

6 CONCLUSÃO

A trajetória seguida para a elaboração desta tese não foi linear e contínua. Exatamente como ocorre com a disseminação e circulação das idéias, que percorrem caminhos dinâmicos, sendo submetidas a reformulações significativas e a desdobramentos. Essa constatação, auxiliada por Chartier, acabou se transformando na primeira questão que a pesquisa enfrentou.

Para entender a formação do Poder Judiciário de primeira instância sob a Constituição brasileira de 1824, tornou-se necessário identificar as origens desse instrumento jurídico de poder político, e acompanhar sua trajetória até sua instalação no Brasil. Tendo surgido, como idéia e como prática política na Inglaterra, foi da França, entretanto, que o constitucionalismo se disseminou pela Europa continental até desembarcar na América Ibérica. Acompanhar a longa migração desse conceito político era identificá-lo, inicialmente na França, depois no Brasil, considerando as mudanças e adaptações às quais os conceitos estão sujeitos. Essa foi a segunda questão enfrentada, no sentido de identificar as permanências e discontinuidades no trajeto seguido.

Ao longo do caminho, outras questões foram surgindo até a conclusão deste trabalho de pesquisa. Como desdobramento da questão inicial, surgiu a necessidade de verificar até que ponto o constitucionalismo liberal tinha sido revolucionário e democrático na Europa e nos Estados Unidos, e conservador/reacionário e elitista no Brasil, teses recorrentes na análise não somente desse constitucionalismo, mas do próprio liberalismo, como pensamento político mais abrangente. Outra questão surgida, tanto na bibliografia consultada como nos documentos manuscritos analisados, era a da subordinação do Poder Judiciário ao Executivo, num tempo que consagrava a separação e independência dos poderes do Estado, como basilares do constitucionalismo liberal.

Desde o início, mais do que entender o Poder Judiciário constitucionalizado no Brasil, em seus aspectos teóricos, queríamos descobrir a pulsação de vida da organização judiciária, que somente poderia dar conta a análise da prática cotidiana dos atos judiciais, e a relação profissional e

corporativa desenvolvida entre os juízes. A pesquisa foi, então, procurar respostas para identificar o relacionamento entre juízes que representavam modelos tão diversos e característicos de pensamentos políticos antagônicos, o do Antigo Regime e o do liberalismo. Marcada pelo vício de historiador de investigar fontes primárias do período analisado, a autora da tese foi aos manuscritos do século XIX, da província do Rio de Janeiro, para construir algumas teses e conclusões.

Verificando-se o modelo de organização judiciária que combinava, basicamente, dois tipos de magistratura, uma nomeada e outra eleita, e observando-se uma grande dependência institucional dos juízes em relação aos chefes do Executivo, provincial e imperial, surgiram mais questões.

Muitas perguntas e muitas questões. Para cada uma delas conclusões diversas e específicas que procuraram conferir unidade à tese.

Elas nos levaram a identificar no constitucionalismo liberal um traço muito forte de adaptabilidade e transformação, sem perder a essência. Possivelmente, por ter fincado suas raízes no jusnaturalista racional, com seu caráter de universalidade e atemporalidade. Dando origem a diversas teses, esse jusnaturalismo propiciou a combinação de elementos muitas vezes incoerentes e até formalmente incompatíveis. Por isso, desde seu início, o constitucionalismo liberal sempre foi plural. Seus dois princípios básicos – a declaração de direitos e a separação de poderes do Estado – podem ter mantido a identificação da presença de um constitucionalismo liberal, como se ele fosse singular. Mas, a diversidade de formas de constitucionalismo liberal, encontrada em sociedades com os mais diferentes perfis políticos, institucionais e sociais, impôs-lhe um caráter plural.

A experiência do primeiro constitucionalismo brasileiro foi marcada pelo modelo da Restauração francesa, que já não era mais o mesmo constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII. Neste, um caráter democrático, originário de algumas idéias de Rousseau, foi preservado, mas alguns traços anti-democráticos burgueses, com os quais o liberalismo iria se caracterizar ao longo de sua história, já eram visíveis. O constitucionalismo liberal da Restauração, marcado pela conciliação entre o projeto político liberal da burguesia, e o do Antigo Regime, dos monarquistas, acentuou as características contra-revolucionárias de um Executivo forte e da limitação à participação popular no Legislativo, teses que interessavam a burgueses e aristocratas.

Não foi, portanto, somente a relação entre constitucionalismo e democracia que se tornou problemática. Outras relações que se constituíram sob o constitucionalismo liberal também não se deram sem tensões, como a sua relação com os dois conceitos de liberdade, a “dos antigos” e a dos “modernos”; o conceito de nação; o de poder constituinte. Essas questões, extremamente relevantes para a formação do constitucionalismo europeu, também o foram para o brasileiro, no momento de formação do Estado independente e, até hoje, são temas de debates acalorados em meios acadêmicos e intelectuais.

Verificar o estado da arte do tema, por meio da análise de autores clássicos e de autores contemporâneos permitiu concluir sobre o caráter acentuadamente conservador e formal do constitucionalismo liberal importado para o Brasil, que se expressou como manutenção de uma ordem sócio-econômica sobre a qual se assentava o poder das oligarquias donas de terras e escravos, desde o período colonial brasileiro.

Apesar de as condições históricas do Brasil, naquele momento, serem efetivamente díspares das européias, o que exigiria adaptações importantes, para que as idéias liberais chegadas aqui se nacionalizassem, não foram necessárias grandes mudanças. O modelo liberal francês do constitucionalismo da Restauração – tanto em seus aspectos teóricos, identificados com as obras de Benjamin Constant, quanto em sua aplicação constitucional, observada na Carta de 1814 – já tratara de descaracterizar alguns aspectos democratizantes do primeiro constitucionalismo, como a soberania da nação.

Assim, questões referentes, especialmente ao poder constituinte, à soberania da nação, e à limitação de direitos políticos não precisaram de muita adaptação.

Ao final da década de 1830, ocorreram mudanças substanciais na organização judiciária, no sentido da centralização da gestão política do Estado. Entretanto, assim como se verificaram traços marcantes de centralização no período analisado, considerado como modelo de descentralização, o período em que os “conservadores” assumiram o poder do Estado, a partir de 1841, não deixou de apresentar traços menos centralizadores. Essa constatação fortalece a linha de análise de que o Constitucionalismo liberal no Brasil, desde seus primórdios, caracterizou-se pela conciliação, marco característico de sua matriz teórica, o constitucionalismo da Restauração.

Esse pode ser considerado o constitucionalismo “puro” do liberalismo, não somente por que as teses mais “clássicas” desse sistema político constitucional, no século XIX, adotaram seus princípios como, por exemplo, a associação de “ordem” e “liberdade”, mas também por sua longevidade.

Há muito que o constitucionalismo liberal vem sendo alvo de contestações e oposição, especialmente quanto a seu caráter formal e antidemocrático. Hoje, o modelo desse constitucionalismo é objeto de fortes críticas, a partir das quais se busca um novo paradigma para substituir os princípios do positivismo jurídicos que nortearam esse constitucionalismo. O neoconstitucionalismo tem ocupado esse espaço, mas ainda é um modelo em construção.

No campo de atuação do Poder Judiciário, muitas características do positivismo jurídico, corolário do constitucionalismo liberal, têm sido objeto de acentuada crítica, desde a segunda metade do século passado. Por isso, fez-se oportuno uma análise sumária sobre um novo paradigma do direito, ainda em construção, o neoconstitucionalismo, que tem dado destaque à necessidade de ampliação do poder do juiz em sua prática judicial, enfatizando uma interpretação jurídica em que entrem outros elementos que não somente a subsunção.

As questões postas hoje, pelo neoconstitucionalismo, procuram transformar o caráter formal e antidemocrático do constitucionalismo liberal, bem como a visão positivista do direito totalmente destituída de princípios de justiça, por meio de uma atuação efetiva e criativa do juiz. A busca de efetividade para os princípios fundamentais e de um “modelo axiológico-normativo” para o direito, podem transformar esse novo paradigma do direito num instrumento de democratização do Estado. Porém esse objetivo só será alcançado se for atribuído um novo papel à magistratura na hermenêutica constitucional.

Mas o cidadão também não é excluído da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, princípio formulado por Peter Häberle, que atribui a todos os que vivem sob uma sociedade constitucionalizada um papel na hermenêutica constitucional.