualquer órgão democrático pudesse falar em nome do “povo” como uma totalidade, mesmo porque o “*the people*”, sendo ele mesmo submetido ao constitucionalismo, não poderia servir de instrumentalização para algum soberano encarnado.

Voltando à nossa questão original - a judicialização da política - é possível perceber que a acomodação do controle de constitucionalidade no contexto continental foi muito mais além dos problemas afetos à engenharia institucional.

³⁶⁴Ver Friedman e Delaney, 2011.

O desafio residia em encarar seus esquemas imperiais de legitimação do poder, para, pelo menos, tentar novamente democratizá-los.

Com efeito, submeter as leis à supremacia da constituição e, ao mesmo tempo, transferir para a Corte Constitucional a empreitada de facilitar a experimentação dos valores republicanos, bate de frente com os dogmas da versão conservadora da separação de poderes. Em primeiro lugar, a judicialização subverteria o caráter ilimitado da soberania popular exercida através do Legislativo. Em segundo, erodiria a divisão de tarefas entre os diferentes poderes, outorgando ao Poder Judiciário competências legislativas e executivas sob a desculpa de defender a constituição, cuja hipérbole poderia resultar em um verdadeiro governo aristocrático de juízes.

O compromisso com o constitucionalismo democrático, contudo, possibilitou o resgate da versão radical da separação de poderes, marginalizada pelo Estado liberal em virtude do temor da irracionalidade da maioria³⁶⁵. O que as experiências do nazi-fascismo e das ditaduras latino-americanas e ibéricas demonstraram é que a tirania reside justamente no aprisionamento da soberania popular pela soberania estatal. Arauto e Cohen acusam serem essas experiências:

“receita para arbitrariedade, distorção populista dos princípios republicanos e o convite para que determinado órgão [...] reclame a incorporação da vontade e da unidade do povo, desprestigiando tanto o *rule of law* quando a liberdade política” (Arauto e Cohen, op. cit., p. 308, tradução nossa).

Essa revascularização democrática não ficou restrita aos atos de fundação do corpo político, como fora a teologia rousseuniana, mas empoderou a cidadania na própria condução da república através de uma experimentação constitucional com premissas éticas. Nessa toada, nada mais natural do que rever as bases da interação entre os poderes para lhes adequar a paragens mais republicanas. Portanto, mudadas as chaves de análise, a separação dos poderes passa a significar justamente a supremacia do poder constituinte sobre o poder constituído, sendo o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos sua consequência lógica. Sendo expressão do poder constituinte, a Constituição deveria prevalecer

³⁶⁵Leia-se: maioria não-burguesa.

sobre a legislação e demais atos infraconstitucionais ambos manifestações do poder constituído³⁶⁶.

Como resultado, é reeditado em tintas democráticas o sistema hierárquico do *civil law*. Ao invés da supremacia do legislativo, estabelece-se a supremacia da Constituição. Este movimento transfere para o Judiciário a tarefa de “desconfiar” das maiorias transitórias, o que torna mais complexo o caráter contramajoritário das Cortes³⁶⁷. Isso porque a condição de guardião da Constituição reforça o papel da Justiça como palco de autodeterminação constitucional pelo povo real heterogêneo³⁶⁸, ao mesmo tempo em que impulsiona os discursos de legitimidade em detrimento dos de legalidade.

Por outro lado, a concepção radical da separação de poderes obscurece a dogmática da divisão estanque das funções do poder, na qual o legislativo faz lei, o executivo as aplica, e o Judiciário declara direitos no caso concreto³⁶⁹. Caso a Justiça necessite criar normas gerais ou políticas públicas, nada mais estaria fazendo do que reafirmar a primazia do poder constituinte em relação ao poder constituído. Aqui a separação de poderes que importa é aquela que estabelece um Estado constitucional democrático. As otimização das formas de governo são colocadas em um segundo plano, e compreendidas numa perspectiva instrumental, e não principiológica. É o que fazem Nonet e Selznick (2010) com sua ideia de “direito responsivo”, ao ressaltar o finalismo da atividade judicial, cujo compromisso substantivo com a justiça constitucional exige que o provimento seja eficaz para a tutela que se propõe. Nesse contexto, a rigidez da adjudicação abriria passagem para a complexificação dos comandos judiciais, que poderiam,

³⁶⁶Esse mesmo raciocínio se aplica à França, apesar dela não considerar o Judiciário como um poder, mas como função. A criação do Conselho Constitucional e sua reforma em 2008 para prever o controle, *a posteriori*, de constitucionalidade das leis reforça essa tese.

³⁶⁷No modo como vemos a judicialização, o caráter contramajoritário dos tribunais poderia ser traduzido como a oposição entre uma maioria passada que busca se tornar presente através da hermenêutica constitucional, e, de outro lado, a maioria atual legislativa que quer se tornar maioria futura, ao tentar prevalecer sob os compromissos constituintes.

³⁶⁸A esse respeito, diz Chambers: “Contemporary forms of pluralism have significantly altered this picture. Citizens often demand to be recognized by constitutions and to recognize themselves in constitutions. Constitutions are to be mirrors of the multifaceted identities that populate a political order. Rather than imposing order on the messy world, the messy world is reflected in constitutions” (Chambers, op. cit., p. 159).

³⁶⁹Purismo que não corresponde às teorias clássicas como as de Montesquieu, tampouco quanto aos reais desenhos institucionais. Sobre esse assunto, ver Bellamy, 1996.

assim, se aproximar do formato das políticas públicas, caso a defesa da constituição e da cidadania o exija³⁷⁰.

Em certa medida, este também é o foco das teorias que destacam o caráter democrático do controle de constitucionalidade sob o argumento de que o posicionamento da Corte poria em movimento um diálogo entre os diferentes poderes. Aqui o *judicial review* teria o efeito de forçar uma nova rodada de deliberações sobre os rumos das sociedades - cujo benefício seria um ganho de racionalidade ao expandir o círculo de intérpretes da Carta - e também possibilitar novos *inputs* da sociabilidade. Sob essa ótica, a separação de poderes expressaria não divisão estanque de tarefas, mas o estabelecimento de um fórum permanente de discussão republicana impulsionada pela hermenêutica constitucional³⁷¹.

Por hora, podemos concluir parcialmente que a judicialização da política significou uma das principais estratégias do constitucionalismo do pós-guerra para se auto-afirmar. Seu sucesso esteve atrelado, em grande medida, ao próprio modelo de Estado democrático, cujo entrenchamento de extenso rol de direitos fundamentais possibilitou que a judicialização fosse acelerada mesmo em contextos de crise institucional e econômica, como as tentativas de desmonte do Estado interventor nos ensinou³⁷².

Analisando sob esse ângulo, nota-se que o Judiciário exerce um mandato civilizatório que não veio da sua própria demiurgia, mas, ao revés, foi tarefa outorgada pela cidadania. Essa questão não é de pequena monta. Se o constitucionalismo democrático dá continuidade aos esquemas hierárquicos do *civil law*, ao mesmo tempo democratiza o lugar do soberano e, mais ainda, o reconecta com a sociedade, na medida em que redireciona os esforços estatais para satisfazer os anseios da porção viva da coletividade, reforçando uma estratégia emancipatória através do *medium* do direito, cujos potenciais de racionalização são manejados pela e para a cidadania. Porém, justamente porque

³⁷⁰ O que exigiria um modelo de governança entre os “poderes” baseados na cooperação, como Nonet e Selznick mesmo pontuam.

³⁷¹ “Ao relacionar os direitos fundamentais com a separação de poderes, destaco a cooperação institucional necessária para a sua promoção, em vez de colocá-los sob o prisma convencional do judiciário como “última trincheira” na proteção dos direitos ameaçados pelos outros poderes. Altera-se o registro e discute-se a implementação dos direitos em diferentes níveis e estágios dentro dos três poderes, não somente a sua heroica defesa judicial.” (Mendes, C.H., op. cit., p. 39)

³⁷² A judicialização vem à tona com o desprestígio contingente dos parlamentos no contexto pós-1945, e do Executivo no pós-1970. Todavia, o que ela trouxe de perene foi o prestígio combativo da cidadania. Essa seria sua grande inovação.

subverte a usual pedagogia das leis da tradição continental, como nos lembra Werneck Vianna, a fruição de direitos deixa de ser carestia estatal e se torna auto-aprendizado social pela constituição, o que dá um significado todo diferente às virtuosismo ético *à la* Rousseau.

Sob os novos contornos democráticos, o Poder Judiciário passa a proteger a Constituição contra os desvirtuamentos do poder constituído. Todavia, ao desempenhar sua função não está exercendo sua própria discricionariedade, como se tivesse sido empoderado “pela superioridade das suas deliberações ou pela sua compreensão particular de justiça em contraposição àquela do povo” (Bellamy, op. cit., p. 452). Seu papel não é de substituto da vontade geral, mas de seu representante, e linha de defesa contra as tentativas de privatização da soberania por centros únicos de atribuição de sentido. Ao reabilitar o papel da Justiça e transformá-la em um canal de exercício “coletivizado”³⁷³ da soberania popular, a tradição continental encontraria a América³⁷⁴. Por caminhos diferentes e com esquemas de legitimação diversos, ambas as vertentes fazem uso das Cartas democráticas como um elemento construtivo da sociabilidade através dos direitos, alargando a premissa liberal continental do constitucionalismo como limitação ao governo.

Essa abertura para uma práxis emancipatória pelo direito, contudo, não poderia ser completada caso a Constituição não fosse socializada. Não estamos falando aqui da simples disseminação das garantias constitucionais na sociedade, que saberia quais seriam seus direitos e como exigí-los judicialmente, embora esta faceta também faça parte do que estamos chamando aqui de “socialização da Constituição”. O ponto crucial seria romper com o regime de outorga que acompanhou o constitucionalismo continental liberal, no qual a instituição possuía o monopólio da cognição jurídica, cujo efeito para a cidadania foi considerar as leis e a constituição entidades totêmicas, e as cortes uma instância oracular³⁷⁵. Entre o pleito e adjudicação, a interpretação da norma ficaria insulada da própria sociedade, que aguardaria passivamente os *outputs* da soberania estatal.

³⁷³ Além das ações coletivas, cujos efeitos serão socialmente generalizáveis, as demandas individuais contribuem para o aprimoramento da política de direitos ao definir que casais homoafetivos podem adotar crianças, por exemplo.

³⁷⁴ Tema trazido à tona por Werneck Vianna e Burgos partindo de Tocqueville e da transformação do interesse privado em público pela via dos direitos (2002).

³⁷⁵ Mais uma vez *la bouche de la loi*.

Desta feita, a judicialização da política, para levar a sério seus potenciais emancipatórios, deve questionar o que seria uma hermenêutica constitucional democraticamente adequada. Seguindo Peter Häberle, esta não poderia ficar confinada a uma “comunidade fechada de intérpretes” (2002, p. 12). Todos aqueles que vivem a norma devem ser chamados para interpretá-la, num esforço coletivo para dar sentido à constituição. A questão seria menos desautorizar a hermenêutica operada pelos órgãos do Estado e mais compreender que a Carta é uma experiência fundamentalmente republicana, e como tal, não teria coerência restringir seu sentido àquele dado pelos canais institucionais. Deste modo, o pluralismo social que geraria o pluralismo principiológico das Cartas democráticas deveria retornar para a sociedade através do igualmente plural esforço hermenêutico³⁷⁶. Este seria o ciclo virtuoso proporcionado pela democracia “constitucionalizada”.

Logo, a Justiça deve aproveitar os *inputs* interpretativos vindos da sociedade, porque são os “acertos e erros na descoberta e obtenção de direitos” pela própria cidadania que equalizam a práxis constitucional com a práxis republicana (Häberle, 2002 p. 32). Não se trata de postular um “populismo constitucional”, mas reconhecer que faz parte do próprio material de trabalho do Poder Judiciário as pré-compreensões da sociedade sobre seus valores e direitos, devendo ele trabalhar no sentido de reverberá-las ou moldá-las, quando alguém dos potenciais emancipatórios. Assim, tanto a Corte deveria levar em consideração a relação dos povos indígenas com a terra no intuito de redefinir a ideia de território e propriedade, quanto ponderar as divergentes opiniões da Igreja Católica e dos movimentos feministas sobre o conceito de vida e autonomia do corpo.

Entretanto, nem sempre as Cortes assumem o papel de mediador ou representante da soberania popular. Ao contrário, a postura seria de dirigente da hermenêutica constitucional para a qual teria a “última palavra” (Mendes, C.H., op. cit.), notadamente quando se trata de Tribunais Constitucionais organizados

³⁷⁶ “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencialmente e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles” (Häberle, op. cit., p. 43).

em torno da herança kelseniana, como tivemos a oportunidade de apontar no começo dessa seção.

Essa questão não seria tão problemática se a “última palavra” fosse concebida apenas pelo seu viés jurídico, isto é, como instância única ou final de decisão sobre determinado litígio constitucional. Todavia, seu sentido é mais amplo e indica a preponderância da cognição do Poder Judiciário sobre o discurso constitucional que é fundamentalmente político. Já dissemos aqui que a judicialização da política vem articulada com a politização da adjudicação constitucional. Portanto, discutir sobre o significado da constituição não é apenas obra da técnica jurídica, mas implica instaurar um fórum público sobre para onde deve caminhar o projeto “do comum da diferença”. Assim, o controle de constitucionalidade expressa um acréscimo nas oportunidades da soberania popular de se autodeterminar politicamente mediante a defesa ou reivindicação de garantias constitucionais.

Todavia, o caráter democrático da instância judicial depende também da performance política da Corte, que poderá ser mais ou menos republicana, a depender do quanto ela está aberta para os *inputs* vindos de uma sociedade plural. Poderíamos então chamar de ativismo judicial³⁷⁷ a postura imperial da Justiça no que tange à sua capacidade de estabelecer uma agenda política de âmbito nacional, justamente por se considerar o principal, senão o único, intérprete do compromisso constitucional.

Excessos maniqueístas à parte, enquanto a judicialização tem uma justificação normativa que parte da cidadania ciosa por experimentar a faceta democrática do constitucionalismo, no ativismo os tribunais criarão um substrato auto-referenciado de legitimidade. Nesse sentido, as Cortes se considerariam como o lugar da “reserva de justiça da democracia”, como critica Conrado Mendes (2008,, p. 03). Ou, nos termos de Dworkin (2004), a instância que exerceria um papado secular para uma sociedade que não pode mais contar com as cosmovisões fornecidas pela religião ou pela tradição, mas que necessitaria do resgate de algum holismo agregador através do estabelecimento de uma comunidade de princípios de moralidade pública, agora constitucionalizados.

³⁷⁷Sobre o conceito impreciso de “ativismo judicial” na teoria constitucional americana, variando desde o que chamamos de “judicialização” até o nosso conceito restrito de ativismo, ver Kmiec, 2004. A literatura brasileira, contudo, tende a separar os dois fenômenos, atribuindo à judicialização uma valoração positiva. Ver Barboza e Koziicki, 2012; Werneck Vianna, 2013.

Fazendo uso de um discurso de legitimação tautológico, as Cortes defenderiam sua maior racionalidade para decidir sobre controvérsias constitucionais, pois dotadas de melhor técnica e mais imparcialidade, cujo resultado seria uma interpretação mais correta da Constituição do que aquela realizada, por exemplo, pelo Executivo ou Parlamento, como Benvindo criticamente observou (2014, p. 78)³⁷⁸.

Fica claro que a suposta qualidade epistemológica do Judiciário não o transforma apenas no lugar da justiça, mas o personifica como “guardião da constituição”, o sujeito dotado de um mandato heroico capaz de salvaguardar o povo contra a tirania, inclusive da maioria, revelando ao mundo os vetores do moderno através da justiça constitucional.

Essa superioridade epistemológica, por mais questionável que seja³⁷⁹, possuiria ainda o efeito de criar uma correlata hegemonia política para além de qualquer representatividade, inclusive funcional. Ao invés de dar voz à cidadania, o tribunal ativista emudeceria e desautorizaria a pluralidade de intérpretes fazendo com que a própria experiência dos direitos ficasse a depender da ulterior fixação do seu sentido pelo Tribunal³⁸⁰.

O monólogo do Tribunal ativista tem especial relevo quando se decide questões de moral substantiva que irão pautar determinada comunidade político-jurídica³⁸¹. Mas não somente. Também age de maneira ativista a Corte que, não se contentando em ser o árbitro da federação, procura também impor uma certa visão de mundo a partir da sua perspectiva central, ou ainda quando estabelece a pertinência e as regras do próprio jogo político. Abordaremos essa questão com mais profundidade adiante. Por ora, fica a ideia de que no ativismo judicial é a cidadania que é reativa à corte, e não contrário.

³⁷⁸ A respeito do maniqueísmo do discurso de legitimação das Cortes: “De um lado, a decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente, do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático” (Benvindo, 2014, p. 77-78).

³⁷⁹ Ver Benvindo, 2011.

³⁸⁰ “Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”, aprendendo a deduzir para o futuro o ‘permitido’ a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso” (Maus, 2000, p. 190).

³⁸¹ Joana Machado “considera prática de ativismo judicial a tentativa da Jurisdição Constitucional de monopolizar os debates substantivos, sejam eles morais, políticos, ou, pautados em uma pretensa ordem objetiva de valores” (2008).

A partir dos argumentos desenvolvidos até agora, é possível perceber que o ativismo judicial reedita a versão conservadora da separação de poderes para, como fez o Legislativo termidoriano, fazer uso imperial da soberania estatal camuflada e legitimada como soberania popular. Ao invés de se equalizar diretamente como poder soberano, tal qual a manobra das assembleias liberais, a Corte ativista usa a Constituição como *proxy*³⁸². O silogismo é simples: a soberania popular outorgou a constituição para resguardar seus direitos e a democracia; a Corte Constitucional por deliberação da própria soberania popular é a guardiã da Constituição; logo, o Tribunal constitucional também é guardião da soberania popular, que precisaria necessariamente do intérprete profissional para ter acesso ao conteúdo da Carta. Ora, se a corte age em defesa da Constituição, não haveria como a Justiça ser contra a cidadania ou a democracia. A sua presença racional e justa é que seria a condição para a liberdade, reencenando os esquemas hierárquicos de legitimação do poder da tradição do *civil law*, mas sem o elemento democrático da judicialização³⁸³.

Em vez de se portar como uma instituição permeável aos ruídos da sociedade, o Tribunal Constitucional ativista minaria os impulsos periféricos ou os instrumentalizaria em prol de uma ação planificadora e verticalizada a respeito de questões pragmáticas, éticas ou de justiça. Notável como o direito é usado mais uma vez como ferramenta de soberania estatal. Todavia, ao invés dele ser programado pelo Legislativo liberal ou pelo Executivo intervencionista, no contexto do “retorno do direito”, a Justiça ativista estabeleceria sua própria agenda em desprestígio do constitucionalismo democrático. Disfarçada de hermenêutica constitucional, haveria um uso deliberado de uma razão demiúrgica que civiliza a sociedade a partir do seu vértice. Na modernização conduzida pela tecnocracia judicial, a vontade do soberano também ultrapassa e se impõe sobre a vontade da cidadania.

³⁸² No sentido original dado pela ciência da computação, *proxy* é o intermediário entre o usuário e o seu servidor, conectando-os.

³⁸³ Raciocínio presente no Brasil desde o Visconde de Uruguai.

4.2

Judicialização sob a ótica civilizatória: o caso brasileiro

A Constituição de 1988 representou o capítulo final do longo processo de redemocratização brasileira depois de 21 anos de ditadura militar. Já abordamos nessa pesquisa as ambiguidades dessa transição, refletida no desenrolar da Assembleia Nacional Constituinte e no próprio texto constitucional, ainda cioso por preservar o mundo agrário do distributivismo econômico-social que marcaram a atuação do Estado interventor desde o início do século XX, somente para ficar na paradigmática questão do campo.

Contudo, sem a menor pretensão ufanista, a promulgação da Carta de 1988 teve como principal mérito e novidade a mobilização popular enquanto “vontade política”, como bem articulou Cittadino (2004, p. 24), circunstância inédita nos processos constituintes anteriores³⁸⁴. Não se está advogando aqui o retorno a 1789, mas o reconhecimento da pertença a uma tradição que continua apostando na soberania popular enquanto motor de legitimação do poder, cuja unidade, porém, seria fornecida em primeira mão pela práxis de autodeterminação republicana, e, só no segundo momento, pelos compromissos históricos com princípios de moralidade pública. Tão importante quanto o normativismo substantivo seria o encaminhamento republicano dos interesses díspares de um povo que não é homogêneo, mas que, por isso mesmo, optou por transferir para o palco constitucional as disputas sobre os limites dos compromissos civilizatórios³⁸⁵.

Justamente porque a validade da constituição ficou atrelada à sua legitimidade democrática, os direitos passaram a ter um indispensável viés público, ainda que fruídos singularmente. Seu *pedigree* democrático distanciou as garantias fundamentais da *potestas* do Estado. Reivindicar direitos passava a ser a própria performance de uma cidadania que ocupou o lugar da soberania estatal. É por isso que Werneck Vianna e Burgos destacam o caráter também “subjeto

³⁸⁴ Embora as pressões sociais tenham estado presentes nas Constituições de 1891, 1934 e 1946, o “povo” não foi alçado à condição de interlocutor político a disputar espaço com a representação institucionalizada como ocorreu na ANC de 1988.

³⁸⁵ A agenda do moderno no Brasil foi encaminhada como redemocratização, funcionando a Carta de 1988 como materialização deste compromisso republicano traduzido em princípios constitucionais.

público” dos direitos (op. cit., p. 382)³⁸⁶. O entrenchamento constitucional por conta da vontade da cidadania fez com os direitos não expressassem apenas a experiência privada do burguês titular da propriedade, mas que fossem exemplos de condução digna e livre dos projetos de vida pessoais ou coletivos. Parafraseando José Eduardo Faria, o desafio da sociabilidade seria lutar pela constituição dentro da constituição e da lei (1994, p. 11).

Portanto, o direito seria esse instrumental que reavivaria num fluxo contínuo os compromissos normativos de uma sociedade plural, demandando do Estado tanto a observância quanto a promoção do “moderno” em constante ressignificação pela “comunidade aberta” de intérpretes. Como consequência, o pacto constitucional é posto num horizonte prospectivo, distante do saudosismo histórico ou das mitologias de fundação³⁸⁷.

A Carta de 1988, nesse sentido, pode ser alocada no mesmo movimento de revalorização do discurso constitucional do pós-guerra, cujas premissas ao mesmo tempo democráticas e substantivas foram vistas como a receita para superar experiências autoritárias, forçando a submissão do poder estatal à sociedade, agora politizada. Claro que este movimento encontra resistência por parte do Leviatã, como o próprio *Welfare State* e seu desmonte demonstraram. Tampouco faz ele vista grossa aos problemas de efetividade que acompanham uma empreitada civilizatória dessa envergadura, ainda mais em um país marcado pelas desigualdades sociais.

A inflexão que gostaríamos de destacar, todavia, é a aceleração do caráter plural do “povo”, o que torna a reinterpretação dos compromissos éticos ainda mais desafiadores, circunstância que contribuirá tanto para a centralidade do direito para resolver problemas de sociabilidade quanto do próprio Poder Judiciário. Transpor a identidade de gênero para a identidade civil, definir o direito à privacidade e à liberdade de expressão em um mundo digital, sustentar uma concepção “não-patriarcal” ou “não-heterocêntrica” de família em face de

³⁸⁶ O contraste seria o “direito público objetivo”, isto é, o direito prestacional e satisfativo outorgado pelo Estado intervencionista.

³⁸⁷ Nas palavras de Lessa, “[...] o exercício da cidadania define-se antes por sua capacidade de operar mecanismos de garantia jurídica e constitucional do que os meandros clássicos e pouco eficazes da participação política tradicional” (2008, p. 383).

um Congresso conservador, são alguns exemplos dos desafios da agenda de modernização democrática³⁸⁸, e, por isso mesmo, por vezes contramajoritária.

Seja como for, os desdobramentos imprevistos (e bem-vindos) da normatividade da Carta brasileira foram decorrência da constitucionalização de direitos que eram muito próximos ao cotidiano da cidadania. Ao lado da declaração de grandes princípios de moralidade pública, a nossa Carta também dispôs de matérias que fazem parte da vida do homem comum, e que são necessários para o estabelecimento da justiça nas relações públicas e privadas³⁸⁹. Portanto, divergindo das cartas revolucionárias que versavam apenas sobre o homem virtuoso da república, a Constituição de 1988 se esforçou na salvaguarda dos interesses concretos tanto do cidadão quanto da coletividade. Por isso a criação de verdadeiros sistemas de defesa ao direito do consumidor, direito ambiental, direito urbanístico, direito trabalhista e previdenciário³⁹⁰.

Em seguida, num desdobramento da euforia constituinte, a edição de leis que faziam justamente a ponte entre a constituição e a cidadania, operacionalizando o acesso às garantias: Código de Defesa do Consumidor, Lei Geral da Previdência Social, Estatuto do Servidor Público Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros³⁹¹.

Num esforço paralelo, também foram aprimoradas as ferramentas processuais para expandir o escopo da proteção jurídica. O nexu profícuo entre direito e democracia fez com que os contornos restritos da relação processual da tradição liberal³⁹² fossem expandidos para dar conta de interesses difusos e coletivos previstos na Carta, mas caso fossem mantidos os parâmetros da *doxa* positivista, deslegitimariam o próprio cidadão como postulante de demandas que extravasavam o imediatismo e a circunscrição do interesse individual. Para danos

³⁸⁸ Sobre a relação entre o povo fictício (Povo) e o povo real (povo), ver Ingram, 2011.

³⁸⁹ Daí expressões como “constituição dirigente” ou “concepção material de constituição”. Ver Cittadino, 2004.

³⁹⁰ Direito do Trabalho e Previdência estão presentes na vida jurídica do brasileiro desde 1930. Todavia, a Carta de 1988 os articula com um sistema de defesa da cidadania que elimina o peleguismo e o autoritarismo na mediação entre trabalho e capital.

³⁹¹ O processo legiferante não foi sem ambiguidades. Basta lembrar a retomada da agenda conservadora com a revisão constitucional em 1993. Segundo Pilatti, foram aprovadas, em resumo, “a abertura da exploração de serviços locais de gás canalizado a empresas privadas; a supressão do conceito de empresa brasileira de capital nacional; a quebra do monopólio estatal das telecomunicações; e a quebra do monopólio estatal do petróleo” (2008, p. 05). Situação que se repete na Legisatura 2015/2017, vide os projetos de redução da maioria penal e de terceirização da mão de obra, em tramitação no Congresso Nacional.

³⁹² Daí as “condições da ação” previstas no Código de Processo Civil brasileiro: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e legitimidade das partes.

causados à bens jurídicos como a moralidade pública, o meio ambiente e a cultura, o “status processual ativo”³⁹³ poderia tanto ser concedido a um único cidadão quanto ao conjunto deles. Seguindo essa mesma lógica, os efeitos da tutela judicial deveriam ultrapassar o velho corolário dos “limites subjetivos da coisa julgada”, na esteira das *class actions* americanas, como apontado por Werneck Vianna (2008, p. 93).

Nessa reorientação, o próprio processo civil passa a representar exercício público e altaneiro de cidadania, ficando igualmente comprometido com a efetividade do provimento judicial. Essa ideia de que a relação processual deve servir ao Estado democrático está na base dos ritos da ação popular³⁹⁴, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, *habeas data* e mandado injunção, bem como nos dispositivos da tutela antecipada, medidas cautelares, inversão do ônus da prova, dentre outros. Deste modo, o processo civil seria o *medium* pelo qual a cidadania controlaria o rumo a agenda modernizadora, corrigindo os desvios do Estado³⁹⁵, cujo efeito principal seria alargar o interesse público para além da pessoa estatal, que deixaria assim de ter o seu monopólio.

Aos instrumentos inovadores foram adicionados também “novos” agentes engajados na defesa da República brasileira. Estamos falando aqui da reestruturação constitucional do Ministério Público³⁹⁶ - cuja autonomia deveria ser direcionada para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”³⁹⁷ - bem como do reconhecimento do papel cívico das associações de classe, sindicatos e organizações da sociedade civil, que foram habilitadas para a defesa coletiva dos interesses dos seus associados.

Logo, por caminhos e desenhos institucionais diversos, a “democracia juridificada” caiu no gosto da sociedade brasileira, que progressivamente passou a acionar cada vez mais o Poder Judiciário para garantir seus direitos, fato que amenizou os problemas da baixa efetividade das políticas de Estado para fomentar

³⁹³ Reproduzindo Häberle, diz Medina: “[...] *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos” (2011, p. 290).

³⁹⁴ Prevista já de longa data no ordenamento brasileiro para afastar a lesividade ao patrimônio público.

³⁹⁵ E mesmo particulares. Basta lembrar das ações coletivas contra fornecedores abusivos ou mandados de segurança contra instituições de ensino particulares.

³⁹⁶ Sobre o novo papel do Ministério Público, ver Casagrande, 2008.

³⁹⁷ CF/88, art. 127.

o seus compromissos de justiça social, dignidade e respeito da cidadania, escandalosamente deficiente no que tange aos “direitos de liberdade” da massa de excluídos, na sua maioria negra, herança nefasta da escravidão e da avidez das elites nacionais³⁹⁸.

Não que o problema do acesso à Justiça fosse questão passada ou mesmo que o provimento jurisdicional fosse a linha reta entre a insatisfação da cidadania e a correção dos rumos da República. Ao contrário, os meandros do litígio são muitos como também demorados. O custo da formalidade da Justiça, a dimensão continental e as disparidades regionais do Brasil, bem como a falta de um efetivo controle de gestão, são fatores que contribuem para morosidade do nosso sistema judicial³⁹⁹.

De qualquer maneira, inegável que a representação funcional pelo Judiciário, para usar o léxico de Vianna e Burgos (op. cit.), foi agregada às dinâmicas sociais. Temas como direito do consumidor, direito do trabalho e previdenciário aproximaram a Justiça do cotidiano do homem comum, ainda que o *output* da instituição deva ser objeto de crítica. Entre 1990 e 2014, o número de processos que foi distribuído na 1ª primeira instância do sistema de Justiça mais do que quintuplicou. Foram 5,1 milhões novos processos no ano de 1990, e 28,3 milhões em 2014⁴⁰⁰. O destaque é para a Justiça Estadual que viu sua participação no total de processos distribuídos por ano no Brasil crescer de 70,8%, em 1990, para 78%, em 2014. Também impressiona a diminuição da proporção entre o número de indivíduos na população e o número de processos. Em 1990, o

³⁹⁸ Malgrado os avanços sociais do governo do PT, ainda temos um continente de exclusão e ilhas de justiça no Brasil, como já falava Euclides da Cunha. Inspirador foi o discurso do agora ministro do STF, Luís Roberto Barroso: “O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido [...].O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear” (Barroso, 2008, p. 28).

³⁹⁹ José Eduardo Faria aponta que “69,7% da população – envolvidas em algum tipo de conflito que não levou ou não pôde levá-los a um tribunal, e das quais 43% o resolveram por conta própria” (2004, p. 108). Esses dados, contudo, necessitam de comparação com outras experiências internacionais. Parece-me natural que os conflitos tenham resolução extrajudicial, funcionando a Justiça como último recurso. Resta saber se o percentual de quase 70% é elevado.

⁴⁰⁰ Combinamos os dados da pesquisa de Campos (2008) com os do Relatório da Justiça em Números referente ao ano de 2014 de maneira a atualizar a pesquisa do IPEA.

quociente era de 28,6, tendo caído para 11,6, em 2003 (Campos, 2008), e chegado a 7,2, em 2014⁴⁰¹. Ou seja, em 24 anos, a frequência praticamente quadruplicou.

Embora deva ser levado em conta o fato do Estado ser um dos maiores litigantes no país, dado consolidado que não nos foi disponibilizado, ainda assim é razoável afirmar que “há uma demanda crescente pela reparação de direitos civis, políticos, econômicos e sociais no Brasil” por parte da cidadania (Ibidem, p. 10), tendo em vista o aumento drástico da litigiosidade, cuja responsabilidade não pode ser atribuída exclusivamente à litigância estatal. Isso apenas para ficar na expressividade quantitativa. Decisões sobre temas fundamentais da agenda modernizadora, tais como direito à moradia, acesso à saúde e educação, possuem repercussão que estão muito além das estatísticas ligadas às questões de governança judiciária.

A conclusão que se pode tirar é que o Poder Judiciário tem mantido a expectativa normativa da sociedade por justiça, apesar dos diversos problemas que a prestação jurisdicional encontra até seu provimento final⁴⁰². Em outras palavras, o Judiciário passou de fato a ser instrumentalizado pela sociedade para a satisfação das suas demandas por direitos, forçando o *compliance* tanto do particular quanto do Estado em relação à agenda de 1988.

Trata-se de uma aposta do constituinte que deu certo, e, em grande parte, pelo esforço conjunto da instituição e da sociedade⁴⁰³ em superar os “estritos limites funcionais herdados do modelo liberal de Direito” (Faria, 1994). O objetivo era requalificar a dogmática e interpretação jurídica, de modo que a adjudicação fosse comprometida com a realização dos valores constitucionais, alçando o juiz ao posto de mediador de conflitos de uma sociedade tanto plural quanto desigual.

Junto com as responsabilidades advindas da condição de defensor da democracia e do discurso dos direitos, a Carta de 1988 também reconfigurou o desenho institucional da Justiça brasileira. Apesar de ter mantido a divisão já consagrada entre a Justiça comum estadual e federal, de um lado, e, de outro, as

⁴⁰¹ Comparamos o número da população brasileira com o número total de processos distribuídos em 2014, segundo o relatório Justiça em Números.

⁴⁰² Para uma panorama dos problemas de acesso à Justiça no Brasil, ver Campos, 2008; Castro, 2011; Faria, 2004; Conselho Nacional de Justiça, 2014.

⁴⁰³ Notadamente as vertentes do constitucionalismo democrático e da hermenêutica finalística.

Justiças especiais do trabalho, eleitoral e militar, foram feitas inovações consideráveis em três frentes distintas, duas das quais abordaremos nessa seção.

O primeiro grande eixo de alterações trazido pela Carta de 1988 foi a reestruturação da Justiça Federal. Seu sistema recursal foi descentralizado com a criação de cinco novos tribunais regionais federais, extinguindo o antigo Tribunal Federal de Recursos. Todavia, a maior novidade foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela guarda da legislação federal, até então desempenhado pelo STF. Com efeito, com o advento do STJ foi criado um órgão de cúpula tanto para a legislação infraconstitucional quanto para os conflitos entre tribunais de justiça estaduais e/ou tribunais regionais federais. De forma análoga ao STF em matéria constitucional, o STJ passou a resolver em última instância os contendas referentes à interpretação de lei federal, inclusive para uniformizar a jurisprudência entre as diferentes jurisdições nacionais, de maneira a evitar contradições e discrepâncias regionais. Desde de 1988, o STJ tem acentuado seu caráter de cúpula do judiciário. A prodigalidade com que vem sumulando seus entendimentos sobre praticamente todas as matérias discutidas no âmbito infraconstitucional,⁴⁰⁴ a capacidade de suspender a tramitação dos recursos especiais, represados na segunda instância até o julgamento dos recursos repetitivos⁴⁰⁵, bem como a possibilidade de defender sua jurisprudência através de ações reclamatórias, são indicativos da verticalização. Movimento que vem a ser reforçado pelo novo Código de Processo Civil⁴⁰⁶.

Em segundo lugar, o sistema de Justiça foi capilarizado⁴⁰⁷ e informalizado através da criação dos juizados especiais em matéria cível e criminal, inicialmente apenas na justiça estadual, e depois da Emenda Constitucional nº 22, também na Justiça Federal⁴⁰⁸. Aprimorando a experiência anterior dos “juizados de pequenas causas”⁴⁰⁹, os novos foram dimensionados pelo constituinte para “facilitar o acesso dos cidadãos à justiça por meios institucionais alternativos ao poder judiciário” (Mello e Meirelles, 2010, p. 374). Seguindo o modelo da *Small Claim*

⁴⁰⁴ Até o término desta pesquisa, o STJ já havia editado 510 súmulas.

⁴⁰⁵ Lei 11.672/2008.

⁴⁰⁶ Ver Lei 13.105, arts. 332, 927, 932, 1036.

⁴⁰⁷ Aqui ocorreu a influência dos estudos desenvolvidos pelo professor italiano Mauro Capelletti no “Projeto Florença”, financiado pela Fundação Ford.

⁴⁰⁸ Ver Lei 10.259/2001.

⁴⁰⁹ Lei 7.244 de 1984.

Courts americana⁴¹⁰, a menor complexidade dos litígios cíveis ou o baixo potencial ofensivo dos crimes possibilitariam que as demandas fossem conduzidas através de procedimentos mais informais, desapegados do rigor do processualismo do *civil law*, privilegiando a mediação e a composição entre as partes, e, só em caso de insucesso, a intervenção do juiz togado. Assim, o rito sumaríssimo dos juizados seriam conduzido pelos próprios litigantes e por auxiliares leigos da Justiça, funcionando como uma espécie de “juízo de paz”. Mais importante que a verdade e a certeza jurídica seria a justiça no caso concreto, a ser atingida pelo bom-senso das composições arbitrais, e não pelo *more* geométrico do direito continental.

Apesar da pertinente a crítica de Mello e Meirelles (2010) acerca da progressiva burocratização e formalismo dos juizados especiais, que teriam se transformado em mais um ramo estatizado da Justiça comum para tratar de demandas em massa de menor complexidade, a presença na maioria das comarcas brasileiras do rito sumaríssimo, por si só, impulsionou o acesso ao Judiciário. A isenção de custas, a desnecessidade de advogado e a relativa rapidez com que os feitos são decididos fez com que “entrar no juizado” fizesse parte da gramática social, inclusive da população de baixa renda, o que deu vazio a um universo de demandas ligadas à atuação abusiva do fornecedor, à má prestação de serviços públicos por concessionárias, à negativa de concessão de benefícios pelo INSS, aos acidentes de trânsito, ao acesso à saúde, etc.

Também integra o movimento de ampliação do acesso à Justiça a constitucionalização das Defensorias Públicas nos âmbitos federal e estadual. Embora seja digna de nota a inércia dos Estados-federados em implantá-las⁴¹¹, a atuação da advocacia pública foi estendida pela Lei Complementar nº 132/2009, de maneira a incluir no rol de competências das Defensoria o ajuizamento de ação civil pública para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, “quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”, ou ainda promover a defesa dos interesses individuais e coletivos “da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de

⁴¹⁰ Ver Vianna et al., 1999, p. 160.

⁴¹¹ Apesar do dever constitucional, várias defensorias públicas somente foram implantadas nas respectivas unidades da federação após a omissão do Estado ter sido judicializada. Foi o caso do Paraná e Santa Catarina, e, em certa medida, também de São Paulo. No primeiro, a obrigação foi imposta através do controle difuso de constitucionalidade, enquanto que no segundo foram ajuizadas as ADI nº 3892 e 4270.

necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”⁴¹².

Essa capilarização - que também pode ser observada na justiça estadual, do trabalho e federal⁴¹³ - foi objeto de aprimoramento pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Segundo sintetiza Ribeiro (2008), o constituinte derivado estabeleceu: a razoável duração do processo; a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição.

Malgrado os esforços, as disposições da EC nº 45 pouco surtiram efeito no acesso à justiça. Os motivos são variados, desde a pouca efetividade do princípio da duração razoável do processo, diante da própria hesitação do Judiciário em lhe dar uma aplicação mais robusta, passando por metas de eficiência que permitem aos magistrados “rolarem” os processos para frente sem que haja a devida entrega da prestação judicial, e, por fim, à incapacidade da Administração da Justiça de vencer os obstáculos de morosidade postos pela própria ritualística brasileira⁴¹⁴, que até o ano de 2015 será regida por um Código de Processo Civil herdado da ditadura militar.

Nada obstante, o cenário é de uma justiça de primeira instância presente em todo o território nacional, capaz de receber milhões de demandas anualmente, vindos de todos os setores da sociedade, todavia, ainda seriamente deficiente no que tange aos seus *outputs*, por vezes demorados ou inúteis para a tutela dos direitos⁴¹⁵, mas, ainda assim, largamente incorporada na gramática da cidadania⁴¹⁶.

⁴¹² Ver Lei Complementar nº 132/2009.

⁴¹³ Foi aumentada a rede de serviços judiciário à população, em especial a Justiça federal, até então restrita às capitais e grandes comarcas

⁴¹⁴ O novo Código de Processo Civil vem responder, em parte, a essa deficiência, tornando o processo mais sincrético, diminuindo as manobras recursais protelatórias, e, principalmente, tornando vinculantes as decisões dos tribunais superiores.

⁴¹⁵ Ver diagnóstico sobre o congestionamento das demandas no relatório “Justiça em Número”, do CNJ.

⁴¹⁶ Apesar dos mutirões carcerários organizados pelo CNJ, tanto a polícia judiciária quanto a Justiça criminal ainda é fonte inesgotável de violações de direitos e de perpetuação das clivagens sociais e raciais.

4.2.1

Ajustando o foco: o Supremo Tribunal Federal e o incremento da hierarquia no Sistema da Justiça

A terceira frente de inovação trazida pela Carta de 1988 diz respeito ao Supremo Tribunal Federal e os contornos da jurisdição constitucional. Sua posição de vértice da Justiça, acompanhada das ferramentas de controle de constitucionalidade, fazem com que a Corte Suprema represente a hipérbole das dinâmicas, virtuosas ou não, que condicionam a atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira. Assim, focaremos nossa análise da Administração da Justiça a partir do STF, que nos servirá como uma espécie de estudo exemplar. Seu protagonismo institucional e político, porém, acaba conferindo às suas ações repercussão não apenas sobre o sistema judiciário brasileiro, mas sobre a república como um todo.

Em linhas gerais, podemos dizer que o constituinte: (a) confirmou o papel do STF como última instância recursal em matéria constitucional; (b) equalizou suas funções com aquelas próprias das Cortes Constitucionais do sistema continental; (c) fez deste tribunal o foro originário para julgar crimes de agentes políticos de relevo, bem como conflitos de competência entre Estado-federados e a União (Vieira, 2008). Teríamos, portanto, três regimes principais de competência, sem olvidar do extenso rol do art. 102 da CF/1988.

Esse arranjo multidimensional fez com que o STF tivesse várias identidades, como concluiu a pesquisa de Falcão et al. (2011), cada qual atendendo a determinado objetivo e dando continuidade a uma certa tradição jurídico-política.

Analisaremos nessa seção apenas os contornos dos dois primeiros regimes de competência, tentando confirmar a existência de uma tendência ao reforço da posição hierárquica do STF, notadamente após o ciclo de reformas iniciadas pela regulamentação do rito das ações de inconstitucionalidade, e da ação de descumprimento de preceito fundamental, no fim dos anos 1990, e, por ora, completada pela EC nº 45.

No tocante à matéria recursal, a Carta de 1988 confirmou o STF como instância final de julgamento de litígios versando sobre matéria constitucional. Estamos aqui no terreno do controle difuso de constitucionalidade, influência direta do liberalismo americano, incorporado pela primeira vez na Carta de 1891,

pelas mãos de Ruy Barbosa, e, desde então, parte integralmente do constitucionalismo brasileiro. Segundo essa arquitetura, qualquer juiz⁴¹⁷ se encontra habilitado para decidir sobre a constitucionalidade de lei ou ato administrativo federal, estadual ou municipal, cabendo à Corte Suprema exercer o papel de última instância através do recurso extraordinário. Neste caso, a declaração de inconstitucionalidade da lei não é o pedido da parte, mas questão prejudicial necessária para o julgamento do mérito da demanda. Portanto, para que o postulante tenha sua pretensão acolhida, deverá ser resolvido preliminarmente o incidente de inconstitucionalidade, de maneira a afastar a aplicação da lei ou ato que está a impedir a fruição do direito.

Nessa hipótese do controle difuso, percebe-se que o Tribunal funciona como verdadeira “terceira instância”, uma vez que a matéria já foi julgada nos juízos monocráticos ou colegiados, seja da justiça comum ou especial. O constituinte de 1988, ao manter esse desenho, optou por reafirmar o papel de cúpula do STF no sistema de justiça brasileiro, cabendo a ele ser o revisor de todas as questões prejudiciais em matéria constitucional vindas de baixo.

Todavia, a hierarquização da Administração da Justiça veio em desprestígio da função do STF como tribunal constitucional, ainda que sob o modelo difuso. Isso porque, ao contrário do modelo americano, a variação brasileira não empoderou o STF com os mecanismos necessários para decidir de forma discricionária se determinada matéria constitucional mereceria o pronunciamento da Corte por conta da sua relevância social ou política, como seria o caso do *writ of certiorari*⁴¹⁸, como nos informa Mello (2009). Assim, enquanto a Suprema Corte americana reafirma sua condição de “corte de superposição” (Ibidem, p. 140), isto é, seu caráter excepcional de corte de apelação, destacada do sistema da Administração da Justiça, o modelo brasileiro faz justamente o contrário, talvez pela influência do direito continental, profundamente hierárquico.

⁴¹⁷ Clèmerson Merlin Clève (2000) considera que o juiz de primeiro grau não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei, mas afastar sua aplicabilidade no caso concreto. O mesmo valeria para a decisão colegiada, salvo quando respeitada a “cláusula de reserva de plenário” do art. 97 da CF/88.

⁴¹⁸ “No direito do *common law*, o termo *certiorari* significa um *writ* (ordem judicial) original, ao determinar que juízes de uma corte inferior ou oficiais certifiquem e transfiram o registro dos procedimentos da corte inferior no caso em exame para uma corte superior. No vocabulário da Suprema Corte, o sentido originário do termo foi expandido. *Certiorari* refere-se, genericamente, ao processo de revisão discricionária pela Suprema Corte de uma decisão de corte inferior. Essa revisão é buscada por meio de uma petição que requer *writ of certiorari*” (Mello, 2009, p. 141).

A introdução do instituto da repercussão geral a partir da EC nº 45/2004 não alterou essa premissa, mas apenas dotou a cúpula da Justiça de filtros finalísticos. Isto é, poderia o STF rechaçar o papel de terceira instância se o tema debatido não transcendesse os “interesses subjetivos da causa”. Portanto, numa primeira hipótese, para ser apreciado o recurso extraordinário, deveria ser dotado de relevância “econômica, política, social ou jurídica”, ultrapassando o interesse concreto do litigante. Numa segunda hipótese, que também reforça a função de cúpula, o recurso extraordinário poderá ser admitido “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”⁴¹⁹. Dito de outra maneira, quando houver demandas repetitivas, o STF fará do recurso extraordinário uma espécie de incidente de uniformização de jurisprudência, de maneira análoga ao que o STJ faz para a legislação federal. Os feitos considerados idênticos serão agrupados e sobrestados até que o STF resolva o mérito do caso paradigma⁴²⁰.

Apesar do Supremo Tribunal não ter a discricionariedade que a Corte americana tem ao decidir sobre *o writ of certiorari*⁴²¹, a fluidez dos valores para admissibilidade do recurso acaba por proporcionar o mesmo efeito. Tratam-se de conceitos indeterminados, cujos significados ficam à disposição da própria agenda política-constitucional do STF, que tem total controle na densificação normativa do que representaria repercussão geral. Esse caráter discricionário é confirmado pelos poderes conferidos aos relatores para decidir monocraticamente se determinado recurso possui “potencial” de controvérsia transcendente, que será depois confirmado ou não por quatro dos onze ministros da Corte.

A questão é que o STF não tem sido parcimonioso na fixação da repercussão geral. Até o momento, 801 temas foram decididos, e outros 91 aguardam julgamento pelo plenário, já tendo sido pautada a “representatividade da controvérsia”⁴²². Os assuntos variam desde a “possibilidade de cancelamento

⁴¹⁹ Ver Lei 11.418/2006.

⁴²⁰ Ver art. 543-B do Código de Processo Civil, que acaba criando um “efeito vinculante prático” nas demandas repetitivas dotadas de repercussão geral. Se o mérito do RE confirmar os acórdãos impugnados, todas as demandas sobrestadas serão imediatamente inadmitidas. Ao contrário, se a repercussão geral reformar os acórdãos impugnados, os Tribunais inferiores poderão se retratar ou, em caso de “desobediência”, o STF reformará ou cassará automaticamente a decisão que desafiou sua jurisprudência.

⁴²¹ Já que, uma vez decidido sobre a repercussão, a Corte brasileira é obrigada a julgar. Sobre a diferença entre o *writ* e a repercussão geral, ver Pinto, 2006.

⁴²² Dados disponíveis no site do próprio Supremo Tribunal Federal.

automático da inscrição em conselho profissional em decorrência de inadimplência da anuidade, sem prévio processo administrativo” até a “possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”⁴²³.

Uma explicação para a atuação profícua do STF no reconhecimento de temas tão variados de repercussão geral seria justamente sua preocupação em manter sua posição de cúpula da Administração da Justiça, uniformizando a jurisprudência de todos os demais tribunais e juízos do país. No tocante ao controle difuso, malgrado o discurso de racionalização do sistema recursal brasileiro, o STF ainda considera que a função de vértice do sistema de Justiça, merece igual ou mais importância que a função de Corte Constitucional, ainda que de superposição⁴²⁴.

Assim, paradoxalmente, o STF não tem utilizado a discricionariedade na admissão do recurso extraordinário para aproximar este instituto dos grandes temas substantivos ou federativos que normalmente se espera que serão discutidos na seara do controle de constitucionalidade pela sua Suprema Corte, preferindo ele insistir na sua função de reitoria constitucional para os demais órgãos da Administração da Justiça.

Também afeto ao controle difuso, a EC nº 45 criou o instituto da súmula vinculante. Como o próprio nome diz, o STF poderá sumular, de ofício ou por provocação, entendimento acerca de determinada matéria constitucional “após reiteradas decisões”, sendo necessário o quórum de 2/3 dos membros do Tribunal. A novidade, contudo, está no adjetivo “vinculante”. O STF, desde a sua criação, vinha sumulando sua jurisprudência consolidada. Entretanto, a súmula criada pela EC nº 45 passa a vincular imediatamente todos os órgãos do Poder Judiciário, Administração Pública direta e indireta, de todas as esferas federativas.

Aqui o objetivo é liquidar a controvérsia constitucional difusa antes que ela chegue ao STF, forçando que os tribunais inferiores ou mesmo a Administração sigam o entendimento da Corte, o que inviabilizaria a “subida” dos autos através

⁴²³ Ver Repercussões nº 757 e 778. Disponível em www.stf.jus.br.

⁴²⁴ Interessante que a repercussão geral lembra o incidente de relevância presente na Carta de 1967. Este instituto, todavia, exigia a comprovação da importância da “questão federal” a ser tratada no recurso extraordinário. Em outras palavras, a relevância dizia respeito ao próprio federalismo brasileiro, o que em certa medida é reprisado pela repercussão geral, ainda que de maneira mais sutil.

do recurso extraordinário ou instrumentos afins. Mais uma vez, subjaz ao instituto o esforço do Supremo Tribunal Federal de se consolidar como vértice da Administração da Justiça. Isso porque tanto a redação da Lei nº 11.417/2006 é vaga ao determinar qual tipo de juízo ou cognição deve ser expressado através da súmula vinculante⁴²⁵, quanto cabe ao próprio STF a sua aprovação de ofício⁴²⁶.

À primeira vista, parece que a Constituição brasileira se aproximou do *common law* ao privilegiar o precedente. Todavia, a súmula vinculante é diametralmente oposta à prática do *stare decisis*⁴²⁷. A normatividade do precedente está ligada à preocupação com a estabilidade e consistência da aplicação do direito. O juiz, ao analisar os fatos do caso concreto, irá resolver a demanda reafirmando determinada interpretação do direito, porém, atualizando-a para um novo contexto. O esforço argumentativo se liga aos motivos pelos quais deve ser mantido a mesma *ratio decidendi* dos precedentes selecionados. Assim, o ponto nodal do *stare decisis* é menos reafirmar o passado e mais atualizar o direito através de um esforço quase que geracional. A ideia do romance em cadeia de Dworkin (2007) explicita bem o compromisso do precedente com o futuro, apesar da remissão imediata ao passado. Mesmo no caso de refutação (*overuling*) do precedente pelas Cortes superiores do *common law*, ainda assim há o empenho coletivo de atualizar a norma, só que na situação extrema de ter que reconhecer que o raciocínio anterior não é suficiente para dar conta de novas realidades. Os fatos exigem que a *ratio decidendi* mude e acompanhe a sociedade.

A súmula vinculante, por sua vez, inverte os vetores do *stare decisis*. Aqui o STF não está reafirmando a pertinência da *ratio decidendi* que sustentou o deslinde de um conjunto de casos similares por uma comunidade de intérpretes, os juízes. Tampouco está refutando o precedente por ter entendido que os fatos não autorizariam mais a interpretação outrora sedimentada do direito, fazendo ecoar uma outra comunidade hermenêutica, a sociedade. Nem continuidade, nem

⁴²⁵ Diz o art. 2º, § 1º da Lei 11.417/2006: “[...] o enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas [...]”.

⁴²⁶ A súmula vinculante também pode ser provocada por qualquer um dos legitimados para o controle concentrado, acrescido do Defensor Público Geral da União e dos tribunais pátrios. Os Municípios podem provocar o STF apenas incidentalmente nos processos dos quais fazem parte.

⁴²⁷ “This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with precious cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case he has to decide. The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of the law, and may, in its turn, develop those principles a stage further” (Eddey, 1982, p. 125).

mutação. Com a súmula vinculante, o STF reafirma a si mesmo contra a jurisprudência contrária vinda da base do Poder Judiciário, sem autocrítica quanto aos fatos. Não há ruptura *interna corporis*, mas sim comando *externa corporis*. Para aqueles que são obrigados a observar o entendimento vinculante, este chega como um *a priori* normativo, aos quais os fatos do litígio devem se adequar, sob pena de improcedência. O raciocínio é igual ao da subsunção do *civil law*, apesar da aparente afinidade com o precedente.

Portanto, a súmula vinculante não vem celebrar o *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, mas conferir ao STF mais um mecanismo de reafirmação da sua condição de vértice da Administração da Justiça, cuja consequência imediata foi oportunizar ao controle difuso a produção de efeitos *erga omnes*⁴²⁸, o que dúvida sem atinge a finalidade de uniformização da jurisprudência nacional.

No que diz respeito ao controle concentrado, duas foram as principais inovações trazidas pela Carta de 1988. Em primeiro lugar, foi expandido o seu rol dos legitimados. Se no regime constitucional anterior apenas o Procurador Geral da República era competente, na Carta de 1988 o objetivo foi abrir para a sociedade civil organizada a possibilidade de obter pronunciamento abstrato acerca da constitucionalidade das leis estaduais e federais⁴²⁹. Enquanto a atuação do Procurador Geral da República era bastante acanhada na Ditadura militar, no regime de 1988 ele desfruta de total independência, sendo um dos principais proponentes das ADIs. Mas não somente. Como já foi dito, o rol foi ampliado para incluir, além de órgãos políticos (Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara, Assembleia Legislativa e Governadores dos Estados-federados), também entidades representativas da sociedade: o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no congresso nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Considerando o papel histórico desempenhado pelas entidades de classe no Brasil, inegável que o salto em direção à abertura social foi significativo.

Em segundo lugar, além da ADI, foram previstas novas modalidades de controle concentrado: a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO); a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e, por fim, a

⁴²⁸ Até o momento desta pesquisa o STF havia editado 42 súmulas vinculantes.

⁴²⁹ O STF não declara a inconstitucionalidade de lei municipal. Esta competência é dos tribunais estaduais. Todavia, como veremos adiante, a regulação da ação de descumprimento de preceito fundamental abre essa possibilidade, como foi o caso da ADPF nº 109

ação declaratória de constitucionalidade (ADC)⁴³⁰. Esta última introduzida pela EC nº 03/93, porém, todas dotadas de efeitos vinculantes a partir da Lei nº 9.868/99⁴³¹.

A ADO exemplifica bem as ferramentas processuais postas à disposição tanto da sociedade quanto do Poder Judiciário para a efetivação das garantias fundamentais, nos moldes do constitucionalismo normativo do pós-guerra. O que é objeto de reprimenda, a merecer a pecha de inconstitucionalidade, é a própria omissão do Estado em regulamentar os direitos constitucionais ou criar políticas públicas para sua fruição. Apesar da participação restrita das ADOs no universo do controle concentrado, sua importância maior se liga ao efeito que esta ação produziu sobre o mandado de injunção (MI), figura processual que até 2007 tinha pouca eficácia na tutela de direitos⁴³².

O raciocínio desenvolvido pelo STF para reconfigurar o MI foi etapista. Primeiramente, disse a Corte que a CF/88 teria conferido aos dois institutos “significado processual semelhante, e assegurou às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas”⁴³³. Ambos declararíamos a mora do Poder Público quanto ao seu dever constitucional de legislar. A diferença seria que, enquanto o MI:

[...] destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico⁴³⁴.

⁴³⁰ Não discutiremos a ADC nesta pesquisa em virtude da sua pequena expressividade. Até 2014, foram ajuizadas apenas 34 ações.

⁴³¹ A regulamentação do rito das ADI e ADC foi de iniciativa do Poder Executivo, que havia criado dois anos antes uma comissão de notáveis, presidida pelo jurista Caio Tácito. Também dela faziam parte Ada Pellegrine Grinover, Miguel Reale Júnior e o futuro ministro do STF, Gilmar Mendes, à época Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Em 2009, com a edição da Lei nº 12.063, foi regulamentado as disposições específicas da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

⁴³² Diante do reduzido número de ADOs no universo do controle concentrado, fica difícil apontar tendências dentro do STF. Todavia, considerando o novo posicionamento da Corte à respeito do mandado de injunção, a própria Procuradoria Geral da República tem feito pedidos para o suprimento da omissão pelo próprio tribunal, enquanto o legislador não o faz. Nesse sentido, requereu a PGR na ADO nº 30: “[...] a procedência do pedido, para ser declarada a inconstitucionalidade por omissão da Lei Federal 8.989/95, de 24 de fevereiro de 1995, determinando-se a aplicação do inciso IV do artigo 1º da Lei Federal 8.989/1995 aos deficientes auditivos enquanto perdurar a omissão legislativa”.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJU 31/10/2008, p. 20.

⁴³⁴ Idem.

Em segundo lugar, partindo da redação do art. 5º, LXXI, o STF entendeu que, no mandado de injunção, sendo a decisão a ser proferida de caráter mandamental, era possível então que o Tribunal editasse medidas “que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador”⁴³⁵.

O caminho estava, assim, aberto para a conclusão: se o MI, tal como a ADO, declara a omissão genérica do legislador; se no MI o Tribunal pode editar medidas que salvaguadem o impetrante da inércia legislativa; logo, no MI o STF pode “admitir soluções mais ‘normativas’ para a decisão judicial a ser proferida”⁴³⁶. Isto é, pode o Tribunal sanar genericamente a omissão, criando regra transitória para a tutela efetiva do direito fundamental para todos aqueles que tenham interesse na sua fruição, e não apenas o impetrante. Este foi o itinerário no qual a hermenêutica constitucional do STF elevou o mandado de injunção à condição de controle “concentrado de origem subjetiva”⁴³⁷.

A ADPF, por sua vez, trouxe novidades para o controle concentrado a partir de outra perspectiva⁴³⁸. Tendo como escopo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, a ADPF, diferentemente das ADIs, pode questionar tanto atos regulamentares (decretos, portarias, etc.) quanto normas pré-constitucionais. Por outro lado, ao usar o vocábulo “poder público”, esta ação permite a discussão dos atos do poder municipal, o que é vedado pelo rito das ADIs. Por fim, seu caráter satisfativo faz com que, além da declaração da inconstitucionalidade do dispositivo questionado, o STF determine medidas concretas para a garantia de direitos, com destaque para a ordem de suspensão do andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais relacionadas ao mérito desta ação constitucional.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJU 31/10/2008, p. 25.

⁴³⁷ Por exemplo, o MI nº 670 determinou a aplicação da lei que regulamenta o direito de greve da iniciativa privada para os servidores públicos civis.

⁴³⁸ Na modalidade incidental, a ADPF é admitida por conta da variação jurisprudencial sobre controvérsia que envolva “preceito fundamental”. Para esses casos, as demandas subjetivas poderão ser “trancadas” pela liminar na ADPF em favor da “segurança jurídica”. Assim, ao lado do controle concentrado, haveria um controle difuso com efeito vinculante. Daí o Min. Gilmar Mendes ter dito que “ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal” (ADPF 33). Todavia, o ajuizamento da ADI 2231 acabou esvaziando o instituto, apesar de não haver sequer uma decisão liminar sobre a inconstitucionalidade do instituto.

Inicialmente concebida para funcionar como um instrumento de governo⁴³⁹, a grande surpresa foi a apropriação do instituto também pela cidadania. Esvaziada a ADPF incidental e seu “trancamento” das ações difusas, a ADPF “autônoma” passou a funcionar como uma espécie de recurso de amparo do direito espanhol, porém, adstrito ao rol de legitimados do controle concentrado. Ao invés de obstaculizar a “guerra de liminares”, o rito da ADPF fez com que o STF declarasse a não recepção em bloco da Lei de Imprensa; a inconstitucionalidade da interpretação discriminatória que estava sendo dada ao Estatuto do Servidor do Rio de Janeiro para negar direitos aos casais homoafetivos⁴⁴⁰. Todos exemplos de tutela de direitos fundamentais que escapavam anteriormente ao universo das ADIs⁴⁴¹.

Nessa nossa breve descrição das competências multidimensionais do STF, foi percorrido um trajeto que permitiu vislumbrar que, desde a promulgação da CF/88, foram colocadas à disposição das instituições e da sociedade novas ferramentas processuais para garantir a supremacia da Constituição. Se por um lado as inovações indicam preliminarmente um movimento de restrição ao controle difuso de constitucionalidade, por outro, apontam para o alargamento do controle concentrado.

Contudo, o aspecto inusitado é menos o reforço do papel de Corte Constitucional e mais a continuidade da postura de vértice do sistema da Administração da Justiça. Apesar das reformas terem dado ao STF a oportunidade de deixar para as instâncias inferiores a decisão final acerca de matéria constitucional incidental⁴⁴², o Supremo Tribunal Federal tem insistido em lhes

⁴³⁹ De iniciativa do Poder Executivo, fruto dos trabalhos de uma comissão capitaneada pelo jurista Celso Ribeiro Bastos, a ADPF foi imaginada para acabar com a “guerra de liminares” durante a rodada de privatizações do primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, como mesmo informou o agora ministro, Gilmar Mendes (1999). A medida liminar de suspensão dos processos seria o caminho para sepultar as controvérsias difusas no território nacional, uniformizando a jurisprudência nacional através do “atalho” da ADPF. Também serviria para os governos impugnarem atos normativos que ficavam fora do universo das ADIs.

⁴⁴⁰ O processo constitucional ficou também mais complexo: passou a ser admitido no controle concentrado a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas. Por outro lado, foi criada a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão, a interpretação “conforme a constituição” e a “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”.

⁴⁴¹ Porém, o STF lamentavelmente julgou improcedente a ADPF 153, que questionava a recepção da Lei da Anistia pela Carta de 1988.

⁴⁴² Claro que toda controvérsia constitucional possui relevância social, porém, nem todas merecem o juízo revisor do STF, uma vez que os tribunais e juízes também podem apreciar a constitucionalidade da lei.

fornecer os conteúdos decisórios, se valendo para tanto do uso pouco parcimonioso da repercussão geral e da súmula vinculante.

Considerando que a densificação normativa da Carta de 1988 criou um ambiente favorável à judicialização da política no Brasil, resta saber em que medida essas inflexões na política judiciária foram aproveitadas pela própria Corte para reforçar ou não os pleitos judicializantes vindo da sociedade, ou, paralelamente, o ativismo do STF. Dito de outra maneira: o fortalecimento da posição hierárquica do Supremo Tribunal Federal compete com a autodeterminação da cidadania?

4.3

Supremo Tribunal Federal como vértice da Administração da Justiça: a reedição do debate federalista

É absolutamente inadmissível qualquer ensaio de resistência por parte de qualquer órgão estatal a uma decisão judicial, especialmente quando proferida pela mais alta corte de Justiça do país. Não há nenhum tribunal superior ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se da corte suprema em matéria de jurisdição constitucional. Quem tem o monopólio da última palavra é o Supremo e ninguém mais⁴⁴³.

A fala do Ministro Celso de Mello reproduzida acima indica que a *intelligentsia* do STF incorporou plenamente ao seu discurso os movimentos de reforço tanto do controle concentrado de constitucionalidade quanto da hierarquização do Sistema da Justiça identificados na seção anterior. Todavia, ser mais favorável ao controle concentrado não implica necessariamente em fomento da verticalização da Administração da Justiça. Determinado desenho institucional poderia prever o *judicial review* concentrado nas mãos de uma Corte Constitucional pura, mas esse Tribunal não seria ao mesmo tempo o ápice da organização. Muito pelo contrário, a excepcionalidade do encargo constitucional exigiria que a Corte especial fosse autônoma em relação ao restante do Poder Judiciário, funcionando como um Tribunal de superposição, no melhor da tradição kelseniana.

Entretanto, este não é caso brasileiro. O que as declarações do Ministro Celso de Mello indicam é que a guinada em favor do controle concentrado está profundamente comprometida com a verticalização da Administração da Justiça,

⁴⁴³ Ministro Celso de Mello, Estado de São Paulo, 05/10/2007, p. A5.

sendo manifestações diferentes, porém, interligadas, de uma agenda política de centralização do poder na cúpula do Judiciário.

Para compreender esse fenômeno é preciso ir mais a fundo nos discursos de legitimação dos dogmas defendidos pelo STF, contrastando-os, quando possível, à sua práxis republicana.

No que diz respeito à preponderância do controle objetivo de constitucionalidade, dois são os principais argumentos da *intelligentsia* judicial. O primeiro é que o controle concentrado seria mais eficiente na tutela da constituição, pois teria o Tribunal a “oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo”⁴⁴⁴. O respaldo, portanto, viria da maior racionalização da técnica processual. O problema aqui seria gerencial: não haveria necessidade de se gastar tantos recursos materiais e humanos para dirimir “no varejo” as controvérsias constitucionais, quando se poderia debelar “no atacado” os vícios de inconstitucionalidade. Se o Brasil era uma Nova República, essa modernização e *accountability* deveriam ser refletidas nos próprios métodos de controle de constitucionalidade, refinados pela EC nº 45/2004. Não teria cabimento a Corte ficar à reboque, “a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do direito posto, especialmente o direito constitucional”⁴⁴⁵. Ao revés, deveria o STF seguir a diretriz constitucional e impulsionar o controle objetivo de constitucionalidade em detrimento do controle difuso, que agora ficaria dependente da existência de repercussão geral.

Assim sendo, quando o constituinte alargou o rol dos legitimados a provocar o controle concentrado, e, ao mesmo tempo, diversificou seus procedimentos, o recado estava dado ao STF: deveria ele não só capitular diante dos anseios constituintes, mas catalisar essa transformação. Daí a quase equiparação do mandado de injunção à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo o efeito vinculante do extenso rol de novas súmulas.

O segundo argumento da *intelligentsia* judiciária invoca um outro tipo de racionalidade. Ao tornar o STF o principal emissor dos juízos de constitucionalidade, o constituinte estaria fazendo um aposta consciente na maior capacidade dessa instituição de fazer julgamentos mais corretos. Logo, sua

⁴⁴⁴ Voto Ministro Marco Aurélio, ADPF 54, p. 39

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 39/40.

condição de “guardião da constituição” não ficaria restrita aos benefícios gerenciais. Seria antes a consequência do ganho epistêmico que se conferirá ao controle abstrato de normas, cuja cognição ficaria sob o encargo do órgão dotado de maior racionalidade para interpretar a Constituição⁴⁴⁶. Como bem colocou Benvindo, a lógica do discurso de autolegitimação do STF parte da premissa de que a hermenêutica constitucional deveria ficar o mais longe possível da irracionalidade da política e suas maiorias volúveis (2014, p. 73). Por isso seu assento natural na Corte tecnicamente especializada em lidar com o norma constitucional⁴⁴⁷, o que não aconteceria no controle difuso, que somente encontraria a racionalidade do Supremo Tribunal Federal ao final de uma longa e demorada jornada processual. Ademais, o controle difuso estaria igualmente sujeito à fragilidade dos juízos provisórios e particularistas acerca da constitucionalidade da lei, podendo suscitar vários riscos à unidade de um sistema jurídico com proporções continentais⁴⁴⁸.

De acordo com a maneira pela qual o STF delineia seu papel republicano, ele funcionaria como a “reserva de justiça da democracia”, nos termos da crítica de Conrado Mendes (2008, p. 03). Sua posição externa em relação aos conflitos políticos, tanto no Executivo quanto no Legislativo, o habilitaria como salvaguarda dos direitos das minorias contra os rompantes autoritários da política ordinária. E a melhor forma de realizar seu encargo seria através da consolidação do controle abstrato de constitucionalidade, justamente porque neste tipo de rito o acesso à racionalidade do STF é imediata e vinculante para a sociedade e o Estado.

Já no que diz respeito à hierarquização do Sistema da Justiça, os argumentos são bastante similares àqueles utilizados para justificar a preponderância do controle objetivo das normas constitucionais sobre a modalidade difusa. Decerto que as alegações acerca da maior eficiência e rapidez da prestação jurisdicional são reprisados, mas a ênfase também recai sobre a segurança jurídica. Nesse

⁴⁴⁶ Ganho epistêmico que resvala na superioridade ontológica do aplicador do direito.

⁴⁴⁷ “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é do Supremo” (Ministro Marco Aurélio, apud Benvindo, 2014, p. 77).

⁴⁴⁸ No libelo em defesa da APDF, disse novamente o Ministro Marco Aurélio: “A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se sábia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamento díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo” (ADPF 54, p. 40).

sentido, os novos mecanismos que fazem do STF a cúpula da Administração da Justiça viriam corrigir uma distorção do constituinte. Nada adiantaria colocar a Corte Constitucional no vértice da organização judiciária se sua condição de chefia não viesse acompanhada de instrumentos de *compliance*. Uma cabeça sem braços, como diria o Visconde de Uruguai, pouco faria para incrementar a prestação jurisdicional em todo o território nacional. A sua maior envergadura técnica e sua isenção política deveria ressoar sobre as instâncias inferiores como efeito em cascata. Dessa maneira, dois problemas poderiam ser sanados. Primeiramente, o STF poderia se concentrar na atividade que lhe é essencial, isto é, o controle concentrado de constitucionalidade. Não ficaria ele consumido pela pauta volumosa do controle difuso, contra a qual não tinha até então qualquer filtro efetivo de admissibilidade. Em segundo lugar, o instituto da repercussão geral serviria ao mesmo tempo de guia para que as instâncias inferiores, bem como uma oportunidade para que a Corte superior liquidasse vários recursos repetitivos, seja lhes negando admissibilidade por ausência de interesse transcendente, seja para reformar liminarmente o acórdão que desafie o juízo do STF. O resultado seria uma jurisprudência uniforme em todo o território nacional, e um sistema recursal mais racional, e, portanto, mais célere e efetivo para a cidadania⁴⁴⁹.

Seguindo seu discurso de legitimação, o STF defende que os dois movimentos identificados - a preponderância do controle concentrado e a reafirmação do STF como a cúpula do Sistema da Justiça - fariam parte da agenda política do poder constituinte, e não da instituição judiciária. Nesse sentido, o fortalecimento da Corte seria decorrência da própria necessidade de garantir a supremacia da Constituição, e, ao mesmo tempo, a tutela dos direitos fundamentais. O eventual “ativismo” do Tribunal - gerado por pauta que não lhe seria própria - nada mais representaria senão a aceitação do “convite” feito pela Carta de 1988 e pela sociedade, como disse o então Ministro Cezar Peluso⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ A criação do Conselho Nacional de Justiça se encaixa no mesmo fluxo centralizador. Concebido inicialmente como um órgão que possibilitaria o controle da Justiça também pela sociedade civil, rapidamente o CNJ se consolidou como mais um órgão corporativo de cúpula, sob a batuta do presidente do STF. Um dos seus últimos desdobramentos é a proposta do Ministro Lewandowsky para que apenas magistrados de hierarquia igual ou superior ao juiz investigado poderiam fazer parte do colegiado disciplinar. Pleito que, se confirmado, esvaziaria totalmente as competências dos membros da sociedade civil e do Ministério Público. Sobre a configuração corporativa do CNJ, ver crítica de Almeida, 2010.

⁴⁵⁰ Valor Econômico, Entrevista, 03/10/2011.

Em resumo, teríamos um tripé argumentativo fornecido pela *intelligentsia* judiciária: passividade na ampliação das suas competências; maior racionalidade gerencial do novo modelo recursal; e, por fim, maior autoridade do STF para decidir sobre a constituição, tendo em vista seu papel de defensor das garantias fundamentais e dos direitos da minoria estabelecido pela própria Carta.

Trata-se de uma guinada e tanto para um Tribunal que até o fim dos anos 90⁴⁵¹ do século XX sequer admitia apreciar os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes⁴⁵². Essa oscilação aponta para a presença de uma lógica judicializante, mas não somente. A desenvoltura com a qual o STF conduz sua agenda centralizadora flerta com o “federalismo do soberano” já abordado nessa pesquisa, pouco lembrando o fluxo ascendente de empoderamento da cidadania, próprio da judicialização. Vejamos as razões.

Em relação ao primeiro argumento do tripé, o discurso do STF, propositadamente ou não, ignora sua capacidade de estabelecer sua própria agenda política, cujo exemplo maior seria o modelo de reforma contido no texto final da EC nº 45/2004. Inicialmente proposto em 1992 pelo deputado Hélio Bicudo⁴⁵³, o projeto levaria doze anos para ser aprovado, pouco lembrando a tabulação original. O que fora inicialmente concebido para ser uma resposta aos desafios do acesso à justiça e da democratização do Poder Judiciário⁴⁵⁴ acabou centralizando os poderes decisórios e administrativos no ápice do Sistema da Justiça: o Supremo Tribunal Federal e o recém-criado Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Malgrado o projeto de emenda ter sido impulsionado pelo Governo Lula, que queria fazer dele uma das manifestações do seu compromisso com a governabilidade, suas principais inovações vieram a atender aos anseio do órgão da cúpula judiciária. Para o Executivo era importante “a adoção do teto salarial do funcionalismo e o escalonamento entre as instâncias judiciárias” (Paiva, 2012, p.

⁴⁵¹ Koerner (2013) aponta várias razões para essa inflexão. A renovação dos quadros do STF a partir do primeiro governo Lula, tendo este optado por nomeações de juristas com diferentes perfis, porém, todos com formação mais progressistas. Também contribuiu para a guinada a decisão do governo de contornar suas dificuldades de legitimação através de bandeiras reformistas, em prol de um pacto republicano pela governabilidade. A Reforma do Judiciário e seus novos instrumentos de controle concentrado e difuso teriam sido determinantes para este novo perfil.

⁴⁵² Ver ADI 1376, Relator Ministro Ilmar Galvão.

⁴⁵³ Conhecido por seu trabalho como Promotor de Justiça em São Paulo, e ligado aos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos.

⁴⁵⁴ Tanto em relação à sociedade quanto em relação aos seus integrantes. O desequilíbrio de poder entre a primeira e segunda instâncias era uma reclamação de longa data dos juízos monocráticos.

111). Todavia, ele não somente aceitou a composição proposta pelo Presidente do STF para que a participação da sociedade civil no CNJ fosse minorada, como superou sua objeção inicial à súmula vinculante. O resultado final foi um CNJ que deixava de ser um órgão de controle externo do Judiciário para se transformar em mecanismo de fiscalização da periferia da Administração da Justiça pelo seu cume, mas este último, paradoxalmente, não se submeteria a controle algum⁴⁵⁵, ficando fora do sistema de *accountability*.

Não nos interessa aqui aprofundarmos sobre as nuances que levaram ao texto da EC nº 45/2004⁴⁵⁶. Tampouco afirmar que o Executivo ou Legislativo saíram deste processo perdedores, o que seria reduzir a política a um maniqueísmo simplista, porém, apontar que, a despeito da sua retórica de passividade, o STF possui uma agenda política centralizadora, tendo sido plenamente capaz de implementá-la, seja através de alterações legislativas⁴⁵⁷ ou jurisprudenciais⁴⁵⁸.

Portanto, o fato de que o principal resultado da Reforma do Judiciário ter sido a considerável centralização do Sistema da Justiça no STF, transformando-o no vértice do controle difuso e “guardião da constituição” no controle concentrado alargado, demonstra que a Corte brasileira não atua no jogo político “à reboque”, parafraseando o Ministro Marco Aurélio.

Por outro lado, em relação ao segundo tripé, isto é, a eficiência do controle concentrado e da nova sistemática do controle difuso, mais uma vez o diagnóstico

⁴⁵⁵ “A previsão de um Conselho que agisse sobre o STF, possibilidade hoje inexistente, ajudaria nesse sentido. O modelo atual verticaliza as decisões e coloca o Supremo fora da atuação do CNJ e de outra instância de controle. Como Semer coloca, este desenho dado ao Conselho nos ajuda a entender a posição favorável da cúpula, sobretudo do então presidente do STF, Nelson Jobim” (Paiva, 2012, p. 132-133).

⁴⁵⁶ Ver Almeida, 2010; Paiva, 2012.

⁴⁵⁷ Sobre o papel do então Presidente do STF, Nelson Jobim, disse o jornalista Juliano Basile, citado na pesquisa desenvolvida por Paiva: “A Reforma foi colocada pelo Lula, quem coordenou foi o Thomaz Bastos, que criou uma secretaria para tanto. Na época, desagradou o presidente do Supremo, Maurício Correia, que criticou muito a criação dessa secretaria e essa iniciativa de reformar a Justiça. Houve alguns desentendimentos, um deles foi marcado por aquela fala do Lula, que tinha que abrir a caixa preta do Judiciário. Então, ela começou sobre quase que um conflito entre poderes. Mas, a partir da presidência do ministro Nelson Jobim no Supremo, ela andou mais rapidamente. Pois, a partir de 2004, o Jobim concordou que era preciso Reformar o Judiciário. Então, foi possível chegar a acordos” (apud Paiva, op. cit., p. 111).

⁴⁵⁸ Como exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, já no julgamento das chamadas “cláusulas de barreira”, ADIN nº 1354/2006, se posicionou explicitamente sobre sua contrariedade ao fluxo migratório entre partidos. Menos de dois anos depois, já estava o TSE dando início à alteração do texto constitucional através de uma “interpretação principiológica integrativa”, para incluir a dita “infidelidade” como causa de perda do mandato eletivo, seja no regime proporcional, seja no regime majoritário. Ver Ferraz Júnior, 2008.

positivo feito pela Corte parte da premissa independente de que a centralização da Administração da Justiça é mais benéfica para o cidadão. Porém, nem sempre.

Como já discutimos na seção anterior, existem profundas ambiguidades no novo modelo de admissibilidade do recurso extraordinário (RE). Embora a justificativa seja a racionalização do sistema recursal, a prodigalidade com que o STF tem decidido acerca da presença de repercussão geral acaba por minar a eficácia do próprio instituto. Apesar do número de RE e agravos de instrumento (AI) terem diminuído substancialmente, a ponto de Falcão et al. falar em “tsunami antirrecursal” (op. cit., p. 58)⁴⁵⁹, o patamar de 30 mil RE e AI, ajuizados por ano no STF, ainda é muita coisa, e parte deste excesso de litigância é causado pelo próprio Tribunal. Sua opção por emitir juízos acerca da constitucionalidade de assuntos imediatamente infraconstitucionais⁴⁶⁰, ou ainda que não resvalam em grandes questões substantivas ou federativas⁴⁶¹, mostra que a Corte, ao mesmo tempo em que não quer deixar de ser o vértice do controle difuso, almeja reduzir o acesso da cidadania à Brasília. São movimentos que eventualmente serão contraditórios. Para que o controle difuso não assoberbe os trabalhos do STF, este tem que estar disposto a abandonar a cúpula da Administração da Justiça, assumindo o papel de corte de sobreposição, ao invés de se enveredar na normatização progressiva do “precedente”, uma vez que a textura aberta da Constituição tornará o trabalho inesgotável.

Todavia, se consideramos o número de repercussões gerais e súmulas vinculantes, a inclinação do STF é justamente o contrário. Ele parece estar mais preocupado em dar a “última palavra” (C. Mendes, 2008) sobre a Constituição a racionalizar ou tornar eficiente o sistema recursal brasileiro. Por caminhos diversos, esta foi a conclusão a que também chegou Falcão et al. Segundo sua pesquisa,

[...] apesar de trazer maior unidade ao sistema, não se pode assegurar que a repercussão geral e a súmula vinculante estão produzindo julgamentos mais céleres no sistema judicial como um todo, já que os processos ficam represados nas

⁴⁵⁹ Enquanto em 2006 foram interpostos mais de 100 mil RE ou AI, em 2009, os números caem para menos de 30 mil.

⁴⁶⁰ A Repercussão Geral 135 discute sobre a “exigibilidade do porte de remessa e retorno de autos de autarquia federal no âmbito da Justiça Estadual”.

⁴⁶¹ A Repercussão Geral 116 trata do “direito a honorários advocatícios nas ações que visam obter expurgos inflacionários de FGTS”.

instâncias inferiores aguardando a decisão da matéria em abstrato pelo Supremo.[...]. Essa situação gera um paradoxo: se, por um lado, os ministros do Supremo precisam julgar muito menos casos em comparação com o sistema anterior à repercussão geral para equilibrar casos novos e casos julgados (mais de 100 mil processos antes contra 100 matérias por ano agora), por outro, isso não significa que os processos tenham se tornado mais céleres para as partes. Antes, o trânsito em julgado ocorria no próprio Supremo. Agora, é preciso aguardar uma decisão de um caso em abstrato pelo Supremo e que o tribunal aplique a decisão ao caso, sendo ainda possível que a decisão geral não se aplique ao caso específico (2011, p. 62)

Portanto, se o argumento da eficiência da prestação jurisdicional não sustenta os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, por qual motivo o STF continua apostando nessa retórica? Em primeiro lugar, porque os novos contornos dados ao controle difuso são de fato eficientes na recondução da matéria constitucional à cúpula do Judiciário. Em segundo, ela garante a vinculação das instâncias inferiores, viabilizando outro valor caro ao STF: a unidade do sistema jurídico brasileiro. Fica evidente que o conceito de eficiência pressuposto pela Corte está ligado à centralização, e não à utilidade processo para a sociedade⁴⁶².

Esta pesquisa não tem posicionamento contrário à interposição de filtros para o controle difuso, todavia, eles devem funcionar em benefício da cidadania, e não do Tribunal. Fazer com que o cidadão espere o juízo imperial da Corte Suprema tem sido mais prejudicial do que se contentar com o controle de constitucionalidade feito pelas instâncias inferiores. Tanto a repercussão geral quanto a súmula vinculante têm sido instrumentalizadas pelo STF como típico instrumento de soberania institucional, em desprestígio da cidadania que viu aumentar o congestionamento dos seus litígios na segunda instância.

Já no que diz respeito à eficiência do controle concentrado em relação difuso, o problema é só aparentemente de governança. O fato do STF propagar a preferência dado pelo próprio constituinte ao controle objetivo de normas⁴⁶³ -

⁴⁶² Vale pena lembrar a interpretação acanhada que o STF dá ao princípio da duração razoável do processo. Ele se limita a mandar incluir na pauta de julgamento os *habeas corpus*.

⁴⁶³ Para o Ministro Gilmar Mendes, o “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (apud Benvindo, 2014, p. 86). O mesmo disse o então Ministro Joaquim Barbosa: “[...] abstract review presents none of the disadvantages that contribute to the inefficiency of the diffuse model. A decision made by the Court under abstract review is binding for the whole judicial system and other branches of the government. Since the actors with standing to institute a challenge against a law are many and varied, the court has had the opportunity to rule on many controversial issues. As a result, the Brazilian court has become a formidable check on political

afirmação que não é confirmada pela presença avassaladora do controle difuso na pauta do tribunal⁴⁶⁴ - espelha a predileção da Corte por uma Justiça mais “eficiente” do que democrática. Este tipo de juízo sobre o controle de constitucionalidade o reduz “simplesmente a submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária”, como apontou Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 212). Daí a suposta eficiência do controle concentrado, capaz de ceifar de uma só vez a norma inconstitucional⁴⁶⁵.

Todavia, o controle difuso, com as limitações adequadas, é de suma importância para uma compreensão mais republicana dos juízos constitucionais. Isto porque ele traz para o debate público as questões que afligem o homem comum, forçando a sociedade a reinterpretar a promessa constitucional de acordo com os desafios do seu tempo. Sob essa ótica, a decisão no controle difuso seria o ápice de uma deliberação pública que está acontecendo fora do Tribunal pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição. A função da Corte seria selecionar os casos que simbolizam os impasses da República para lhes dar um deslinde que oficialize um novo marco de autocompreensão normativa. O controle subjetivo de normas, como é próprio da tradição do *common law* que o originou, reverbera os dilemas geracionais, sendo típico exemplo racionalidade pública (Ibidem, p. 214). Esse esforço coletivo de hermenêutica constitucional deveria ser preservado, e não descreditado pela racionalidade gerencial do STF, uma vez que esse rito é fundamental para colocar a Corte em contato com a sociedade⁴⁶⁶, sobretudo num país com diferenças regionais tão marcantes.

Evidentemente que o controle concentrado pode vir também carregado desse simbolismo discursivo, como aconteceu na ADPF nº 132⁴⁶⁷. Todavia, o controle objetivo é menos permeável aos dilemas da pluralidade cidadã, em virtude do rol limitado de legitimados para sua proposição. Ademais, por melhor

majorities in power. The diffuse model of review is on the decline, as Brazil turns more frequently to abstract review" (apud Comella, 2011).

⁴⁶⁴ Falcão et al. apontam que 92% dos processos que tramitam no STF são de natureza recursal, notadamente o RE e AI (2011).

⁴⁶⁵ Mesmo no tocante ao controle concentrado, Costa e Benvindo (2014, p. 45-46) alertam que o STF alterou sua política, e praticamente não tem concedido liminares para suspender a eficácia da norma questionada. Assim, a declaração da inconstitucionalidade de lei tem levado em média cinco anos para ser declarada, o que diminui a “eficiência” deste rito.

⁴⁶⁶ A revisão da Lei da Anistia, por exemplo, poderia ser feita pelo rito do controle difuso. A presença do direito subjetivo do cidadão torturado daria muito peso à decisão da Corte do que o controle abstrato, cuja discussão sobre teses acabou por perpetuar o estatuto em descompasso com a CF/88 e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁶⁷ Incluiu as uniões homoafetivas nos conceitos jurídicos de união estável.

que seja a decisão concentrada, ela acaba se aproximando mais da lógica contramajoritária, ao invés do modelo representativo. Embora a democracia precise de ambos, o STF parece estar satisfeito apenas com o veto hierárquico⁴⁶⁸.

Por fim, quanto ao terceiro tripé argumentativo, ele se baseia em uma justificativa *ex post facto*: porque defende os direitos das minorias e as garantias fundamentais, o STF é o “guardião da constituição”, sendo “absolutamente inadmissível qualquer ensaio de resistência por parte de qualquer órgão estatal a uma decisão judicial [proferida pela Corte Suprema]” (Ministro Celso de Mello, *op. cit.*, comentário nosso)⁴⁶⁹.

Todavia, analisando o perfil das decisões das ações diretas de inconstitucionalidade⁴⁷⁰ essa premissa não se confirma. Segundo pesquisa realizada por Costa e Benvindo (2014)⁴⁷¹, apenas 7,8% do total das ADIs julgadas procedentes pelo STF, entre 1988 e 2012, estavam ligadas à temática dos direitos fundamentais⁴⁷². Estamos falando de apenas 72 ADIs, sendo que a maioria delas se concentram em três subcategorias: (a) direitos de igualdade/proporcionalidade, (b) garantias processuais; (c) irretroatividade das leis. As duas primeiras representam cada uma 25% do total das ADIs que versam sobre direitos fundamentais, enquanto que a última soma 10%. A tutela de direitos difusos e sociais representam apenas 5% do já reduzido número de ADIs que eminentemente decidem sobre os direitos da cidadania. Isto é, caso consideremos o total de ADIs julgadas pelo STF entre 1988 e 2012, apenas seis ações tutelaram

⁴⁶⁸ Ver Costa e Benvindo, *op. cit.*, p. 10-11.

⁴⁶⁹ Discussão trazida tanto por C. Mendes (2008) quanto por Benvindo (2014).

⁴⁷⁰ De acordo com Costa e Benvindo (*op. cit.*), as ADIs representam 94% do total das ações no controle concentrado no Brasil. Foram analisados na pesquisa 4727 processos, distribuídos entre outubro de 1988 e dezembro de 2012.

⁴⁷¹ “Todavia, falta uma análise adequada dos resultados existentes, pois existe um risco muito grande de que exista um abismo entre os princípios declarados e o perfil da prática judicial. Cremos, assim, que a análise da necessidade do poder de *judicial review*, bem como a eventual redefinição dos seus limites, precisa concentrar-se especialmente no perfil das decisões de procedência, que demarcam os limites em que a atividade do tribunal contribui ativamente para definir os direitos e deveres dos cidadãos brasileiros” (Costa e Benvindo, *op. cit.*, p. 56).

⁴⁷² “Inconstitucionalidade material: direitos fundamentais (Direitos individuais, coletivos e difusos): sob este rótulo, agrupamos as decisões que declaram a inconstitucionalidade material de quaisquer regras, inclusive as de organização do Estado, sob o argumento de violação dos direitos e garantias fundamentais ou de direitos difusos de estatura constitucional, como as garantias relativas ao meio ambiente. Embora se trate de uma inconstitucionalidade material, nós fizemos um tratamento diferenciado porque é a defesa desses direitos que normalmente inspira o discurso que fundamenta a possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade” (Ibidem, p. 57). Fora desta categoria estariam a “inconstitucionalidade formal”, e a “inconstitucionalidade material: organização do Estado”.

direitos de segunda geração ou terceira geração⁴⁷³. Como mesmo concluem os autores,

Essa é uma distribuição que aponta para uma argumentação centrada em direitos fundamentais de 1ª geração, ligados à garantia dos indivíduos contra a atuação estatal em suas esferas de liberdade (o que inclui os direitos de liberdade e os direitos processuais e a irretroatividade das leis), bem como as garantias de isonomia (Costa e Benvindo, 2014, p. 66).

Entretanto, ajustando o foco, os pesquisadores perceberam que os direitos de liberdade, em especial as garantias processuais, estavam sendo mobilizados para a defesa dos interesses corporativos dos demandantes. Isto é, majoritariamente o controle objetivo de normas versando sobre direitos fundamentais foi instrumentalizado para satisfazer as categorias agraciadas com o acesso ao rito concentrado, e não os interesses coletivos ou difusos da cidadania. Assim, teríamos associação de servidores almejando a irredutibilidade salarial, a OAB pedindo aposentadoria especial para grupo de advogados, e a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria requerendo que fosse declarada inconstitucional lei que proibiu a comercialização de produtos com amianto.

Mais ainda. De acordo com o relatório, há uma “imensa concentração da utilização de argumentos de direitos fundamentais na defesa de interesses corporativos de servidores públicos do Sistema de Justiça e da Polícia” (Ibidem, p. 67), que juntos ajuizaram mais ações exitosas que os governadores de Estado.

A conclusão parcial a que chegam Costa e Benvindo, endossado por este trabalho, é que o STF decide muito pouco sobre direitos fundamentais, e quanto o faz, atende à agenda corporativa dos legitimados à proposição das ADIs⁴⁷⁴, em especial aos interesses de classes ligadas de alguma maneira ao Sistema da Justiça.

Mas o problema não seria então da pauta pouco republicana dos demandantes? A resposta é negativa. Foi a própria Corte que impôs a atuação corporativa das entidades de classe, que somente poderiam ajuizar ações com

⁴⁷³ Ver Gráfico 20.6 da pesquisa de Costa e Benvindo, op. cit. Disponível em http://public.tableau.com/profile/alexandre5110#!/vizhome/PesquisaControleConcentradodeConstitucionalidade/20_8, acesso em 20/03/2015.

⁴⁷⁴ A utilização de argumentos ligados aos direitos fundamentais para a impugnação abstrata de normas federais para fins corporativos representam 60% do total de ADIs desta categoria (Costa e Benvindo, op. cit., p. 72).

pertinência temática aos seus objetivos sociais⁴⁷⁵. Nesse sentido, nos termos da interpretação restritiva do STF, as entidades de classe não podem representar a sociedade ou o Estado, mas apenas os seus associados, circunstância que prejudica o caráter representativo da jurisdição constitucional pela via concentrada, que, tudo indica, acabaria por se tornar um atalho para promoção de pautas privadas com efeito vinculante.

Se o STF pouco tutela as garantias fundamentais no âmbito do *judicial review* concentrado, o que ele decide então? Sobre a constitucionalidade dos “atos legislativos e administrativos estaduais, cujo montante foi na maioria dos anos superior a 50% dos processos distribuídos e nunca baixou de 40% desse total” (Costa e Benvindo, 2014, p. 36.)

Essa preponderância já havia sido identificada por Vianna e Burgos já na pesquisa de 2002. Os dados apresentados por Costa e Benvindo, porém, dão a dimensão do impacto profundo da questão federativa sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Apenas a legislação estadual⁴⁷⁶ corresponde a 82% das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes. Esse percentual subiria para quase 88% se fossem incluídas as ADIs contra os atos normativos do Poder Executivo estadual, bem como os atos do Poder Judiciário e Ministério Público estaduais⁴⁷⁷. Para fins de comparação, a legislação federal aparece em segundo lugar, com apenas 8% das ADIs julgadas procedentes.

Também no que diz respeito ao êxito, as ADIs que questionam normas estaduais também se destacam. O plenário do STF as julgou procedente, total ou parcialmente, em 42% dos casos. Já na hipótese das normas federais, o sucesso cai para pouco menos de 11%⁴⁷⁸. Isso significa que as ADIs estaduais têm quase quatro vezes mais chances de sucesso que as ADIs federais.

O que esses dados apontam é que a Corte Constitucional brasileira, apesar de autodenominar “guardião da Constituição”, funciona, na verdade, como “guardião da federação”. Essa “racionalização da administração pública” (Vianna et al., 2007, p. 44) teria como origem o impulso do centro de normalizar os atos da

⁴⁷⁵ Questão levantada por Costa e Benvindo, op. cit.

⁴⁷⁶ Foram incluídas nessa categoria a lei ordinária, decreto, lei complementar, Constituição estadual e atos da Assembleia Legislativa.

⁴⁷⁷ Dados da pesquisa de Costa e Benvindo (op. cit.), disponível em http://public.tableau.com/profile/alexandre5110#!/vizhome/ControledeConstitucionalidadeviaADI/Divulgao/4_1RequerentesporanodisginguindoFE, acesso em 20/03/2015.

⁴⁷⁸ Idem.

periferia. O lastro para a aferição da constitucionalidade seria a configuração normativa da União, numa espécie de “princípio da simetria” aplicado tanto em relação à matéria administrativa quanto constitucional. A novidade, todavia, não estaria na prevalência dos interesses da União na dinâmica federativa, mas na forma como esses mesmos interesses são garantidos. Não se trata apenas da centralização do conteúdo administrativo, organizado em homologia às leis e atos de Brasília, mas também da sua práxis deliberativa. Caberia somente ao STF, pela via do controle concentrado de constitucionalidade, operar esse esquema de racionalização das instituições públicas periféricas, traduzindo para contemporaneidade os desafios da modernização brasileira, quando na verdade estaria tão somente atualizando para o século XXI a “administrativização” do direito constitucional.

Como apontam Costa e Benvindo (2014), a procedência das ADIs que impugnem leis e atos estaduais não avaliam a substância regulada, confrontando-a com o fórum de princípios de moralidade pública *à la* Dworkin. Ao contrário, o juízo é formal, e se restringe a saber se a norma questionada invadiu a competência da União, ou se ela foi configurada de acordo com os esquemas racionais do poder central. É por isso que tanto Vanessa Oliveira (2009) quanto Falcão et al. (op. cit.) concluem que o STF é, antes de tudo, um tribunal da federação. Podemos ir mais além, e dizer que STF é o tribunal que garante a supremacia da União. Sua interpretação expansiva das competências federais inviabiliza qualquer ensaio de normatização regional, agravada pelo fato de que a Constituição de 1988, excetuando as competências comuns e correntes, conferiu aos Estados apenas prerrogativas residuais àquelas da União e Municípios⁴⁷⁹.

Analisando o perfil processual e decisório do STF, é possível perceber que há uma convergência entre a tutela federalista centralizadora e a hierarquização do Sistema da Justiça. A Corte Suprema tanto “ocuparia” o vértice do Poder Judiciário, quanto defenderia a cognição da União, que seria a sua própria. Ambos os movimentos rementem à presunção de que o centro é o portador da

⁴⁷⁹ A ADPF nº 2656 é exemplo clássico da atuação federativa do STF. Ao invés de discutir o mérito da constitucionalidade da produção e venda de amianto, produto nocivo à saúde dos trabalhadores da indústria, a Corte sequer abordou essa questão de fundo, se limitando a dizer que o Estado de São Paulo não poderia usurpar competência privativa da União para disciplinar sobre extração mineral.

racionalidade, cuja presença hercúlea na periferia traria mais liberdade, afastando o despotismo do poder local.

Essa velha máxima do federalismo brasileiro, herdeira direta da tradição continental e seus esquemas hierárquicos de legitimação do poder, pressupõe um agente privilegiado do moderno, capaz de impor sua metafísica civilizatória, utilizando os potenciais racionalizadores do direito.

Como podemos constatar, o perfil das decisões do STF no controle concentrado subvertem as premissas normativas que impulsionaram o *judicial review* no pós-guerra. Embora se apoie em um argumento *ex post facto*, isto é, na circunstância de que seria o “guardião da constituição”, porque defenderia os direitos fundamentais da cidadania, as pesquisas analisadas mostram que, na verdade, sua condição de “guarda” é posta de antemão, já que a efetivação de direitos ocupa lugar secundário na sua agenda centralizadora.

Esse raciocínio retroativo da Corte, uma vez desvelado, mostra que o *status* de “intérprete supremo” foi auto-atribuído, não se ligando ao seu desempenho republicano, e, pior, em prejuízo de uma hermenêutica constitucional socializada. Ao invés de privilegiar o normativismo da democracia juridificada “por baixo”, há a reintrodução da demiurgia dos centros únicos de atribuição de sentido, blindado pela postura vertical e oracular da Corte Constitucional⁴⁸⁰.

A defender as competências da União e incentivar uma pauta corporativa do controle concentrado dos direitos fundamentais, o STF se colocaria como instrumento de soberania do Estado e não da cidadania. Essa opção por organizar racionalmente a nação, contrasta com a postura judicializante do Poder Judiciário das instâncias inferiores, ainda permeáveis às pressões da sociedade pela apropriação do texto constitucional, principais responsáveis pela “vontade de constituição” presente na República brasileira

Embora o STF tenha importantes momentos judicializantes⁴⁸¹, seu perfil, contudo, é ativista, sendo sua agenda centralizadora a prova disto. Se é para fazer uma aposta na autoridade, acreditamos que deva ser a da Constituição, e não do Juiz. Só assim a sociedade poderá dispensar a captura do *demos* pela metafísica da *polis* e seus prepostos racionais e probos.

⁴⁸⁰ A introdução da súmula vinculante agravou a verticalização. Haveria a utilização do precedente do *commom law*, sem que o STF abrisse mão da sua posição hierárquica no *civil law*.

⁴⁸¹ Julgamento sobre o aborto no caso de anencéfalos, cotas raciais nas universidades, união homoafetivas, demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, etc.

5 Conclusão

Compreender o papel que o privilegiamento da função racionalizadora do direito teve para a modernização brasileira foi a estratégia desta pesquisa para situar, dentro de uma crítica democrática, o desempenho civilizatório da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Todavia, para que fosse possível perceber a função tanto do sistema jurídico quanto do Estado na superação do nosso atraso, este trabalho procurou apontar de que forma a tradição continental e sua arquitetura jupiteriana foram deliberadamente assimiladas pelos agentes modernizadores brasileiros, tendo eles optado por entrar na ciranda do “progresso” ocidental pela via “francesa”. Embora não tenham sido descartadas influências diversas, interessou à tese apresentar os motivos pelos quais as premissas político-filosóficas do legado continental foram politicamente mais proveitosas para os agentes do moderno no Brasil, bem como em que medida essa filiação interditou ou estimulou o uso da racionalidade jurídica com finalidades emancipatórias.

Para tanto, foi preciso reconstruir o modelo racionalista e hierárquico de justificação do poder arquitetado pela modernidade continental, apontando como o substituto do absolutismo do rei - a soberania popular - gerou suas próprias ambiguidades autoritárias. Assim, se o intento revolucionário era criar uma ordem constituída lastreada em algo além do rompantes do soberano, o que foi feito, primeiro, com a secularização e objetivação dos critérios de legitimidade das estruturas de domínio, e, segundo, com a publicização da vontade do soberano, a preferência pela hierarquia, ao invés da democracia contida na ideia de soberania popular, acabou por proporcionar a captura do poder constituinte do “povo real” pelo “povo fictício”. Em outras palavras, a nação desencarnada passou a precisar de um preposto para vocalizar seus anseios, tarefa assumida de bom grado pelo Estado.

Todavia, nas “patologias da modernidade no Brasil”, a legitimidade do Estado esteve atrelada à própria forja da nação, circunstância que trouxe maior complexidade ao mito geracional da teologia política, uma vez que deslocou o problema da orfandade do Estado para a gênese de um “povo real” à altura do

“povo fictício”, representado em primeira linha pelo nosso Leviatã. Não tomando o moderno como premissa, mas, ao contrário, como resultado a ser obtido a partir de grandes esquemas de interpretação e intervenção no mundo, essa estratégia demiúrgica foi considerada necessária para deixar de lado nosso arcaísmo e encontrar em um horizonte alargado o “progresso”.

Portanto, se a nossa Independência trouxe consigo um ator privilegiado, cujo ímpeto civilizatório não se contentou em deixar ser absorvido pela ordem racional-legal, mas que, inversamente, tomou de assalto a própria sociedade, fazendo da *instituição* o próprio motor de acesso ao moderno, o direito, por sua vez, foi mobilizado pela entidade estatal como sua principal ferramenta de intervenção sobre a realidade considerada adversa.

Essa presença monumental do público desde a “hora-zero da fundação da nação brasileira”⁴⁸² espelha o enlace entre Estado e direito, ligados pela ideia de soberania nacional, típico dos esquemas do *civil law*, mas que na trajetória brasileira atribuirá ao sistema jurídico menos a função de defesa do indivíduo contra o Leviatã – tática de obstrução própria do liberalismo político – privilegiando, em contrapartida, sua função transformadora, desempenhada através de modulações predominantemente autoritárias durante grande parte da nossa história.

Esse mapeamento das diferentes soluções do encaminhamento do moderno no Brasil foi feito através de duas abordagens diferentes, porém, articuladas. Na primeira, optamos pelo atalho metodológico fornecido pelo estudo das “linhagens do pensamento social brasileiro”. O objetivo foi estudar de forma condensada duas das principais tradições da teoria político-social brasileira, de modo a perceber como o idealismo tanto dos “constitucionalistas” quanto dos “orgânicos” indica uma forma de conhecer o Brasil marcada pela demiúrgica da razão, ora veiculada pela norma liberal, ora pela cognoscência do Estado timoneiro. Nesse sentido, a *intelligentsia* nacional reverberou as escolhas políticas dos agentes do moderno, fazendo parte de um mesmo discurso racionalizador, que repercutirá diretamente sobre o papel a ser atribuído às instituições jurídicas que se comportam de maneira análoga à intelectualidade, ou que sofrem sua influência direta.

⁴⁸²Expressão utilizada por Luiz Werneck Vianna.

A análise das “linhagens”, de acordo com o estudo exemplar da classificação de Gildo Marçal Brandão (2007), além de identificar as diversas auto-interpretações sobre as causas do atraso, nos permitiu também fazer uma crítica epistemológica a uma forma de pensar o Brasil que acaba reproduzindo o caráter aristocrático e fáustico da *intelligentsia* catalogada, enxergando o moderno como o encargo de um sujeito que imagina o mundo para depois realizá-lo. Esse apego à filosofia da consciência, influência direta da tradição continental, acabou por engolfar Brandão na mesma armadilha idealista que ele tão bem criticou, ou seja, o moderno no Brasil estaria fadado à utopia inatingível da norma ou à deformidade permanente dos fatos adversos.

A segunda abordagem partiu da recomposição dos principais eixos do debate federalista, considerado pela pesquisa como a principal estratégia de mobilização racionalizadora do direito pelo Estado. Sendo assim, foi discutida a lógica jurídico-política de ocupação do território durante o Império, cujo grande êxito foi ter conseguido criar a “nação” brasileira, apesar do artificialismo jurídico do ato de Independência, justamente porque ordenou a sociedade pela via da manutenção da unidade territorial.

Foi igualmente nessa chave de leitura que pudemos identificar a organização do mundo do trabalho pelo Estado Novo. O esforço de superar a sub-inclusão social dos setores subalternos, herança de uma república oligárquica, e impulsionar a formação de um Brasil urbano e industrial, fez com que o Estado traçasse um plano de engenharia social, cujo resultado fosse um Brasil ordeiro e solidário. A presença de atores coletivos era dupla: de um lado, o Presidente, representante da nação, de outro, uma sociedade que iria ser incluída não através dos seus indivíduos, mas dos seus agentes corporativos. Governo e sindicatos, portanto, mediados através de órgãos de representação mista, como o Conselho de Economia Nacional, na Carta de 1937, ou os Conselhos Técnicos, da Constituição de 1934. A lógica territorialista significou aqui tomar as rédeas da economia para dirigir os esforços nacionais de modo a fazer irradiar uma ordem capitalista industrial a partir das cidades. Não era tanto mais a materialidade da ocupação, mas a metafísica da terra: a necessidade de se fazer presente em todos os níveis na vida republicana, atribuindo-lhe de cima um ethos civilizatório através do manejo da norma jurídica.

O debate centralização-descentralização nos forneceu lentes privilegiadas para compreender que a discussão sobre as formas de organização do poder político tocava em algo mais profundo: ele se espraiava para a vida, e moldava através da política a própria sociabilidade. Pelo meio da governança, administrativa e social, é que o público constituiu o privado. Nesse contexto, o direito é compreendido na hipérbole da sua capacidade regulatória, contrastando com o esquema liberal clássico de tutela pela lei das expressões de subjetividade e cidadania, cujo resultado mais evidente é a concepção “do público pelo direito administrativo” (Vianna et al., 2007, p. 42).

Essa forma, ao mesmo tempo institucional e hierárquica de acesso ao moderno, deixou marcas profundas nas relações entre Estado e sociedade no Brasil. Concluimos que é persistente na teoria e práxis⁴⁸³ da política brasileira a disposição de reconduzir para um centro único de atribuição de sentido os rumos da nação, partindo da máxima racionalista de que somente o centro civiliza a periferia anárquica.

Entretanto, o apego da tradição continental aos fundamentos absolutos e hierárquicos não precisa ser lido como algum vaticínio pessimista. Seu próprio constitucionalismo espelhou as inflexões autoritárias, porém, foi também capaz de atribuir à onipotência do soberano um caráter democrático. Nesse sentido, a tese analisou a crise do constitucionalismo liberal e como ela foi solucionada – ainda que parcialmente – através do resgate do caráter democrático da soberania popular, até então eclipsada pela ideia de soberania como comando.

O que as constituições normativas do pós-1945 tiveram o mérito de realizar foi recuperar a faceta constituinte do soberano coletivo. A ação de co-constituir os projetos de vida pessoal e coletivos tornou as constituições algo muito mais complexo do que o documento que validava a governança administrativa. Essa “reenergização” republicana através do estabelecimento e fruição de direitos pela própria cidadania teve o efeito de deslocar a soberania popular das suas origens teológicas e transformá-la numa práxis coletiva de definição dos rumos do moderno através da reivindicação de direitos constitucionais.

Com as devidas ressalvas, foi o que aconteceu com o processo constituinte que levou à Carta de 1988. Não é preciso aqui matizar as circunstâncias que

⁴⁸³ Pensar a política é também agir politicamente. Não estamos tentando aqui reproduzir a dicotomia pensamento versus ação.

causaram tanto a intensa mobilização popular quanto a composição das forças políticas institucionalizadas no sentido de eliminar os elementos autoritários da ditadura tecnocrata-militar.

O Poder Judiciário teve papel crucial neste processo de animação democrática da vida republicana pós-88. Com efeito, a prestação jurisdicional se colocou como caminho de alargamento da representação política, transcendendo os estreitos limites da representação partidária. Através do processo judicial, o cidadão satisfaz e adquire direitos, co-instituindo os vetores do moderno pela via da hermenêutica constitucional. Esta ideia de “democracia juridificada” é o que está por trás do conceito de judicialização da política, exemplificado no direito brasileiro pela tutela de direitos difusos e coletivos através de ações civis públicas, ações populares, etc.

Todavia, a soberania como comando não desapareceu do universo da política, como se estivéssemos alcançado uma espécie de “éden democrático”. A circunstância que chamou atenção nessa pesquisa foi a atuação demiúrgica do soberano monolítico que tem se tornando presente justamente na instituição que mais se colocou à disposição da sociedade para operacionalizar os anseios civilizatórios vindos de baixo.

Nesse sentido, a pesquisa apontou que paralelamente à judicialização que está presente em todo o Sistema da Justiça brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, todavia, tem aproveitado o capital simbólico outorgado pela Carta de 1988 para alargar seu papel institucional, e exercer outras funções que não implicam exatamente em garantia de direitos das minorias, mas que sobre ela repercute de maneira deletéria.

A crítica ao perfil processual e decisório do STF apontou que a tendência em centralizar o sistema da Justiça na própria Corte, transformando-a no vértice do controle difuso, e no “guardião da constituição” no controle concentrado propositadamente alargado, acabou por dificultar a abertura do Tribunal aos *inputs* vindos da sociedade, na medida em que impôs a cognição do centro sobre a periferia. Essa premissa, típica do racionalismo continental e da lógica federalista, remete à presunção de que o centro é portador da racionalidade, cuja presença na periferia traria mais liberdade, ao afastar o despotismo local.

Apesar de estar defendendo imediatamente os interesses da União, a práxis centralizadora do STF se coaduna com a estratégia política do soberano que está a

defender a Nação, por conta da sua cognição superior e sua vontade proba. Ao invés de patriotismo constitucional, a atuação ativista da Corte rememora, mediante a hermenêutica constitucional de uma comunidade fechada de intérpretes, a lógica de vertebração da nação pelo soberano.

Assim, desaparece a factualidade do poder, vigente em tempos de Cartas outorgadas e de interventores, e no seu lugar assume a assepsia da técnica jurídica, e sua missão constitucional de defender a ordem democrática. Não se almeja nessa pesquisa defender as virtudes da descentralização política-administrativa, mas os riscos que esses grandes centros organizadores da vida pública representam para a cidadania que não quer mais se ver tutelada.

Insensível ao caso concreto e às mudanças de mentalidade vindas dos confins do Brasil, a prestação jurisdicional do STF, na hipérbole centralizadora, pode vir a perder seu caráter representativo, e se tornar veículo de submissão da soberania popular à vontade do soberano, em uma atuação familiarmente pedagógica e hercúlea.

6

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. “**El surgimiento del constitucionalismo mundial .**” *Criterio Juridico*, 2006: 9-35.

—. *We the people*. Vol. 2. 2 vols. Cambridge: Harvard University Pres, 1993.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. “**A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil.**” Tese de Doutorado. Maria Tereza Sadek (orientadora). Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política, 2010.

ALONSO, Angela. “**Ideias em Movimento: a geração 1870 na crise do Brasil- Império**”. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ALVES, Maria Helena Moreira. “**State and Opposition in Military Brasil**”. Austin: Texas Univerity Press, 1985.

ARAÚJO, Cícero. “**O Processo Constituinte Brasileiro, a Transição e o Poder Constituinte.**” *Lua Nova*, 2013: 327-380.

ARATO, Andrew. “**Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, principles and elements of democratic constitution-making.**” *Global Constitutionalism*, n. 01, p. 173-200, 2012.

—. “**Political Theology and Populism.**” *Social Research*, vol. 80, n. 01, p. 143-173, 2013.

ARATO, Andrew; COHEN, Jean. “**Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt.**” *Constellations*, v. 16, n. 02, p. 307-330, 2009.

ARENDT, Hannah. “**On Revolution**”. New York: Penguin Books, 2006.

AVRITZER, Leonardo. “**Modernity and democracy in Brazil: an interpretation of the Brazilian path of modernization.**” Dissertation. New York: New School, 1993.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. “**Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor.**” *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. 69-94, set./dez. de 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. “**Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**”. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BALIBAR, Etienne. “**Nation Form: history and ideology**”. London: Verso, 1991.

BARBOSA, Joaquim. “**Reflections on Brazilian Constitutionalism.**” J. INT'L L. & FOREIGN AFF., p. 181, 2007.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. “**História Constitucional Brasileira Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**”. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. “**Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.**” Revista Direito GV, v. 08, n. 01, p. 59-85, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. “**Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse.**” Boston College International and Comparative Law Review, 2012.

—. “**Vinte Anos Da Constituição De 1988: A Reconstrução Democrática Do Brasil.**” Disponível em <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>, acesso em 14/03/2015.

BASTOS, Élide Rugai. “**Uma nova contribuição ao estudo das Ligas Camponesas**”. Petrópolis: Vozes, 1984.

BASTOS, Tavares. “**A província: estudo sobre a descentralização no Brasil**”. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1937.

BELLAMY, Richard. “**The political form of the constitution: the separation of powers, rights and democracy.**” Political Studies , XLIV, p. 436-456, 1996.

BENDOR, Ariel L.; SACHS, Michael. “**The Constitutional Status Of Human Dignity In Germany And Israel.**” Israel Law Review, p. 25-61, 2011.

BENEVIDES, Cezar Augusto Carneiro. “**Camponeses em Marcha: estudo das Ligas Camponesas Paraibanas.**” Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1985.

BENVINDO, Juliano Zaiden. “Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade.” In: **“Temas Contemporâneos do Direito: homenagem ao bicentário do Supremo Tribunal Federal”**. GUERRA, Luiz (org) GUERRA. Brasília: Guerra Editora, 2011, p. 560-582.

—. “A **“última palavra”, o poder e a história O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro.**” Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 201, p. 71-97, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura normativa de 1967.” In: **“O que resta da ditadura: a exceção brasileira”**. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org). São Paulo: Boitempo, 2010.

—. “**A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.**” Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 142, p. 35-51, 1999.

BICKEL, Alexander. **“The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politic”**. 2a. ed. New York: Vail-Ballou Press, 1986.

BOURETZ, Pierre. **“La Force du droit. Panorama des débats contemporains”**. Paris: Esprit, 1991.

BRANDÃO, Gildo Marçal. **“Linhagens do Pensamento Político Brasileiro”**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007.

—. **“Sobre a fisionomia intelectual do partido comunista (1945-1964)”**. Lua Nova, São Paulo, n. 15, p. 133-149, Outubro de 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **“Relatório Justiça em Números”**. Brasília, 2014.

CALDWELL, Peter. **“Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the theory and practice of Weimar constitutionalism”**. Durham: Duke University Press, 1997.

CAMPOS, André Gambier. **“Sistema De Justiça No Brasil: Problemas De Equidade E Efetividade.”** IPEA, Brasília, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CARVALHO, Aloysio. “**Geisel, Figueiredo e a Liberalização do Regime Autoritário (1974-1985).**” Dados, v. 48, n. 01, p. 115-147, 2005.

CARVALHO, Ernani; LEITAO, Natália. “**O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política.**” Rev. direito GV, v. 12, p. 399-422, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. “**Pontos e Bordados: escritos de história e política**”. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. “Prefácio: uma reflexão sobre a civilização brasileira.” In: “**A Revolução Passiva: iberismo e americanismo no Brasil**”. VIANNA, Luiz Werneck. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CASAGRANDE, Cássio. “**Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos**”. Porto Alegre: SAFE, 2008.

CASTELLO BRANCO, Carlos. “**Discurso de Posse.**” DCN, 1964.

CASTRO, Alexandre Samy de. “**Indicadores Básicos e Desempenho da Justiça Estadual de primeiro grau No Brasil.**” IPEA, Brasília, 2011.

CHAMBERS, Simone. “**Democracy, Popular Sovereignty, and Constitutional Legitimacy.**” Constellations, v. 11, n. 02, p. 153-173, 2004.

CITTADINO, Gisele. “**Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “**A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CODATO, Adriano Nervo. “**Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia.**” Revista de Sociologia Política, n. 25, p. 83-106, 2005.

COMELLA, Victor Ferreres. “**Commentary: Courts in Latin America and the Constraints of the Civil Law Tradition.**” Texas Law Review, v. 89, p. 1967-1975, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. “Prefácio.” In: **“A República Inacabada”**. FAORO, Raymundo. Rio de Janeiro: Globo, 2007, p. 7-22.

COSER, Ivo. **“O conceito de federalismo e a ideia de interesse no Brasil do século XIX.”** DADOS, v. 51, n. 04, p. 921-981, 2008.

—. **“O debate entre centralizadores e federalistas no século XIX.”** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 26, n. 76, p. 191-227, 2011.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **“A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais”**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541, acesso em 20 de março de 2015.

COUTINHO, Eduardo. **“Cabra Marcado para Morrer”**. Direção: Eduardo COUTINHO. 1984.

DAHL, Robert Alan; LIMONGI, Fernando. **“Poliarquia: participação e oposição”**. São Paulo : EDUSP, 1997.

DOUZINAS, Costa. **“The end of the human rights: critical legal thought at the turn of the century”**. Portland: Hart Publishing, 2000.

DREIFUSS, Rene Armand. **“1964 : a conquista do Estado: ação política, poder e golpe de classe”**. Petrópolis: Vozes, 1981.

DWORKIN, Ronald. **“Império do Direito”**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. “The secular papacy.” In: **“Judges in Contemporary Democracy”**. BADINTER, Robert; STEPHEN, Breyer (org). New York: New York University Press, 2004.

DYZENHAUS, David. **“Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”** The American Political Science Review, v. 91, n. 01, p. 121-134, março de 1997.

EDDEY, Keith. **“The English Legal System”**. Londres: Sweet and Maxwell, 1982.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política.” In: **“A Democracia e os Três Poderes no Brasil”**. VIANNA, Luiz Werneck (org). Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 41-61.

ELIAS, Norbet. **“O processo civilizador”**. vol. 1e 2. São Paulo: Jorge Zahar Editores, 1994.

ELSTER, John. **“Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”**. Duke Law Journal, vol. 45, p. 370, 1995.

ENDERS, Christoph. **“The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law.”** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), p. 1-8, 2010.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo, ARGUELHES, Diego Werneck. **“I Relatório Supremo em Números: o múltiplo supremo.”** Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FAORO, Raymundo. **“Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro”**. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001

_____. **“A república inacabada”**. Rio de Janeiro: Globo, 2007.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **“Direito, Modernização e Autoritarismo: mudança sócio-econômica x liberalismo jurídico.”** Tese de Doutorado. São Paulo: USP, julho de 1981.

_____. **“O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios.”** Estudos Avançados, p. 103-126, 2004.

FARIA, José Eduardo (org). **“Direito e Justiça: a função social do Judiciário”**. São Paulo: Ática, 1994.

FEREJOHN, John. **“Judicializing Politics, Politicizing Law.”** Law and Contemporary Problems, vol. 65, n. 03, p. 2002.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **“Constitutional Adjudication: lessons from Europe.”** Texas Law Review, vol. 82, p. 1671-1704, 2004.

FERNANDES, Florestan. **“A revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica”**. São Paulo: Globo, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho.” In: **“Neoconstitucionalismo(s)”**. CARBONELL, Miguel. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-30.

FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. **“Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e STF sobre as regras eleitorais.”** Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

FICO, Carlos. **“Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar”**. Revista Brasileira de História, vol. 24, n.47, p. 29-60, 2004.

FIGUEROA, Alfonso García. “La teoría dei Derecho en tiempos dei constitucionalismo.” In: **“Neoconstitucionalismo(s)”**. CARBONELL, Miguel (org). Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 159-186.

FIORAVANTI, Maurizio. **“Constitución: desde la antigüedad a nuestros días”**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **“Vargas: o discurso em perspectiva e o capitalismo em construção.”** Tese de Doutorado. São Paulo : Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia e Administração, fevereiro de 1987.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. **“Tenentismo e camadas médias urbanas na crise da Primeira República”**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

FRANCO, Maria Sylvia de Mello. **“Homens livres na ordem escravocrata”**. 4a ed. São Paulo: Unesp, 1997.

FRIEDMAN, Barry; DELANEY, Erin F. **“Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy.”** Columbia Law Review, vol. 100, n. 02, p. 1137-1193, 2011.

FROTA, Himdeberg Alves da. **“O princípio da dignidade da pessoa humana à luz do direito constitucional comparado e do direito internacional dos direitos humanos.”** Revista Latinoamericana de Derecho, p. 1-26, 2005.

FURET, François. **“El fin de la utopía.”** Nexos: Sociedad, Ciencia, Literatura, maio de 1998.

GARAPON, Antoine. **“O juiz e a democracia: o guardião das promessas”**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GORENDER, Jacob. **“Combate nas trevas. A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada”**. São Paulo: Ática, 1987.

GRIMM, Dieter. “Judicial Activism.” In: **“Judges in Contemporary Democracy”**. BADINTER, Robert; STEPHEN, Breyer. New York: New York University Press, 2004, p. 17-65.

GUIMARAES, Ulysses. **“Discurso de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.”** DANC, 05 de outubro de 1988.

HABERMAS, Jürgen. **“The theory of communicative action: reason and the rationalization of society”**. 2 vols. Boston: Beacon Press, 1984.

_____. **“The Philosophical discourse of modernity”**. Cambridge: MIT Press, 1993.

_____. **“Between facts and norms”**. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. **“A inclusão do outro: estudos de teoria política”**. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **“The Concept Of Human Dignity And The Realistic Utopia Of Human Rights.”** *Metaphilosophy*, p. 464-480, 2010.

HARD, Michael; NEGRI, Antonio. **“Império”**. 2a edição. Rio de Janeiro: Record.

HART, H. L. A. **“O conceito de direito”**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **“A força normativa da constituição”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÄBERLE, Peter. **“Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição”**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

HIRSCHL, Ran. **“The New Constitutionalism And The Judicialization Of Pure Politics Worldwide.”** Fordham Law Review, vol. 75, p. 721-754, 2006.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **“Weimar: a jurisprudence of crisis”.** Los Angeles: University of California Press, 2002.

JANCSÓ, Itsván; PIMENTA, João Paulo Garrido. **“Peças de um mosaico (ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira)”.** Revista de História das Ideias, Volume 21, p. 389-440, 2000.

KALYVAS, Andreas. **“Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power.”** Constellations, vol. 12, n. 02, p. 223-244, 2005.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **“Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval”.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **“Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito”.** 6a.ed. São Paulo: RT, 2010.

KÄGI, Werner. **“La Constitución Como Ordenamiento Jurídico Fundamental”.** Madrid: Editorial Dykinson, 2008.

KMIEC, Keenan D. **“The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"”.** CALIFORNIA LAW REVIEW, vol. 92, p. 1441-1477, 2004.

KOERNER, Andrei. **“Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88 .”** Novos Estudos CEBRAP, vol. 96, p. 69-85, 2013.

KONDER, Leandro. **“O que é dialética”.** São Paulo: Brasiliense, 2004.

LAMOUNIER, Bolivar. **“Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República — Uma interpretação.”** In: **“História da civilização brasileira. O Brasil republicano — Sociedade e instituições (1889-1930)”.** FAUSTO, Boris (org). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

LEAL, Victor Nunes. **“Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil”.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Fábio. **“1891: A Construção Da Matriz Político- Institucional Da República No Brasil.”** Dissertação de Mestrado. Ana Lúcia de Lyra Tavares (orientador). Puc-Rio, 2003.

LESSA, Renato. “A Constituição, experimento de filosofia política.” In: **“A Constituição de 1988 na vida brasileira”**. GEORGE, Ruben et al (org). São Paulo: Hucitec, 2008.

MÖLLERS, Christoph. **“Democracy And Human Dignity: Limits Of A Moralized Conception Of Rights In German Constitutional Law.”** Israel Law Review, vo. 42, n. 02, p. 416-439, 2009.

MACARINI, João Pedro. **“A política econômica do governo Médici: 1970-1973.”** Nova Economia, vol. 15, n. 03, p. 53-92, 2005.

MACHADO, Igor Suzano. **“O Poder Central Como Agente Racionalizador Na Tradição Política Brasileira: Antecedentes Históricos E Reminiscências Na Atual Judicialização Da Política.”** Revista de Direitos e Garantias fundamentais, p. 49-75, Jan/Junho de 2013.

_____. **“Ronald Dworkin e os Desafios Contemporâneos à Interpretação do Direito: sua contribuição para uma sociologia da jurisdição.”** Dissertação de Mestrado. Luiz Werneck Vianna (orientador). Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

MACHADO, Joana de Sousa. **“Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.”** Dissertação de Mestrado. Gisele Cittadino (orientadora). Rio de Janeiro: PUC, 2008.

MAGALHÃES, Raul Francisco. **“A república estava lá, mas a democracia não ou jamais fomos ibéricos.”** XXXV Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, 2011.

MAIA, João Marcelo Ehlert. **“A terra como invenção: o espaço no pensamento social brasileiro”**. São Paulo: Jorge Zahar Editores, 2008.

_____. **“O pensamento social brasileiro e a imaginação pós-colonial.”** Revista de Estudos Políticos, p. 64-78, 2010.

MANHEIM, Karl. **“Essays of sociology of culture”**. Vol. 7. New York: Routledge, 2003.

MARINELI, Felipe. “**O desenvolvimentismo de Antônio Delfim Netto: para além dos estigmas da “teoria do bolo”.**” Revista Contemporânea – Dossiê 1964-2014: 50 Anos Depois, p. 1-24, 2014.

MARX, Karl. “**Sobre a questão judaica**”. São Paulo: Boitempo, 2010.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. “O lavrador e o construtor. O Visconde do Uruguai e a contrução do Estado Imperial.” In: “**O Estado como vocação: idéias e práticas políticas no Brasil oitocentista**”. Maria Emília Prado (org). Rio de Janeiro: Access, 1999, p. 191-218.

MAUS, Igeborg. “**Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**”. Novos Estudos Cebrap, vol. 58, p. 183-202 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. “**A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC.**” Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, p. 289-302, 2011.

MELLO, Marcelo Pereira de; MEIRELLES, Delton R. Soares. “**Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade – Análise Prospectiva Dos Juizados Especiais Da Comarca De Niterói, 1997-2005.**” Revista Direito GV, vol. 06, n. 02, p. 371-398, 2010.

Mello, Celso de. “**Ministro critica proposta de anistia**”. Estado de São Paulo, A5, 05 de outubro de 2007.

MELLO, Victor Tadeu Carramão. “**A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação.**” Revista da SJRJ, p. 139-146, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. “**Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.**” Tese de Doutorado. Álvaro de Vita (orientador). São Paulo: USP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.**” Revista Jurídica Virtual, dezembro de 1999.

MERRYMAN, John Hery; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. “**The civil law tradition**”. Standford: Standford University Press, 2007.

MONTERO, Julio. **“La Concepción De La Democracia Deliberativa De C. Nino: ¿Populismo Moral O Elitismo Epistemológico?”** Doxa. Cadernos de Filosofia do Direito, p. 319-331, p. 2006.

MONTES, Maria Lúcia. “Poder Constituinte e Democracia.” In: **“A Constituinte em Debate”**. FORTES, Luiz Roberto Salinas; NASCIMENTO, Milton Moreira (org). São Paulo: Editora Seaf, 1986, p. 205-231.

MORGAN, Edmund S. **“Inventing the people: the rise of popular sovereignty in England and America”**. New York: Norton & Company, 1989.

MORIN, Edgar. **“Educar para a era planetária”**. São Paulo: Cortez, 2003.

MORSE, Richard M. **“O espelho de próspero: cultura e ideias nas Américas”**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MOURA, Caio. **“O advento dos conceitos de cultura e civilização: sua importância para a consolidação da autoimagem do sujeito moderno.”** Filosofia Unisinos, p. 157-173, maio/ago de 2009/

NINO, Carlos Santiago. **“The Constitution of Deliberative Democracy”**. London: Yale University Press, 1996.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **“Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo”**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OFFE, Claus. **“Contradictions of the Welfare State”**. Londres: Hutchison, 1984.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **“Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira.”** Revista da Anistia, p. 200-229, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **“Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União.”** Lua Nova, vol. 78, p. 223-250, 2009.

ORDEM dos Advogados do Brasil. **“Anais da IV Conferência Nacional dos Advogados do Brasil.”** São Paulo, 1970.

—. **“Anais da V Conferência Nacional dos Advogados do Brasil.”** Rio de Janeiro, 1974.

—. “**Anais da VII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil.**” Curitiba, 1978.

—. “**Anais da VIII Conferência dos Advogados do Brasil.**” Manaus, 1980.

OST, François. “**O tempo do direito**”. Bauru: EDUSC, 2005.

—. “**Jupiter, Hercules e Hermes. Tres modelos de Juez.**” Academia. Revista sobre enseñanza en Derecho. Ano 04, n. 08, p. 101-130, 2007.

PAIVA, Grazielle De Albuquerque Moura. “**A Reforma Do Judiciário No Brasil: O Processo Político De Tramitação Da Emenda 45.**” Dissertação de Mestrado. Mônica Dias Martins (orientadora). Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará. , 2012.

PELUSO, Cezar. **Valor Econômico**. 03 de outubro de 2011.

PERLATTO, Fernando. “**O intelectual como ator: Tocqueville, Gramsci e a modernização brasileira**”. Veredas da História, 2010.

PILATTI, Adriano. “**A Constituinte De 1987-1988 Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

—. “**Marchas de uma contramarcha: Transição, UDR e Constituinte.**” Dissertação de Mestrado. Jose Maria Gomez (orientador). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Ciências Jurídicas, 1988. 278p.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. “**Repercussão geral e writ of certiorari**”. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006.

PRADO, Luiz Carlos Delorme; EARP, Fábio Sá. “**O milagre brasileiro: crescimento acelerado, integração internacional e concentração de renda (1967-1973).**” In: “**O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX.**” Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PREUSS, Ulrich. “**Communicative power and the concept of law.**” *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1179, 1996.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “**Tribunal Constitucional Y Positivismo Jurídico.**” *Doxa*, n. 23, p. 161-195, 2000.

RESENDE, Mara Efigênia Lage de. “O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico”. In: “**O Brasil republicano: o tempo do liberalismo excludente**”. FERREIRA, Jorge; NEVES, Lucilia de Almeida (org). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 91-120.

RIBEIRO, Ludmila. “**A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça**”. *Revista Direito GV*, n. 08, p. 465-491, 2008.

ROLLEMBERG, Denise. “**A ideia de revolução: da luta armada ao fim do exílio.**” In: “Que história é essa”. ROLLEMBERG, Denise (org). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ROSANVALLON, Pierre. “**Le moment Guizot**”. Paris: Gallimard, 1985

_____. “**The History of the Word "Democracy" in France.**” *Journal of Democracy*, p. 140-154, 1995.

_____. “**Political rationalism and democracy in France in the 18th and 19th centuries.**” *Philosophy & Social Criticism*, vol. 28, n. 6, p. 687–701, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. “**O modelo de boa sociedade não é a democracia**”. Entrevista. *Carta Capital*, 28 de agosto de 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. “**Basic political writings**”. 2^a ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2011.

SABOIA, João. “**Salário e produtividade na indústria: os efeitos da política salarial no longo prazo.**” *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 1990.

SANTOS, Rogério Dutra. “**Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil.**” *Dados*, vol. 50, n. 02, p. 281-323, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **“Toward a new legal common sense”**. London: LexisNexis, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (org). **“Epistemologias do Sul”**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. “Paradigma e História: a Ordem Burguesa na Imaginação Social Brasileira.” In: **“Ordem Burguesa e Liberalismo Político”**. SANTOS, Wanderley Guilherme dos São Paulo: Duas Cidades, 1978, p. 17-63.

_____. **“Décadas de espanto e uma apologia democrática”**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

_____. **“O cálculo do conflito: estabilidade e crise na política brasileira”**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

_____. **“O ex-leviatã brasileiro : do voto disperso ao clientelismo concentrado”**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SCANDIFFIO, Mirna Ivonne Gaya. **“Análise Prospectiva do Álcool Combustível no Brasil - Cenários 2004-2024.”** Tese de Doutorado. André Tosi Furtado (orientador). Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Engenharia Mecânica, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **“Constitutional Theory”**. Duke University Press, 2008.

SEMERARO, Giovanni. **“Intelectuais “Orgânicos” em tempos de pós-modernidade.”** Cadernos Cedes, p. 373-391, 2006.

SHIBA, Shin. **“Hannah Arendt, the Nation State, and Federalism –Beyond the Sovereign State System.”** The Journal of Social Science , n. 57, p. 5-36, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **“Political Writings”**. Indiana: Hackett Publishing Company, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso. “**O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.**” Revista de Direito Administrativo, n. 250, p. 197-227, 2009.

SILVEIRA, Helena Colodetti G. “**Resenha: judicialização ou representação?, de Thamy Progrebinschi.** .” Boletim CEDES, julho de 2012.

—. “**Jurisdição constitucional e déficits democráticos: uma crítica comunicativa às distorções modernas.**” Dissertação de Mestrado. Gisele Cittadino (orientadora). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.

SOUZA, Jessé. “**A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**”. Brasília: UNB, 2000.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. “**Federalismo no Brasil: aspectos político-institucionais (1930-1964).**” Revista Brasileira de Ciências Sociais, junho de 2006.

TATE, C.N; VALINDER, T. “**The global expansion of judicial power**”. New York: Oxford University Press, 1995.

TAVOLARO, Sérgio B. F. “**Existe uma modernidade brasileira? Reflexões em torno de um dilema sociológico brasileiro.**” Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 20, n. 59, p. 5-22, 2005.

TELLES JR., Godoffredo. “**Carta aos Brasileiros.**” agosto de 1977. Disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30#dois. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

TEUBNER, Gunther. “Juridification: concepts, aspects, limits, solutions.” In: “**Juridification of social spheres**”. TEUBNER, Gunther (editor). Berlim: Walter de Gruyter, 1987.

THATCHER, Margareth. **Margareth Thatcher Foundation**. Discurso de 12 de outubro de 1984. Disponível em <http://www.margareththatcher.org/document/105763>. Acesso em 15 de 12 de 2014.

TRIBE, Keith. “Translator's Introduction.” In: “**Futures past : on the semantics of historical time**”, KOSELLECK, Reinhart. Nova York: Columbia Press, 2004, p. VII-XX.

TULLY, James. “**Strange mutiplicity: constitucionalism in a age of diversity. Cambridge**”. Cambridge University Press, 1995.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. “**Visconde do Uruguai**”. Coletânea. CARVALHO, José Murilo de (editor). São Paulo: Editora 34, 2002.

VELOSO, Fernando A; VILELA, André; GIAMBIAGI, Fábio. “**Determinantes do “Milagre” Econômico Brasileiro (1968-1973): Uma Análise Empírica.**” RBE, p. 221-246, 2008.

VENTURA, Zuenir. “**1968. O ano que não terminou**”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

VERSIANI, Maria Helena. “**A sociedade brasileira vive a democracia (1985/1987).**” Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. “**Liberalismo e Sindicato no Brasil**”. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

_____. “**A Revolução Passiva: iberismo e americanismo no Brasil**”. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. “**Weber e a interpretação do Brasil.**” Novos Estudos Cebrap, n. 53, p. 33-47, 1999.

_____. “O Terceiro poder na Carta de 1988.” In: “**A Constituição de 1988 na vida brasileira**”. OLIVEN, Ruben George (org). São Paulo: Hucitec, 2008, p. 91-109.

_____. “Judicialização da Política.” In: “**Dimensões políticas da Justiça**”. AVRITZER, Leonardo (org). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. “**A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**”. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva.” In: “**A Democracia e os Três Poderes no Brasil**”. VIANNA, Luiz Werneck (Org). Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 337-546.

VIANNA, Luiz Werneck, e Maria Alice Rezende de CARVALHO. “República e Civilização Brasileira.” In: **Pensar a República**, por Newton Bignoto (org). Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “**Dezessete anos de judicialização da política.**” Tempo Social, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “**Supremocracia**”. Revista Direito GV, n. 08, p. 441-464, 2008

VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. “**O teatro das oligarquias: uma revisão da "política do café com leite"**”. Belo Horizonte: C/Arte, 2001.

WAISMANN, Friedrich. “**The Principles of Linguistic Philosophy**”. London: Macmillan / St. Martin's Press, 1965.

WALDRON, Jeremy. “**Dignity, Rights, And Responsibilities.**” Arizona State Law Journal, p. 1107-1136, 2012.

WALLERSTEIN, Immanuel. “**The Modern World System**”. New York: Academic Press, 1974.