



João Pedro Chaves Valladares Pádua

**A tecnocracia jurídica: a
comunidade dos intérpretes do
direito e o enfraquecimento
democrático**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientador: Profa. Dra. Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro

maio de 2008

João Pedro Chaves Valladares Pádua

**A tecnocracia jurídica: a
comunidade dos intérpretes do
direito e o enfraquecimento
democrático**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre 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 da PUC-Rio

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

Prof. Daniel Antonio de Moraes Sarmento
Departamento de Direito da UERJ

Prof. Nizar Messari
Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 19 de maio de 2008

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

João Pedro Chaves Valladares Pádua

Advogado, procurador da OAB/RJ, professor de direito penal tributário da pós-graduação da UNESA, e professor da EMERJ

Ficha Catalográfica

Pádua, João Pedro Chaves Valladares

A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático / João Pedro Chaves Valladares Pádua; orientador: José Ribas Vieira. – 2008.

118 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Brasil. 3. Teoria da Constituição. 4. História Constitucional Brasileira. 5. Teoria do Direito. 6. Democracia. 7. Tecnocracia. 8. Tecnocracia Jurídica. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

In memoriam, à minha mãe, meu pai, e aos meus avós João e Cássio, meus
segundos pais.

Às minhas avós Léa e Lúcia, minhas segundas mães.
À Fernanda, esta simplicidade complexa de belos olhos verdes de girassol.

Agradecimentos

Agradecer é sempre um momento difícil. Tantos foram os que contribuíram para que estivéssemos aqui, que a mera possibilidade de esquecer alguém já gera enorme receio. Em todo caso, em um trabalho como este, que aposta sempre na indispensável dimensão intersubjetiva do sujeito e da sociedade humanos, é preciso fazer de logo a velha e óbvia ressalva de que, conquanto não expressamente citados aqui, todos os que passaram pela minha vida, breve ou longamente, e os que nela ainda estão, são sempre parcial e complexamente responsáveis - num bom sentido - pelo que me tornei agora, 26 anos e algumas rugas mais tarde. A eles, a todos eles, um agradecimento geral deve ser mencionado para começo de conversa.

Quanto aos demais, vamos começar pelos mais óbvios.

Agradeço à minha família, de todos os lados, de sangue e por afinidade. Todos tiveram a sua parcela de contribuição para este momento tão gratificante e tão liberador - menos um monumental trabalho a fazer. Meu avô João, que logo me aceitou por tutelado; meu avô Cássio, que me acolheu como neto mesmo que o detalhe do sangue comum faltasse; minha avó Lúcia, que sempre me mostrou a grandeza do jeito mineiro de ser; e minha avó Léa, que logo me aceitou por filho e terminou a minha criação. Minha irmã, Lulu, que nunca me deixou esquecer disso, apesar da morte prematura de nosso principal elo familiar - e que me deu um lindo sobrinho. Minha família materna que me fez conhecer um pouco mais do mundo. Minha família paterna que me deu o gene da academia - hoje operando mais uma etapa do seu metabolismo específico.

Minha família por afinidade: minha sogra, Fátima, cunhadas e cunhados, Carolina e Ricardo, Luciana e Édson, que sempre me acolheram e sempre me tomaram por membro da família. O privilégio do convívio foi só mais um efeito colateral proveitoso da Fernanda.

Minha madrinha, Tanit, que também sempre me tratou por filho; e suas filhas Olívia e Antônia, que sempre me trataram por irmão.

Meu sócio, Breno, que me mostrou a beleza da advocacia, profissão que aprendi a amar; e que também sempre me tratou por irmão.

Na parte acadêmica, agradeço a todos os professores que participaram da minha formação, desde o primário até o mestrado que por ora se encerra. Agradecimento especial à profa. Ana Lúcia de Lyra Tavares, que além de uma coincidente e inesperada ligação pessoal, foi fundamental para a correta realização deste trabalho, seja pessoalmente, seja nos seus brilhantes escritos que sempre se esforçou por disponibilizar aos seus alunos. Agradecimento especial também à profa. Gisele Cittadino, com o seu calmo e discreto brilhantismo, orientadora deste trabalho e responsável por me introduzir ao que hoje é o meu maior referencial teórico.

Aos colegas de graduação, de PET, de mestrado, todos igualmente importantes nesta jornada. Menção especial a Enzo Bello, por ajudar com releitura e sugestões a este trabalho.

À minha secretária, Raquel, que segurou firme a barra para mim, quando tive de me ausentar do escritório para que este trabalho fosse terminado a tempo.

Finalmente, à Fernanda. Quanto mais o tempo passa, mas ela me faz ter certeza de que estou certo e sou recompensado por ser um homem de primeiras paixões. Obrigado por agüentar tão paciente e envolvidamente estes difíceis e atribulados últimos meses. O que a PUC constrói, nada destrói.

Resumo

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *A tecnocracia jurídica: a comunidade de intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. Rio de Janeiro, 2008. xxxp. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho se propõe a analisar o contexto histórico e teórico, bem como as conseqüências, do ponto-de-vista democrático, do surgimento de um domínio do poder estatal através do domínio da técnica do direito. O foco de lugar e tempo é posto no Brasil, principalmente a partir da feitura e promulgação da Constituição Federal de 05.10.1988. Através desta análise histórico-teórica é mostrado como no Brasil, com atraso de algumas décadas em relação aos principais centros da Europa Continental, os juristas começam, desde 1988 mais intensamente, a tomar o controle do poder político-estatal, através do fechamento do direito em uma comunidade de intérpretes que domina a cada vez mais complexa técnica do direito. Para tanto, a constituição jurídica é simbolizada e hipostasiada em um fetichismo constitucional, que a dissocia de suas bases histórico-políticas e a torna uma espécie de totem inalcançável à sociedade. Com isso, muitas das decisões políticas mais importantes da República Federativa do Brasil são deslocadas da esfera pública política formal e informal para uma comunidade restrita de técnicos do direito, em torno, principalmente, da atividade jurisdicional dos tribunais – em especial, do Supremo Tribunal Federal. É assim que se forma a tecnocracia jurídica no Brasil

Palavras-chave

Brasil; Teoria da Constituição; História Constitucional Brasileira; Teoria do Direito; Democracia; Tecnocracia; Tecnocracia Jurídica

Abstract

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *The juridical technocracy: The community of interpreters of the law and the weakness of democracy*. Rio de Janeiro, 2008. xxxp. Máster Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

This work aims at analyzing the theoretical and historical context, as well as the consequences, from a democratic point of view, of a new domination of the power of the state through the mastering of the law technique. The time and place focused are Brazil especially from the drafting and promulgation of the *Constituição Federal* of 1988. From this historical and theoretical analysis it is showed how in Brazil, with a few decades delay compared to continental Europe, jurists have begun, and since 1988 more strongly, to take control of the state's political power, via closing the law into a interpreters expert community which dominates the every more complex law technique. In order to do that, the juridical constitution is symbolized and hypostatized into a constitutional fetishism, which dissociates itself from its historical and political foundations, and makes it a kind of unattainable totem to society. Because of that many of the most important political decisions are withdrawn from the formal and the informal public spheres into a restrict community of jurists preferably gathered around the jurisdictional activity of the courts – especially, around the *Supremo Tribunal Federal*. That is how the juridical technocracy develops in Brazil.

Palavras-chave

Brazil; Constitutional Theory; Brazilian Constitutional History; Theory of Law; Democracy; Technocracy; Juridical Technocracy

Sumário

1. Introdução	11
2. Bases históricas da tecnocracia jurídica (brasileira)	18
2.1. A tecnocracia jurídica na história e sociologia do Direito Ocidental: a mudança de paradigmas jurídicos	21
2.2.. A tecnocracia jurídica na história do Direito Brasileiro	44
2.2.1. Os pródromos: bacharelismo e estamento burocrático	47
2.2.2. Os antecedentes e a feitura da constituição de 05.10.1988	61
2.3. Excurso: a judicialização da política (e das relações sociais) no Brasil	81
3 Bases teóricas para a tecnocracia jurídica (brasileira)	91
3.1. Do positivismo ao pós-positivismo: uma viagem circular	95
3.2. Do advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo: o reforço do fetichismo constitucional	111
3.3. Duas vertentes do neoconstitucionalismo pós-positivista no Brasil:	136
3.3.1. Luís Roberto Barroso e o pós-positivismo carioca	140
3.3.2. Lenio Luiz Streck e a hermenêutica jurídica gaúcha	162
4. Democracia, judicialização da política e pós-positivismo: enfraquecimento das estruturas do mundo-da-vida	178
4.1. Excurso sobre o conceito de mundo-da-vida	180
4.2. As patologias do mundo-da-vida: desapontamento e colonização	189
4.3. O Direito como meio e o direito como linguagem: homogeneização patológica	192

4.4. A possibilidade democrática usurpada pelo próprio direito: a tecnocracia jurídica e o fechamento da comunidade dos intérpretes da constituição.	196
5. Uma aplicação da teoria: à guisa de conclusão	205
5.1. Um caso paradigmático: a Lei n.º 11.105 de 24.03.2005	208
5.2. O Direito brasileiro, a comunidade de intérpretes e a (im)possibilidade democrática.	213
6. Bibliografia	219

1. Introdução

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

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

¹ O uso da expressão neste contexto é, como veremos, de Lenio Streck.

Porém, como em muitos processos políticos de transição democrática, muitas resistências tiveram de ser vencidas, muitos acordos tiveram de ser feitos; muitas misturas e engenharias institucionais foram requeridas. O resultado final, como um dos seus mais otimistas comentadores reconheceu dez anos após a sua promulgação, “foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilante entre extremos” (BARROSO, 1999, p. 44). Já ao tempo de sua promulgação, esta constituição encontrava níveis crônicos de inflação nunca antes vistos no país, uma enorme crise econômica, uma eleição presidencial que se avizinhava conturbada, e até ao final do ano de sua promulgação – cujo mês era o já tardio outubro, como dito – enfrentaria já uma proposta de emenda buscando inserir em seu texto a pena de morte².

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

Este não é, pois, um trabalho sobre o poder judiciário. Nem se pretende, especificamente, um manancial de argumentos contra este poder, ou contra a sua principal forma de atuação política, a jurisdição constitucional³. Este trabalho é,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ruptura, nos moldes do talvez melhor – embora normalmente superestimado – exemplo: Wittgenstein. Se bem que mantenha muito de sua origem como filósofo marxista, Habermas, desde 1981, quando lançou a sua ainda *magnum opus* (*Theorie des Kommunikativen Handelns*: “Teoria do Agir Comunicativo”), progressivamente assumiu caminhos que seus antigos colegas marxistas, horrorizados, chamaram liberais⁴. Portanto é importante notar que este não é um trabalho crítico no sentido marxista popularizado pela Escola de Frankfurt, nem tampouco no sentido depois daí retirado para contextos mais radicais pelo que se pode chamar pós-estruturalismo. O pós-estruturalismo – e, em alguma medida, o marxismo em geral, salvo por sua problemática filosofia da história –, como demonstramos e criticamos em outro lugar (cf. PÁDUA, 2007), na verdade, aprisiona o próprio sujeito em uma teoria do poder da qual não existem saídas emancipatórias viáveis. O que se defende aqui, especialmente a partir do cap. 4, é, justo ao reverso, a necessidade de emancipação do sujeito, nos contextos comunicativos de reprodução simbólica da sociedade, como requisito para que a democracia possa ser efetiva.

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

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

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

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

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

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

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

2. Bases históricas da tecnocracia jurídica (brasileira)

O diagnóstico é quase universal, embora seja especialmente mencionado e feito nos diversos ramos dogmáticos da teoria jurídica e entre os filósofos do direito. O poder judiciário, originalmente a “boca da lei”, na sistematização montada por Montesquieu a partir da experiência inglesa, passou, por um ou outro caminho, a deter a “última palavra” da democracia, a “autorizar o poder” político-democrático, a “corrigir os desvios” e garantir, em todo caso, que a democracia, qualquer a forma institucional particular que tome, seja ou se torne, efetivamente, democrática¹.

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

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

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

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

Uma variante possível é também esta:

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

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

Daí que uma cultura jurídica cunhada com apoio no liberalismo político fomentador dos ideais revolucionários pôde erigir-se sem mais problemas em torno de conceitos similares que simbolizavam, justamente, a derrocada do *Ancien Régime* em prol de uma maior – embora não tão grande assim – autonomia individual, sobre uma base de igualdade contratual presumida absolutamente. Idéias como a do estado de direito, direitos individuais, autonomia privada, liberdade política e liberdade negativa, traduzidas e difundidas em diversos idiomas, dão o tom da concordância histórica de um estágio sintonizado de socialização e simbolização dos estoques de significado de uma espécie de mundo-da-vida liberal-burguês².

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

Obviamente, esta concordância simbólica, por assim dizer, *epocal*, não se aplica, nem em germe, à dinâmica histórico-política brasileira. José Murilo de Carvalho (1992, p. 89-107) sempre insistiu em procurar comparar a dinâmica da evolução européia com a brasileira, do ponto de vista dos direitos subjetivos. A motivação que fez com que T. H. Marshall³ visse nas revoluções européias – comparáveis, sem dúvida, à dinâmica histórica norte-americana – um caminho em relação à afirmação do sujeito de direito em três fases, claramente não se aplica ao Brasil.

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

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

Mesmo assim, entretanto, e às vezes reconhecendo expressamente o caráter problemático da história brasileira, principalmente em relação aos países de onde surgiu o movimento de transferência maciça de poderes (ou competências) ao judiciário (cf. BARROSO, 1999; BARROSO e BARCELLOS, ob. cit. e STRECK, 2006a), a insistência da doutrina brasileira em aplicar por aqui teorias alienígenas para sustentação e promoção desta transferência parece não se abalar. Em verdade, tanto quanto na Alemanha, onde um complexíssimo processo deu origem à Lei Fundamental de Bohn⁴, a teoria e a prática jurídica brasileira parecem repetir, via *fetichização* da constituição como uma entidade quase-

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

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

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

oracular⁵, a sucessão de eventos (jurídicos) que tornaram tão poderosos os tribunais constitucionais europeus – principalmente o alemão, o italiano e o espanhol.

Este é o começo da história. A mudança paradigmática que, nos trilhos do *Welfare State*, deu força autônoma ao direito para coligar-se ao poder do estado sem a mediação simbólica do mundo-da-vida, já consolidada na Europa Continental – e, com diferente e mais longeva dinâmica, também nos EUA –, encontrou no Brasil um berço preparado pela apropriação tecnocrática da própria história constitucional contemporânea. O processo *político* de feitura da nossa última constituição parece menosprezado a favor de uma sua leitura idealizada, hipostasiada a ente – ou *ser*, na teoria de Streck⁶ – dissociado da história e de sua tortuosa caminhada legislativa.

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

2.1.

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

⁵ Cf. cap. 3, abaixo.

⁶ Cf. cap. 3.3, abaixo.

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

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

A mesma idéia que hoje serve a reconhecer na Inglaterra uma constituição⁷ – predominantemente costumeira, ou esparsa e flexível – serve a pensar em constituição em Roma⁸, por exemplo. Esta, aliás, foi uma constatação bastante clara aos teóricos da jurisprudência analítica, principalmente, de Kelsen a Hart: a constituição é, antes de tudo, fundamento jurídico de validade da ordem jurídica como um todo e não – necessariamente – um documento jurídico escrito com este ou aquele conteúdo⁹. Daí que, ao falar em constitucionalismo, estamos pensando, antes de tudo, de um fato político historicamente e socialmente delimitado, e não, na “criação das constituições”, já de muito existentes¹⁰.

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

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

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

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

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

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

O liberalismo político, realmente, converge uma série de tendências históricas teóricas e práticas, em torno do ideal comum do suplantamento da ordem absolutista. O iluminismo, de Locke a Rousseau, passando por Montesquieu e, mais tarde, Tocqueville, forneceu a base filosófica política que bem casou com o antropocentrismo e a filosofia do sujeito simbolizada no *cogito ergo sum* de Descartes e da tradição racionalista-idealista que ele inaugurou na ontologia e na epistemologia (cf. MORENTE, 1980, p. 133 *et seq.*). A teoria kantiana é a mostra maior e mais acabada deste individualismo filosófico que, a partir das conclusões filosóficas do idealismo, pôde gerar conseqüências teóricas também para a política, especialmente do ponto-de-vista do fundamento moral da autoridade e, logo, do poder¹¹.

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

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

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

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

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

A afirmação do cidadão corresponde ao enfraquecimento da comunidade¹². A liberdade tomada como ausência de limites – em feição “negativa”, portanto, no dizer de Berlin – correspondia totalmente à presunção absoluta de igualdade entre os cidadãos. O modelo de trocas legais do mercado fornecia, portanto um modelo perfeito de coordenação entre iguais a partir de regras (quase-)naturais de competição e reprodução material. O contrato e a autonomia da vontade eram o ancoramento jurídico do mecanismo sistêmico do mercado, seu possível atrelamento ao mundo-da-vida já agora cada vez mais diferenciado dos sistemas administrativo – dominado pelo nascente estado moderno – e econômico – centrado nas trocas do mercado (cf. HABERMAS, 1987A, p. 135 *et seq.*, 358-61e *passim*).

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

Pouco parece ser notado, no entanto, que tanto o contrato quanto a autonomia privada têm, além de uma dimensão negativa de ausência de interferência, uma dimensão positiva de *constituição de um vínculo jurídico*. O que já se vê em qualquer manual de direito civil¹³ é também um aspecto importantíssimo da assunção destes instrumentos tipicamente privados para marcar a relação entre a esfera pública dos sujeitos de direito com o sistema estatal de governo (constitucional)¹⁴.

O contrato, e a autonomia privada que este instituto (re)afirma, é um instrumento de direitos e um constituidor de um vínculo obrigacional. A idéia de constituição é inerente ao contrato¹⁵. A simbolização da constituição de um (novo) estado em um contrato (social) representa um duplo reconhecimento: de um lado, reconhece que só os afetados por uma situação jurídica específica podem ser criadores desta situação. A autonomia privada se afirma autonomia pública pela via da publicização do contrato. De outro lado, ademais, o contrato social demonstra a derivação e diferenciação sistêmica da administração moderna, a partir, simultaneamente, do mundo-da-vida em seu constituinte *sociedade*, e do mercado como primeira funcionalização do aspecto material do mundo-da-vida. O contrato é o instrumento pelo qual os sujeitos de direito “constituem” o sistema administrativo, e, desta maneira, garantem o ancoramento do poder na sociedade, dele (parcialmente) diferenciada.

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

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

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

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

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

Tanto no aspecto político, quanto no aspecto social, consolida juridicamente a relativamente longa trajetória filosófica que vai da afirmação do indivíduo como sujeito do mundo à destituição do poder monárquico como portador de uma “legitimação” absoluta teológica ou estamentalmente garantida¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Daí a famosa teoria do poder constituinte devida a Sieyès (1997)

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

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

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

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

– ainda não assentados antes do início do séc. XX – senão de juristas práticos, inspirados no romanismo dos pandectistas e da Escola Histórica do direito¹⁹ – contra a qual, mais tarde, aliás, vai se insurgir Kelsen (2006) – e iluminados pelo nacionalismo revolucionário.

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

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

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

O cidadão (*cive*), etimologicamente habitante da cidade, completado o trabalho jurídico da revolução liberal, passaria a ter suas relações com o estado reguladas na constituição e suas relações com seus iguais reguladas no Código Civil, a “constituição do homem comum”. E, como o código civil era obra de juristas, não de políticos²⁰, e como sua faceta de indivíduo privado – não político ou público – era o cerne da sua inserção na modernidade, a maior parte de sua vida fora entregue, já, em germe, ao direito tecnocrático, não ao direito – minimamente que seja – democrático.

(cc) O direito como ciência só se afirma, realmente, no início do séc. XX, com Hans Kelsen. Antes dele, a constituição tentativa da corrente teórica que se convencionou chamar “jurisprudência analítica” somente representou, em verdade, a aplicação mais ou menos ortodoxa do utilitarismo inglês ao estudo do direito. Neste sentido, seria mais um competidor teórico dos romanistas e codificadores da Escola de Exegese francesa (cf. LUISI, ob. cit.; DAVID, ob. cit., p. 51-60 e *passim*) – e nem tanto assim, veremos – do que propriamente revolucionários da teoria do direito. A análise teórica da jurisprudência analítica se fará mais adiante²¹. Por ora, importa notar o contexto em que ela nasce e o que ela representa para esta primeira onda apropriação jurídica da prática sócio-política.

Os dois grandes iniciadores da jurisprudência analítica – e, com ela, da principal tradição do que se viria chamar, mais tarde e não sem um certo sentido depreciativo, *positivismo jurídico* –, Jeremy Bentham e seu discípulo John Austin eram ambos ingleses e ambos grandes adeptos do utilitarismo – Bentham, ao lado de Beccaria, é mesmo um de seus fundadores. Os utilitaristas parecem não só ter fundado a teoria do direito moderna, senão também a economia moderna (Cf. W. G. SANTOS, ob. cit.). Mas, na teoria do direito, ao contrário da economia²², sua

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

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

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

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

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

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

“[...] da autoridade do poder supremo²⁴ não se pode dizer, *exceto quando esteja limitada por expressa convenção*, que tenha qualquer limite específico ou certo. – É dizer, que existem atos que *não podem* realizar: - falar de alguma coisa sobre eles [os atos] que seja ilegal, – que seja *inválida*; – dizer que excedem a sua *autoridade* (qualquer que seja a frase) – a seu *poder*, a seu *direito*, – é, por corrente que seja, um abuso de linguagem. (IBIDEM, p. 165, grifos do autor)

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

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

²³ Bentham, 2005.

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

contrário da identificadora das fontes do direito e do conteúdo de lei²⁵, é metateórica – não serve para tirar conclusões internas ao direito, como a invalidade.

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

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

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

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

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

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

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

(aa) A teoria do direito, de fato, tal como a vimos construindo em seu nascedouro, se conecta com uma forma de utilitarismo político-jurídico que precisa, em grande medida, negar a autoridade do direito fora de si próprio; ou seja, que precisa negar, até certo ponto, a metafísica no direito – tanto quanto, também até certo ponto, os empiristas, principalmente Hume, precisaram negar a metafísica na filosofia (cf. MORENTE, ob. cit., p. 185-190). Evidentemente, esta negação é parcial²⁶ e a dissociação (quase-)total entre a (pré-)compreensão da

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

dinâmica social e o estudo do norma jurídica – em sua fixação ontológica, e em sua concepção metodológica – só veio com um assim-chamado positivista jurídico, Hans Kelsen²⁷.

Um primeiro Kelsen²⁸, para isso, teve mesmo de refundar os pressupostos metodológicos empiristas e abdicar de um hempelianismo paradigmático²⁹ em pleno início de séc. XX, a fim de separar a relação de causa-efeito (causalidade) – aplicável principalmente à sociologia do direito – da relação norma-conseqüência normativa, ou, como Kelsen 2001a, p. 324-326) a enuncia, *delito-sanção* (imputação). Mesmo um discípulo de Kelsen, Alf Ross, no conceito de *direito vigente*, abdicou, em parte, da pureza teórica para diretamente focar seu empirismo nas práticas sociais que aplicassem o direito a partir das decisões judiciais – e, para isso, teve de também rever o fundamento da norma fundamental pressuposta kelseniana (cf. ROSS, 2003, e PÁDUA, 2008b). Daí que é necessário esvaziar o equívoco de assimilar completamente um supostamente homogêneo positivismo jurídico à Teoria Pura do Direito de Kelsen, além de esvaziar uma compreensão enviesada que já deste autor se vem fazendo na teoria do direito – constitucional, especialmente – contemporânea.

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

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

²⁷ Cf., no que segue, Pádua, 2008b.

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

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

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

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

“Desde que o direito funciona como um complexo meio (*medium*) atrelado (*bound up*) com o dinheiro e o poder, ele alcança (*extends to*) domínios de ação formalmente organizados, que, como tais, são diretamente constituídos pelas formas do direito formal privado/burguês³⁰. Por outro lado, as instituições jurídicas não têm poder *constitutivo*, mas apenas função *regulativa*. Elas estão assentadas (*embedded*) em um contexto maior político, cultural e social; elas estão em um continuum com normas morais e são superimpostas sobre áreas de ação comunicativamente estruturadas.” (IBIDEM, p. 366)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(cc) A partir desta idéia e, com ela, da necessidade dos paradigmas jurídicos como instrumento analítico-cognitivo de reconstrução diacrônica da história do direito e instrumento regulativo-normativo de crítica sincrônica do direito contemporâneo³¹, Habermas vai, no último capítulo de “Faticidade e Validade”, propor três paradigmas do direito: o paradigma do direito formal burguês/privado, o paradigma do direito material do estado do bem-estar e o paradigma do direito procedimento reflexivo. Destes, e dada a dupla função da teoria dos paradigmas jurídicos, os dois primeiros são predominantemente analítico-assertóricos e visam a estabelecer uma tanto-quanto-possível reconstrução histórica *verdadeira*. O último é predominantemente crítico-regulativo e visa a mostrar, tanto quanto possível, um caminho *correto* a seguir.

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

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

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

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

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

Como veremos³², a teoria social habermasiana engenhosamente reconstrói a evolução social em termos de duas vertentes que antes se encontravam amalgamadas: formalização e complexificação do mundo-da-vida, instância de trocas e coordenação social comunicativa e material; e a diferenciação dos sistemas sociais – estado e mercado – a partir, justamente, da complexificação material do mundo-da-vida. Quando os sistemas desenvolvem, como Parsons havia adiantado, meios de coordenação que se congelam e se generalizam *independentemente* da comunicação através da linguagem – poder, no caso do estado e dinheiro, no do mercado –, o seu destacamento do mundo-da-vida pode ameaçar a livre dinâmica deste último, voltando-se contra o seu criador e impondo seus meios de coordenação social sobre ele, na forma de *colonização*. O estado foi chamado para salvar o mundo-da-vida do domínio do mercado, mas ele mesmo acabou não encontrando outro limite, senão a mobilização do primeiro.

Na teoria do direito, categorias jurídicas típicas do direito formal privado/burguês, como o contrato ou a propriedade, são reinterpretadas³³ em termos de uma vinculação à atividade do estado, por meio de fórmulas como “função social”, “ordem pública”, “moralidade” (cf., por exemplo, PERLINGERI, ob. cit., *passim*. e TEPEDINO, 2001.) e, de modo geral, todas as formas do que se vem chamando – especialmente no direito administrativo – limitações estatais ao direito de propriedade, através, principalmente da “técnica das cláusulas gerais” (cf., por todos, PERLINGERI, ob. cit., p. 24-26 e 27-28.)

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

³² cf. cap. 4, abaixo.

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

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

Num primeiro momento,

“O *Estado do Bem-Estar* [...] que se desenvolveu na estrutura do estado democrático de direito³⁵ continua esta linha de juridificação garantidora da liberdade (*freedom-guaranteeing juridification*). Aparentemente, ele freou (*bridled*) o sistema econômico de maneira similar à como as duas ondas precedentes [do estado burguês e do estado de direito burguês] frearam o sistema administrativo. Em todo caso, os resultados benéficos (*achievements*) do Estado do Bem-Estar vieram de lutas políticas e se direcionaram (*vouchsafed in*) no sentido de garantir liberdades. Os paralelos saltam aos olhos: no primeiro caso, a dinâmica interna do exercício burocrático do poder; no segundo, a dinâmica interna do processo de acumulação econômica foram reconciliados com estruturas obstinadas de um mundo-da-vida cada vez mais racionalizado.” (HABERMAS, 1987, p. 361)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contra este paternalismo crescente da administração, no entanto, o próprio sistema estatal procura “fornecer” uma alternativa que representa, por assim dizer, uma reforma interna, ou uma nova fase na “acumulação” de poder. Esta “reprodução” interna do sistema só pôde ser adequadamente percebida quando, contra o horror da concentração totalitária de poder nas mãos da administração pública, personalizada, justamente em uma figura paternal³⁶ – o “condutor” ou o “guia” (tradução tanto para o *Führer* alemão³⁷ quanto para o *duce* italiano) –, o sistema estatal criou a jurisdição (*poder* jurisdicional) como órgão encarregado de conter o *poder* administrativo. Werneck Vianna et al (1999, p. 19 *et seq. e passim*) louvam esta “agenda igualitária” a ser (re)implementada pelo poder judiciário, sem notar o custo em termos de fragmentação do mundo-da-vida, ao qual todas as práticas estatais – administrativas ou judiciárias – têm de estar conectadas para ser legítimas.

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

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

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

fases do paradigma do direito material do bem-estar aqui levantadas. Para Habermas, os estudos de caso da regulação jurídica alemã da educação familiar e escolar (cf. HABERMAS, 1987, p. 368-373), bem como os da mudança no direito norte-americano da responsabilidade civil ou da proteção das minorias (cf. HABERMAS, 2001a, p. 405 *et seq.*) são momentos em que, indistintamente, a autonomia privada – no primeiro caso, predominantemente – e pública – no segundo, predominantemente – é vulnerada pela colonização estatal da esfera privada e da esfera pública do mundo-da-vida³⁸. Aqui, parece indiferente que tal fato se dê por via de regulamentos administrativos, ou por via da transferência ao poder judiciário da resolução de conflitos sociais. Importa é que o *poder* estatal se imiscui e coloniza o já fragmentado arsenal simbólico à disposição da comunicação cotidiana no mundo-da-vida.

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

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

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

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

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

2.2. Na história do Direito Brasileiro

É comuníssima no direito constitucional brasileiro a recorrência a teorias estrangeiras⁴⁰. Desde Rui Barbosa com a constituição de 1891 até os juristas

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

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

Obviamente, em particular na contemporaneidade, o apelo a culturas rígidas e fechadas não se sustenta. Mesmo as concepções morais “espessas” e “finas” (*thick and thin*) (cf. CITTADINO, 2000⁴¹, p. 118-129; BOHMAN, 1993, p. 103-104 e WALZER, 1997) encontram inelutáveis dificuldades no trato cotidiano necessário dos vários contatos – às vezes conflitos – de culturas, sociedades e personalidades, que vão ter de implicar trocas plurais entre mundos-da-vida díspares⁴². O direito, como parte integrante da sociedade, alimentado pela cultura e pela personalidade dos sujeitos, também se alinha, forçosamente, a esta dinâmica de trocas e comunicações interculturais constantes. Nem por isso, no entanto, a formação da concepção jurídica dominante em algum estado/sociedade *precisa* cultivar tradições jurídicas, por vezes distantes no tempo, de outros estados/sociedades, formuladas em outros contextos histórico-humanos. Os processos de aprendizado indispensáveis para a evolução do mundo-da-vida serão vãos e fragmentadores se não souberem articular-se nos próprios contextos do seu estoque semântico particular, como filtro necessário para as trocas universais da comunicação racional.

⁴⁰ Para uma lúcida crítica recente, cf. V. A. Silva, 2005.

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

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

A Constituição de 05.10.1988 representa, por isso, mesmo, do ponto-de-vista histórico-político, um avanço democrático inegável, de resto reafirmado pela invisível longevidade da ordem que inaugurou, mesmo em face de vários percalços políticos – inclusive o primeiro impedimento presidencial da história do Brasil. No entanto, do ponto-de-vista dogmático-jurídico, esta constituição parece representar poucas mudanças na busca contínua por recepções de institutos estrangeiros. A bem da verdade, o foco sobre o direito público norte-americano parece ter cedido um pouco em favor de matrizes mais européias-continetais, especialmente do direito português e espanhol⁴³, os quais, guardadas as particularidades próprias, recém-saíram, também, de longas ditaduras. Por sua vez, estes mesmos direitos ibéricos eram, em parte grandíssima, também receptores das inovações alemãs ocidentais, especialmente na força que ganhava, naquele país, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Daí que, de novidade real, apenas a mudança da principal matriz do direito público brasileiro, de norte-americana para, direta ou remotamente, alemã.

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

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

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

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

2.2.1.

Os pródromos: bacharelismo e estamento burocrático

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

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

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

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

Esta aprendizagem sócio-cultural brasileira em prol da democracia, no entanto, é, como todo o estoque simbólico de um mundo-da-vida plural, contingente e parcial. Além do mais, compete, neste mesmo mundo-da-vida, com perspectivas divergentes e com outros conteúdos simbólicos tradicionais que derivam de uma história de patrimonialismo e usurpação de poder. Esta dupla tradição⁴⁵ – o aparente apoio democrático, com idéias patrimonialistas fortemente arraigadas – torna a perspectiva política brasileira extremamente complexa. Por isso, a busca por um enquadramento histórico brasileiro em termos de categorias cunhadas a partir da reconstrução histórico-política europeia ou norte-americana revela insuficiências gritantes. A recepção de institutos e perspectivas teóricas estrangeiras padece do mesmo problema, se não devidamente matizadas com uma volta hermenêutica ao estoque semântico do nosso mundo-da-vida.

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

⁴⁴ A expressão é de Zagrebelski (1995) e será melhor explorada adiante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No Brasil, seguindo o rastro português, predomina, ainda hoje, a mentalidade estadocêntrica⁴⁷, que coloca a administração pública e seu comandante eventual, desde muito antes do Estado do Bem-Estar europeu, na posição paternalista tão bem representada pela alcunha “pai dos pobres” atribuída a Getúlio Vargas⁴⁸. O jogo da centralização estatal tem de incluir mecanismos de controle do mercado, bem como de controle da socialização e da cultura.

(c) O Brasil, assim como Portugal, é, principalmente, um país do estado⁴⁹. Por aqui, o mercado não logrou sua colocação como sistema social predominante, nem durante a fase liberal da História, se contada de uma perspectiva européia. A referência a uma revolução liberal brasileira é tão extravagante quanto curta foi a vitória das Cortes de Lisboa em Portugal (cf. FAORO, 2003, p. 301 *et seq.* e 2007a). Da mesma maneira, ainda que haja se desenvolvido um pensamento liberal no Brasil, a sua implementação passou sempre pelo filtro do compromisso com o estado, colonizador e fragmentador dos influxos da esfera pública⁵⁰.

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

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

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

⁵⁰ cf. FAORO, 2007a, *passim*, e abaixo, item *e e f*.

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

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

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

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

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

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

Menos conhecida, mas igualmente interessante, é a de Nelson Saldanha. Saldanha (1986), numa linha parecida com a de Damatta, opõe o *jardim* e a *praça*. A troca de espaço lhe permite traçar uma interpretação histórica que não se circunscreva ao Brasil sob o ponto de vista urbano, senão se estenda a partir de Roma para o Medievo e, logo, para a Modernidade. O simbolismo espacial pretende identificar o jardim, como apêndice mais amplo e aberto da casa, ao domínio privado, e a praça, como local de encontro interpessoal mais plural, ao domínio público. A reconstrução histórica da evolução do espaço vai das *villae* romanas às casas dinásticas renascentistas. Bem podia se ter ampliado e abarcado a curiosa mistura tipicamente ibérica, mas mais preeminente na história brasileira – especialmente na colônia –, que fazia conviver harmoniosamente uma *casa imperial* – ou real, no caso das metrópoles – com diversos *jardins* de engenho e, mais tarde, de fazendas de café⁵¹.

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

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

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

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

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

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

esfera pública e da esfera privada da colonização estatal são estranhas à história brasileira anterior a 1988. A lógica individualista, igualitária – ainda que formalmente – e impessoal do liberalismo político⁵² e a centralidade do lucro, da acumulação de capital e da liberdade contratual e de mercado são desconhecidas da dinâmica histórica brasileira.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A ilusão aqui não é exclusiva do Brasil, mas repete as mesmas conclusões enviesadas de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, algumas de nossas maiores fontes de recepção de institutos constitucionais em 1987-88 (cf. TAVARES, 1991⁵³). Também lá, os anos de dominação estatal foram repelidos com estados “sociais”, ao menos no pensamento jurídico-constitucional. A diferença marcante, que nos distingue, entretanto, é o fato de que todos estes países chegaram a atravessar paradigmas liberais e, então, atingiam aquela transição interna do paradigma do Estado do Bem-Estar que transferia poder da administração pública para o poder judiciário, embora o mantivesse no sistema estatal e longe da esfera pública do mundo-da-vida.

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

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

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

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

2.3.2.

Os antecedentes e a feitura da Constituição de 05.10.1988

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

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

Todo este fetichismo, já como o fetichismo em que Marx ([199?]) erigiu a sua teoria da alienação pelo mecanismo de troca social da mercadoria⁵⁵, pressupõe uma concentração sistêmica da constituição, que se subtrai do concreto atuar do mundo-da-vida e se escuda em um simbolismo bloqueado contra a influência da comunicação na esfera pública social. Seja por meio da própria desapropriação da dinâmica do mundo-da-vida pela fragmentação e desapontamento de suas estruturas que deveriam legitimar continuamente a constituição⁵⁶, seja pela colonização do estado, via jurisdição, no mesmo mundo-da-vida, a falta de reflexão sobre as origens sociais da constituição faz com que ela perca o seu sentido legítimo de organizadora da esfera pública⁵⁷.

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

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

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

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

(a) O ano de 1987, final de uma importantíssima década do ponto-de-vista político no Brasil, início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, é o início do coroamento de um período de transição política que exigiu muita pressão social, muita militância política e, sobretudo, seguindo a tradição brasileira, muitos pactos e transições negociadas. Depois de vinte anos de governos militares, os sinais de exaustão do regime começavam a dar mais esperanças e forças para os opositores do regime. Desde finais da década de 70, a guinada radical de 1968 parecia ter esgotado seu ciclo. A “eleição” de Geisel em 1974, um moderado dentro do círculo militar, as manifestações cada vez mais numerosas – e pacíficas – no seio da sociedade civil, especialmente por sindicatos em São Paulo, pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil – mas também por numerosas outras instituições e associações de menor porte –, a crise econômica e a desilusão de muitos líderes políticos que haviam apoiado a Revolução de 1964 foram mostras desta realidade política em transição⁵⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Essas reformas políticas e econômicas, seguindo com Suárez, consolidaram o bloco de forças capaz de enfrentar e vencer a pressão terrorista da ETA (Pátria Basca e Liberdade), da Grapo (Grupo de Resistência Antifascista Primeiro de Outubro) e dos grupos de ultradireita, e chegar, afinal, ao *Compromisso Constitucional*, expressado na Constituição de 1978, planejada e votada a partir do acordo entre todas as forças política representadas no Parlamento⁶⁴. [...]

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

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

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

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

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

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

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

A “Carta aos Brasileiros” foi um documento escrito quase exclusivamente por Goffredo da Silva Telles Jr. e tinha por marco temporal os 150 anos da fundação das primeiras faculdades de direito no Brasil, em 11 de agosto de 1827. A idéia, em verdade, não partiu de Telles Jr., que acabou escolhido pelos idealizadores⁶⁵ de uma ação dos juristas em geral, e da USP, em particular, como uma figura emblemática deste ato político com cara de aula de direito em defesa da democracia e da importância dos próprios juristas na vida política, antes tomada pela inércia motivada, principalmente, pela coercitividade extrema a partir de 1968. Seria, portanto, esta carta, um documento que simbolizaria o retorno dos juristas ao protagonismo político nacional, após a década de ostracismo que acabou lhe impondo, em grande medida, o Regime Militar. O momento da leitura,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

Com a morte inesperada de Tancredo Neves, José Sarney assumiu o governo e fez valer o acordo, cumprindo o seu cronograma constituinte. Em 28 de junho de 1985, enviou mensagem ao Congresso Nacional propondo a convocação de uma Constituinte – na verdade, a conversão do Congresso Nacional em constituinte –, de que resultou a Emenda n.º 26 de 27.11.1985 (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 2006, p. 457). Em 18 de julho de 1985, através do Decreto de n.º 91.450, convocou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros, entre juristas – em ampla maioria⁶⁸ – e não-juristas, e presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, senador da República e antigo político da UDN, que emprestou seu nome à comissão (cf. IBIDEM, loc. cit. e TAVARES, 1991, p. 80-82).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Interessantemente, a divisão de matérias das comissões temáticas, bem como a maneira como tais matérias se organizaram nos títulos da futura constituição eram muito parecidas com a divisão dos comitês temáticos da Comissão Afonso Arinos. Isso já indica que a *agenda constitucional* foi definida e seguida segundo os ditames do constitucionalismo comunitário brasileiro, de olho, sobretudo, na Constituição Portuguesa de 1976⁷⁰.

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

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

Por outro lado, já desde a primeira fase da constituinte, nos trabalhos das comissões temáticas, mesmo a organização formal antes projetada, sucumbia ante certa produção e análise “caótica” (cf. CARDOSO, 1997) de matérias e contribuições – inclusive as introduzidas por emenda popular⁷².

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

econômica, afinal rejeitado (IBIDEM, p. 464-66). Do início dos trabalhos das comissões temáticas, até o texto final foram um anteprojeto, três projetos – alguns com mais de uma versão – além de inúmeros substitutivos, emendas e destaques, especialmente no plenário, os quais, às vezes, serviram mesmo para desfigurar desenhos institucionais já consolidados no texto, como o semipresidencialismo ou parlamentarismo misto do projeto “A”, rejeitado no primeiro turno do plenário por um presidencialismo clássico ao estilo norte-americano. A influência do relator da constituinte, o já citado Bernardo Cabral, foi grande e decisiva. Seus projetos e substitutivos foram de cabal importância para a estruturação do texto final. Muitos pontos acabaram se resolvendo por acordos políticos, votações simbólicas, barganhas e concessões⁷⁶. Os problemas, percalços e vicissitudes na elaboração e consolidação do texto final fizeram com que a bancada do Partido dos Trabalhadores, representante de um dos mais ativos setores da sociedade civil e nascido da conjugação deste com intelectuais e ativistas de várias formações e matizes; estes problemas fizeram com que o PT votasse, em bloco, *contra* a aprovação do dito texto.

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

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

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

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

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

2.3.

Excursus: a judicialização da política (e das relações sociais) no Brasil⁷⁷

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

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

⁷⁷ Cf., já, Pádua, 2008a.

politics). A seguir, Vallinder (1995), desdobrou o marco analítico em uma perspectiva bifronte: de um lado, a judicialização da política *de fora* (*from without*), que quer significar a intervenção do “terceiro poder”, o judiciário, em matérias que “foram anteriormente (ou, é amplamente aceito que deveriam ser) competência de outras agências governamentais, especialmente o Legislativo e o Executivo” (TATE, 1995, p. 27-28); de outro lado, a judicialização da política *de dentro* (*from within*), que quer significar a introdução de procedimentos e tipos de decisão característicos da jurisdição clássica em outras arenas políticas do Legislativo e do Executivo⁷⁸.

No Brasil, onde o debate se instalou com pouca distância de tempo, o segundo sentido não interessou aos analistas políticos. Luís Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, ao começarem, em 1997, a pesquisar o Poder Judiciário e sua influência na política brasileira, focaram-se fortemente na tomada de poder e competências decisórias por este poder, antes muito desprestigiado em sucessivas ditaduras no período republicano brasileiro. A hipótese central destes pesquisadores, mais bem exposta em obra posterior (cf. WERNECK VIANNA et al., 1999) é que, seguindo o exemplo da política e do direito comparados, o Brasil começava, com a ordem constitucional de 1988, a elevar o poder judiciário à categoria de membro da soberania política nacional, a partir da transferência e da assunção de competências decisórias que transcendiam a mera resolução de conflitos de interesses – *lides* (ou litígios), no jargão do direito processual⁷⁹ – para

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, reconhecida histórica e politicamente a falta de legitimidade representativa – direta, que seja – do poder judiciário, principalmente em comparação ao primeiro (executivo) e ao segundo (legislativo) poder, seria preciso atribuir-lhe uma legitimidade de outra natureza, a fim de que se pudesse justificar a postura otimista com que a sua expansão era encarada. Assim, de um ponto-de-vista teórico, seria preciso um marco produtivo que recebesse benevolmente os dúbios resultados das pesquisas empíricas. Este marco seria completado, para além da correção da endemicamente falida política brasileira – predominantemente apontada em 1999⁸⁰ –, com a assunção do sistema judiciário – adicionado, agora, o Ministério Público – no marco de uma “representação funcional”:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A demonstração da falácia do argumento já foi, e será ainda em outras frentes, objeto do presente trabalho. Por ora importa simplesmente sublinhar alguns aspectos do quão representativa do *fetichismo constitucional* é a teoria. Já em outro lugar (cf. PÁDUA, 2008a), argumentamos que o poder judiciário e todo o sistema jurídico em sentido estrito que o estrutura são parte do Estado brasileiro, tal como os demais poderes⁸². Neste sentido, também padecem do mal histórico que torna tradição, no Brasil, a apropriação estamental-burocrática do poder estatal e a sua conversão em meio de colonização da esfera pública – e da privada, em muitos pontos. A assunção de um Poder Judiciário e de um Ministério Público imunes ao peso desta tradição, que invade a cultura, a sociedade e os mecanismos de socialização do mundo-da-vida brasileiro é, para dizer o mínimo, otimismo injustificado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É curioso notar que autores como Werneck Vianna et al (1999, p. 38 *et seq.*), que parecem reconhecer todos os percalços e vicissitudes políticas que povoaram o processo constituinte de 1987-88⁸³, com múltiplos acordos políticos e composições de interesses, ainda assim acreditem que a comunidade jurídica que

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

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

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

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

3. Bases teóricas para a tecnocracia jurídica (brasileira)

Em uma das mais ricas e interessantes partes de sua obra maior, Habermas (1984, p. 43 *et seq.*) procura reconstruir, a partir de trabalhos antropológicos, a evolução social primeiramente em termos de diferenciação simbólica da cultura, ou, talvez mais corretamente, de visões de mundo (*Anschauungen*), disponível na forma de relações formal-pragmáticas à disposição dos sujeitos de determinado contexto cultural, ou de determinado mundo-da-vida, a fim de que tais sujeitos possam a eles conectar as pretensões de validade dos atos de fala que veiculam nos contextos comunicativos do dia-a-dia.

Muito resumidamente – e, por isso mesmo, perigosamente – a tese da diferenciação simbólica de Habermas procura responder à questão da evolução social e explicar por que a *Anschauen* moderna, embora não possa ser chamada *melhor* do que as suas predecessoras, pode, ao menos, ser chamada *mais evoluída*, em termos de potenciais de racionalidade – algo que a maioria dos antropólogos modernos, especialmente o estruturalista Lévi-Strauss citado por Habermas, teria dificuldade de aceitar (cf. LÉVI-STRAUSS, 1976¹). Como Habermas demonstra, a diferenciação pragmático-formal dos referenciais simbólicos do mundo-da-vida causa a crescente necessidade de que todas as pretensões de validade discursivas levantadas em contextos de interação comunicativa possam, se necessário, ser justificadas em termos de fundamentos e princípios, por sua vez igualmente expressos em pretensões de validade discursivos. Com isso, progressiva e filogeneticamente, os estoques semântico-simbólicos da cultura e da sociedade no mundo-da-vida moderno deixam a sua certeza metafísica e passam a poder, via tematização, ser tomados de uma perspectiva comunicativo-racional².

A idéia de uma diferenciação simbólica das visões de mundo em termos de pretensões de validade, bem entendido, não começou em Habermas. Ele mesmo, ao reconstruir a sua pragmática formal em três pretensões de validade distintas – verdade, correção normativa e autenticidade ou sinceridade –, conectadas a uma

¹ Visão que chegou mesmo a se radicalizar em Lévi-Strauss, 1982.

² Cf. Habermas, 1984, *passim* e 1987, *passim*.

tripartição simbólica do *mundo*, na qualidade de ponto de referência semântico(-pragmático) dos atos de fala – mundo objetivo ou realidade, mundo social ou normativo e mundo subjetivo ou subjetividade – deriva especialmente de Weber este conceito tripartido de diferenciação cultural e de “estruturas de consciência” (cf. HABERMAS, 1984, especialmente p. 157 *et seq.* e p. 273 *et seq.*). E já antes de Weber, a escolástica medieval já havia, na sua apropriação teológica da filosófica ontológica grega, diferenciado três esferas de apreciação e crítica cultural, na forma das idéias regulativas ou dos “transcendentais” de “verdadeiro”, “bom” e “belo” (cf. RICOEUR, 2005, p. 12).

Bem se vê, por aí, que também não é o modernismo uma ruptura abrupta ou pontual com a tradição cultural e social anterior. Em todo caso, ainda do ponto-de-vista filogenético, a transição para a modernidade, especialmente no plano político, realizou um marco notável na necessidade de justificação e racionalização das estruturas do mundo-da-vida, já agora mais diferenciadas, igualmente, do aspecto material dos sistemas sociais – estado e mercado (cf. HABERMAS, 1987, *passim*). Antes que o modernismo e seus movimentos revolucionários, sua colocação em questão de tradições históricas e filosóficas antes pacificadas e, de todo modo, sua agitação político-social-intelectual, tomassem a cena na Europa Ocidental – e nos EUA, pouco depois –, um holismo mais ou menos marcado era ainda responsável por uma fusão simbólica e material entre estruturas de consciência e visões de mundo nas quais o plano objetivo, normativo e subjetivo se mesclavam sob a fusão mítica de crenças metafísicas pressupostas que não necessitavam de justificação – nem a aceitavam.

Portanto, deixando um pouco de lado o plano subjetivo do autêntico/sincero/belo, para o que aqui mais interessa, uma fusão simbólica entre o mundo objetivo e o normativo, entre ser e dever-ser, entre *is* e *ought*, entre *sein* e *sollen*, era ainda a tônica de tradições culturais em estágios anteriores de diferenciação simbólico-moral. E, aliás, como Clifford Geertz (2000a) tão interessantemente demonstrou, tal fusão mítica ainda é muito presente em muitas partes do mundo contemporâneo – embora, como ele próprio reconhece, tal

presença se tenha progressivamente enfraquecido no séc. XX, não obstante e mesmo por causa dos movimentos de independência³.

A elevação desta diferenciação analítica dos planos pragmático-formais de acesso semântico ao mundo a uma diferenciação (quase-)ontológica foi produto principal de um modernismo exacerbado. Mas também, foi condição de possibilidade do nascimento de uma consciência científica mais organizada e, a partir da separação ontológica do que *é* e do que *deve ser*, também separada da filosofia. Esta última, bem por isso, começa, especialmente durante o séc. XIX a “perder” seus campos de investigação para a ciência, e passa a ser relegada ao plano do *dever-ser*, ou a uma abstrata condição holística de metaciência – com a qual condição retém os campos da ontologia e da epistemologia (cf. MORENTE, 1980, p. 29-33).

Do modo análogo, então, ao que, na Grécia, pela secularização do conhecimento, tornou a filosofia uma busca pelo conhecimento seguro, refletido, que rejeita as cosmogonias (e teogonias) místicas da mitologia teológica (cf. VERNANT, 1996; GARCIA-ROZA, 2005), na Europa do séc. XIX é a vez de a filosofia ser despojada de seu posto e “secularizada” nas mais prosaicas ciências (sociais, especialmente, para o que mais importa aqui), que “desfundem” os planos do *ser* e do *dever-ser* – ou, ao menos, para fazer justiça ao primeiro Kelsen – e passam cuidar somente da pretensão de *verdade* ou *realidade*. A pretensão de *correção normativa* é, pois, deixada para a especulação filosófica, em todo caso desacreditada por “subjéctiva” ou “incontrolável”⁴.

³ Diga-se de passagem, os resquícios desta fusão entre o ser e o dever-ser como produto de uma visão mística do mundo e a indiferenciação das estruturas de consciência nos respectivos planos de compreensão e validade não são somente presentes em tribos nativas nos cantos e recantos de “nações” modernamente dominadas. No que toca especificamente ao Brasil, e à tradição jurídico-política ibérica que o caracteriza, é muito instrutivo traçar um paralelo entre as “testemunhas privilegiadas”, descritas por Geertz (2000a, p. 187 *et seq.*) sobre o Direito Islâmico. Estas meio testemunhas, meio “prudentes” do direito, têm uma espécie de monopólio ou poder de fazer surgir a norma a partir da constatação do fato – num mecanismo automático e mesclado, não como aplicação *posterior* do direito ao fato assim declarado. No Brasil e, ao menos, no Direito Ibérico em geral, os cartórios extrajudiciais tem um igualmente misterioso poder de acertar fatos e sua autenticidade para que, com isso, também o direito se materialize – como na forma do *pleno iure* –, por meio deste quase-místico conceito de “fé pública”.

⁴ É ilustrativo, a este respeito, o fato de que a fenomenologia não foi tanto uma tentativa de “resgatar” a filosofia do jugo da ciência (positivista), mas de mostrar que a filosofia ainda poderia ter “valor científico”. Para isso, teria de abandonar a pretensão de “grandes narrativas” ou sistemas ontológicos generalizantes e cuidar das pequenas coisas, com tenacidade intelectual contínua, num

O positivismo jurídico, neste ponto, tal como o (neo)positivismo lógico⁵ do final do séc. XIX e início do séc. XX, teve seu lugar histórico na afirmação da ciência como único meio de conhecimento possível para o alcance da verdade e, com ela, de acesso ao – e representação do – mundo. Sua ênfase no método deste acesso esconde, no entanto, muitas vezes um longínquo e indispensável trabalho de isolamento ontológico, que fixa o campo sobre o qual este método vai recair para trazer a “verdade”.

No que segue, em primeiro lugar (3.1), será preciso reconstruir esta história que gera o positivismo jurídico e cria as bases para sua contestação, principalmente a partir do meado do séc. XX. Em seguida (3.2), esta contestação, na forma do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo terá um tratamento mais aprofundado, do ponto-de-vista geral. Por fim (3.3) duas das apropriações mais difundidas desta última visão no Brasil serão tematizadas.

microtrabalho de revelar a essência ontológica das “coisas mesmas”. Não por acaso, Husserl, o pai da fenomenologia, parece jamais ter escrito um tratado ao estilo da filosofia “pré-científica”, nem ao menos para expor sua metodologia. Ela não se deveria ensinar, mas praticar. Cf. Gadamer, 1977a e Costa, 1996, p. 26-38. Na busca por uma volta à ontologia abrangente, dissociada, em todo caso da metafísica cartesiana, Heidegger como que usa a fenomenologia para negá-la parcialmente. Cf. a reconstrução crítica de seu pensamento em Habermas, 2002a, p. 187-225.

⁵ A questão da nomenclatura, aqui, é particularmente problemática. De modo geral, quando se fala, no direito ou na filosofia da ciência sobre *positivismo*, parece querer-se referir o movimento filosófico mais ou menos consciente de si mesmo que tem como marco o Círculo de Viena – que envolvia Kelsen, mas também Freud – e também a escola lingüística de Cambridge, além de uma série de autores espaçados igualmente importantes – tais como, mais contemporaneamente, Popper. De todo modo, provavelmente é melhor, histórico-filosoficamente, utilizar para esta corrente do pensamento o termo *neopositivismo*, tendo em vista que, ao menos desde Hume (cf. HABERMAS, 1999), senão desde Hobbes, a idéia de transparecer a realidade através da representação metódica de conceitos empiricamente acessados pela razão – seja ela apriorística ou não –, e a conseqüente negação da ontologia realista, formam uma tradição digna de nota na filosofia moderna (cf., por todos, MORENTE, 1980, *passim*). A ruptura com esta tradição em Kant e Hegel explica o prefixo *neo-* que marca o seu retorno a partir do meio do séc. XIX. Talvez para evitar esta confusão conceitual, uma respeitável tradição da epistemologia norte-americana limite-se a englobar tudo que vem antes da virada lingüística caracterizada – embora não iniciada – pelo segundo Wittgenstein, sob o termo “empiricismo” (*empiricism*) ou “lógica antiga” (*old logic*) das ciências (sociais, principalmente). Cf. BOHMAN, 1993, p.16-56 e *passim*, VATTIMO, 2001, e, de uma perspectiva para-marxista, B. S. SANTOS, 2003, p. 17-31 e *passim*.

3.1. Do positivismo ao pós-positivismo: uma viagem circular⁶

A separação de que *é* e do que *deve ser* operacionalizou toda a ciência moderna. Com a óbvia precedência temporal das posteriormente chamadas ciências da natureza (*Naturwissenschaften*, no popularizado termo alemão), a idéia de que a ciência faz conhecimento *verdadeiro* sobre como o mundo (realmente) *é*, *representa* o mundo – seja na forma de idéias, seja na forma de conceitos/significados⁷ – por meio de proposições científicas; esta idéia foi aceita e incorporada nas práticas da cultura ocidental sob a qual toda a socialização do conhecimento foi posteriormente realizada⁸. De fato, desde que os chamados positivistas sociológicos, de Comte a Durkheim, apresentaram o termo *sociologia*, durante muito tempo, ainda o parâmetro de evolução científica das ciências sociais (ou ciências do espírito, *Geisteswissenschaften*) era a maior ou menor proximidade com o modelo das ciências naturais, cheios de leis gerais, silogismos dedutivos e capacidade de predição dos acontecimentos⁹.

Aliás, a maioria dos filósofos que inauguraram a moderna epistemologia – junto com o racionalismo e o idealismo filosófico – eram, também, matemáticos e físicos, e, por isso, faziam da filosofia da consciência um esforço metodológico pelas verdades últimas, sem ainda distinguir metodologicamente o que seria *Natur* e o que seria *Geisteswissenschaft*¹⁰. Durkheim mesmo, apesar de potencialmente um pós-empiricista antes do tempo (cf. HABERMAS, 1987, p. 43 *et seq.*), teve de afirmar, para “estender à conduta humana o racionalismo científico”, em frase que o fez clássico, que “os fatos sociais devem ser tratados como coisas” (cf. DURKHEIM, 1990, p. XVII e XX), a fim de que finalmente as ciências sociais

⁶ O título deste item vem, explicitamente, do título do último capítulo da obra “Os Donos do Poder” de Raimundo Faoro (2003).

⁷ Cf. a discussão em perspectiva histórica em Hacking (1999).

⁸ Basta notar que ainda hoje, muitas décadas de críticas depois, é este o modelo de ensino e aprendizado no Ensino Médio e no Fundamental – no Brasil, especificamente, mas em outras partes do mundo ocidental igualmente –, locais de socialização dos sujeitos para os conhecimentos formais mínimos de determinada sociedade.

⁹ O que, por referência a um influente autor da filosofia da ciência alemão radicado nos EUA, Carl Hempel, James Bohman (1993, p. 18 *et seq.*) chamou hempeliano, como já mencionado (cf. nota 28, acima).

¹⁰ Isso é obviamente válido para Descartes, mas vale também para Hobbes, Locke, Leibniz e, mesmo para Kant, normalmente posto a salvo da “acusação” de positivista. Cf. MORENTE, 1980.

pudessem alcançar estatuto autônomo, posto que ainda subordinado, em desenvolvimento, ao das ciências naturais, de mais longa afirmação e resultados mais óbvios e úteis, na forma de subsídios para a(s) revolução(ões) industrial(is).

Esta história de afirmação das ciências é certamente muito conhecida e já virou um quase truísmo nos estudos de história da filosofia da ciência e de evolução da sociedade moderna¹¹. A relação da ciência moderna com a sociedade moderna e suas implicações é obra levada a cabo por muitos historiadores, sociólogos, antropólogos, e filósofos¹², e, talvez, a única diferença digna de nota é quanto à afirmação de um esgotamento deste modelo de ciência, ou, ao menos, deste modelo de ciência como único possível ou correto; afirmação sem dúvida mais comum entre os cientistas sociais do que entre os naturais¹³. A aplicação deste conhecimento acumulado, no entanto, ainda parece problemática quando o assunto é o direito (moderno).

(a) O questionário é conhecido. O que é o positivismo jurídico? Como surgiu? O que defende? O que em suas críticas é justo e o que é injusto? Quem disse o quê? Positivismo jurídico é sinônimo de Teoria Pura do Direito? Kelsen é o positivista ou apenas o mais famoso dentre eles? Foi o primeiro? Afinal, o direito é só norma?

A quantidade de questões é tão grande e vasta – muitas outras poderiam aparecer neste rol – quanto confuso o ambiente teórico em que se desenrolam. Ainda hoje, reeditando em outros tempos e outros termos uma disputa teórica acirrada do final do séc. XIX e início do séc. XX, positivistas lutam agora não contra jusnaturalistas – aparentemente vencidos ou, ao menos, escondidos em outras e novas roupagens teóricas – mas contra *pós*-positivistas, sem dúvida um termo cômodo para negar o positivismo sem oferecer muito que construir no seu

¹¹ Cf., as reconstruções históricas por meio da análise de teorias clássicas da sociologia em Habermas, 1984 e 1987.

¹² Para uma síntese, cf., por todos, Vattimo, 2001.

¹³ Embora Boaventura de Souza Santos procure em mais de um lugar dar prevalência – por razões de estratégia argumentativa, aparentemente – aos “rombos”, como ele lhes chama, dados pela filosofia e pela epistemologia nas próprias ciências da natureza. Cf. B. S. Santos, 2003 e 2005.

lugar, como fizeram estes últimos quando venceram a batalha contra os antigos contendores jusnaturalistas.

Como vimos acima¹⁴, quando Bentham apareceu na cena teórica do direito inglês, sua luta era ainda por sepultar uma metafísica jusnaturalista que dominava o pensamento dogmático bretão. Eleito o alvo, Bentham, apocrifamente, num primeiro momento, destinou uma obra inteira a analisar e criticar o trabalho de William Blackstone, de quem havia sido aluno em Oxford. Verdade seja dita, Blackstone, se bem que componha com outros autores, uma linha de clássicos da (pouquíssima) doutrina do Direito Inglês¹⁵, nunca parece ter sido o mentor de qualquer grande estrutura jurídica ou política daquele país¹⁶. Também Bentham, que parece nunca ter advogado¹⁷ em uma tradição jurídica muito mais talhada pela prática do que pela produção acadêmica, somente pôde influenciar o mundo jurídico por seus escritos e cursos universitários, uma fonte muito limitada de divulgação de idéias no Direito Inglês.

O mesmo se pode dizer de John Austin. Em verdade um discípulo direto de Bentham, vizinho seu em Londres e com quem se reunia em grupos de estudo (cf. SGARBI, 2006, p. 28), também Austin partilhava da tradição utilitarista inglesa. Estudou direito no início do séc. XIX e foi nomeado professor de teoria do direito (*jurisprudence*, na tradição inglesa) do *University College* em Londres. Renunciou ao posto quatro anos depois, por falta de interesse dos alunos por seu curso, o que também serve a confirmar a falta de projeção política de seu pensamento na Inglaterra, ao menos até que Herbert L. A. Hart tenha a ele dedicado dois capítulos de sua obra mais conhecida, *The Concept of Law* (“O

¹⁴ Cap. 2, item 2

¹⁵ David (1998, p. 353-54), depois de advertir que, na Inglaterra, “o direito deve menos aos professores e mais aos juízes”, lista, dentre os clássicos doutrinadores, Glanvill, Bracon, Littelton e Coke, a maioria deles, tal como Blackstone, juízes.

¹⁶ Note-se que Blackstone era uma defensor do controle de “constitucionalidade” – de validade, seria melhor – das leis pelo judiciário, inclusive em face do “direito natural”, pelo que foi criticado duramente pelo próprio Bentham (2003, p. 162 *et seq.*). Como se sabe, ainda hoje, a Grã-Bretanha mantém a longínqua tradição política do *Parliamentary Sovereignty* (Soberania Parlamentar) e é uma dos mais resistentes ordenamentos jurídicos no que diz respeito ao *judicial review*. Cf. Tate e Vallinder, 1995b, p. 517-18, Waldron, 2006, *passim*. Nos últimos anos, sob pressão da União Européia, há perspectivas de mudança (cf. ELIOTT, 2004), mas certamente não foram resultado da doutrina de Blackstone.

¹⁷ Cf a nota biográfica de Pompeu Casanovas e José Juan Moreso em Bentham (2000, p. 132).

Conceito de Direito”). Mais do que a projeção de sua obra, justifica a atenção que a ela se dá a simbologia que fornece na fundação de uma ciência do direito.

Tal como Bentham, Austin procurou fundar uma teoria do direito que largasse muito da metafísica da versão inglesa do direito natural, em prol de um estudo da norma jurídica em si (“norma/lei em sentido próprio”), tal como comandada pelo soberano, sob o único guia – crítico e gnosiológico, ao mesmo tempo – do princípio da utilidade geral, derivado da lei divina – ela mesma, “lei em sentido próprio” (cf. AUSTIN, 2000, p. 1, 9 *et seq.* e *passim*). Na realidade, a tipologia normativa de Austin é algo extensa e complexa. O que mais interessa aqui, no entanto, é menos a tipologia em si¹⁸, do que o esforço de Austin para elaborar uma (qualquer) tipologia normativa, com o precípuo objetivo de diferenciar o que é uma “lei em sentido próprio” – um *comando* (*command*) – de outros tipos de lei (“em sentido impróprio”), e para, a partir de uma tal distinção, colocar o foco sobre o que é lei *positiva* e, por metonímia, direito *positivo*.

Mais minuciosamente do Bentham (2000) – que só tinha distinguido dois grupos de lei (“coativa” e “discoativa”, de um lado, e “declarativa”, na verdade um fragmento do primeiro tipo, de outro) –, Austin trabalha as leis a fim de que fundem o *objeto* do direito. Até que houvesse um esforço para acertar o objeto da teoria do direito – ou, em inglês, *the province of jurisprudence* – não poderia haver ciência do direito, que dirigisse, metodicamente, ao conhecimento verdadeiro. Era preciso um objeto que representasse a manifestação de um fenômeno cientificamente cognoscível¹⁹. Este objeto, tal como começava a se delinear, seria a norma de direito, a “lei em sentido próprio”.

(b) Não deixa de ser interessante que a questão da definição do objeto do direito como ciência apareça mais claramente colocada na dogmática jurídica da *common law* inglesa do que na do direito romano-germânico continental. Afinal é neste que a tradição da produção acadêmica floresce, *na qualidade de teoria*, através da recuperação doutrinária do Direito Romano – especialmente, com os

¹⁸ Para uma análise didática da tipologia, inclusive com um quadro esquemático, cf. Sgarbi (2006, p. 1-28).

¹⁹ Cf. esta discussão já em Pádua, 2008b.

pós-glosadores germânicos. Em primeiro lugar, é bom que se diga, Austin passou dois anos (de 1826 a 1828) estudando Direito Romano na Alemanha a fim de estruturar seu curso de teoria do direito. Mas, em segundo lugar, parece ainda mais óbvio que somente onde a academia podia se despreocupar totalmente da prática político-jurídica, uma especulação acadêmica pura poderia ter lugar.

Na França ou na Alemanha, o direito vindo da universidade importava politicamente – e juridicamente, claro. Como já mencionado acima²⁰, a recepção do direito romano na Alemanha representava importante ferramenta para unificar o poder nacionalmente, já que só este direito abstratamente reconstruído poderia fazer frente à pulverização do direito comum (cf. KOSCHAKER, 1955).

Na França, igualmente, além desta função, o Direito Público Romano, pela via do conceito de república penetrou não só no pensamento revolucionário de 1789 – principalmente com Robespierre (cf. CATALANO, 2005) –, mas também em quase todas as teorias políticas sobre poder e governo, utilizadas internamente e/ou exportadas para outras revoluções, como a Americana²¹.

Nestes países, portanto, é natural que os debates jurídicos se empolgassem pela via da política, sobre assuntos diretamente influentes em muitas das decisões fundamentais do estado moderno que se formaria. Foi este o sentido, por exemplo, do sempre citado debate sobre a codificação do Direito Alemão, que opôs Savigny e sua Escola Histórica a Thibaut, afinal vencedor. Também a codificação do Direito Francês, finalizada por Napoleão, mas iniciada ainda sob o governo da Convenção, e a Escola de Exegese, fundada no entorno desta codificação, eram movimento jurídico-práticos. A Escola de Exegese era um movimento de aplicação do Código Civil, não um movimento de estipulação teórica sobre o direito. A ciência do direito, em termos propriamente modernos, positivistas, por assim dizer, só adentra a tradição do direito romano-germânico com o Austríaco Hans Kelsen, muitas décadas depois.

²⁰ Cap. 2, item 2

²¹ A referência implícita aqui é Montesquieu (1973) que passa grande parte de sua obra discutindo a civilização Romana, sob aspectos jurídicos e políticos e baseia nela, em grande parte, sua famosa tipologia dos governos em Monarquia, República e Despotismo. Cf., sobre isso, também, Aron (2003, p. 25 *et seq.*)

(c) Na Inglaterra, portanto, havia o ambiente ideal para especulação acadêmico-teórica sobre o direito. Aliviada das pressões revolucionárias liberais – equacionadas deste o fim do séc. XVII –, já consolidada a primeira Revolução Industrial, em vias de suplantar o mercantilismo pelo capitalismo – não à toa os economistas clássicos são na maioria ingleses –, começando a acostumar-se pela ciência moderna e pela técnica que proporcionava – Newton, Hobbes, Guilherme de Occam eram todos ingleses –, e, mais importantemente, desnecessitada de qualquer solução institucional que passasse pelo direito, a Inglaterra poderia, sem receio de ruptura institucional, ser o berço de uma crescente teorização sobre o direito, divorciada quase totalmente da prática jurídica baseada historicamente na regra (não-escrita) do precedente e na formação extra-universitária de advogados e juízes (cf. DAVID, 1998). Some-se a isso, como último ingrediente, a popularização da metodologia utilitarista, e tem-se, como resultado, a primeira tentativa de definir ontologicamente a base científica do direito.

Tanto Bentham como Austin, certo, não alcançaram os requisitos científicos posteriormente estabelecidos para as ciências sociais. Logo de início, o método de ambas as especulações – o utilitarismo – tinha uma marcada raiz metafísica, Deus, e careciam, por esta base axiomática transcendente, do poder explicativo e revelador da verdade a que a ciência tem de aspirar. Além disso, a definição ontológica da lei em sentido próprio, em Austin – mas, de certa maneira, também em Bentham –, mistura teoria do direito com teoria política, já que é elemento do *comando* a figura da sujeição de um ser humano por outro, através do poder do soberano²², emissor do desejo de obediência sancionado.

Para que a ciência do direito avançasse como tal, seria, pois, imprescindível “purificá-la” ontologicamente e refundá-la metodologicamente.

(d) O nome maior do positivismo jurídico é, sem dúvida, Hans Kelsen. Nome que desperta muitos sentimentos e afetos, amigáveis e agressivos, ninguém conseguiu arrebatá-lo do posto de sinônimo de toda uma corrente de pensamento.

²² cf. Austin, 2000, Pádua, 2008b e SGARBI, 2006, p. 17-18. Note-se que a sexta lição (*lecture*) da obra citada de Austin é dedicada à noção de soberania e de “comunidade política independente”. O enfoque, aqui, é claramente político(-jurídico), o que o diferencia da teoria do estado de Kelsen.

Kelsen não foi o inventor do direito positivo. Mas, certamente, foi o sistematizador da primeira teoria a que se pode chamar em todo o sentido histórico-filosófico da palavra, positivista. Há aqui uma discussão preliminar a rapidamente enfrentar. O significado do que seja *positivismo jurídico* ainda está longe de uma definição minimamente consensual entre os teóricos do direito. O ponto nodal da ambigüidade do termo foi bem exposto por Dimitri Dimoulis:

“O emprego do termo ‘positivismo’ faz surgir a interrogação se o PJ [positivismo jurídico] é uma corrente do pensamento peculiar ou se constitui a versão jurídica do positivismo nas ciências humanas e na filosofia, que se fundamenta na tese da objetividade e no estudo de fatos mediante observação.” (DIMOULIS, 2006, p. 66).

Dimoulis recusa parcialmente a filiação do positivismo jurídico do (neo)positivismo lógico da filosofia da ciência.

“É inegável que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as idéias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto no direito como em âmbito científico e/ou filosófico.” (IBIDEM, loc. cit.)

Além disso, Dimoulis (2006, p. 67) ainda considera que, do ponto-de-vista filosófico, algumas abordagens do que ele chama “moralismo jurídico”, que mistura metodológica e ontologicamente o direito e a moral, caberiam na necessidade de observação, representação e neutralidade científica do (neo)positivismo lógico.

Deixando por ora de lado o fato de que Dimoulis não chega a investir profundamente em qualquer caracterização do (neo)positivismo lógico a fim de estabelecer tanto as convergências quanto as divergências das “múltiplas” tendências dentro desta corrente de pensamento; também à parte a contestabilidade da reconstrução histórica do positivismo jurídico por ele feita (cf. IBIDEM, p. 67-71); o fato é que, como Kelsen, Dimoulis precisa, para estabelecer cientificamente o estudo do direito, de duas frentes: uma ontológica e uma metodológica, da qual, no entanto, a primeira detém precedência teórica:

“Foi sustentado que a definição do PJ no sentido de uma teoria contraposta ao moralismo se baseia em duas teses. Primeiro, na *tese ontológica*, que responde a pergunta: ‘O que é o direito?’. O PJ *stricto sensu* considera que o direito é

historicamente contingente, não se vinculando necessariamente a concepções culturais, éticas ou políticas.

Em segundo lugar, temos a *tese metodológica* que responde a pergunta: ‘Como deve ser estudado o direito?’. A esse respeito, o PJ *stricto sensu* afirma que o estudioso deve descrever o direito sem envolvimento e posicionamento pessoal, isto é, sem justificá-lo ou corrigi-lo de acordo com suas preferências.

Consideramos este desdobramento supérfluo. [...] Isso indica que a tese metodológica é uma decorrência lógica da tese ontológica que define de forma satisfatória o PJ *stricto sensu*.” (IBIDEM, p. 102)²³

Portanto, para Dimoulis, está claro que o positivismo jurídico centra-se na caracterização ontológica de um direito como norma emanada de autoridade habilitada a emanar normas jurídicas. A neutralidade metódica do cientista/teórico do direito adviria desta mesma característica de distanciamento da norma jurídica de concepções “não-jurídicas”. O objeto neutro implicaria o teórico neutro, por assim dizer.

O equívoco, aqui, no qual Kelsen não incorreu, deriva, justamente, da falta de consideração das proximidades do positivismo jurídico com o (neo)positivismo lógico, mesmo que para, posteriormente, afastá-los pontualmente. Positivismo jurídico não veio só da idéia de direito positivo, *ius positivus*. De um lado, a neutralidade metódica do cientista é pressuposto de nascimento das ciências (sociais, especificamente) modernas, afastadas da filosofia, salvo indiretamente. Não é uma metodologia particular à ciência jurídica. Enquanto a ciência jurídica se quiser presa ao estatuto da moderna ciência positivista em geral, terá de assumir e sustentar esta neutralidade.

De outro lado, e bem por isso, a “neutralidade” do objeto jurídico não só não é total, mas nada diz com o método para conhecê-lo. A uma, porque, embora considerada existente por um critério dinâmico e não estático (cf. KELSEN, 2006, p. 112), do ponto-de-vista do cientista que identifica (ontologicamente) o direito, a norma jurídica não prescinde de considerações morais, políticas e culturais. Antes pelo contrário, a gênese da norma, pela autoridade juridicamente competente para

²³ Estamos intencionalmente deixando de lado, aqui, as distinções trabalhadas pelo autor entre positivismo jurídico *lato* e *stricto sensu* e sobre positivismo jurídico inclusivo ou exclusivo. Tais distinções, embora importantes para a situação do interlocutor nas discussões contemporâneas dentro do positivismo jurídico, carecem de relevância para o argumento desenvolvido no presente trabalho.

tanto, está impregnada de tais considerações, as quais, entretanto, pouco importam na *identificação e conhecimento* do direito. A duas, o que distingue, em Kelsen – ao menos no primeiro momento – o método do direito dos demais métodos da ciência social deriva do objeto em um sentido distinto, e, de certa maneira, a prioridade lógica e temporal do objeto em relação ao método, em Kelsen, ofusca-se em prol de uma co-implicação.

(e) Acima falamos do princípio da imputação como meio de unir o objeto do direito – a norma – e o trabalho do cientista. O que dá consistência a esta particularidade é a estrutura da proposição lingüística típica da ciência do direito. A distinção entre causalidade e imputação (cf. KELSEN, 2001a), como princípios de conhecimento e – em certo sentido – predição da dinâmica do objeto conhecido – pressupõe, e também permite, outra distinção: a entre norma jurídica – o objeto do direito – e proposição ou enunciado jurídico – o resultado do trabalho do cientista do direito.

“É a tarefa da ciência do direito representar o direito de uma comunidade, i. e. o material produzido pela autoridade legal no processo de normogênese (*law-making procedure*), na forma de enunciados (*statements*) para o efeito de que ‘se tais condições são observadas, então tais e tais sanções devem ocorrer’. Estes enunciados, por meio dos quais a ciência do direito representa o direito, não podem ser confundidos com as normas criadas pela autoridade normativa. É preferível não chamar estes enunciados normas (*norms*), mas proposições jurídicas (*legal rules*). As normas jurídicas criadas (*enacted*) pelas autoridades legiferantes (*law creating authorities*) são prescritivas; as proposições jurídicas são descritivas. [...]” (KELSEN, 2006, p. 45)

A particularidade do objeto da ciência do direito criou, pois, para Kelsen a necessidade de uma mudança metodológica que permita resguardar esta particularidade, sem abrir mão da linguagem científica como representação (neutra e fiel) da realidade a retratar (cf. MUMBY, 1997, p. 4-5; TAYLOR, 1987; HABERMAS, 2002b, p. 9-16): como um espelho que reflete a realidade (cf. RORTY, 1994, p. 124 *et seq.*)

“[...] Kelsen sustenta que os enunciados deônticos (que dizer, em termos de ‘dever’) são os instrumentos apropriados para descrever normas.

Em consequência, Kelsen não pode evitar distinguir entre normas (*Rechtsnormen, Sollnormen*) e asserções normativas (*Rechtssätze, Sollsätze*). Esta distinção não deriva do fato de haver assumido que, na realidade, na linguagem comum os enunciados deônticos são usados tanto para formular como para descrever normas. A distinção se faz necessária pela assunção de que as normas (diferente dos fatos) não podem ser descritas mediante simples enunciados

indicativos e que o uso de enunciados deônticos é o único apropriado para descrever entidades deônticas.” (GUASTINI, 1999c, p. 158)

Mas a mudança metódica e a confusão conceitual entre as proposições jurídicas e as normas jurídicas não permite, com clareza, atribuir qualquer prioridade ao objeto. Dimoulis só pode fazê-lo, como argumentado, porque não atribuiu qualquer particularidade ao método da ciência do direito – quer como ciência do direito, quer como ciência social em geral (como fez Ross, 2003) –, mas simplesmente atribuiu-lhe, como método, o pressuposto epistemológico de todo e qualquer espécime da ciência moderna, em sentido estrito.

Tal como o seu objeto, portanto, a ciência do direito estrutura, já em Kelsen, uma linguagem específica. O direito é a forma da distinção entre o *ser* e o *dever ser*, na qual se apóia o ideal de ciência positivista. A norma, objeto da ciência do direito, é representada, retratada, pela proposição. A norma é emanada pela autoridade competente de acordo com outra norma, que lhe dá fundamento de validade, numa escala sempre crescente e dinâmica que termina na sempre famosa norma fundamental hipotética, que confere validade à primeira constituição histórica de um ordenamento jurídico específico²⁴. A proposição é feita pelo cientista do direito, com o único objetivo de representar a norma tal como ela, realmente, é; por isso, então, a proposição não obedece a nenhum critério senão o de *verdade* sobre a sua representação do objeto científico *norma jurídica*.

Embora sumamente parecidos – mesmo iguais, na maioria dos casos – normas e proposições jurídicas têm diferentes *status* ontológicos. A norma é *válida* porque é emanada por autoridade competente, de acordo com o que prescreve uma norma superior na pirâmide normativa. A proposição jurídica é *verdadeira*, porque corresponde perfeitamente à norma que pretende descrever. A norma pertence ao mundo do *dever-ser* porque se estrutura segundo uma forma silogístico-prática que estabelece sanções pelo descumprimento de determinadas condutas prescritas – sanções que, se não ocorrentes na prática, não invalidam a

²⁴ A questão da norma fundamental hipotética, derivada da concepção hierárquica e dinâmica da pirâmide normativa kelseniana, é talvez o mais famoso conceito kelseniano. O seu estudo não é objeto deste trabalho, razão pela qual, veja-se, além do que escreveu o próprio Kelsen (2006, p. 115 e *passim*; 2003, p. 215 *et seq.*), também Sgarbi (2006, p. 45-49).

norma²⁵, que obedece ao princípio da *imputação*, não da *causalidade*. A proposição pertence ao mundo do *ser*, porque descreve esta norma tal como ela é, não como ela *deveria ser*. O fato da especificidade ontológica da norma jurídica cria a especificidade metodológica da ciência do direito, que depois se volta, epistemologicamente, sobre a própria formação do conhecimento acerca da norma jurídica. Objeto e método se implicam mutuamente, de uma dupla perspectiva.

Sobre o direito, como fenômeno do conhecimento e como fenômeno social, para a teoria kelseniana, aqui arquetípica de qualquer positivismo jurídico, importam duas perspectivas – que, não coincidentemente, correspondem aos dois autores possíveis da interpretação jurídica na mesma teoria –: a do cientista e a da autoridade normativa²⁶.

(f) A curiosa viagem histórica que leva o positivismo jurídico dos subúrbios intelectuais da Grã-Bretanha para o topo da ciência jurídica do final do séc. XIX, e, principalmente, para o início do séc. XX é também a história da mudança de perspectiva no que concerne à importância do direito do ponto-de-vista teórico. De instrumento de controle social, atividade administrativa e regulação do estado, o direito se tornou objeto de cogitação teórico-científica. Não foi bem o direito, ontologicamente, que se alterou – Kelsen continuou a conceituá-lo, em perspectiva global, como “técnica social específica”, para diferenciá-lo de outros fenômenos normativos (do plano do *dever-ser*) sociais. Foi o *ponto-de-vista* com que predominantemente era encarado que se alterou. De *o que fazer com o direito?*, a pergunta principal tornou-se *o que é o direito?* Kelsen queria, de fato, fundar uma teoria tão perfeita no seu aspecto descritivo que abarcasse *qualquer direito*, no tempo e no espaço, e mesmo o direito internacional. E, conquanto outros – como Ross ou Hart – tenham sido bem menos ambiciosos, é certo que

²⁵ Nem o silogismo prático se invalida pela não observância da consequência quando coincidentes o lado esquerdo da premissa maior e a premissa menor, como, aliás, é sua característica, na forma aproximada (cf. ATIENZA, 2003, p. 23 *et seq.*):

$$\frac{\Lambda H \rightarrow OS}{H} \\ OS$$

(onde: Λ = “sempre que” (ou, em termos quantitativos, “para todo”, \forall) e O = “deve ser”)

²⁶ Embora com diferenças teóricas e metodológicas importantes, esta é também, neste ponto, a concepção empirista de Ross (2003). Exceção importante, no campo positivista, é Hart. Sobre isso, cf. Pádua (2008b).

continuavam a botar o problema da identificação e descrição do direito como ponto nodal da teoria do direito, sobre qualquer outro ponto que pudesse ter tido ontem – especialmente qualquer pretensão de crítica *teórica*, não *metateórica*.

A divisão de tarefas era clara: a autoridade normativa preocupava-se com questões políticas e morais na elaboração da norma. Uma vez elaborada, era tarefa do jurista identificá-la e descrevê-la, com pretensão de verdade. Tal como, p. ex., a fixação da (melhor possível) referência exata da água, a fim de que se possa então converter no significado público da palavra água, é tarefa do biólogo ou do bioquímico; a fixação da referência exata do direito e de suas normas, para o mesmo fim, seria tarefa do jurista, cientista do direito, numa *divisão social do trabalho lingüístico*²⁷. A diferença óbvia de que o direito não correspondia a nada no mundo *objetivo*, mas no mundo *social*, embora percebida por Kelsen, não era, para ele, só por isso, importante metodológica ou teoricamente, exceto para estabelecer o princípio da imputação, por oposição ao da causalidade. Da perspectiva positivista, também no direito, um fenômeno era algo a ser descrito e representado pelo discurso científico segundo o que realmente fosse, sem qualquer pretensão moral, política, ou crítica de qualquer sorte. Tanto quanto a água, salvante as particularidades ontológicas que refletissem na metodologia de seu conhecimento rigorosamente científico; tanto quanto a água, o direito – a norma jurídica – era algo posto, um objeto, um fato, sobre o qual se debruçaria, neutra e desinteressadamente, o cientista.

(g) Quando o pós-positivismo, nas suas mais variadas e pouco sistemáticas formas apareceu do meio para o final do séc. XX, sua principal preocupação era menos científica do que prática. A idéia era menos dizer que o positivismo estava errado no que havia descoberto sobre o direito, do que estabelecer o que ele havia esquecido sobre o direito e que também importava, talvez mais do que a identificação do seu objeto e descrição metódica, sobre ele. Era uma mudança, assistemática e problemática, de *agenda*.

²⁷ O conceito, bem como o exemplo da referência semântica da água é de Putnam (2008). A diferença entre significado e referência é extraída da teoria fregeana. Cf., por todos, Hacking (1999, p. 57-59 e *passim*)

“Em um certo sentido a teoria jurídica atual se pode denominar pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitas e hoje todos em um certo sentido somos positivistas.

[...]

Parece-me que mais do que da superação do positivismo, estamos ante um *deslocamento (desplazamiento)* da agenda dos problemas que interessam e, em alguns casos, a um certo distanciamento de algumas das tesis que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas.” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209-10, grifos do autor)

A lembrança de Calsamiglia, de que “todos os pós-positivistas são (em certo sentido) positivistas”, embora freqüentemente não levadas na devida consideração pelos que assim se denominam, ajuda a esclarecer o motivo pelo qual, muitas vezes, positivistas e pós-positivistas parecem num “diálogo de surdos”. Quando, por exemplo, uma das grandes aplicações do pós-positivismo no Brasil, o direito civil-constitucional, chama para si a unidade do ordenamento jurídico e a hierarquia das normas – supremacia formal da constituição – como fundamentos basilares de toda sua construção (cf. BODIN DE MORAES, 1999, p. 117-18), inevitavelmente, Hans Kelsen deveria ser a citação principal. No entanto, freqüentemente, ainda estas duas correntes – positivismo e pós-positivismo – se perdem num debate pouco produtivo sobre a inserção ou não de valores no direito e sobre como isso foi ou não negado por Kelsen, ou qualquer outro positivista. Como (quase) tudo o que cobre as margens, peca por deixar o centro descoberto

Em verdade, o mais importante do debate, como bem viu Calsamiglia, não é o que a moralidade ou a política representam para a teoria do direito positivista, mas antes qual é a sua preocupação e quais são as conseqüências teóricas destas preocupações. O positivismo jurídico tinha uma árdua tarefa – mais evidente com Kelsen, porém presente em todos os positivistas seus contemporâneos –: achar um objeto próprio da ciência do direito e encontrar uma metodologia que pudesse conhecer *verdadeiramente* este objeto, e retratá-lo em termos de enunciados representativos *verdadeiros*. A mesma tarefa enfrentaram, de certa maneira, Durkheim, Weber e os positivistas e neokantistas para a sociologia; Husserl e os fenomenologistas para a filosofia; Carnap, Hempel, Popper e outros, para a epistemologia em geral. Todos, em maior ou menor grau, queriam fundar ciência onde julgavam não haver ciência, não obstante as tentativas de Hobbes a Hume. E tinham, obviamente, um modelo: a física e a matemática, que, desde muitos

séculos antes, vinha formalizando o mundo objetivo a partir de seqüências semânticas em linguagens quase-estáticas e herméticas, aptas a representar o que *realmente acontecia* com extremo rigor de método, observação e experiência.

O pós-positivismo, no direito como na epistemologia, não tem mais esta árdua tarefa a desempenhar. Os filósofos da ciência pós-positivistas precisam, agora, somente explicar onde a ciência – social, para o que aqui interessa, mas natural também, em muitos pontos – esticou demais seu desiderato descritivista e empiricista. Têm de canalizar uma série de especulações pertinentes e irrespondidas que, desde o Thomas Kuhn, o segundo Wittgenstein e o pragmatismo filosófico, e a hermenêutica filosófica, assediam a produção de conhecimento “neuro” e “puro”²⁸; conhecimento que, desinteressada e simplesmente “retrata” ou “representa” o mundo “como ele, realmente, é”.

Os pós-positivistas do direito, esperava-se que também eles seguissem este caminho de crítica epistemológica à ciência e à teoria do direito positivista. No entanto, como mesmo Calsamiglia acaba por reconhecer – e legitimar – o pós-positivismo jurídico simplesmente ignora as questões epistemológicas – e as ontológicas delas derivadas – e contende com o positivismo apenas em *alguns* aspectos metodológicos. Com a resposta positivista reforçada desde o final do séc. XX, muitas vezes – talvez a maioria – o que se vê é o “diálogo de surdos”, favorecido, em todo caso, pela própria dificuldade do positivismo jurídico de se assumir, filosoficamente, positivista – ao invés de procurar um qualquer “estatuto próprio” ou “particularidade”.

(h) Sobre o pós-positivismo mais será dito no item seguinte e nos demais deste capítulo. O que desta viagem circular se deve destacar imediatamente é que, ao abandonar o curso natural da crítica epistemológica ao positivismo – sem abandonar os avanços inegáveis no conhecimento do direito, como sistema, especialmente, que ele proporcionou –, o pós-positivismo enveredou-se numa interminável discussão metodológica parcial. A nota interminável da discussão reside, justamente, no fato de que, no direito, positivismo e pós-positivismo falam

²⁸ Cf., além das referências sobre filosofia da ciência já feitas no início do capítulo, Habermas, 1984, p. 102 *et seq.*, e, mais recente e detidamente, IDEM, 2002b.

de focos diferentes do direito, e contendem não tanto sobre o que vêm, mas sobre qual foco é melhor.

O pós-positivismo parece querer uma espécie de retorno a Roma, em que o direito, de um sistema hierárquico e dinâmico de normas, passe a ser visto, *predominantemente*, como um “saber prático” sobre a resolução de conflitos específicos pelos órgãos de jurisdição/adjudicação (cf. ZAGREBELSKY, 1995, p. 120-26). O problema não é, pois, a pirâmide normativa ou a hierarquia dinâmica do direito – que dá, aliás, ao pós-positivismo o seu indispensável componente fetichista da constituição –, senão o fato de que, presentes estes elementos, o jurista deve, *também*, ser um resolvidor de casos concretos, um *prudens* (“prudente”), no sentido romano.

O trabalho do prudente romano, no início necessariamente um sacerdote, numa época em que o direito não era escrito e grande parte da população – mesmo patrícia – era analfabeta, consistia em saber o direito e mostrar aos outros como aplicá-lo. Os grandes prudentes fundaram escolas – com a dos Proculeianos e Sabinianos (cf. GIORDANI, 2000, p. 182-83) –, elaboraram opiniões e pareceres e personificavam o direito: eram autênticas instituições jurídicas personalizadas. “Pontífices e juristas leigos foram antes práticos que teóricos, procurando sempre orientar as partes na redação dos atos e nas formalidades processuais” (IBIDEM, p. 181)

A importância do prudente no direito romano era completada pela do pretor, originalmente um dos magistrados como poder de *imperium* da República Romana, que, no entanto, permaneceu, reduzido de poderes, mesmo sob o Dominato (cf. IBIDEM, p. 129 *et seq.*). O pretor, magistrado responsável pelo que hoje se chamaria o poder judiciário, tinha a função de decidir conflitos interpessoais, tanto os que hoje se chamariam criminais, quanto os que hoje se chamariam cíveis. Era ele que realizava o *iurisdicere*. Principalmente na Roma Republicana, o pretor, ao resolver os casos que lhe eram trazidos, também inovava no direito, seja em suas decisões sobre os casos já apresentados, seja, mais especificamente, através dos *edicta* (“editos”), que colacionavam, antes da apresentação dos casos, os, por assim dizer, entendimentos que o pretor prometia

seguir quanto aos que lhe fossem posteriormente trazidos. Este corpo de editos e decisões, muitos, a partir de determinada época, escritos em pedra, constituíam as correções “judiciárias” do direito posto (*ius civile*) que viria a constituir o instituto do *ius honorarium*, por vezes tão ou mais valioso do que outras fontes mais gerais de legislação como as *legis* (“leis”) ou os editos do senado (*senatusconsulti*)²⁹.

Pretor e prudente, juiz e jurista, completavam, acrescentavam e inovavam no Direito Romano, que só viria a ser “codificado” muitos séculos mais tarde, quando já em decadência a civilização romana. O prudente, além disso, acumulava a função de “cientista” do direito, ao, como dito, passar o conhecimento sobre o *ius* para gerações futuras.

De alguma maneira, como vimos no primeiro capítulo, esta concepção de direito como algo que servia a solucionar problemas políticos ou sociais – interpessoais ou não – passou para a Idade Média e sobreviveu, principalmente, pela retomada do Direito Romano nas primeiras universidades, através de glosadores e pós-glosadores. Já naquela época, os estudiosos do direito eram menos importantes politicamente e se circunscreviam, predominantemente, à esfera acadêmica. Porém, ainda assim, o trabalho que produziam era destinado não propriamente a fazer *ciência*, mas a fornecer subsídios para a vida política dos estados, especialmente quando os estados nacionais começaram a se formar, no final da Baixa Idade Média.

Foi só com o advento da ciência social moderna e com o tardio positivismo jurídico que esta preocupação eminentemente prática do direito foi deixada de lado – ou melhor, deixada para advogados e juízes (e legisladores) – em prol de um olhar puramente teórico, metodologicamente rigoroso e orientado. O pós-positivismo, ao abandonar este movimento, trazendo jurista e pretor de volta juntos, não só não realiza o trabalho epistemológico crítico comum às demais ciências sociais, mas também encastela o direito, ainda mais que o seu predecessor, nas mãos do jurista, longe do alcance do cidadão comum.

²⁹ Cf., sobre o que foi dito, Giordani, 2000, *passim* e, de um ponto-de-vista mais processual, Calixto, 1999, p. 41 *et seq.*

3.2.

Do advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo: o reforço do fetichismo constitucional

O retorno à Roma do pós-positivismo jurídico tem como principal consequência política o reforço da importância institucional e do poder ideológico (no sentido weberiano) do jurista. Antes um cientista como qualquer outro, o jurista agora, volta a acumular a função de *prudente*, de guardião da técnica e do saber jurídico, que ele deve combinar com o pretor/juiz, de modo a solucionar os casos concretos. A viagem circular está completa: o positivismo retirou o direito da esfera pública para transformá-lo – ou enfatizá-lo – em *sistema* que estrutura e se amolda ao poder estatal, no meio específico da linguagem formal imperativa das normas institucionalizadas e garantidas por sanção externa (cf. BOBBIO, 1999, p. 27-31). O pós-positivismo, contestando parcialmente a metodologia jurídica – mas não (tanto) a científica – de seu predecessor, completou a obra de ligação do direito com o poder estatal e desligamento deste complexo direito-poder da esfera pública ao colocar todo o direito nas mãos do jurista, em qualquer de suas vertentes – não só na sua descrição *ex post*.

O positivismo jurídico criara uma divisão clara de trabalho: ao jurista, enquanto cientista, cabia *descrever* o direito, *representá-lo* em sua realidade (deontica ou não) através de um discurso científico mais ou menos *puro*. Ao aplicador, também em sentido amplo um jurista, cabia usar o direito como técnica (de controle) social (específica), interpretar a norma (autenticamente ou não) com vistas à sua utilização social concreta. Se o aplicador ou legislador – embora, para Kelsen (2006, p. 132 *et seq.*), muito coerentemente, todos fossem aplicadores e criadores do direito, dada a estrutura dinâmica e hierárquica do ordenamento jurídico – não confirmassem o discurso descritivo-assertórico do jurista, de duas, uma: ou estavam descumprindo o direito, caso em que deveria haver, para eles, uma sanção; ou o jurista-cientista se equivocara na sua descrição do direito, e sua produção de conhecimento fora provada *falsa*. Os papéis eram claramente distintos e, de certa maneira, autônomos. Uma metáfora possível talvez fosse a do engenheiro e do mestre-de-obras; ou do matemático puro e do matemático aplicado. Um cria conhecimento, o outro o utiliza (bem ou mal). A óbvia

particularidade, aqui, é que também o objeto do direito – norma, ordenamento, etc. – é, antes de tudo, produto de construção de sentido social e, por isso, modifica-se sem obedecer a leis causais (rígidas)³⁰. Mas também esta particularidade não foi enfocada pelo pós-positivismo jurídico.

Em vez disso, como vimos, o pós-positivismo jurídico optou por atacar o positivismo a fim de dissolver esta divisão do trabalho. O jurista agora não se dividia: ele identificava o direito, dizia o que ele é, e também cuidava de sua aplicação no caso concreto, segundo critérios de justiça ou equidade que também ele, *como jurista*, estaria mais apto a encontrar *dentro* da ontologia e da metodologia do direito. E, embora o positivismo jurídico, uma ciência pura, pouco se importasse, *nesta qualidade*, com os rumos políticos que o direito tomaria num estado qualquer – ou internacionalmente –, a motivação que fez surgir o pós-positivismo e sua posterior hegemonia na teoria do direito foi, interessantemente, a experiência nazi-fascista na Europa do meado do séc. XX.

(a) Quando Werner Kägi, um professor de direito suíço, escreveu uma obra pioneira em 1940-41. sobre a “desmontagem da constituição” ele procurava, antes de tudo demonstrar os efeitos catastróficos que a tibieza da Constituição de Weimar provocara na história política da Alemanha, e, com ela, na do mundo; não só no plano pragmático, mas também no plano teórico. Muitos anos – 17 mais ou menos – antes da hoje famosíssima aula inaugural de Konrad Hesse na Universidade de *Freiburg* (1959), em que este último proclamou a *normative Kraft der Verfassung* (“força normativa da constituição”)³¹, Kägi (2005) buscava, a partir de uma crítica catastrofista, afirmar o quanto se havia involuído na teoria constitucional, a fim de (re)afirmar o caráter fundamental da constituição no estado moderno.

“No conjunto dos Estados Ocidentais a Constituição como ordenamento jurídico-normativo fundamental do Estado passa hoje por uma crise radical. Sem

³⁰ Daí a idéia epistemológica de Giddens, de que a ciência social se vale de uma culpa hermenêutica: a que (pré-)interpreta seu objeto para construí-lo *na qualidade de objeto*, e a que o interpreta depois de construído, por meio do discurso científico sobre ele produzido – ao contrário das ciências naturais, onde o objeto já está “dado” e a única interpretação recai sobre a produção do discurso científico em si. Cf. Habermas, 1984, p. 109-111.; e IDEM, 1996a, p. 41-42 (nota 8)..

³¹ A primeira tradução desta obra no Brasil, muito instrutivamente, só parece ter-se dado em 1991, embora outras traduções européias já fossem correntes. Aqui, a referência é Hesse (1991).

embargo, desta vez, à diferença da época da Primeira Guerra Mundial, não é só uma crise da **prática** constitucional, quer dizer, um apartamento de um ordenamento fundamental positivado forçado pela emergência do momento. Pelo contrário, é uma crise do **pensamento** constitucional. Nele radica o preocupante da situação em que se encontra nosso Direito do Estado: a idéia de Constituição está se desvanecendo; seu sentido está [sendo] questionado.” (KÄGI, 2005, p. 45)

A preocupação de Kägi, já nos finais da 2ª Guerra Mundial estava em que o caráter “dinâmico” da sociedade, e a relatividade dos valores que se procurava implantar minavam a possibilidade de uma “existência racional”, segundo os cânones do estado constitucional. Embora procure não citar o nazismo, Kägi vê na não-limitação do poder do estado, especialmente na modalidade autoritária, uma das principais origens desta excessiva dinâmica normativa, que mina a pretensão de permanência dos valores constitucionais fundamentais, e com isso, contribui para a “desmontagem da constituição”.

“[...] o desenvolvimento atual se realiza no sentido de um deslocamento do centro de gravidade em direção ao poder executivo. O “Estado Judicial” e o “Estado Legislativo” [característicos de momentos históricos anteriores] são substituídos pelo “Estado Executivo” ou , como se deveria dizer com mais propriedade, “Estado Governamental”. Ele é a expressão notável de que a lei é deslocada do centro dominante do Estado. Este retrocesso normativo se manifesta em numerosos fenômenos particulares [...]” (IBIDEM, p. 168)

Pioneiramente em Kägi, mas, de modo geral, em – ao menos, quase – toda teoria pós-positivista o fantasma do autoritarismo nazista, que concentrava, como todo autoritarismo, poderes numa figura que funde a chefia do governo a do estado e, enfim, confunde-se e personifica a própria soberania estatal; o fantasma (mesmo no sentido psicanalítico do termo³²) da autocracia nazista era usada de fundamento para a afirmação da necessidade de uma espécie de reforço normativo da constituição (escrita).

Este hipostasiamento da constituição faria com que ela tomasse, para os juristas, ao menos, o lugar do totem, da figura do pai (cf. ENRIQUEZ, 1983; MAUS, 2000, p. 185-87 e *passim*), lugar que fundamenta simbolicamente, no

³² Tradução (problemática, aliás), originalmente francesa (*fantasme*), ao que parece, do termo freudiano *Phantasie*, trata-se de um conceito muito modificado na obra de Freud e diferentemente apropriado por escolas posteriores da psicanálise. Para o que aqui se apontou, basta dizer que o termo se relaciona com o desejo inconsciente na busca pela formação de uma realidade psíquica que o satisfaça, de acordo com a lógica do princípio do prazer. É também a maneira pela qual o sujeito representa a si mesmo as suas próprias origens psíquicas e filogenéticas. Cf. Roudinesco e Plon, 1998, p. 223-26.

passado e no presente, a reunião de sujeitos diferentes – por isso irmãos – em uma coletividade política diferenciada das demais. Ao mesmo tempo, no entanto, a constituição passa a não mais – como o pai primordial – ser uma figura histórica determinada no tempo e no espaço, mas um conceito inscrito no simbolismo social, ou sócio-jurídico, de acesso retirado da consciência social. Porque não tem (mais) uma existência material, mas meramente simbólica e sublimada de volta à própria sociedade a constituição, como conceito e fundamento de coesão/existência social, não pode ser tematizada pelo discurso social³³, mas tem de ser, de qualquer modo, “aplicada”, “concretizada”, “reconhecida em sua força normativa” ou em sua “capacidade transformadora”.

Em Kägi, próximo que estava do coração do guerra, a frustração com a impotência dos direitos e liberdades constitucionais em face dos horrores da guerra, criou uma forma particularmente exacerbada deste *fetichismo constitucional*³⁴. Para ele, não só a falta de efetividade e de tomada à sério da constituição “como ordenamento fundamental do estado” era preocupante: também a mutação constitucional, a revisão constitucional e mesmo a cláusula *rebus sic stantibus* no direito dos tratados internacionais, representavam perigos para a normatividade constitucional (cf. KÄGI, 2005, p. 149 *et seq.*). Tudo o que representasse um componente excessivamente “dinâmico” a ameaçar o *status* fundamental da constituição deveria ser encarado com preocupação e comedimento.

³³ O que não quer dizer, por óbvio que a constituição material de cada estado não seja tematizada e, eventualmente, até criticada pela comunidade jurídica. Mas esta constituição material é, quando muito, o registro (sempre imperfeito, ambíguo) de realidade de uma constituição simbólica, conceitual, que caberá, sempre, aplicar até a sua “máxima efetividade”. A dicotomia entre o que está explícito na constituição e o que está “implícito” nela dá bem a nota desta distinção de registros entre as “duas constituições”. No caso brasileiro, a inserção da primeira parte do §2º no art. 5º (“§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”) mostra que também no processo constitucional esta constituição simbólica se fez bem presente.

³⁴ Com uma fundamentação teórica parecida, Maus (2000, p. 191-93) fala em “teologia constitucional” e em “superego constitucional”. A idéia do fetichismo e a do superego, aqui, no entanto, têm uma distinção importante: o superego é internalizado pelo sujeito – ou pela sociedade – a partir da figura do pai (cf. FREUD, 1996a), ao passo que o símbolo ou o fetiche representam um *objeto externo* de idealização e catexia pulsional erótica – na psicanálise e também em outros campos do saber, como a etnologia (cf. ROUDINESCO e PLON, ob. cit., p. 235-38). Têm funções e ligações psíquicas distintas. Mesmo na teoria de Maus, parece mais adequado reservar o conceito de superego para o poder judiciário (como no título do artigo em questão), que se operaria, entre outros mecanismos, pelo fetichismo constitucional.

“Se bem que as Constituições normativas modernas [...] desde o princípio já não pretenderam a inalterabilidade solene dos ordenamentos medievais, estiveram, sem embargo, impregnadas por uma vontade que quis fixar validamente seus valores também para as gerações futuras. Isso se depreende especialmente das previsões (*afianzamientos*) dos direitos fundamentais. Ainda nas Assembléias Nacionais Constituintes se dá uma *communis opinio* acerca da finalidade e dos limites do Estado. Os direitos do indivíduo se consideraram *pré e supra* estatais e inclusive intocáveis pela maioria. O sentido e a tarefa da constituição era assegurar esta clara ordem de relações indivíduo-Estado.

Hoje, falta aquela ampla unanimidade de vontades político-constitucionais. Mas quando já não existem critérios firmes acerca da posição do indivíduo na comunidade e, em especial, sobre os limites do poder estatal, a Constituição como ordenamento normativo do Estado tampouco pode ter aquela clareza e estabilidade que, por exemplo, admiramos na criação da Convenção da Filadélfia.” (IBIDEM, p. 118)

Assumindo um auge de fetichismo constitucional, Kägi rejeita, de um lado ou de outro, tanto a “formalização da constituição” a o abandono de sua “essencialidade material”, atribuída a Kelsen, principalmente (cf. IBIDEM, p. 99-102), quanto o casuísmo na aplicação da constituição, ou a mescla entre constituição jurídica e política constitucional, como no “decisionismo de Carl Schmitt” ou na “dinâmica de integração de Smend” (IBIDEM, p. 107).

A teoria material da constituição, para Kägi, diz, justamente, com a manutenção de valores fundamentais, com a anti-relatividade destes valores e com a manutenção da “normatividade da constituição”, dissociada tanto de um foco em seu aspecto formal – na hierarquia dinâmica das normas de um ordenamento jurídico – como de uma dissolução de sua materialidade de acordo com contextos políticos particulares. É uma materialidade quase-imutável. Uma defesa de uma constituição simbólica, que preexista e regule o estado no seu presente e para o seu futuro, a partir de valores consagrados sobre os quais a dinâmica política deste mesmo estado não tenha qualquer – ou muito pouca – ingerência.

(b) A teoria constitucional de Werner Kägi, evidentemente, trazia consigo todos os traços de uma construção embrionária, especialmente o radicalismo extremo em suas proposições. No entanto, seu papel pioneiro demonstra, melhor do que os temperamentos posteriores, o núcleo teórico do pós-positivismo no cerne do momento histórico em que se desenvolveu. De certa maneira, mais claramente na obra de Kägi do que nas posteriores, o pós-positivismo tem de

problematicamente equacionar uma dialética complexa entre o universal e o particular, de que, talvez, o melhor e mais simbólico exemplo seja a Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU, no sugestivo ano de 1948.

Um grandiloqüente documento, belo nas palavras e afirmação da disposição para a (re)construção do mundo ocidental após as mazelas da Guerra, a Declaração de 1948 é também um documento, como diz o próprio modificador no título, *universal*. Seu preâmbulo começa justamente pela afirmação desta universalidade: “[c]onsiderando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”

A universalidade estampada na Declaração de 1948 é a mesma universalidade dos valores *pré* e *supra* estatais de Kāgi. Num mundo que já começava a passar por rápidas transformações sociais, políticas e tecnológicas, era preciso afirmar valores que não se submeteriam a esta dinâmica sócio-cultural. Tal como no caso já visto do constitucionalismo comunitário, a necessidade de um consenso universal em torno de valores compartilhados seria condição de possibilidade da (nova) lógica jurídica do pós-Guerra. Ao mesmo tempo, como no caso da constituição compromissória brasileira, a pluralidade concepções de bem e a necessidade de acomodar interesses diversos enseja o problema de pluralidade. Também aqui, a lógica da constituição aberta que nasce e se volta – e, paradoxalmente, se fecha em – à dignidade da pessoa humana (cf. SIQUEIRA CASTRO, 1999) parece ser o fundamento encontrado para unir universalidade e pluralismo.

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993

[...]

É neste cenário [do fim da “Era Hitler”] que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.” (PIOVESAN, 2004, p. 80-81)

A pluralidade de significados, embebida na maré universal de afirmação da dignidade humana, obviamente, coloca o problema de como conceber universalidade e pluralismo juntos, no mesmo espaço histórico e, mais difícil, ainda, no mesmo espaço teórico. No plano do estado nacional, Zagrebelsky (1995, p. 114-16) ainda se esforçava por encontrar um idealizado e improvável “momento constitucional”, quando “todas as forças, devido à insegurança de seus interesses particulares imediatos, se vêem induzidos a obrar sobre a base de considerações de ordem geral”. A dificuldade é, evidentemente, muito mais acentuada no plano internacional, especialmente se se consideram – para além da diversidade cultural entre as nações ocidentais – os ainda hoje vigentes sistemas tradicionais e tribais de direitos da Ásia meridional e de vários países da África e tribos na América Latina³⁵. Nada obstante, também no plano internacional, valores compartilhados são assumidos a partir de um fetichismo constitucional que recai, agora, não só sobre a constituição escrita de um estado específico, mas sobre suas relações com documentos jurídicos internacionais, segundo a adaptação conceitualmente problemática da noção francesa de *bloc de constitutionnalité* (“bloco de constitucionalidade”)³⁶ para as relações entre direito constitucional interno e direito internacional.

(c) Uma vez (re)unidos pelo pós-positivismo, o jurista prático e o jurista teórico têm agora, de descrever o direito em termos de verdade e aplicá-lo em termos de correção normativa. Não se trata, necessariamente, da formação de uma teoria crítica do direito, para a consolidação da qual, aliás, faltaria uma tonelada de trabalho teórico – ainda em curso, por exemplo, nas ciências sociais (cf. HABERMAS, 1987, p. 374 *et seq.*; IDEM, 2002, *passim*, e HANSEN, 2005)³⁷.

³⁵ Para algumas considerações e casos interessantes sobre a Ásia e a África árabe, cf. Geertz (2000a).

³⁶ O conceito de bloco de constitucionalidade ficou famoso pela sua aplicação nos julgados do *Conseil Constitutionnel* (“Conselho Constitucional”) francês. A idéia era que, porquanto a Constituição francesa de 1958 não possui capítulo sobre direitos fundamentais, o preâmbulo do documento e a *Déclaration Universelle des Droits de L’Home et du Citoyen* (“Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”) de 1789 se agregariam à dita constituição para funcionar como parâmetro de controle da legislação infraconstitucional. Cf. FRANCISCO, 2005, p. 100 (especialmente nota 1).

³⁷ Obviamente, existem teorias que se propõem “críticas” no direito. A base comum do marxismo revisado produziu, na França, com muito influência no Brasil, a *Critique du Droit*, e, nos EUA, a *Critical Legal Studies (CLS)*. No entanto, a vida destes movimentos parece ter sido curta, por diversos motivos – inclusive perseguição acadêmica. Além disso, não parece ter havido muito esforço de construção teórica capaz de estruturar uma teoria crítica do direito, tal como se

Trata-se, na verdade, da assunção (política), mais ou menos refletida, de que o direito “formalizado”, descrito com pretensão científica pelo positivismo jurídico, fora o responsável – ou, ao menos, um dos principais responsáveis – pela possibilidade político-jurídica de ascensão do nazi-fascismo na Europa³⁸.

Se é este o diagnóstico, o tratamento seria, então, no plano teórico, a inserção das considerações morais dentro do trabalho da teoria do direito, que, para isso, deixaria de se preocupar com a questão “o que é o direito?”, e passaria a se preocupar com a questão “como se aplica o direito?”. A esta mudança de agenda teórica, corresponderia, no plano prático, uma “retomada” da força normativa da constituição, tornada guardiã simbólica e fantasmática³⁹ dos valores fundamentais derivados da dignidade da pessoa humana. E o jurista, naturalmente, seria o ator social treinado para realizar as duas tarefas simultaneamente: interpretar e concretizar a constituição, mostrando como se deveria aplicar o direito.

O pós-positivismo, como negação do positivismo, combina-se com o *neoconstitucionalismo*, como retomada a normatividade constitucional em novo plano. Ambos se combinam neste novo papel híbrido e englobante atribuído ao jurista: ele cuida da aplicação do direito e, a partir daí, desenvolve sua teoria. Ele junta o geral ao particular, o universal e singular: um fundamento jurídico feito para valer em qualquer lugar do globo – a dignidade da pessoa humana – e a infinidade de princípios e regras e suas dinâmicas de aplicação em cada vez mais “difíceis” casos concretos. A união de um desenvolvimento teórico embrionário e metodologicamente pouco centrado e uma convicção política na necessidade de dar força ao direito (constitucional) aplicado ao caso concreto – a união entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo – é o que permitiu a este movimento teórico inicialmente marginal uma primazia marcada já do meio para o final do último

tentou – e tenta – nas ciências sociais. Muito, aliás, da crítica destas teorias veio, também, da Escola de Frankfurt e de mesclas heterodoxas dela com o pós-estruturalismo francês, num movimento de apropriação tardia, pela teoria do direito, de elaborações já modificadas ou profundamente contestadas nas demais ciências sociais e na filosofia. Cf. Junqueira, 2001.

³⁸ A afirmação é já verdadeiro truismo na literatura pós-positivista. No Brasil, cf., por todos, Barroso, REF. Esta assunção é extremamente problemática, como se verá a seguir.

³⁹ Cf. nota 114, acima.

quarto do séc. XX. O fantasma do nazi-fascismo foi mais forte e mais duradouro do que o rigor metodológico-científico do positivismo jurídico.

Sobre este aspecto, aliás, é preciso prestar atenção em um aspecto da dinâmica histórica da teoria do direito – constitucional, notadamente – para a qual o idealismo extremado do pós-positivismo não costuma prestar muita atenção: o pós-positivismo neoconstitucionalista é, em muitos pontos, *contemporâneo* de várias correntes do positivismo jurídico que pretende combater. A *General Theory of Law and State* (“Teoria Geral do Direito e do Estado”) de Kelsen – apresentada deliberadamente ao público anglófono como vitrine da teoria pura que tinha criado – é de 1945. Uma segunda edição modificada da *Reine Rechtslehre* (“Teoria Pura do Direito”) do mesmo autor – arqui-inimigo do pós-positivismo é de 1960. *Om Ret og Retfoerdighed* (“Direito e Justiça”), a obra magna de Alf Ross foi escrita em dinamarquês em 1953 e traduzida para o inglês (*On Law and Justice*), de onde se espalhou para o mundo em 1958⁴⁰. Finalmente, para ficar em alguns exemplos de clássicos do positivismo, a primeira edição de *Concept of Law* (“O Conceito de Direito”) de Hart é de 1961⁴¹.

Pari passu, portanto, com o desenvolvimento de uma teoria da aplicação da constituição em casos concretos, através de valores universais, o positivismo jurídico continuava a sua caminhada em busca do maior rigor metodológico e da fixação delimitada de seu objeto próprio. Não há marco zero ou ponto de superação do positivismo jurídico, assim como não há marco zero do nascimento do pós-positivismo, muito menos é o pós-positivismo um antecedente do neoconstitucionalismo⁴². É emblemática desta dificuldade em encontrar origens

⁴⁰Cf. a nota do tradutor brasileiro em Ross (2003, p. 17-18).

⁴¹ Novamente, propositadamente, evitamos colocar Bobbio na lista principal, já que sua morte – na casa dos noventa anos, em verdade – é muito recente. Mas muitas de suas obras são também do início da segunda metade do séc. XX e uma das mais importantes para o direito, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, é de 1960. Sobre algumas das referências e datas acima, cf. Sgarbi (2006).

⁴² Aliás, sobre isso, é muito interessante a pesquisa de doutrina comparada em Dimoulis (2006, p. 45 *et seq.*). Este autor, após muito procurar, somente encontra poucas referências, em várias línguas diferentes a algum sintagma equivalente a pós-positivismo. A sua conclusão de que este seja um termo “praticamente desconhecido” fora do Brasil parece, no entanto, um pouco forte demais; especialmente se considerarmos sua pertinência e aceitação inclusive na filosofia da ciência. As descobertas de Dimoulis, no entanto, servem a demonstrar a pouca sistematicidade do método e das propostas dos autores que auto ou heterodenominados acabam por se chamar pós-positivistas.

teóricas para o pós-positivismo o apelo que se faz ao norte-americano Ronald Dworkin como um dos pais desta teoria (cf. BONAVIDES, 1996, p. 237-38), ainda que ele se tenha proposto, em primeiro lugar, a discutir, contra Hart, sobre uma teoria da jurisdição que desse conta da prática das cortes norte-americanas – de *common law*, portanto (cf. SGARBI, 2006, p. 149 *et seq.*).

O neoconstitucionalismo, como luta pelo revigoramento jurídico(-político) da constituição simbólica tem lugar no segundo pós-Guerra, a partir, como dito, da atribuição de parte da culpa pelo nazi-fascismo ao “formalismo positivista”. E é neste repúdio ao formalismo e no revigoramento do papel unificado do jurista que também o pós-positivismo encontra seu (difuso) fundamento. E é também aqui que pautas comuns se estabelecem, tais como a relação entre direito e moral e a revisão da teoria das normas e das fontes do direito.

(e) O nazi-fascismo é o ponto de repúdio comum dos pós-positivistas neoconstitucionalistas. A própria idéia de um neoconstitucionalismo só faz sentido se se afirmar que um *antigo* constitucionalismo – o da Europa na Era das Revoluções Liberais, nomeadamente – não deu conta de alguma dinâmica histórica posterior à sua primeira afirmação. Neste sentido, se o constitucionalismo, como vimos, foi um movimento predominantemente político, antes que jurídico, de consolidação dos limites do poder do estado, em relação ao sujeito privado/cidadão/indivíduo, o *neoconstitucionalismo* seria um resgate da dimensão material do direito e da normatividade constitucional (cf. COMMANDUCCI, 2005, p. 76-81; ARIZA, 2005, p. 239-42), perdida na legitimação jurídico-formal do nazi-fascismo pelo fracasso no reconhecimento da normatividade das constituições anteriores e pelo positivismo jurídico – especialmente kelseniano. Por uma curiosa mistura de circunstâncias, enquanto o constitucionalismo foi um movimento de limitação do estado e afirmação do indivíduo, o *neoconstitucionalismo* foi um movimento de reforço do poder do estado, que agora, a partir da jurisdição (cf. VALLINDER, 1995, p. 19-20), velaria, justamente, por esta comunidade de valores compartilhados por toda a nação – e, no limiar, por todo o mundo (cf. CRUZ, 2005, p. 1-5 e *passim* e PIOVESAN, 2004).

Obviamente, nada disto faz muito sentido histórico se o nazi-fascismo não puder ser atribuído, duplamente, às falhas da dinâmica constitucional *per se* e à legitimação teórica supostamente dada pelo positivismo formalista. Insistentemente, é isso o que afirmam os neoconstitucionalistas desde Kāgi.

“O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva [...] fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. [...]

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.” (cf. BARROSO, 2006a, p. 26)

E, no entanto, talvez surpreendentemente, o positivismo jurídico parece ser inocente aqui⁴³. Logo de início, é duvidoso que o nazismo tenha ascendido ao poder “segundo a lei vigente”. De fato, nas eleições de julho de 1932, uma coalizão de comunistas e nazistas ganhou mais de 50 por cento dos votos e formou a maioria parlamentar. Em janeiro de 1933, Hitler foi indicado primeiro-ministro (*Bundeskānzler*), como resultado da coalizão vencedora. Ele usou o poder que ganhou para forçar a dissolução do parlamento e convocar novas eleições – não totalmente democráticas – em março de 1933, quando o governo conseguiu maioria absoluta. Por fim, usando o art. 48 da Constituição de Weimar, Hitler e seu governo expurgaram os comunistas do parlamento, e, com isso, asseguraram ao Partido Nacional-Socialista a maioria absoluta parlamentar que garantiu a aprovação da ditadura para Hitler (cf. VALLINDER, 1995, p. 19-20).

“Dizer que Hitler alcançou o poder democraticamente é, por isso, no máximo, uma meia-verdade. No entanto, meio meias-verdades podem (*may*) ser assustadoras e requerer contramedidas. A República Federal da Alemanha as tomou em 1949: uma nova constituição, a *Grundgesetz*, foi promulgada (*enacted*) incluindo um extenso catálogo de direitos (*bill of rights*), um tribunal constitucional e controle de constitucionalidade.” (IBIDEM, p. 20)

Além do mais, o “positivismo formalista” muito dificilmente pode ser acusado de anti-democrático, explícita ou implicitamente. Em primeiro lugar,

⁴³ Cf., no que segue, a excelente reconstrução histórico-teórica do direito nazista e a sua não-vinculação ao positivismo jurídico em Dimoulis, 2006, p. 257 *et seq.*

como já visto, o positivismo jurídico, tal como o (neo)positivismo lógico na filosofia, era uma teoria epistemológica e ontológica do direito, com fins científicos. Um de seus pilares era – e ainda é (cf., por exemplo, POZZOLO, 2005, DIMOULIS, 2006, *passim* e FERRAJOLI, 2002, p. 29 *et seq.*) – a separação entre as esferas ontológicas do ser e do dever-ser, a fim de fixar o trabalho da ciência na primeira. Era o conhecimento do direito como *verdadeiramente fosse*, e não sua modificação para como *deveria ser*, que interessava ao positivismo jurídico, em qualquer de suas versões – mesmo no “positivismo inclusivo” vanguardista de Hart (cf. PÁDUA, 2008b).

Porém, mais ainda, se era este o fundamento e a finalidade do positivismo, também não faria sentido que ele adentrasse, *como tal*, as discussões políticas, legislativas e – mesmo – judiciais sobre o direito. O jurista teórico e seu método científico – *mas não* o seu objeto – era puro; o jurista prático, que não poderia fazer ciência, poderia, no entanto, participar da criação da norma, em qualquer de seus planos, como melhor lhe aprouvesse⁴⁴. Isso, como no Brasil, também foi verdadeiro na Alemanha pré-Guerra.

“Desde a introdução tardia do parlamentarismo, com a República de Weimar, a conexão interna entre a vinculação à legalidade e independência do Judiciário parece ter ganhado uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. A Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua ‘vinculação à legalidade’, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo. Em contraponto à teoria positivista e formalista de aplicação do direito dessa época, apoiada por poucos representantes ‘republicanos’ da polêmica weimariana, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei em dois sentidos: primeiro, sustentava com grande ênfase argumentativa as decisões do Tribunal Imperial dos anos 1920, pelas quais reconheceu ao juiz, pela primeira vez na história judiciária alemã, um direito de exame das normas legais do Império, apoiando a possibilidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido de forma ‘difusa’ por todos os tribunais [...]; segundo, defendia – e de forma ainda mais conseqüente – uma expansão do cânone jurídico-metodológica que permitisse à Justiça decidir em cada caso se convinha referir-se à lei (reconhecida ‘conforme a Constituição’) ou a pontos de vista e premissas próprios.” (MAUS, 2000, p. 194-95)

⁴⁴ O próprio Kelsen, como se sabe, participou da elaboração da Constituição Austríaca de 1920, no qual se destacou a proposta de controle concentrado de constitucionalidade (ainda hoje chamado, por isso, “modelo austríaco” ou “modelo europeu”; cf. FAVOREU, 1996, p. 5-6). Foi também, além disso, membro e redator permanente da Corte Constitucional Austríaca então criada (cf. IBIDEM, p. 31-32, e SGARBI, 2006, p. 63). Nada disso, no entanto, foi feito *cientificamente* por Kelsen, mas politicamente, ou jurídico-praticamente.

Muito mais do que ao positivismo jurídico, a vinculação de juízes e juristas, na Alemanha do início do séc. XX era para com o direito feito caso a caso, numa espécie de pós-positivismo *avant garde*.

“Os juízes sentiram-se afrontados não só socialmente como funcionalmente, reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros ‘serviçais das normas’, não só as do Código Civil de 1900, mas sobretudo as da legislação extravagante de teor ‘político-partidário’. Nesse interesse corporativo convergiam liberais, a esquerda e a conservadora Associação dos Juízes Alemães. [...] Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juízes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção, e os protagonistas da Associação dos Juízes, que redefiniram o conceito de ‘vinculação à lei’, colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito.” (IBIDEM, p. 195)

Durante o nazismo, do ponto-de-vista teórico, foi a corrente jurídica que renegava a lei quem forneceu o fundamento e a inspiração para significados altamente volúveis e muito pouco restritos pelo uso corrente, aos quais recorreu Hitler na sua cruzada de limpeza étnica. “Fim social da norma”, “ideologia do povo alemão”, “verdadeiro *Da-sein* (“ser-aí”) do povo alemão”, todos foram sintagmas correntes que justificaram, inclusive “positivados” no direito nazista⁴⁵ pelo que hoje se considerariam “cláusulas gerais”, a política hitleriana⁴⁶. Isso sem falar que o principal jurista do nazismo não foi Kelsen – afugentado da Europa por ser judeu –, mas um de seus principais adversários teóricos, Carl Schmitt, um fervoroso crítico da “neutralidade” política no direito, e profundo teórico da ditadura (cf. AGAMBEN, 2004, p. 83 *et seq.*; FAORO, 2007b, p. 195-205; DIMOULIS, 2006, p. 262-63). De fato a inspiração do direito nazista pareceu ter sido predominantemente jusnaturalista, baseada na aceitação de um destino metafísico da “raça ariana” (cf. BULYGIN, 1991, p. 620-21).

Já do ponto-de-vista político, a magistratura parece ter maciçamente apoiado – ao menos durante tempo demais – a ascensão nazista, principalmente

⁴⁵ Um direito de decretos e medidas executivas muito distante mesmo do ideal exegético da lei geral, abstrata e pessoal da Era Liberal européia, bem entendido.

⁴⁶ No direito penal, é famosa a referência à Escola de Kiel, que desmerecia, precisamente, a pré-determinação lingüística do tipo penal – e, com isso, o princípio da legalidade estrita – a fim de enquadrar virtualmente qualquer conduta como crime. Por este meio, o controle social nazista poderia fazer-se mais efetivo, já que submetia qualquer um, potencialmente, ao crivo da punição – nada branda – do regime, na base da delimitação caso a caso. Também no caso da Escola Kiel, no entanto, não parece ter sido seu objetivo político a fundamentação do nazismo. Ao contrário do positivismo jurídico, no entanto, ela e fato *foi aproveitada* como teoria penal pelo regime nacional-socialista. Cf. DIAS, 1999, p. 190.

através da Associação dos Juízes Alemães. Os juízes viram no direito nazista o mesmo tipo de casuísmo, antipositivismo e antiformalismo que procuraram implantar mesmo antes de Hitler alcançar o poder e aprovar a sua ditadura.

“Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma “lei” qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas “Cartas aos Juízes” nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o ‘juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’” (MAUS, 2000, p. 197)

O positivismo jurídico e a corrente exegética e legalista do direito não foram pilares teóricos e muito menos políticos para o nazi-fascismo. Seu aparente problema foi, por coerência teórica, ter de responder com um “sim” à pergunta sobre se o que se produziu normativa e institucionalmente na Alemanha nazista ou na Itália fascista foi direito. Mas isso, certamente, interessa muito pouco como *razão* ou *causa* para a ascensão destes particularmente destrutivos tipos de autoritarismo e autocracia na Europa do meio do séc. XX. Nem, certamente, esta pergunta lhes foi feita, naquele momento, por um nazista ou um fascista.

(f) Se o fantasma do nazismo é, de fato, alheio a princípio da realidade, o que justifica e sustenta a escalada do neoconstitucionalismo pós-positivista? É claro que, nada obstante o convincente argumento de Maus quanto à magistratura alemã, não se trata de um ardiloso expediente arquitetado por um grupo social para tomar ilegitimamente o poder. Por outro lado, a mudança paradigmática do direito já iniciada deste o final do primeiro quarto do séc. XX⁴⁷ tornou social e historicamente possível a concepção do direito não mais como asseguração da área de livre atuação de sujeitos autônomos presumidos livres e iguais, senão como instituição promotora de uma igualdade material a partir da atuação promotora e interventora do estado. Assim que se percebeu – errada ou corretamente – uma usurpação do estado (administrador) em relação a este poder interventor, dois caminhos se colocariam: investir na esfera pública informal e sua

⁴⁷ Cf. cap. 2, item 2, acima.

conexão com a formal, para fortalecer a base da cidadania contra qualquer ameaça à democracia; ou voltar-se para o próprio estado, e nele, para um ramo seu antes aparentemente desimportante e marginalizado, o “terceiro poder”, o poder judiciário.

Este último foi o caminho escolhido. A resposta encontrada, do ponto-de-vista da sociedade e dos sujeitos transferiu, como bem notou Maus, a função de estabilização da conflituosidade natural da vida política para uma nova figura simbólica que, representada inconscientemente, serviu para, pela morte do pai anterior – a administração pública transmutada em ditadura totalitária –, instituir uma nova figura parental: o poder judiciário e toda a comunidade jurídica, protetores da constituição, elevada e fetichizada na condição de totem⁴⁸ moderno. Do ponto-de-vista do mundo-da-vida em geral, a colonização do poder estatal sobre a sua própria dinâmica simbólica é disfarçada por esta outra dinâmica simbólica parental com a qual se apresenta o estado revigorado pela nova referência à constituição. Do ponto-de-vista do sistema estatal, por fim, a irritação provocada pela modificação do mundo-da-vida quando pelo trauma do exacerbamento da concentração de poder no estado nazi-fascista tornou necessária uma adaptação do poder e uma associação sua com o direito, para que a reprodução sistêmica não se interrompesse, no marco do paradigma do estado material⁴⁹.

Embora o positivismo jurídico, com a análise do direito através da ciência já se prestasse a conceber e proporcionar ao direito um estatuto sistêmico auto-reprodutor, a limitação deste estatuto à esfera privada da comunidade científica impedia maiores conseqüências sociais para a produção discursiva do positivismo. Foi só quando o neoconstitucionalismo pós-positivista estendeu, via fetichismo constitucional e enfoque teórico na comunidade jurídica em torno do poder judiciário; quando estendeu a autonomia sistêmica do direito ao trabalho privilegiado do seu aplicador que o direito pôde unir-se ao poder como meio de

⁴⁸ A referência óbvia é a Freud, e à sua obra *Totem e Tabu*, onde o totem é (um dos) representantes simbólicos do pai primordial, na forma de proibições (leis) que instauram a ordem. Cf. ENRIQUEZ, 1983, ROUDINESCO e PLON, 1998, p. 756-60 e, com uma interpretação – em princípio correspondente com as teses do presente trabalho – que coloca o pai primordial na condição de metáfora do déspota autocrático moderno, J. F. COSTA, 2003, p. 50 *et seq.*

⁴⁹ Esta dinâmica entre sistemas e mundo-da-vida será aprofundada no cap. 4, abaixo.

atuação estatal e colonizar a esfera pública. Para isso, portanto, o encastelamento teórico do direito teria de se completar e atingir também a sua aplicação.

Certamente, um dos principais mecanismos pelos quais esta sistematização colonizadora do direito se realizou foi a (re)inserção da moral *dentro do* direito, segundo os mecanismos teóricos próprios a este campo da teoria e da prática social. Não por acaso, é este, possivelmente, um dos principais focos de divergência contemporânea entre neoconstitucionalistas pós-positivistas e positivistas jurídicos renovados.

Em primeiro lugar, é preciso, no entanto, dizer que nenhum positivista clássico parece ter excluído a moral do direito. Kelsen, Ross ou Hart – este menos ainda, visto seu interessante conceito de um “direito natural mínimo”⁵⁰ – não dizem que o direito não pode ter, na criação e aplicação da norma, uma dose de considerações morais que o impregnem.

O que está em disputa, neste por vezes “diálogo de surdos”, é que papel pode ter a moral no estabelecimento epistemológico e ontológico do direito: na ciência do direito e no direito como objeto desta ciência. Kelsen, numa elucidativa passagem, introduzindo sua *General Theory* e explicando sua teoria pura ao público de *common law* ao qual a obra se destinava, afirmou:

“Desde que o fim desta teoria geral do direito é possibilitar ao jurista preocupado com uma ordem legítima particular, ao advogado, ao juiz, ao legislador, ou ao professor de direito, entender e descrever tão exatamente quanto possível seu próprio direito positivo, uma tal teoria deve retirar (*derive*) seus conceitos exclusivamente dos conteúdos do direito positivo. Ela não pode ser influenciada

⁵⁰ Esta tese, tão citada e, aparentemente, tão pouco estudada não se alimenta propriamente de uma ontologia moral, senão de uma ontologia jurídica: porque, para Hart, o direito é um sistema de regulação organizada e institucionalizada de condutas humanas a partir de normas (algo como o que Kelsen já havia chamado “técnica social específica”) jurídicas, não haveria razão para que o direito se concebesse se não se mantivesse um mínimo ambiente “natural” – Hart usa o termo “sobrevivência” – entre o ser humano e a sociedade sobre o qual pudesse recair tal regulação jurídica. O direito não poderia ser direito nesta acepção, se permitisse ou incentivasse a destruição física do ser humano ou da sociedade. É daí que Hart retira um conteúdo do direito que obedece (*causalmente*) à natureza humana e social que o direito precisa *pressupor* para ter sentido ontológico. Isto está claro na lista de “normas” deste conteúdo mínimo de direito natural: não permitir a morte e a violação física do ser humano (“vulnerabilidade humana”); não permitir a dominação total de um ser humano por outro (“igualdade aproximada”); não permitir a generalização da violência física de que é capaz qualquer ser humano (“altruísmo limitado”); proteger alguma forma, ainda que mínima, de propriedade privada (“recursos limitados”); estabelecimento de sanções coercitivas (“entendimento e força de vontade limitados”). Cf. Hart (1961, p. 89-96).

pelos motivos e intenções de autoridades normativas (*lawmaking authorities*) ou pelos desejos e interesses de indivíduos com respeito à formação do direito ao qual eles estão sujeitos, exceto à medida que tais motivos e intenções, tais desejos e interesses, manifestam-se no material produzido pelo processo normogênético (*lawmaking process*). O que não pode ser encontrado nos conteúdos de normas legais positivadas não pode também ser um conceito do direito (*cannot enter a legal concept*).” (KELSEN, 2006, p. xxxv)

Já para positivistas históricos, portanto, interesses, motivos pessoais, desejos, etc. *podem entrar e, de fato, na maioria das vezes entram no direito positivo pela via da gênese normativa, em qualquer dos níveis da pirâmide do ordenamento jurídico.*

“O direito de todo estado moderno mostra em mil lugares (*a thousand points*) a influência tanto da moral aceita socialmente como de ideais morais mais amplos. Estas influências entram no direito tanto abrupta e declaradamente através da legislação, quanto silente e parcimoniosamente (*piecemeal*) através do processo judicial” (HART, 1961, p. 199)

A afirmação de um dos mais influentes autores do pós-positivismo neoconstitucionalista, Robert Alexy (2005a, p. 17), de que “todos os positivistas defendem a tese da separação ou da separabilidade [entre direito e moral]”, precisa, portanto, para pretender verdade, ser, no mínimo contextualizada. A teoria de Alexy, com efeito, é singular – e singularmente bem fundamentada – mesmo dentro do pós-positivismo – ou “não-positivismo” (*nicht-Positivismus*), como ele o chama. Sua principal singularidade é o fato de que Alexy, voltando-se para o direito que se aplica pela jurisdição como todos os pós-positivistas, cria uma teoria da argumentação jurídica – bem formalista, diga-se de passagem – e subordina esta argumentação jurídica a argumentação prático-moral em geral (cf. ATIENZA, 2003, p. 159 *et seq.*). Alexy, portanto, retoma o mínimo ético kantiano na forma, agora de uma teoria da argumentação: o direito agrega particularidades aos princípios formais que caracterizam o argumento em contextos práticos⁵¹.

⁵¹ “Prático” é um termo altamente problemático em filosofia. Apropriado na modernidade por (pelo menos) duas correntes filosóficas diferentes e igualmente importantes historicamente – kantismo e marxismo – a palavra alemã *Praxis* dissociou-se pragmaticamente em o que é relativo ao mundo concreto, à realidade, na última tradição citada – por oposição a teoria (*Theorie*) –, e o que é relativo ao *dever-ser* (*sollen*) ao mundo normativo – por oposição ao *ser* (*sein*), ao mundo objetivo –, na primeira. Embora permaneça o mesmo campo semântico – o de prática, de ação, de atuação social –, a inserção dos dois, pragmaticamente, como usos filosóficos acabou quase tornando-os contrários. Não há solução para o problema, uma vez que um eventual sinônimo de prático no sentido de mundano, concerto, o termo “pragmático” também tem sua dualidade problemática na sua apropriação pela filosofia da linguagem. No contexto da teoria de Alexy, de inspiração kantiana, como dito, o significado e o uso de “prático” relaciona-se com o último dos usos comentados, ou seja: com o mundo normativo. Nos demais pontos deste trabalho, quando

Ainda assim, no entanto, a disputa entre positivista e pós-positivista em torno do tema “direito e moral” padece de dois pontos de (falta de) contato que inviabilizam um efetivo diálogo e lhe retiram uma referência semântica comum.

(g) O primeiro ponto de (falta de) contato vem de ser explorado. O positivismo não se preocupa com a moral e sua influência no direito, porque seu principal problema é responder a duas questões que não interessam mais, senão parcialmente, ao pós-positivismo – “o que é direito?” e “como descrever metodicamente o direito?”. Daí por que o positivismo não *se nega* – nem pode, como bem viu Hart, se negar – a reconhecer a influência da (alguma) moral sobre o direito. Esta influência, no entanto, só pode ser, *do ponto-de-vista do cientista*, que assume a postura do observador neutro (cf. PÁDUA, 2008b), *externa* ao seu objeto de elucidação e ao método pelo qual o descreve. O ponto principal onde o direito *recebe* a moral, a gênese da norma, interessa pouquíssimo ao positivismo jurídico, o qual, mesmo na formulação empirista extrema de Ross (2003, p. 91-97 e *passim*), interessa-se pelo sistema jurídico *já criado* – “direito vigente”, para este último –, e deixa para os “sociólogos do direito” os fatores que influenciam a criação do direito, em qualquer de seus níveis⁵².

Alexy (2005a, *passim*) procura dar conta desta questão restringindo-se ao plano ontológico da “distinção [ou inclusão] *conceitual*” entre direito e moral. O que diferenciaria positivistas e pós-(ou não-)positivistas é o problema de considerarem que o direito tem ou não uma conexão necessária na formulação de seu objeto, qual seja, a norma/ordenamento jurídico. Ainda aqui, no entanto, o conflito parece derivar de diferentes *focos* teóricos e, por isso, a distinção entre “separação” e “separabilidade” entre direito e moral parece não ter maior sentido. É que, de novo, Alexy preocupa-se com a argumentação jurídica em contextos jurisdicionais (de aplicação); ou seja: preocupa-se com um muito específico

usado, o significado do termo pode ser retirado pelo contexto de enunciação, presente a dupla oposição possível: a “teoria”, num caso; e a “ser” no outro.

⁵² Ross, aqui, é uma exceção parcial. Como deriva o direito vigente das normas tal como efetivamente aplicadas pelos tribunais, Ross centra-se na criação da norma particular no último nível da pirâmide normativa. Ainda assim, seu objetivo não é perscrutar os motivos individuais de cada juiz e as concepções pessoais que os levaram a interpretar e aplicar o direito nesta ou naquela direção – daí sua crítica ao realismo americano –, senão o produto comum de toda esta atividade, apto a responder à pergunta “o que é o direito (vigente)?” em determinado local.

momento de criação/aplicação do direito. Para isso, não só sua principal contenda com o positivismo começa na teoria da interpretação (aplicativa/jurisdicional) do direito – a partir da idéia de indeterminação do significado do texto normativo (cf. KELSEN, 2003, p. 387 *et seq.*, e ROSS, 2003, p. 135 *et seq.*) ou da “textura aberta da norma” (cf. HART, 1961, p. 120 *et seq.*) – (cf. ALEXY, 2005a, p. 21-23); mas também tem ele, especificamente de, sem uma crítica epistemológica específica neste campo⁵³, assumir uma atitude de segunda pessoa (participante) em relação à comunidade jurídica (cf. PÁDUA, 2008b), a fim de avaliar *de que forma* a moral influencia na concepção – no duplo sentido de “identificação” e “nascimento” – do direito (cf. IBIDEM, p. 23-25).

Ainda assim, é preciso notar que o positivismo jurídico clássico – e, em muitos pontos, também o contemporâneo (cf. DIMOULIS, 2006, *passim*) – não tinha uma teoria da jurisdição e, tampouco, uma teoria estruturada para a interpretação e aplicação do direito. O trabalho do positivismo jurídico foi, em grande parte, mais epistemológico do que ontológico: estabelecer um método de análise do direito e seus contornos (meta)teóricos fundamentais, ao invés de buscar o conteúdo de normas específicas em circunstâncias histórico-políticas específicas. Não há nenhuma obra positivista muito conhecida que aborde determinado direito positivo e suas normas específicas: todas as principais tratam de *como identificar e descrever qualquer direito positivo*. Na divisão de Guastini (1999d, p. 21 *et seq.*), o positivismo jurídico sempre foi uma teoria do direito, não uma dogmática do direito.

Este ponto de (falta de) contato entre positivismo e pós-positivismo, no entanto, não dá conta de vazio de referencial semântico comum entre estas duas tendências. Um outro problema, talvez mais profundo, torna o diálogo ainda mais problemático. Trata-se da falta de uma teoria moral (minimamente) comum já dentro destas teorias, mas, principalmente entre uma e outra. A disputa ontológica parcial entre positivismo e pós-positivismo, se bem que, como dito, tenham

⁵³ Que, aliás, é surpreendentemente ausente das principais teses pós-positivistas, que se limitam a acusar o positivismo de sufragar teoricamente a injustiça ao dizer que direito “injusto” é, ainda assim, direito. Poucas exceções podem ser citadas: cf., além da já mencionada crítica à ciência do direito em prol de um “saber prático do direito” em Zagrebelsky (1995, p. 120 *et seq.*); também Ariza (2005, p. 245 *et seq.*). No Brasil, cf. STRECK, 2006a.

objetivos teóricos rigorosamente distintos, atingem um tênue ponto comum quando o pós-positivismo pretende utilizar a moral como meio de *identificação* do direito, ou seja: como critério ontológico do objeto da teoria do direito⁵⁴.

O problema do pós-positivismo neoconstitucionalista, já foi dito acima, é encontrar uma sustentação teórica que não permita mais a institucionalização jurídica de um autoritarismo do tipo nazi-fascista derrotado na Segunda Guerra. Ancorados na imaginação comum⁵⁵ de que o positivismo jurídico contribuíra ou contribuiria para tal experiência autoritária, os teóricos da comunidade jurídica precisavam de uma arma própria de sua atividade – teórica, obviamente – que permitisse não só reformular a aplicação do direito a partir do primazia (fetichista) da constituição: precisavam de uma maneira de *negar validade* a normas emanadas de fontes em tese legalmente reconhecidas, mas que contivessem conteúdo – de algum modo – injusto. O problema, no entanto, que se passou a colocar era, de novo, metodológico: *qual critério* serviria para fixar a injustiça – e a invalidade – da norma.

(h) O jusnaturalismo, já na sua formulação liberal-contratualista dos sécs. XVII a XVIII⁵⁶, tinha algumas teorias morais. A idéia de direitos naturais do homem, que nascem com ele e com ele morrem, traz consigo a idéia de situações subjetivas que precisariam ser compatibilizadas com um poder estatal criado sobre a base da legitimação dos sujeitos de direitos. O estado nasceria por vontade destes sujeitos a para melhorar-lhes a vida de alguma maneira. E, salvo em Hobbes – uma espécie de meio-termo entre positivismo e jusnaturalismo –, a falha nessa missão ensejaria conseqüências jurídicas (e políticas) ao estado faltoso, a

⁵⁴ Um outro ponto de contato possível seria uma disputa metodológica sobre a inserção da teoria da argumentação dentro da teoria do direito. No entanto, não só a teoria da argumentação jurídica se volta completamente para a aplicação (jurisdicional) do direito, não para um conhecimento rigoroso – muito menos científico – do objeto direito, senão também a assunção de princípios epistemológicos pelo pós-positivismo, conforme comentado na nota 133, acima, é precária e assistemática. Cf., também, sobre isso, Pádua, 2008b.

⁵⁵ Pelo que, eficazes como significado social, pouco importa sejam hoje provados ilusórios ou não, conforme bem argumenta Geertz, 2000b, *passim*.

⁵⁶ Obviamente, também a teoria do direito divino dos reis calcava-se em alguma espécie de direito natural (teológico) e mesmo na antigüidade – e ainda hoje, em muitos povos teocêntricos (cf. GEERTZ, 2000a e 2000b) – alguma noção de direito natural se confundia, religiosa ou laicamente, com princípios primários, imutáveis de ordem (como a Themis grega) ou de revelação pela palavra – não necessariamente divina, mas ritual de qualquer modo (como a Dike grega) – cf. Beneviste (2005, p. 99-110). Já em Roma, igualmente, era vista a expressão *ius naturale*, embora muitas vezes de confundisse com princípios causais da natureza. Cf. Giordani (2000, p. 90-97)

mais significativa das quais talvez seja o direito de resistência em Locke (1983, p. 119 *et seq.*). O direito positivo era direito positivo porque derivava de um estado criado pelo homem através do contrato social, o qual, de novo, salvo em Hobbes, estabelecia “cláusulas” que determinavam o que poderia e não poderia o estado fazer para obrigar os cidadãos seus criadores. Como nascia com o homem naturalmente, também ao homem pertencia, latentemente, o princípio de toda autoridade normogenética.

A idéia de direito natural continuaria a habitar o direito moderno e, fundamento de validade do movimento revolucionário liberal que teve início com a Revolução Francesa – e, já antes, com a Revolução Americana –, também influenciaria muito do que se produziu a partir da Era Revolucionária⁵⁷. Neste plano, no entanto, como no exemplo paradigmático do jusnaturalismo contratualista, o direito ainda se fundia com a política e reunia, nesta fusão, as dimensões do ser e do dever-ser. A fundamentação metafísica do direito era a mesma que autorizava o Terceiro Estado a reclamar e tomar o poder pela força, era o mesmo que lhe dava o poder constituinte (cf. SIEYÈS, 1997, e BÖCKENFÖRDE, 2000b, p. 159 *et seq.*), e era o mesmo que impelia à formulação de grande códigos, que simbolizassem por escrito este desejo extramundano e noumenal⁵⁸ de *ordem*⁵⁹.

O positivismo jurídico, como vimos, já desde seu início com Bentham e Austin, mas principalmente com Kelsen, tem, como sua principal bandeira ontológica a redução do objeto da ciência do direito àquilo que a autoridade normativa produz. Kelsen dedicou boa parte de seu trabalho a desacreditar a teoria do direito natural, com uma variada sorte de argumentos que iam desde a asserção de que o direito natural também teria de ser um sistema normativo fundado

⁵⁷ Vale lembrar que, como dito, tanto a Escola de Exegese francesa quanto a Escola Histórica do Direito alemã têm origem e movimentos jusnaturalistas (cf. DAVID, 1998, p. 51 *et seq.* e *passim*) e, quanto a esta última, ainda manteve um núcleo de fundamentação metafísica – o “espírito do povo” – que fez Kelsen (2006, p. 126-28) criticá-la especificamente

⁵⁸ A referência aqui, obviamente, é ao mundo do nômeno platônico, onde habitavam as essências – conceito depois revitalizado por Kant. Cf. Morente, 1980

⁵⁹ É por isso mesmo grande engano confundir positivismo jurídico com Escola de Exegese. Cf., corretamente, Dimoulis (2006, p. 53 *et seq.*)

formalmente numa norma fundamental hipotética, até, para o que mais nos interessa aqui, o ceticismo ético.

“Tornar o conceito de direito livre da idéia de justiça é difícil, pois ambos estão constantemente confundidos no pensamento político não-científico assim como na linguagem geral (*general speech*), e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de fazer o direito positivo parecer justo. [...]

[...]

É óbvio que não pode haver ordem ‘justa’, isso é, uma que permita felicidade para todos, desde que se defina o conceito de felicidade no seu estrito e original sentido, significando a felicidade de um homem o que ele assim o considera. [...] Mas que necessidades humanas são dignas de serem satisfeitas e especialmente qual é seu lugar próprio na hierarquia? Estas questões não podem ser respondidas por meio de cognição racional. A decisão destas questões é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais a é, por isso, subjetivo em essência [*in character*], válido somente para o sujeito que julga e, logo, somente relativo.” (cf. KELSEN, 2006, p. 5-6⁶⁰)

Neste debate, aparentemente, o positivismo jurídico saiu vitorioso e conseguiu – salvo algumas exceções menores⁶¹ – praticamente sepultar a tradição do direito natural. O pós-positivismo, então, carente do apelo a qualquer forma direta de direito natural se viu na contingência de ter de elaborar um padrão de reconhecimento do direito imanente ao próprio direito positivo. A saída foi postular, via fetichismo constitucional, uma teoria moral mais ou menos estruturada de inserção de “valores” no direito constitucional.

Um dos poucos autores do pós-positivismo a verdadeiramente procurar estrutura uma teoria moral específica foi Alexy. Iniciando com uma teoria da argumentação que colocava o direito dentro da moral, Alexy inseriu, como limite ao direito, a já agora conhecida *pretensão de correção*.

“Os atos institucionais são levados a cabo sobre a base de normas de competência. Exemplos destes são a decisão legislativa, a sentença judicial ou o

⁶⁰ Cf. argumento muito similar em Ross, 2003, p. 87-90, embora com algum reconhecimento de uma origem também social – e não puramente emotiva – para a moral, dissolvida, em todo caso em um solipsismo tal como o kelseniano.

⁶¹ Uma destas notáveis exceções é Hans Welzel, tenaz defensor do direito natural na metade do séc. XX. Posto que um dos maiores nomes do direito penal até os dias atuais, Welzel, entretanto, alcançou pouca projeção na filosofia e na teoria do direito. Além do mais, a sua versão do direito natural é menos solipsista do que clássica, centrada em uma estrutura lógico-objetiva do mundo (*Sachlogische Struktur*), que não poderia ser modificada pelo direito (cf. WELZEL, 2006a). No entanto, muito da crítica de Welzel ao positivismo jurídico deriva menos do direito natural do que da necessidade uma fusão, em algum momento de ser e dever-ser para que uma norma válida seja reconhecida como tal pela comunidade jurídica (cf. IDEM, 2006b). Esta última crítica, que implicitamente apela para a posição do participante na formulação da teoria do direito foi também objeto de Pádua, 2008b, a partir de uma reconstrução da teoria hartiana da regra de reconhecimento.

decreto [*el dictado*]de um ato administrativo. O núcleo do argumento da correção consiste na tese de que os atos jurídicos institucionais deste tipo sempre estão vinculados com o ato não-institucional de *afirmação* de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto.” (ALEXY, 2005b, 35)

Apesar do que o próprio Alexy (2005c, p. 73) parece acreditar a pretensão de correção, que ele afirma corretamente valer não só para um ato de fala institucionalizado na forma jurídica, é um requisito de legitimidade procedimental. A ilustração fornecida por este autor de uma norma ou uma sentença injusta não dizem com nenhum conteúdo específico, senão com a necessidade de que, sob um critério de validade discursiva – portanto, *a priori*, de conteúdo indeterminado –, todos os atos institucionais do direito se editem com a pretensão de que estão corretos, mesmo que discursivamente prevalece a decisão de que esta pretensão não se confirma.

A aceitação deste critério como um “universal material” do direito por Alexy (2005c, p. 73-74) provavelmente deriva do fato de que o parâmetro pelo qual se afere a pretensão de correção pode estar dado *ex ante*. Isso porque não só o direito, por seus atos normativos levanta uma pretensão de validade na modalidade correção normativa (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*), mas também as normas “devidamente promulgadas e socialmente eficazes que são incompatíveis com o núcleo dos direitos humanos básicos”, de “validade universal no tempo e no espaço” (cf. ALEXY, 2005c, p. 75 *et seq.*), são, por isso, *inválidas*, segundo a “Fórmula de Radbruch” por ele adotada (cf. IDEM, 2005a, p. 23-25). A reunião da pretensão de correção e da Fórmula de Radbruch levam a que o direito possa ser avaliado ontologicamente da perspectiva do participante no discurso jurídico – e não só pelo cientista que assume a perspectiva objetivante da terceira pessoa. No entanto, ao colocar o jurista, guardião do significado material universal do direito, como um participante de ordem superior, Alexy traz de volta o problema jusnaturalista da absolutização metafísica da justiça⁶², sem oferecer uma convincente fundamentação para o cognitivismo ético que não seja baseada em supostas injustiças históricas universais como a escravidão. Com isso, o que

⁶² Daí Figueroa (2005, p. 176 *et seq.*) colocar Alexy, elogiosamente, bem entendido, como representante máximo de um jusnaturalismo “fraco”, ponto de partida essencial para o neoconstitucionalismo em sua crítica à condenável “neutralidade moral do positivismo”.

aqui vai reforçada é a fragmentação cultural do mundo-da-vida e a colonização sobre ele imposta pelo poder do estado.

(i) Com o advento do neoconstitucionalismo, a viagem redonda está concluída. O direito pode agora afirmar-se como meio do sistema estatal destacada da esfera pública política do mundo-da-vida. Juristas cuidam do direito, não só para objetivamente -descrevê-lo, senão para moralmente modificá-lo, de acordo com pautas axiológicas “objetivas” às quais, no entanto, só eles têm o correto acesso, através da dinâmica (estatal) da jurisdição. “A expansão das idéias do Estado constitucional democrático corresponde, na Europa ao desenvolvimento de uma teoria e um *praxis* constitucionais comuns, singularmente no que se refere ao controle de constitucionalidade [...]” (ALEXY, 2005d, p. 31). O Terceiro Poder assume a posição de árbitro final da “moral”, aqui confundida com “valores” de um aglomerado social – nação, povo, ou outro – que se presume concorde, de alguma maneira, com tais valores. Os tribunais se ocupam de uma “representação argumentativa” (ou “funcional”) dos cidadãos, ao passo que o parlamento os representa “politicamente”. Estes dois tipos servem a “reconciliar” distintas concepções de bem individuais vocalizadas politicamente, com os “valores comuns” do povo; conciliar a “moral pessoal” (“como quero viver?”) com a “moral pública” (“como queremos viver?”) (cf. IBIDEM, p. 39-41).

Interessantemente, o guardião desta “moral pública”, que se confunde com uma idéia comunitarista de “valores compartilhados numa mesma comunidade”, são os juristas, em torno – e dentro – dos tribunais. De representante científico do direito, o jurista neoconstitucionalista passa a representante ético-moral do direito, tornado ponto de referência último dos valores comuns a todos os cidadãos – do mundo, até. Este poder assumido pelo jurista, obviamente, só se poderá considerar minimamente legítimo – dado que não lhe assiste transferência de poder por mandato de qualquer espécie – se se puder demonstrar que (i) de fato existe ou pode existir uma ética compartilhada materialmente por todos os cidadãos – digamos, de um estado ocidental qualquer; e (ii) se de fato o jurista puder, por qualquer motivo, acessar *melhor do que outro ato social qualquer*, esta ética compartilhada e, com isso, proclamar estes valores universais.

Se isso não ocorrer, como é tese deste trabalho que não ocorre, está-se diante, simplesmente, de uma concentração de poder político-estatal, simplesmente em função de uma certa qualificação profissional específica, tal como, no Estado do Bem-Estar Social, se deu predominantemente com assistentes sociais, educadores e administradores públicos de escalões inferiores não-eleitos. Como a constituição é o totem que representa simbolicamente a redenção social do autoritarismo personificado no líder morto, e como a constituição, apesar de suas particularidades políticas, é uma norma jurídica, então ao jurista que identifica e interfere no direito se confere, via *fetichismo constitucional*, o poder de controlar as aplicações deste poder simbólico⁶³.

Ocorre, todavia, que, sem a possibilidade de remeter este poder ao efetivo poder (soberania) popular democrático – senão pelo próprio fetichismo da constituição, como se tudo da polissemia política constitucional fosse determinado *pelo povo* e dado *ao jurista*, revivendo a figura do *prudente*⁶⁴, por uma espécie de mandato simbólico –; sem poder ligar este poder, de algum modo *direto* (cf. BÖCKENFÖRDE, 2000c) à democracia, o resultado é uma tomada do poder pela técnica, uma *tecnocracia* pelo conhecimento do direito: uma *tecnocracia jurídica*.

Moral pública sem participação direta do público, valores comuns não sujeitos à deliberação comum, momento de concórdia constitucional assumida por presunção absoluta. Tais contradições em termos parecem, na verdade, ser a base do neoconstitucionalismo pós-positivista, em seu apelo aos tribunais. Também – e muito mais gravemente – no caso do Brasil.

⁶³ O sentido deste poder simbólico, tendo em vista a colonização do mundo-da-vida pelo poder, ancorado na produção de uma fragmentação simbólica da cultura e da sociedade, pode aproximar-se do que usa Bourdieu (1996) para qualificar a dominação cultural classista através do domínio ritual da linguagem. Cf. uma aplicação da teoria do poder simbólico de Bourdieu à linguagem jurídica em Ferraz Jr. (2003, p. 288-297). No entanto, levado ao extremo, este conceito em Bourdieu impede a emancipação do sujeito desta mesma colonização, ao vedar à linguagem, em qualquer caso, o poder de produzir coordenação social legítima. Cf., sobre esta última crítica, Pádua, 2007.

⁶⁴ A diferença evidente, no entanto, é que o prudente romano, como visto, era um *pioneiro* na *confeção* e na *fixação* da idéia mesmo do direito institucionalizado, principalmente a partir da sua origem religiosa – talvez a mais antiga instituição normativa da cultura humana.

3.3.

Duas vertentes do neoconstitucionalismo pós-positivista no Brasil:

Desde há muito se afirma o caráter híbrido do sistema de recepção de direitos brasileiro. De um lado, o direito privado europeu continental, de outro, o direito público norte-americano. Isto parece particularmente visível na recepção do controle de constitucionalidade no Brasil (cf. TAVARES, 1986, p. 1136-38 e *passim*). A primeira experiência desta recepção se deu, como reporta Tavares (1986, p. 1153-54), segundo o modelo do *judicial review* norte-americano – controle difuso⁶⁵ –, com a particularidade de ter sido pensado e inserido por via legislativa, quando das discussões sobre o que acabaria sendo a Constituição Federal de 1891, a primeira da República Brasileira. No anteprojeto de uma comissão de juristas em 1890, não constava o controle de constitucionalidade, que só seria acolhido quando o governo apresentou um substitutivo próprio, elaborado por Rui Barbosa, ao anteprojeto mencionado. A primeira posituação do *judicial review* no direito brasileiro, no entanto, apareceu ainda antes de promulgada a Constituição Federal de 1891, pela via do Decreto 848 de 11.10.1890 (art. 3º e art. 9º, par. ún.⁶⁶), inspirado, sempre segundo Tavares (1986, p. 1153) na Lei de

⁶⁵ É um equívoco igualar controle de constitucionalidade pela via da exceção com controle difuso com controle de constitucionalidade (em) “concreto” e o controle pela via da ação com controle concentrado com controle abstrato, com fazem alguns autores (cf., por exemplo, J. A. SILVA, 2001, p. 50; BONAVIDES, 1996, p. 272 *et seq.*; e, aparentemente, mesmo MENDES, 1999a, *passim* e IDEM, 1999b). Aliás, os próprios termos “por via de ação” e “por via de exceção” são problemáticos, neste contexto. O que causa a confusão é que os termos sejam usados em bloco, como sinônimos. A grande distinção que se quer fazer aí, entre o modelo norte-americano do *judicial review* e o austríaco da *Verfassungsgerichtsbarkeit*, se estabelece mais verdadeiramente entre o controle constitucional *difuso*, no primeiro caso e o controle constitucional *concentrado*, no segundo (cf. FAVOREU, 1996, *passim*). No primeiro modelo, *qualquer juiz*, de qualquer ramo da jurisdição ordinária ou especial, pode declarar uma norma (in)constitucional ou dar a qualquer norma interpretação constitucional específica. No segundo, apenas uma Corte Constitucional poderá fazê-lo. Quanto à *via processual* aberta para isso – uma ação ou um incidente processual – ou a *concretude do caso* que servirá de base para o controle – norma em tese, norma aplicada no caso concreto –, no primeiro como no segundo modelo, várias combinações são possíveis, algumas existentes outras apenas potenciais (como o controle de norma *em tese* no modelo difuso, inexistente de fato, mas possível em princípio). Notem-se, apenas a título de exemplo (i) o fato de que o arquimodelo do controle de constitucionalidade concentrado, o *Bundesverfassungsgericht* (“Tribunal Constitucional Federal”) alemão, tem jurisdição constitucional em concreto, através de uma ação impugnativa autônoma (*Rechtsbehelf*) famosa chamada *Verfassungsbeschwerde* (“reclamação constitucional”), individual ou coletiva, contra decisão do estado – em qualquer de seus poderes – que contraria direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental de Bonn (cf. FAVOREU, 1996, REF.); e (ii) o fato de que, nos EUA, muitas vezes o controle de constitucionalidade se dá pela via da ação, através das *injunctions* ou dos *declaratory judgments*, vedadas apenas as *advisory opinions* (“conselhos”) sobre constitucionalidade de normas pelos tribunais (cf. TAVARES, 1986, p. 1145-48)

⁶⁶ Eis os textos (com a grafia original):

Organização Judiciária Norte-Americana de 1789. A positivação definitiva veio com o art. 59, § 1º da Constituição Federal de 24.02.1891⁶⁷ (alterado, com significado igual, para art. 60, § 1º com a Emenda Constitucional n.º 1 de 03.09.1926 à mesma constituição).

A aclimação do instituto do controle de constitucionalidade de leis pelo poder judiciário, algo estranho à tradição romano-germânica ao menos até 1920, ano de promulgação da constituição austríaca⁶⁸, teve seus percalços em vários aspectos da recepção do modelo americano ao longo dos anos da república brasileira, presentes além do mais, as interrupções autoritárias de 1937-45 (Vargas) e 1964-85 (militares). Tavares (1986, p. 1151 *et seq.*) nota que, ao lado da influência de uma elite intelectual formada em direito – com destaque para Rui Barbosa, em 1891 – ser decisiva para a transplantação do instituto para o Direito Brasileiro, uma série de modificações teve ele de sofrer para se adaptar ao nosso sistema. A criação da suspensão, de competência do Senado Federal, das leis declaradas inconstitucionais em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, para compensar a falta da regra do precedente; a pormenorização das competências jurisdicionais e da forma de composição do Supremo Tribunal

“**Art. 3º.** Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte.

[...]

Art. 9º. Compete ao [Supremo] Tribunal [Federal]:

[...]

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”

⁶⁷ “**Art 59.** Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

⁶⁸ Cf. nota 125, acima.

Federal pelas constituições brasileiras; culminando com, a partir da Emenda Constitucional de n.º 16 de 26.11.1965 à Constituição de 1946, a criação de uma via de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal; tudo isso atesta que, de um lado, a atuação dos juristas foi indispensável para a consolidação da força do poder judiciário no Brasil, à falta de qualquer circunstância política que apontasse uma qualquer necessidade deste fortalecimento; de outro lado, do ponto-de-vista sistêmico, especialmente num país que não seguiu a trajetória de evolução jurídica quer dos EUA, quer dos principais países da Europa Continental, o direito só recebe os transplantes jurídicos vindos destas tradições à custa de muitas alterações internas e de forte trabalho teórico.

No Brasil, é duvidoso que a transferência de poder para o judiciário tenha derivado politicamente de um trauma fantasmático qualquer, tal como o nazifascismo na Europa. Tampouco a introdução da idéia, no final do séc. XIX derivou de uma percebida necessidade política derivada de uma improvável constituição e estruturação estatal, como no caso dos EUA (cf. GRIFFIN, 1996, p. 88 *et seq.*). Aqui, a primeira transplantação do instituto se deu com a proclamação da primeira república, por golpe militar, e de acordo, principalmente com a ação político-jurídica de um grande intelectual, particularmente apaixonado e admirador do Direito Norte-Americano. A segunda transplantação se deu por ação de uma comunidade de juristas, no ano de 1965, *logo após* o golpe militar de 1964 e muito depois que o governo totalitário para-fascista de Getúlio Vargas fora deposto. Apesar da manifestada influência do Direito Italiano pós-1948 na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional de n.º 16 26.11.65, a adoção de reformas no poder judiciário fora já objeto de Ato Institucional revolucionário – o de n.º 2 de 27.10.1965, um mês antes da emenda referida (cf. MENDES, 199b, p. 249-53).

Nada obstante, com a Constituição Federal de 05.10.1988, esta sim, seguinte à derrocada de uma estrutura de poder autocrática, os poderes de controle de constitucionalidade foram ampliados, especialmente a partir da ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e pela previsão de uma argüição de descumprimento de preceito fundamental. A

ampliação, no plano processual, recebeu maior impulso com a regulamentação infraconstitucional dos dispositivos do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente com a edição da Lei de n.º 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que aumentam os parâmetros e os objetos de controle de constitucionalidade (cf. MENDES, 2003a e 2003b). Como resultado, temos, como bem observa Arantes (2001, 89), “a jurisdição política constitucional mais complexa do mundo, o que não deve ser motivo de orgulho.”⁶⁹

Se é certo que o trauma do autoritarismo de 1964 – embora bem menos dramático, no geral, que o nazismo alemão, por exemplo – é significativo e real, também é certo que os mecanismos jurídicos que se procurou inserir na Constituição Federal de 05.10.1988 alcançam o mesmo movimento concentrador de poder tecnocrático já observado em outros países ocidentais no 2º pós-guerra. Contando com forte atuação no final do Regime Militar brasileiro e no Congresso Constituinte de 1987-88, os juristas conseguiram, em grande medida, emplacar a visão de que um dos maiores problemas que possibilitaram a escalada autoritária de 1964 fora a incipiência das garantias constitucionais nas cartas anteriores e o “positivismo” imperante no pensamento jurídico brasileiro até então – crítica, aliás, como visto, já explorada na Alemanha, por exemplo.

O resultado desta assertiva reconhecida em grande medida pela redemocratização na Nova República foi a tardia divisão do poder estatal entre a administração e a jurisdição, com o enfraquecimento da primeira e fortalecimento da segunda⁷⁰, ao passo que a esfera pública política permanecia enfraquecida e fora do jogo. Para que tal resultado fosse alcançado e consolidado, no entanto, o trabalho dos juristas teve de prosseguir após editada a Constituição Federal de 05.10.1988. Para isso, dois dos principais autores responsáveis pela consolidação da recepção das idéias do neoconstitucionalismo pós-positivista no Brasil serão trabalhados a seguir.

⁶⁹ Obviamente, a afirmação é contestável, especialmente em face dos complexíssimos mecanismos (técnicas) de controle de constitucionalidade de que dispõe, por exemplo, o Tribunal Constitucional Italiano. Em todo caso, mesmo que hiperbólica, a afirmação vale como mostra de que, misturando os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade, e cada vez mais adotando técnicas oriundas das cortes européias – especialmente a alemã – estamos muito bem encaminhados na disputa pelo primeiro lugar em complexidade.

⁷⁰ Cf. cap. 2, item 3.2e item 4.

3.3.1.

Luís Roberto Barroso e o pós-positivismo carioca

Luís Roberto Barroso não teve grande influência sobre a Constituição Federal de 05.10.1988 em sua feitura. Também não pode ser considerado, propriamente, um pioneiro do pós-positivismo no Brasil. Sua ligação parece mesmo ser maior com os EUA, onde realizou um LLM (*Master of Laws*), mais ou menos uma mistura entre o mestrado e a pós-graduação *lato sensu* no sistema universitário brasileiro. Ainda assim, desde ao menos o final dos anos 1990, sua influência no Direito Constitucional brasileiro começou a estabelecer-se firmemente. Hoje é difícil encontrar uma grande decisão de jurisdição constitucional por aqui que não o cite ou em que ele mesmo, como advogado, não atue. O mesmo vale para muito da doutrina e da dogmática constitucionalista que se produz nos grandes centros acadêmicos, do Nordeste ao Rio Grande do Sul. A ausência de muitas obras críticas sobre o seu trabalho somente demonstram que (i) se criou uma espécie de consenso inercial em grande parte da teoria constitucional brasileiro sobre os tópicos que constituem a obra de Luís Roberto Barroso; e que (ii) as vozes que discordam de suas obras, principalmente em profundidade, não assumem uma posição no debate público. É preciso corrigir esta situação.

A bem da verdade, certamente o grande mérito de Luís Roberto Barroso foi menos o de criar grandes teorias que o de trazer para o Brasil e/ou popularizar várias outras teorias estrangeiras que, de vários pontos-de-vista, de um ou outra maneira, se podem considerar neoconstitucionalistas pós-positivistas. Discussões como a da eficácia de normas constitucionais, teoria das normas (constitucionais), inserção ética do direito, interpretação constitucional, e jurisdição constitucional; todas devem muito de seu estágio atual a este autor, mais difundido por seus escritos monográficos e artigos do que por livros corridos.

Não é o objetivo deste trabalho aprofundar a descrição das teses de Luís Roberto Barroso e dos que compartilham de suas concepções. Em todo caso, é o objetivo deste trabalho mostrar como este autor adaptou o neoconstitucionalismo pós-positivista ao contexto da ordem jurídica brasileira e como, pela via de sua obra, esta teoria estrangeira pôde, também no Brasil, naturalizar a figura

onipotente do jurista: teórico do direito e guardião de sua aplicação; descritor do direito positivo e guardião da ética/moral social através deste direito, na leitura privilegiada de sua aplicação jurisdicional pelos tribunais.

(a) Como qualquer pós-positivista, a principal preocupação de Barroso sempre foi com a aplicação do direito a casos concretos. Acusando o positivismo jurídico que teria imperado no Brasil até 1988, ele procura encontrar mecanismos que tragam a justiça ao direito, sempre na ótica do caso concreto.

“O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.” (BARROSO, 2006a, p. 28)

A idéia pós-positivista e neoconstitucionalista, portanto, aparece aqui em toda a sua força. Neste mesmo texto, linhas antes, Barroso (2006a, p. 26-27) havia ligado o nazi-fascismo ao positivismo jurídico, sob o argumento de que propugnava este um direito neutro, sem referências morais ou éticas. Em todo caso, reconhecia o caráter assistemática do pós-positivismo:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais” (IBIDEM, p. 27, grifos do autor)

O pioneirismo de Luís Roberto Barroso, portanto, consiste em buscar sistematizar, no todo assistemático e filosoficamente precário do neoconstitucionalismo pós-positivista, um conjunto de princípios teóricos e campos de pesquisa do direito. Que esta empresa teórica coincida em largos passos com o que vimos caracterizando nos parágrafos anteriores não é nem surpresa nem coincidência.

(b) A linha comum no “difuso ideário” do pós-positivismo é a negação do positivismo, quer uma reconstrução justa de seus argumentos, quer uma caricata, tal como visto no caso do nazi-fascismo – que Dimoulis (2006, 257-264) chama “*recutio ad Hitlerum*”. Admitido pelos críticos que duas das teses centrais do

positivismo seriam a redução do direito à lei e o expurgo de argumentos e conteúdos morais do direito, o principal ponto de partida do pós-positivismo, especialmente no caso brasileiro, seria o “retorno” da ética/moral ao direito e o correlato reconhecimento de uma ampliação na teoria das normas (constitucionais) que permitisse este retorno. Dois serão os mecanismos que possibilitarão este movimento teórico, ambos relacionados: uma (nova) teoria das normas que permitisse uma nova espécie normativa no direito; e uma (nova) teoria da interpretação (constitucional) que desse um maior papel à contingência, à retórica e à maleabilidade normativa no caso concreto.

(aa) A (nova) teoria das normas será confessadamente retirada de Ronald Dworkin.

“A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria” (BARROSO, 2006a, p. 30)

A função destes princípios seria, justamente a de operacionalizar a penetração de conteúdos ético-morais na constituição, a fim de que possam ser considerados direito positivo e não mera assunção metafísica jusnaturalista.

“O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses *valores compartilhados por toda a comunidade*, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a esta abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. [...]

[...]

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. [...] De parte isso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (IBIDEM, p. 28-30, grifo nosso)

Está claro, pois, que os princípios só funcionam a contento onde há uma síntese valorativa comunitarista: onde uma determinada comunidade, “em dado momento e lugar”, compartilha valores e visões de mundo que penetram o direito a partir dos princípios. E o jurista, aqui na figura do *intérprete*, ganha acesso a tal

consenso axiológico comunitário através dos mesmos princípios, que o “guiam” em sua atividade de identificar a aplicar a norma especial ao caso concreto. Para isso, o intérprete dispõe de uma tipologia complexa de princípios⁷¹, e, mais importante, de um mecanismo de aplicação específico: a ponderação.

(bb) A ponderação de bens, interesses e valores constitucionais é, na linha de Luís Roberto Barroso – e vários outros –, seguindo a Robert Alexy (cf. ALEXY, 2005e, p. 65-67; ATIENZA, 2003, p. 179-83; CRUZ, 2005, p. 123 *et seq.*; TOLEDO, 2003), a maneira própria de aplicação dos princípios jurídicos, por oposição às regras, que se aplicariam segundo o mecanismo da subsunção. Isso ocorre porque, entre várias outras diferenças (cf. BARROSO, 2006a, p. 30-32; BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 337 *et seq.*), os princípios se aplicam, na expressão de Alexy, como “comandos (ou deveres) de otimização” (*Optimierungsgebote*), e, logo, gradativamente, na maior eficácia possível, enquanto as regras se aplicam na lógica do tudo ou nada (*all or nothing*). Além do mais, os princípios teriam a dimensão de peso ínsita à sua carga valorativa mais marcada, ao passo que as normas só seriam adequadas ou não, em sua totalidade, ao caso concreto, exhaustivamente previsto em sua estrutura silogística.

Como consequência, em caso de conflito, as regras ou se aplicam ou não se aplicam, situação em que ou há regra excepcional (critério da especialidade) ou a regra inaplicável é inválida, segundo os demais “critérios tradicionais” de resolução de conflito de normas (hierárquico, ou cronológico)⁷². Com os princípios, dado que eles tutelam e contêm valores e dado o “pluralismo constitucional” destes valores, não há afastamento de princípios, e os conflitos se convertem em “colisão” entre eles.

“ [...] pro força do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outras em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados

⁷¹ Barroso e Barcellos (2006, p. 358 *et seq.*) desenvolvem uma pormenorizada classificação dos princípios constitucionais em instrumentais e materiais fundamentais, gerais e setoriais. Vários deles não estão “explícitos” na Constituição Federal de 05.10.1988, mas podem ser encontrados pelo intérprete do conjunto sistemático das normas.

⁷² Cf. a exposição em Bobbio (1999, p. 91 *et seq.*)

freqüentemente entram em rota de colisão.” (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 345)

A solução que dê conta de uma aplicação gradativa, na base da maior eficácia possível destes *Optimierungsgebote* que são os princípios é esta técnica de ponderação de princípios (ou valores ou bens ou interesses) constitucionais. A ponderação⁷³, técnica de aplicação própria dos princípios, é também uma maneira de interpretá-los e de criar, a partir de sua combinação, regras específicas para o caso concreto (cf. ÁVILA, 2004). A “descoberta” dos princípios enseja, também, a necessidade de uma nova interpretação constitucional.

(cc) A nova interpretação constitucional é nova em relação à teórica “clássica” da interpretação jurídica. Isso quer dizer que às “técnicas” já longevas – muitas romanas – de fixação do conteúdo das normas, novas teriam de ser descobertas e inventadas, a fim de se adequar aos princípios, como adição ontológica ao direito positivista.

“A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e, mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido

⁷³ Embora mais sobre a ponderação seja objeto de partes posteriores deste capítulo, não há sentido em pormenorizar a técnica da ponderação em si, visto que não é objeto deste estudo. A ponderação nos interessa, aqui, como parte da teoria pós-positivista de Barroso, e como parte de uma construção que aumenta, cada vez mais, o poder político-tecnocrático do jurista. Para a técnica de ponderação em si, além de Barroso (2006a, p. 31-34) e Barroso e Barcellos (2006, p. 344-50), cf., também, Sarmiento (2001, p. 35-98)

unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar.” (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 331-32)

Lançando mão – não expressamente –, curiosamente, de uma intuição kelseniana (cf. KELSEN, 2003, p. 388), a nova teoria da interpretação constitucional de Barroso procura “devolver” ao intérprete-jurista o poder sobre o conteúdo da norma que lhe havia sido retirado em favor da auto-evidência semântica do texto, pela Escola de Exegese civilista.

“O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema resolvido.” (IBIDEM, p. 332)

A auto-evidência semântica da norma, em tempos de princípios jurídicos como espécie normativa, é substituída pelo seu quase extremo oposto: o vazio semântico inicial, que só será preenchido pelo intérprete-jurista, em vista do caso concreto. Para que isso não se torne uma atividade incontrolável, ou excessivamente subjetiva, esta abertura interpretativa extrema deverá obedecer a determinadas técnicas e determinados métodos⁷⁴, além de se enquadrar em uma teoria da argumentação, apta, por suas regras intrínsecas a controlar, minimamente, o resultado normativo – a decisão do intérprete – a ser produzida⁷⁵.

⁷⁴ Tais como os “princípios instrumentais de interpretação” da “supremacia da Constituição”, “presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público”, “interpretação conforme a Constituição”, “unidade da Constituição”, “razoabilidade ou proporcionalidade”, e da “efetividade” (cf. BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 358-64).

⁷⁵ Lembre-se, no entanto, que, em que pese ao fato de a preocupação com a excessiva quebra da segurança e da previsibilidade das decisões ser crescente entre os pós-positivistas, como se nota pela recente ênfase que se tem dado às regras em detrimento dos princípios (cf. ÁVILA, 2004; BARCELLOS, 2006), parece haver-se constituído lugar comum a tese de Alexy sobre o tema. Segundo ele, segurança jurídica e justiça são, como quaisquer princípios constitucionais, *Optimierungsgebot* (“comandos de otimização”), que consagram valores especialmente queridos pela comunidade e que, portanto, precisam ser realizados na máxima medida axiológica de cada um, pelo mecanismo da *Abwägung* (“ponderação”), segundo o *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (“princípio da proporcionalidade”). Assim, não se pode, sempre nesta linha, privilegiar um ou outro em abstrato – senão segundo uma “hierarquia frouxa” (cf. ATIENZA, 2003, p. 179-83; TOLEDO, 2003) –, mas retirar de sua ponderação uma regra específica para o caso concreto.

(dd) A teoria da argumentação jurídica⁷⁶, ao lado dos limites impostos ao intérprete pelos princípios de interpretação constitucional e pela técnica de ponderação, é o principal método de controle – ou redução da subjetividade incontrollável – do resultado da atividade deste agora central personagem do direito. A idéia é que haja um mecanismo que se aplique à avaliação da correção da decisão, ainda que não seja absoluto. Obviamente, tanto nos princípios e métodos de aplicação da constituição quando na teoria da argumentação, é sempre o próprio intérprete-jurista quem determina, no âmbito da técnica do direito, o que conta e o que não conta, o que devem ou não fazer os próprios juristas(-intérpretes).

“[...] considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação* pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra? (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 351-52)

Claramente, no entanto, a subjetividade da atividade de aplicação do direito, bem como a “superação” da idéia de uma norma completa, sem lacunas, ou imperfeições e vazios semânticos, não permite qualquer controle maior ou segurança maior sobre o resultado da atividade interpretativa. No limite, apenas alguns requisitos de “racionalidade” das decisões jurídicas – judiciais, nomeadamente – poderão ser formulados por uma síntese normativa da argumentação jurídica; requisitos que, eles mesmos, dependem de interpretação e argumentação normativa:

⁷⁶ A teoria da argumentação jurídica, a bem da verdade, não é propriamente – ou não é só – uma teoria dos limites e das regras do discurso de aplicação jurídica. Embora Alexy a tenha desenvolvido predominantemente neste sentido, como uma ética do discurso jurídico-judicial (cf. HABERMAS, 1996b), a grande contribuição que a teoria da argumentação jurídica deu à teoria do direito – da tópica de Viehweg à nova retórica de Perelman – foi a procura, similar e coetânea à que identificamos aqui como pós-positivista, por dar novo estatuto à ciência jurídica. Para isso, a idéia era revigorar a importância do caso concreto (fato) para a descrição e identificação da norma, bem como a fundamentação de uma outra lógica (“argumentativa”) para a teoria do direito. Esta deixaria, com isso, de ser uma ciência (ou um saber) apodítica para tornar-se dialética, que tanto melhor trataria o seu objeto, quanto melhor pudesse vencer o seu auditório e explicar por que e como ele poderia ser convencido, numa fusão entre identificação e aplicação da norma jurídica também similar à que vimos elucidando neste capítulo. Cf. Mendonça (2000); Maia e Souza Neto (2001, p. 57-70). Para um estudo pioneiro sobre a tópica de Theodor Viehweg no Brasil, cf. Bonavides (1983).

“Chega-se, por fim, à *argumentação*, a razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.” (BARROSO, 2006b⁷⁷)

Tal como em Alexy (cf. ATIENZA, 2003, p. 159 *et seq.*), as regras de argumentação jurídica servem a determinar a coerência interna e externa da decisão jurídica, a partir do duplo pressuposto de que há casos em que não há uma única solução possível (“casos difíceis”), e de que quanto maior o poder conferido ao aplicador do direito – especialmente o judiciário –, maior também o seu dever de justificar o uso deste poder, sob pena de arbítrio.

(c) O “descobrimento” dos princípios como categoria normativa autônoma e a correlata fusão entre interpretação, ponderação e argumentação dão a tônica da teoria pós-positivista e neoconstitucionalista que Luís Roberto Barroso popularizou, a partir da teoria constitucional, na teoria do direito brasileira. Como ele mesmo sintetizou (cf. BARROSO, 2006b), a conjugação do marco histórico do pós-segunda guerra, do marco filosófico do pós-positivismo e de um marco teórico tripartido, cria as bases para a afirmação da supremacia da constituição no contexto brasileiro, antes dominado pelo código civil e pela doutrina civilista. A isso, a esta “constitucionalização do direito brasileiro”, a esta “afirmação tardia do direito constitucional no Brasil, chama Barroso (IBIDEM) o neoconstitucionalismo brasileiro.

Este neoconstitucionalismo brasileiro, portanto, trabalha sobre a base de uma tríplice fundamentação. Em primeiro lugar (“marco histórico”), reconhecendo o peso que a fraqueza normativa constitucional teve na força de

⁷⁷ Um aprofundamento destes requisitos de racionalidade das decisões judiciais encontra-se em Barroso e Barcellos, 2006, p. 352-58.

movimentos autoritários ao redor do mundo (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, supostamente, Brasil), e reconhecendo a conseqüente necessidade de uma “reconstitucionalização” do direito – e do *estado* (de direito). Em segundo lugar (“marco filosófico”), reconhecendo a superação do debate entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, uma vez que as constituições contemporâneas já positivam valores e permitem a ultrapassagem da “legalidade estrita”, sem o desprezo pelo direito posto. Em terceiro lugar, por fim e conseqüentemente (“marco teórico”), reconhecendo a “força normativa da constituição”, a “expansão da jurisdição constitucional”, e a “nova interpretação constitucional” (cf. BARROSO, 2006b).

Não obstante as flagrantes lacunas teóricas e metodológicas, este conjunto teórico de tendências díspares alcançou inegável e ampla disseminação na comunidade teórica do direito brasileira. Mesmo aqueles que procuram criticar estas assertivas expostas linhas acima, ainda parecem precisar admitir a mesma base teórica, sobre a qual, eventualmente buscam promover algumas mudanças e reformas.

Humberto Ávila (2004), apesar de uma profunda e interessante reconstrução do debate sobre a conceituação e diferenciação entre princípios e regras, bem como sobre a eficácia destas duas espécies normativas; e apesar de procurar “virar o jogo” a favor da regras, continua a pressupor um consenso valorativo *inserido* nos princípios constitucionais (“estados ideais de coisas”), e, com a introdução da categoria dos “postulados normativos”, volta ainda mais influência para o jurista, que agora se liberta do peso da referência à norma escrita, e ganha o poder de criar os “modos” de aplicação destas normas, fora do ordenamento positivo – embora, supostamente, em decorrência dele.

Também Ana Paula de Barcellos (2006) ou Paulo Ricardo Schier (2007), embora gastem boa parte de seus trabalhos criticando os exageros e problemas decorrentes da excessiva “euforia” com os princípios constitucionais ou com a filtragem constitucional, respectivamente, apenas buscam conter estes excessos e manter íntegra a teoria neoconstitucionalista e pós-positivista. E este núcleo é o da posição privilegiada do jurista ou do “intérprete” na decifração e aplicação de um consenso axiológico fundamental representado juridicamente pelas normas –

principalmente os princípios –constitucionais, com vistas a promover valores, ou estados ideais de coisas, das quais, sem mandato político qualquer, foi ele eleito guardião.

(d) Foi já dito acima que, para o pós-positivismo neoconstitucionalista funcionar, seria preciso, em primeiro lugar, provar a existência de uma qualquer ética compartilhada entre a comunidade jurídica de que se trate. Barroso (2006a, p. 28 *et seq.*), como vimos, assume que os princípios contêm, representam ou carregam em si estes valores compartilhados por toda a sociedade. A constituição seria o receptáculo destes valores, e os expressaria na qualidade de normas jurídicas – na forma de princípios. Mesmo alguns dos seus críticos assumem a mesma concepção. Curiosamente, o mesmo Barroso também reconhece as vicissitudes políticas que dominaram e envolveram o Congresso Constituinte brasileiro de 1987-88:

“A ausência de um texto base e a ânsia de participação de todos os segmentos da sociedade civil, arbitrariamente alijados do processo político por mais de vinte e cinco anos, dificultaram significativamente a racionalização e a sistematização dos trabalhos constituintes. Divididos os parlamentares, inicialmente, em vinte e quatro subcomissões, oito comissões temáticas e uma Comissão de Sistematização, o processo constituinte padeceu das vicissitudes inevitáveis a um empreendimento desse porte naquele contexto, assim como de ingerências excessivas do Executivo e da dificuldade de formação de maiorias consistentes, mesmo em questões meramente regimentais.

[...] No texto de seu *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento.” (BARROSO, 1999, p. 42-43, grifo do autor)

Não é só o processo constituinte que teve suas “vicissitudes”. O resultado do seu trabalho refletiu, neste ponto, os problemas políticos de certa maneira inevitáveis por que passou a Constituinte desde a sua convocação, como novamente reconhece Barroso:

“O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, foi este mesmo caráter democrático que fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categoria [sic] econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições

peçoais, etc. O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.” (IBIDEM, p. 44)

O difícil salto teórico que medeia entre um documento político nitidamente heterogêneo, problemático – e que em muitos pontos, como vimos, mantém a chamada “tradição republicana brasileira”⁷⁸ – e uma prática jurídico-interpretativa que opera sobre uma base axiológica estável e homogênea é feito, aparentemente, pela pena do jurista. Sobre um documento “oscilante entre extremos”, o jurista tem de teorizar e aplicar as normas tratadas por suas próprias correções. Estas, por sua vez, podem se valer de sistematizações teóricas que transcendem a norma posta expressamente na constituição. Os princípios constitucionais implícitos, os valores fundamentais e a “hierarquia frouxa” entre eles, as técnicas e os postulados normativos aplicativos, a teoria da argumentação. Todo este conjunto teórico criado pelo próprio jurista, *fora do* processo político de criação de normas jurídicas – no que Kelsen (2003, p. 388-90) chamaria de interpretação não-autêntica –, volta-se para o segundo passo do trabalho do mesmo jurista, que agora aplica a norma, devidamente *modificada e aperfeiçoada no seu trabalho teórico*.

A constituição não vale tanto como norma positiva e, neste sentido, dificilmente pode fornecer uma “superação” do jusnaturalismo moderno. O seu valor, como, de novo, reconhece Barroso para a Constituição Federal de 05.10.1988, é predominantemente – diríamos meramente – simbólico:

“A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduzira a coisa pública no Brasil por mais de vinte anos.” (IBIDEM, p. 43)

A apropriação simbólica da idéia de constituição, dissociando-a, ao mesmo tempo, do processo político que a concebeu e mesmo, em grande parte, do resultado material normativo que se operou a partir deste processo, é a maneira pela qual se pode utilizar a constituição, *fetichizada*, para justificar, mediante uma

⁷⁸ A expressão é de Werneck Vianna (2008) sobre a revolução passiva e a centralização estatal no Brasil. Cf. nota 81, acima.

argumentação mais ou menos regrada – sempre pelo jurista, de qualquer forma –, a pressuposição pouco crível de um consenso valorativo fundamental. A concepção dos princípios como valores, além disso, retira o seu caráter de norma jurídica, para colocar em seu lugar um vacilante e plástico caráter ético-axiológico.

Como valores, os princípios ser livremente moldados, aplicados parcialmente, re-significados quase livremente, e, de todo modo, entregues inteiramente ao trabalho técnico no intérprete. O seu nascimento democrático-político na qualidade de norma jurídica, associado ao seu caráter coercitivo-institucional inerente, se perde em favor de uma eficácia seletiva dependente do trabalho de remodelação do intérprete segundo suas próprias concepções de valores e de bens (cf. HABERMAS, 2001, p. 258-61). Para justificar isso, é preciso, além de pressupor uma comunidade de valores compartilhados, na qual não seja antidemocrático substituir normas jurídicas por valores; é preciso também assumir que o jurista recebe uma especial legitimação para acessar, melhor do que os demais cidadãos, estes valores.

(e) A transferência da controvérsia sobre finalidades e bens da esfera pública informal e da formal a ela ligada para um ramo do estado justificado pela técnica e não pela política, o poder judiciário, é feita sobre a base da maior legitimidade democrática deste poder para conduzir racionalmente esta controvérsia ou para abandoná-la em prol dos valores e bens “compartilhados por toda a sociedade”. Aqui, um duplo movimento teórico tem de ser feito: uma valorização idealizada do poder judiciário e do sistema judiciário que o circunda – a “comunidade dos intérpretes da constituição” – e uma desvalorização pessimista-realista dos demais poderes estatais. Um mecanismo teórico-político para realizar esta dupla tarefa já foi descrito acima, quando se viu a construção de uma divisão entre representação política e representação funcional – para Werneck Vianna (2003) – ou representação argumentativa – para Alexy (2005d). Por este mecanismo, a representação funcional-argumentativa serviria a complementar a representação funcional, corrigindo-lhe os excessos e as falhas sobre a base dos valores e dos princípios éticos que o direito permitia acessar, através do judiciário e das instituições que os circundam.

Um segundo mecanismo, no entanto, mais teórico-jurídico talvez, consiste em ver na técnica jurídica acessada pelos tribunais, pelo Ministério Público e pelos advogados em sentido amplo um meio privilegiado de racionalidade que estaria vedado à dinâmica política em sentido estrito. Esta, dominada pela corrida eleitoral, pela defesa de interesses e pela regra da maioria, se tornaria imperfeitamente ligada a estes valores que toda a sociedade compartilharia a partir da “tábua axiológica constitucional”.

“O debate [norte-americano sobre o *judicial review*], na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos na minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior do que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes, ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.” (BARROSO, 2006b)

Ao descrédito da política “eleitoral” se soma, portanto, o descrédito à regra da maioria, um debate, como dito na passagem acima, muito comum na filosofia política e jurídica norte-americana.

(aa) A imagem manchada do poder legislativo – principalmente, mas também do executivo – não é nova e, no Brasil, é mesmo uma constante. Desde os tempos em que a unidade nacional era o problema número um da nação brasileira (cf. WERNECK VIANNA, 2008) – também da colônia, bem verdade – o poder executivo, reconhecido como tal desde a primeira Constituição Imperial de 1824, buscava centralizar grande parte dos poderes nas suas engrenagens administrativas. O Poder Moderador (art. 101 da Constituição de 1824) não era

um poder à parte: era antes um complemento ao poder executivo do imperador, que poderia, com seu uso, dominar os outros poderes e manter a centralização do poder no território brasileiro, através da revisão das normas das assembleias provinciais.

A breve experiência para-federativa brasileira, durante o período regencial, quando o Ato Adicional de 1834 reformou a então constituição, dando significativa maior autonomia às províncias, foi logo vista como perigosa para a sagrada unidade nacional e os movimentos revoltosos que eclodiram na época – Cabanagem, Sabinada, Balaiada, Guerra dos Farrapos (cf. SKIDMORE, 1998, p. 67-72) – mostraram-se suficientes para que o estamento burocrático encastelado em torno da centralização imperial pudesse retomar todo o seu poder. A espécie de governo parlamentarista que se instalou quando D. Pedro II efetivamente assumiu o trono tinha de efetivamente viver sob a sua autoridade quase-ilimitada, embora o germe do dissídio com a centralização estamental estivesse plantado (cf. FAORO, 2003, p. 444-53).

A única e não muito longa experiência de predomínio legislativo no Brasil talvez seja a República Velha. Ainda assim, a “Política dos Estados”, ou “dos Governadores” era aliança política frágil, que garantia a autonomia estadual e a importância do parlamento à custa de fraudes eleitorais, voto de cabresto, e uma predominância por vezes incontestável do presidente da república, que determinava a distribuição dos recursos do orçamento e agia para garantir os ganhos dos cafeicultores, quando o mercado externo entrava em crise. A fraqueza da aliança política São Paulo-Minas Gerais era de resto demonstrada pelos “acidentes” nas indicações eleitorais para a presidência da república, como no caso do Mal. Hermes da Fonseca. Além disso, as pressões estamentais vindas, principalmente, da bancada do Rio Grande do Sul não permitiu qualquer ganho de estabilidade nesta já tênue transação política. Não por acaso, veio deste Estado o governante que simbolizou a ruptura com a “Política do Café-com-Leite” e que, de fato, manteve o poder pelos próximos quinze anos (cf. IBIDEM, p. 627 *et seq.* e).

Nada obstante, o predomínio do legislativo, instável como foi, durante o início da república brasileira não lhe rendeu frutos históricos. Ao contrário, a operacionalização da “Política dos Governadores”, através do parlamento, em prol do domínio rotativo do poder pelas elites agrárias de São Paulo e Minas Gerais trouxe descrédito e menosprezo historiográfico e político a esse poder. A imagem fisiológica e parasitária do funcionamento de deputados e senadores, não criada nesta época, foi, no mais, muito bem explorada pelo governo Vargas, que soube centralizar a política na figura do presidente da república, tal como já antes fora na figura do imperador.

A história do poder legislativo, no Brasil, é, portanto, salvo espasmos não muito bem sucedidos, a história de sua ligação parasitária como o domínio efetivo e estamental do poder pelo executivo (cf. PÁDUA, 2008a). É uma história de subordinação e de importância secundária, na qual a inexistência de revoluções liberais jogou grande papel. Desde o Império, e como acento durante os muito períodos ditatoriais pelos quais passou o Brasil, a tônica é a centralização de poderes na União e, dentro dela, no Executivo – e, mais recentemente, no Judiciário (cf. SALAZAR, 1977, p. 127-36).

A Constituição Federal de 05.10.1988 se propunha a revitalizar o poder legislativo, vitimado por anos de domínio direto e desvelado durante o regime militar de 1964. No entanto, o ímpeto reformista dos constituintes acabou freado pelas continuidades históricas com a tradição brasileira e com a influência notável dos juristas na eleição do judiciário como nova pedra de toque da democracia brasileira.

“A revitalização do nosso Congresso foi considerada passo decisivo na redemocratização do País. A Constituição de 1988 reforçou-lhe os poderes, para restaurar um equilíbrio que, no juízo dos que lutaram pelo fim do regime autoritário, tinha sido perdido durante a sua vigência. Contudo, não foi reposto o quadro institucional da República de 1946, em que, por exemplo, carecia o Poder Executivo do instrumento dos decretos com força de lei e o Congresso tinha muito maior competência em matéria orçamentária do que hoje. No regime militar, os decretos com força de lei estavam presentes, mas os constituintes de 88 não foram tão longe no seu trabalho de remover o ‘entulho autoritário’ a ponto de aboli-los por inteiro da nova Carta. Eles permaneceram metamorfoseados como ‘medidas provisórias’. Esta incorporação, na Constituição democrática, de um instrumento tão controvertido da ditadura não foi cochilo dos constituintes, mas sim ato consciente, em virtude da percepção de sua necessidade nos governos democráticos no mundo contemporâneo.” (CINTRA e LACOMBE, 2003, p. 42)

Some-se às já famosas e folclóricas medidas provisórias os demais poderes de agenda do executivo brasileiro sobre o processo legislativo – tais como os pedidos de urgência e as iniciativas privativas (cf. PILATTI, 1999) – e o quadro que se tem é a impopularidade do Congresso Nacional, acusado de inerte e fisiológico, ao lado de seu completo desprestígio institucional. Com isso, praticamente todos os itens políticos de grande relevância na agenda política brasileira se tornam iniciativa – e comando – legislativa do executivo, que tem muito mais chances de aprovar projetos de lei do que os próprios integrantes do legislativo (cf. AMORIM NETO e SANTOS, 2003).

Sem nunca ter sido protagonista político do estado, o poder legislativo, que por sua própria dinâmica de investidura, tem a maior possibilidade de conexão com a esfera pública informal, a fim de assegurar um fluxo comunicativo contínuo de legitimação democrática (cf. HABERMAS, 2001, p. 352 *et seq.*), recebe crítica semelhante aqui à de que também é alvo em outros países. E também por aqui, como alhures, a receita de revitalização dos poderes políticos corrompidos pelos interesses privados é a busca pela legitimação extra-política – ao menos no sentido de competição eleitoral – do poder judiciário. Daí a crítica de Habermas (2001, p. 266) ao “entendimento paternalista da jurisdição constitucional”:

“Este paternalismo é alimentado por uma desconfiança, amplamente compartilhada pelos teóricos do direito, sobre a irracionalidade dos legislativos que dependem largamente em disputas de poder e opiniões majoritárias emotivas [*emotionalized*]. De acordo com esta visão, uma jurisdição criativa de uma corte ativista pode ser justificada tanto pela sua distância da política, como pela racionalidade superior de seu discurso profissional. [...] Realmente, os discursos jurídicos podem pretender [*lay claim to*] uma comparativamente alta presunção de racionalidade, porque os discursos de aplicação são especializados para questões de aplicação da norma, e podem então ser institucionalizados dentro da estrutura avaliável [*surveyable framework*] da clássica distribuição de papéis entre as partes envolvidas e uma imparcial terceira parte. Pelas mesmas razões, no entanto, eles não podem *substituir* os discursos políticos que, afeitos à justificação das normas e políticas públicas, demandam a inclusão de todos os afetados.”

Na Alemanha do poderoso *Bundesverfassungsgericht*, na França dos *petits juges* (cf. GARAPON, 2001), na Itália da mistura de juízes e membros do ministério público (cf. DI FEDERICO, 1995) comandando mega-operações envolvendo políticos, enfim, em todo o mundo político ocidental, a tomada de legitimidade pelo poder judiciário é conseqüente e relacionada à perda desta

mesma legitimidade pelos poderes políticos em sentido estrito – legislativo e executivo.

Nos EUA, como em Barroso, o argumento das falhas intrínsecas dos poderes eleitos para conduzir os valores constitucionais se mesclam com críticas à (insuficiência da) regra da maioria.

(bb) A crítica à regra da maioria é, na verdade, uma anti-crítica. A discussão só se estabelece porque os críticos da possibilidade e invalidação de leis pelo poder judiciário apontam o que Barroso corretamente chamou “défice democrático” deste poder em relação aos poderes que concorrem para a feitura destas mesmas leis (ou atos normativos) que podem ser invalidados à sua revelia. Como a legitimação democrática do legislativo e do executivo advém, principalmente do fato de serem eleitos segundo alguma forma direta, e como tanto esta eleição quanto as decisões tomadas pelo principal órgão deliberativo dentre estes dois – o poder legislativo – são ambas resolvidas por alguma forma de contagem majoritária dos votos, está assim claro o alvo aos defensores do poder judiciário: a própria regra da maioria.

A idéia imediata é o reconhecimento inicial de que o poder judiciário, na invalidação das leis e atos normativos atua, como o chamara o ex-juiz da Suprema Corte Norte-Americana Robert Jackson (cf. COUTO, 2005, p. 97), escancarando o eufemismo do termo “contramajoritário”, *antidemocraticamente*⁷⁹. Sua tarefa, aliás já prevista nos *Federalist Papers*⁸⁰, seria, justamente, a de temperar e corrigir as eventuais injustiças que os poderes que servissem à maioria implementassem segundo esta dinâmica democrática. Um dos mais destacados defensores do ativismo judicial nos EUA, contemporaneamente, Ronald Dworkin, precisa seguir este caminho, para poder defender a sua “leitura moral da constituição”:

⁷⁹ A bem da verdade, Couto (2005) não concorda com a assertiva e prefere a qualificação da jurisdição constitucional como *pré-democrática*, ao atuar para garantir os pressupostos estruturais do jogo político democrático (que ele chama *polity*).

⁸⁰ Cf. Tavares (1986, p. 1138-43); Vallinder (1995, p. 17-19). Para um argumento – não muito convincente, é verdade – de que o sentido do *federalist paper* n. 78, de Alexander Hamilton, não era propriamente claro sobre a defesa da vocação contra-majoritária do poder judiciário no controle de constitucionalidade, mas a de sua independência, cf. Griffin, 1996, p. 94 *et seq.*

“Minha explicação [de uma “concepção constitucional da democracia”] considera que o objetivo definidor da democracia é outro: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito. Esta concepção alternativa da finalidade da democracia na verdade requer a mesma estrutura de governo que a premissa maiorista. Requer que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por funcionários eleitos em eleições populares. Porém a concepção constitucional requer estes procedimentos majoritários como resultado de sua consideração pelo *status* igual dos cidadãos, e não por estar comprometida com o ideal da regra da maioria. Portanto, não oferece nenhuma razão de por que algum procedimento não majoritário não se poderia empregar em ocasiões especiais nas quais este ampliaria ou protegeria melhor o *status* igual que considera a essência da democracia, e não aceita que estas exceções sejam uma causa de moléstia moral.

[...] segundo a concepção constitucional seria uma petição de princípio objetar a prática que atribui aos tribunais a faculdade de ditar a decisão final nestas questões [sobre a justiça do resultado do processo majoritário] controversas baseando-se em que a dita prática é antidemocrática, porque a objeção pressupõe que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e esta é a questão que está em discussão.” (DWORKIN, 2004, p. 117-18)

Dworkin, portanto, toma a questão a um nível mais profundo do que Barroso e assume que a insuficiência da “premissa majoritária” diz com a teoria da democracia. O problema para Dworkin, como teremos ocasião de tratar melhor mais tarde, é a justificativa de sua teoria epistemológica da democracia⁸¹. Como não pode ser claro *ex ante* o que conta positiva ou negativamente para a promoção do princípio base de igual consideração e respeito a todos os indivíduos, a controvérsia sobre se uma determinada norma é democrática ou não neste sentido depende de algum fórum de decisão, melhor se institucionalmente reconhecido como competente para tal. Dworkin afirma que, por ser estranhos à dinâmica política que produziu a norma e por trabalharem especificamente com a aplicação das leis e da constituição, os tribunais têm melhor capacidade de avaliar o respeito aos princípios estabelecidos na própria constituição, como requisitos da democracia da norma. A teoria dworkiniana da democracia é assumidamente calcada na correção *dos resultados*, portanto, e, sua teoria jurídica da leitura moral da constituição faz com que o parâmetro de avaliação destes resultados seja a

⁸¹ As teorias epistemológicas da democracia serão abordadas no capítulo seguinte. Por ora diga-se apenas que consistem em justificar a democracia como um regime melhor do que os outros possíveis com base na premissa de que atinge melhor resultados assumidos como corretos. O problema de que resultados são esses e quão substanciais se estipulam é o que determina a diferença entre teorias epistemológicas fortes e fracas, ou procedimentais e substanciais. Cf. BOHMAN e REHG, 1997.

constituição moralmente reconhecida e os tribunais, junto com a comunidade jurídica, responsáveis por esta leitura.

Uma primeira e mais profunda objeção, do ponto-de-vista da divisão do trabalho discursivo entre justificação e aplicação da norma, e das regras de ética do discurso que subjazem às duas já foi notada acima, em citação de Habermas. Esta objeção, afinal, dará com uma discussão sobre a teoria da democracia e terá de ter tratamento à parte. Uma mais óbvia e direta objeção, no entanto, desdobra-se em dois caminhos e foi feita por Jeremy Waldron. A primeira parte é reconhecer que, dada a tão propalada abertura semântica dos princípios⁸² e a possibilidade de atribuições conflitantes de sentido à sua aplicação nos casos concretos, também o que vai contar como critério para a correção democrática dos resultados de uma deliberação majoritária está sujeita, como dito, a um outro debate, metaprocessual, por assim dizer, em relação ao debate que originou, por processo majoritário, a norma questionada. O segundo caminho do argumento é que, também neste segundo debate sobre a correção da norma, os desacordos de sentido normativo afloram – ou podem aflorar – e terão de ser dirimidos por algum critério que resolva o dissenso insolúvel para o momento. Não surpreendentemente, os tribunais que recebem a atribuição do controle da constitucionalidade das normas, órgãos tradicionalmente colegiados, em sua maioria, apresentam dissensos internos significativos em suas decisões. E estes dissensos são resolvidos, também não surpreendentemente, por alguma forma de regra da maioria.

“Alguém poderia objetar que, nos Estados Unidos, ao menos, isto [renunciar a nossas convicções morais em favor da decisão da maioria] não é o que exige a nossa moralidade política. Pode ser que requeira que submetamos nossas visões imparciais sobre a eleição política à decisão majoritária, mas não que submetamos nossas convicções morais de princípio sobre a justiça ou os direitos ao processo majoritário. Ao contrário, segundo esta objeção: reservamos um mecanismo especial, uma forma não majoritária ou contramajoritária, para tomar decisões em questões que os cidadãos considerem da maior importância para a justiça ou os direitos. As questões de princípio que afetam a justiça ou os direitos são (ou podem

⁸² De resto, como já reconhecia o positivismo, uma abertura polissêmica inerente a qualquer norma e mesmo a qualquer manifestação lingüística. Cf., em geral, do ponto-de-vista da hermenêutica filosófica, Ricoeur, 2000., e, especificamente para o texto normativo jurídico, do ponto-de-vista da filosofia analítica, Sgarbi, 2005. A linguagem normativa e o problema da atribuição de sentido é também e profundamente abordada por Habermas, 2002c., do ponto-de-vista de um pragmatismo moderado.

ser) resolvidas pelos tribunais; se consideram muito importantes para deixá-las à mercê do processo majoritário.[...]

Creio que esta objeção é errônea e a razão pela qual é errônea é bastante eloqüente no contexto das minhas preocupações.

De fato, é a nossa prática abandonar o princípio da regra da maioria quando uma questão se traslada da tomada de decisões popular ou representativa para os tribunais? A resposta é claramente não. O princípio da regra da maioria permanece com a base fundamental para a resolução do desacordo sobre os méritos de uma questão entre os membros de um tribunal determinado. [...] A diferença, quando uma questão se traslada do legislativo a um tribunal ou ao referendo de um tribunal, é de eleitorado, mas não uma diferença no método de decisão. Mantemos o princípio da regra da maioria; só que agora se aplica a um corpo decisório com nove indivíduos [na Corte Suprema dos EUA], em lugar de um órgão com centenas (no caso de um parlamento) ou milhões de votantes (no caso da iniciativa popular).” (WALDRON, 2004, p. 254-55)

Mas se a questão que vai aos tribunais não retira a regra da maioria de cena para a resolução de um dissenso insolúvel pelo momento, então a única justificativa para a manutenção da vocação revisora do sistema judiciário em relação aos poderes eleitos é uma suposta superioridade na qualidade do discurso e da argumentação que se dá no bojo deste sistema⁸³.

(cc) O discurso jurídico que se dá nos tribunais, presente a teoria clássica do processo como conflito de interesses, se dirigia, como afirmou Habermas, a aplicar normas previamente dadas aos casos concretos, previstos, no esquema

⁸³ A crítica de Amy Gutmann (2004) ao texto de Waldron citado, invocando, (i) o fato de que o desacordo ético-moral não é, em si, moralmente neutro e de que, por isso (ii) o melhor exemplo para a analogia da vocação contramajoritária não seria a própria regra da maioria nas corte colegiadas, mas sim os corpos de jurados que decidem – nos EUA, mas não no Brasil – por unanimidade; esta crítica não salva a “dificuldade contramajoritária” e o problema do déficit democrático dos tribunais. Quanto ao primeiro argumento, mais será dito adiante, e por ora só calha adiantar que também a qualificação normativa sobre as alternativas do desacordo moral – contra o “ceticismo” imputado a Waldron – depende da aceitação de que algum super-intérprete detenha o poder normativo para esta avaliação, *por fora* do processo jurídico-democrático em que tal avaliação tem aplicação. Quanto ao segundo argumento, sua fraqueza é evidente. Do ponto-de-vista teórico, o júri não decide sobre normas, predominantemente, senão sobre fatos. É sua tarefa reconhecer a verdade das pretensões elevadas pelas partes em litígio no caso. Nesta avaliação de verdade, embora entrem também em questão, as concepções ético-morais dos participantes do debate jogam papel menor e causam menos dissenso e desacordo. Ainda do ponto-de-vista teórico, é uma escolha, dentre outras possíveis a regra da unanimidade e, mesmo feita, é preciso prever a possibilidade – não tão remota – de que o dissenso seja insolúvel e a unanimidade não alcançada. No caso do júri, esta possibilidade – nos EUA, novamente – é resolvida pela dissolução do júri e pela convocação de um novo, com repetição da instrução probatória e tudo o mais. Está claro que, do ponto-de-vista pragmático, esta opção é inservível para os tribunais, que não podem ser dissolvidos e convocados a esmo, e que quase não tomariam decisões a tempo se precisassem sempre de unanimidade. De resto, diga-se que a própria sugestão da unanimidade para analogia com o contramajoritarismo supõe uma insustentável unanimidade de fundo e *a priori* quanto a valores e normas morais, não ocorrente em sociedades pós-convencionais, como veremos.

normativo, apenas hipotética e abstratamente. Com a virada pós-positivista e a reformulação na teoria da norma jurídica, o foco não era mais a norma dada, mas a “justiça do caso concreto”. A teoria dos princípios e a assimilação destes a valores compartilhados comunitariamente deu à jurisdição um papel de afirmação axiológica desta comunidade, especialmente através da jurisdição constitucional. Como visto acima, uma das facetas da judicialização da política, a faceta interna, é a troca de lógicas procedimentais entre criação e aplicação de normas jurídicas, ou entre discursos de justificação e de aplicação normativa (cf. HABERMAS, 2001, p. 222 *et seq.*).

Com a confusão entre normas e valores, no entanto, a jurisdição passa a manipular valores sem passar pelo crivo democrático da conexão com a esfera pública informal, seja através de eleições periódicas, seja através de mecanismos de responsividade formais ou informais – plebiscitos e referendos, passeatas, comícios, manifestações, e-mails, etc. A pouca porosidade da jurisdição para com a esfera pública informal traz problemas para a livre manipulação que se lhe quer dar sobre valores e concepções sociais de bem.

Entretanto, ainda assim, os neoconstitucionalistas pós-positivistas como Barroso querem fazer crer que o judiciário e a comunidade jurídica que o circunda são mais legitimados do que os demais poderes para promover, racionalmente, a efetivação destes valores fundamentais. A primeira base teórica desta assertiva – a de um consenso comunitário em torno de valores – será mais adiante criticada em pormenores. A base subsequente, mais retoricamente apelativa e menos evidentemente vazia, está em que os poderes políticos representativos são ilegítimos porque sucumbem a interesses e pressões político-eleitorais, ao passo que as cortes são imunes a tais pressões. E embora seja verdade que os tribunais, por não serem eleitos, têm menos que se preocupar com pressões eleitorais; e embora seja verdade que tais pressões importam na determinação da atuação do legislativo e do executivo muitas vezes – como demonstram, principalmente, as teorias econômico-institucionalistas da democracia⁸⁴ –, não é certo que o contraste se estabeleça fortemente entre tribunais imaculados e poderes eleitos corrompidos.

⁸⁴ Cf. Przeworski, 1995; Pilatti, 2006.

“Oponentes do *judicial review* são às vezes acusados de adotar uma visão ingenuamente otimista do poder legislativo. Mas, às vezes, nós fazemos isso deliberadamente, contrastando [*matching*] uma imagem otimista com outra em face da recusa dos defensores das cortes em levar em conta realisticamente o que ocorre nelas.” (WALDRON, 2006, p. 1379)

Com efeito, não há sentido em contrastar uma teoria realista ou econômica da prática legislativa com uma teoria normativa da prática jurisdicional. Ambas assumem premissas teóricas distintas e, em muitos casos, contrapostas. O mesmo modelo de indivíduo que maximiza utilidade e age segundo seus interesses no legislativo tem de valer para o judiciário também, onde há vários interesses egoístas a satisfazer – notoriedade, promoção, riqueza lícita ou ilícita, etc. E, se se quiser abraçar uma metodologia pós-empiricista que mescla padrões explicativos e científicos distintos (cf. BOHMAN, 1993) para promover a elucidação dos objetos da ciência social, é preciso que estas mesclas de padrões se apliquem aos mesmos fenômenos igualmente, não seletivamente.

Abandonada a idealização dos dois lados, no entanto, sobra apenas a comparação direta quanto à legitimidade democrático-racional entre o judiciário e a sua comunidade jurídica, e os demais poderes (eleitos). Barroso – e seus interlocutores – assumiu sem incursão na teoria da democracia que cabia ao primeiro ser o guardião da fragilidade política dos segundos e que democracia não se mistura com maioria votante. Assumiu, além disso, também sem muita fundamentação teórica, que a constituição (brasileira) positivou valores compartilhados por toda a comunidade (brasileira), os quais, portanto, deveriam ser realizados sempre na maior medida possível, quando contrapostos no caso concreto, através da argumentação e da ponderação de princípios. Por fim, assumiu, de novo à falta de uma teoria filosófica de base, que o intérprete do direito teria acesso privilegiado a estes valores compartilhados e que deveria promover a sua efetividade, tendo como via principal a assunção de um papel na comunidade jurídico-judiciária de intérpretes da constituição, apta a, pela atuação estatal do poder judiciário, garantir a força normativa da constituição.

Pois foi para suprir esta falta de base filosófica, perdida no caráter negativo do pós-positivismo e no “sincretismo metodológico” (cf. BARROSO, 2006b) da teoria jurídica a que deu azo, que Lenio Streck procurou o apoio da hermenêutica

filosófica, em rápida ascensão desde que Heidegger a popularizou, no início do séc. XX.

3.3.2. Lênio Luiz Streck e a hermenêutica jurídica gaúcha

Em muitos pontos, a reconstrução teórica das assertivas-chaves de Luís Roberto Barroso valem também para Lênio Streck. Apesar de desenvolvida em um espaço intelectual algo distinto de Barroso, Streck partilha com ele do tempo teórico e do ponto de partida do ataque: o assim chamado e algo estilizado⁸⁵ “positivismo jurídico no Brasil”. Ambos começam a ganhar destaque na comunidade jurídica pouco depois que a Constituição Federal de 05.10.1988 entra em vigor e ambos partem da teoria negativa do pós-positivismo para levantarem seus próprios edifícios teóricos. Barroso, formado na teoria do direito norte-americana, parece mais pragmático e raso. A expressão “sincretismo metodológico” com a qual o critica – junto a outros – Virgílio A. da Silva (2005) é a melhor metáfora de um corpo teórico numeroso e esparso sem uma base filosófica comum, que soube, por maior mérito, aproveitar uma série de contribuições díspares de várias comunidades jurídicas distintas, convergentes no trauma do fantasma nazi-fascista e no *fetichismo* e *otimismo* constitucional. Também milita no sentido desta conclusão o fato de ser o “marco filosófico” do neoconstitucionalismo de Barroso o pós-positivismo, ele mesmo um corpo díspar e unido pela rejeição negativa ao positivismo – ou a uma versão qualquer dele.

Lênio Streck, oriundo de uma escola filosófica heideggeriana-gadameriana do Rio Grande do Sul, procura adaptar este legado à teoria do direito para realizar a crítica ao positivismo jurídico sobre pressupostos filosóficos mais sólidos. Espera, com isso, suprir a série de lacunas teóricas que vulneraram muitas das asserções de Luís Roberto Barroso.

⁸⁵ Sem embargo do que já foi notado a respeito da disputa teórica entre positivismo e pós-positivismo em geral e do “diálogo de surdos” no qual muitas vezes tal disputa se converte, também no Brasil muitas das idéias e afirmações atribuídas ao um “positivismo formalista” são retiradas de assunções apressadas e pouco construídas ou refletidas sobre o que realmente significa o positivismo jurídico e como ele penetrou ou não na teoria e na dogmática jurídica brasileira. Cf. um bom apanhado defensivo do positivismo, inclusive no Brasil, em Dimoulis, 2006, p. 45 *et seq.*

(a) Como dito, o ponto de partida é, em linhas gerais, à parte a maior acidez da crítica, o mesmo:

“O novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasiliis*. Ainda não compreendemos o cerne da crise, isso é, que *o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, com a plenipotenciabilidade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência*. Assim a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Trata-se, pois de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincaram raízes na concepção positivista de direito, que identifica *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade.” (STRECK, 2006b, p. 224-25, grifos do autor)

Ainda mais explícita a ambiciosidade do que Barroso, portanto, Streck pretende refundar a teoria do direito (no Brasil), com base em uma tríplice reformulação radical: na teoria das fontes, na teoria das normas e na teoria da identificação do direito. De certa maneira, essa era, também, a fundamentação da interpretação do pós-positivismo de Albert Calsamiglia (1998) – expressamente citado por Streck (2006b, p. 225, nota 3). A diferença, no entanto, se mostra na base teórica para a “superação” do positivismo. A base para esta empreitada de Streck é a superação da “filosofia aristotélico-tomista e da filosofia da consciência” – e, com ela, também do modelo de “liberal-individualista” de “disputas interindividuais” (cf. STRECK, 1999, p. 320; IDEM, 2006b, p. 223), justamente as bases de ataque também da hermenêutica de Heidegger-Gadamer. Esta superação realizaria uma mudança paradigmática na compreensão ontológica do direito. No entanto, não será tão fácil promover a transição da ontologia filosófica para a filosofia do direito.

(b) O primeiro passo para “superar” a visão “metafísica” do paradigma anterior do direito – de modelo “liberal-individualista” – é a nova compreensão do papel do direito na contemporaneidade. Aqui, uma transformação de base filosófica inspirada na hermenêutica heideggeriana-gadameriana é mesclada como

uma transição paradigmática sócio-histórica similar à que Habermas procura descrever⁸⁶. Com a mescla, um paradigma do “Estado Democrático de Direito” deve superar o do Estado Liberal, assimilando as conquistas do “Estado Social”. À diferença de Habermas, no entanto, o local desta transição paradigmática não é – ou não é predominantemente – o horizonte sócio-histórico na qual o direito se torna compreensível e ativo, mas a própria constituição, pela atividade da comunidade jurídica. Superando o individualismo e o formalismo da atual “baixa compreensão” constitucional, e sobre o incentivo da Constituição Federal de 05.10.1988, o jurista deve assumir seu papel no resgate das “promessas da modernidade”.

“O Estado democrático é um *plus* normativo em relação ao Estado Social. Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito põe à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do *welfare state*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do legislativo e do executivo para o judiciário. [...]

Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. Entretanto [...] **é pela via judiciária que é possível a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição**, e, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, **pode servir com via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.** (STRECK, 1999, p. 323)

O Estado Democrático de Direito, portanto, é um novo paradigma do direito e a democracia que acompanha seu nome é um “*plus* normativo”, no sentido de que se aproxima das promessas de mudança social inscritas no “*modus interpretativo*” do direito. Democracia se mede, nesta linha, pela maior proximidade dos resultados da aplicação da constituição em relação a uma específica expectativa do que deve ser o resultado destas transformações sociais pressupostas e inseridas na própria idéia/conceito de direito.

Obviamente, a primeira questão que daí ressalta é sobre a maneira pela qual se vai poder construir ou descobrir estes parâmetros que permitam, *ex ante*, a

⁸⁶ Cf. cap. 2.4, acima.

avaliação do grau de “modernidade” ou a correta compreensão e aplicação do direito nos casos concretos. Se não houver um mecanismo qualquer que delimite o significado “correto” destas promessas de modernidade embutidas no direito – nomeadamente na constituição –, a avaliação normativa quanto à validade de qualquer compreensão e aplicação sua vai, evidentemente, depender das próprias convicções do jurista que a avalie, sem possibilidade de comunicação e debate de suas concepções com outros que dele discordem, ou, pior, sem a possibilidade teórica de discordância.

(c) Para afastar esta perplexidade, é que o segundo passo deve ser dado. Em verdade, este segundo passo já estava embutido e latente no primeiro. O paradigma do Estado Democrático de Direito em Streck não representa somente uma mudança sócio-histórica, em que o jurista deve assumir o centro das decisões políticas: é também uma mudança metodológica no modo de pensar o direito, a fim de que ele possa assumir fundamentadamente esta tarefa gigantesca que o espera. O jurista assume este papel de destaque no estado, porque a ele compete a renovação da fusão de horizontes interpretativa que a constituição simboliza.

A constituição, num movimento ainda mais marcadamente fetichizante do que no neoconstitucionalismo de Barroso, assume uma condição de pré-compreensão fundamental sobre a qual o jurista trabalha, tal como se teologicamente interpretasse sagradas escrituras.

“A falta de uma pré-compreensão impede o acontecer (*Ereignen*) do sentido. Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto *detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária*, pois é exatamente a partir da compreensão deste fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico [...] válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença ‘faticidade-historicidade do intérprete e da Constituição-texto infraconstitucional’*. Um texto

jurídico [...] jamais é interpretado *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”. (STRECK, 2004, p. 243-44)

A pré-compreensão do mundo, fruto de cristalizações lingüísticas de sentido na tradição cultural ou na “consciência histórica” (cf. GADAMER, 1995, *passim*) de uma determinada comunidade, destaca-se, em Streck, de sua totalidade para apreender a “lingüisticalidade” ôntica do mundo como um todo (cf. IDEM, 1977b) para concentrar-se e localizar-se como tradição específica do direito, tradição *jurídica*. Neste sentido, a conversão do apanhado amorfo feito pelo “sincretismo metodológico” pós-positivista de Barroso para a condição de postulados hermenêuticos derivados da pré-compreensão pela tradição jurídica (“mormente no continente europeu”) acerca dos sentidos da constituição não parece trazer vinho novo ao novo odre. Traz, no entanto, um novo estatuto teórico para o que era apenas arbitrariamente apontado como métodos ou princípios de interpretação constitucional, sem muita preocupação quanto à sua origem ou fundamentação teórica.

(d) A hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, neste ponto, tem, sem dúvida, muito a oferecer. Com a “virada lingüística” da hermenêutica filosófica, Streck ganha, simultaneamente, um ponto de crítica ontológico-epistemológica ao positivismo (jurídico) e um ponto de apoio para o assentamento do texto constitucional como expressão de uma produção de sentido que não pode ser compreendida fora de uma determinada tradição cultural.

A linha epistemológica pós-empiricista que parte da recepção epistemológica das teorias de Gadamer, principalmente, já é ampla e sedimentada (cf. TAYLOR, 1987; GUIGNON, 1991). A idéia da produção de sentido social pelos atos humanos, e da necessidade de interpretação dos fatos sociais pela ciência social (cf. BOHMAN, 1993, p. 102 *et seq.*; HABERMAS, 1984, p. 102 *et seq.*) tem muito a dever à intuição primordial de Heidegger, depois conduzida adiante por Gadamer. Grande parte desta tradição epistemológica da segunda metade do séc. XX, que, além de Gadamer, procura incorporar a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, parte de uma crítica da epistemologia positivista-conductista-behaviorista que até então dominava a produção do

conhecimento em ciências sociais, à moda das ciências naturais. Autores como Kuhn e Feyerabend (cf. B. S. SANTOS, 2003, BOHMAN, 1993) deram contribuições importantes na linha da sociologia da ciência e da epistemologia, que culminou com a incorporação da filosofia da linguagem – de vários matizes diferentes – da filosofia analítica, à hermenêutica filosófica ao pragmatismo filosófico; todos com o objetivo de auxiliar as ciências sociais – ou uma forma qualquer de saber diferentemente chamada – a produzir conhecimento, agora que a inexorabilidade da linguagem para a compreensão e interpretação dos fatos sociais se mostrara (cf. GUIGNON, 1991; HABERMAS, 2002d)⁸⁷.

A bem da verdade, Gadamer não queria – primordialmente⁸⁸ – produzir uma revolução epistemológica. Heidegger muito menos. Para um ou para outro, a hermenêutica filosófica era uma maneira de reconhecer o potencial onímico da linguagem para promover um conhecimento “escondido”. A idéia de Heidegger era (re)conhecer a universalidade sem a metafísica cartesiana; sem a necessidade de apelar para realidades ou universos apriorísticos, independentes do tempo e do espaço em que estamos todos já mergulhados. O conceito de *diferença ontológica*, tão caro a Streck (cf. 2006a, *passim*), que separa o *Ser (Sein)* do *ente (Seiende)*, o *ontológico* do *ôntico*.

⁸⁷ Ainda hoje, a melhor metáfora desta inexorabilidade continua sendo a do “círculo hermenêutico”. Embora, como o próprio nome denuncie, seja este conceito uma criação da hermenêutica filosófica, a sua expansão para qualquer epistemologia pós-empiricista parece justificada, já que é marca desta epistemologia o reconhecimento de que “temos vedado um acesso direto – e não-mediado lingüisticamente – à realidade ‘nua’.” (HABERMAS, 2002b, p. 10). Em linhas gerais, o círculo hermenêutico quer dizer duas coisas: na sua formulação original ontológica, diz com a necessidade da contínua interpenetração entre o ôntico e ontológico, entre o sentido sempre presente e o sentido transcendente dos fatos e atos sócias; neste sentido, o círculo hermenêutico é um fluxo de produção de sentido que vai do particular para o universal e de volta, a fim de que a linguagem possa efetivamente mostrar-se fundida com o mundo fenomênico e como chave para sua compreensão (cf. GADAMER, 1996, p. 73 *et seq.*; IDEM, 1977c; HABERMAS, 2002d, p. 80-83). Em sua apreensão epistemológica, o círculo hermenêutico representa a impossibilidade de fugir da linguagem para a explicação e compreensão de qualquer ato social, uma vez que o seu significado só pode ser sistematizado e transmitido por meio da linguagem, que, por sua vez, só pode ser aprofundada dentro da própria linguagem. Não há, portanto, meio de sair do círculo lingüístico em que todos, por compreendermos e produzirmos sentido social como nossos atos no dia a dia, estamos já e irremediavelmente, mergulhados (cf. TAYLOR, 1987, p. 35 *et seq.*; BOHMAN, 1993, p. 102 *et seq.*)

⁸⁸ Os trabalhos de Gadamer tratam *também* de epistemologia, obviamente, mas ele reconhece, com Heidegger, que “o compreender é a forma original de realização do ser-aí humano, na qualidade de ser-no-mundo. E, antes de toda diferenciação do compreender nas duas direções do interesse prático e do interesse teórico, o compreender é um modo de ser-aí que o constitui em ‘saber-ser’ e ‘possibilidade’.” (GADAMER, 1996, p. 50)

“O semideus Dioniso oferecera-se tanto aos românticos como a Nietzsche como o deus ausente, que, por meio, do seu ‘distanciamento extremo’, dava a entender a uma modernidade abandonada pelos deuses o que lhe foi retirado em energias sociais de coesão no curso de seu próprio progresso. A idéia da diferença ontológica serve agora como ponte entre essa idéia de Dioniso e a questão fundamental da metafísica. Heidegger separa o Ser, que sempre fora compreendido como o Ser do ente, do próprio ente. Visto que o Ser só pode atuar com portador do acontecer dionisíaco se se tornar em certa medida autônomo – como o horizonte histórico dentro do qual o ente aparece pela primeira vez.

O ente, aquilo que se apresenta a nós no dia-a-dia como parte da história e do tempo, aquilo que é *aí*, o *ser-aí* (*Da-sein*), só pode ser signo e mostra do Ser (*Sein*) total, que escapa à análise transcendental ou fenomenológica⁸⁹ e só pode ser acessado a partir da “lingüística” fundamental do mundo (cf. GADAMER, 1977b e 1977c). A recepção das intuições de Heidegger por Gadamer alguns anos depois ratificou e ampliou o papel da linguagem na compreensão do ser e o papel da tradição e da consciência histórica na pré-compreensão da historicidade do tempo como condição de possibilidade para *qualquer* compreensão do mundo.

“Tais quais, estas linhas [de Heidegger sobre o círculo hermenêutico] não enunciam apenas as exigências que se impõem à prática da compreensão. Elas descrevem a maneira pela qual procede sempre a interpretação que visa a uma compreensão cuja medida é a ‘coisa mesma’. É a primeira vez que se afirma explicitamente o sentido ontologicamente positivo do círculo que implica a compreensão. Toda interpretação autêntica deve se precaver contra o arbitrário das idéias barrocas que tocam o espírito, e contra os limites derivados de hábitos inconscientes de pensar. É evidente que, para ser autêntica, a visão da investigação deve ser dirigida à ‘coisa mesma’, e de maneira que ela seja avaliada por assim dizer ‘em pessoa’. É mesmo evidente que a compreensão fiel do sentido de um texto, por exemplo, não é o caso de simples desejo mais ou menos vago, nem de ‘boas e piedosas intenções’, mas constitui bem o sentido mesmo do problema que designava Heidegger por ‘tarefa primeira, permanente e última’ da compreensão interpretativa. Ora o caráter circular da compreensão é precisamente o resultado [*aboutissement*] do esforço que sustenta o intérprete para manter-se rigorosamente nesse programa, a despeito dos erros que poderá cometer no curso de suas investigações.” (GADAMER, 1996, p. 78)

Aqui, a figura do *intérprete* reaparece, mas agora para designar *qualquer* *pessoa*. Num mundo “preso” no círculo hermenêutico, a chave para os fenômenos (*o ser-aí*) e deles para o *Ser* é a interpretação de significados presentes em

⁸⁹ É no entanto clara a presença e a inspiração do método da análise transcendental da fenomenologia de Husserl, que procurava identificar e mostrar a existência do sujeito a partir da intencionalidade que dirigia aos objetos. Cf. Costa, 1996. O próprio Gadamer (1977a e 1996, p. 49-50) presta grande tributo à fenomenologia de Husserl e Max Scheler, e os aponta precursores da virada que Heidegger dará na filosofia metafísica, ao descobrir e afirmar o papel insubstituível da linguagem na pré-compreensão e na antecipação de sentido do *Ser*. De fato, Heidegger foi discípulo de Husserl.

qualquer situação e em qualquer momento ontológico, tal como se interpretam textos propriamente ditos⁹⁰. O mundo só se apresenta o sujeito a partir da – e na qualidade de – dinâmica textual-significante e, para abri-lo (cf. HABERMAS, 2002d, *passim*), é preciso se inserir nesta atividade ininterrupta de pré-compreensões e antecipações de significado, que misturem num mesmo contexto de continuidade ou ruptura tradicional as dinâmicas históricas do passado, presente e futuro.

(e) Convertida numa característica ontológica fundamental, a hermenêutica se transmuda em uma atividade inafastável, mas também irreduzível a métodos e finalidades rígidas. Converte-se, portanto, numa espécie de “arte” (cf. HABERMAS, 1996a, p.21), de dinâmica inexplicável senão a partir de si mesma que deve continuar “a despeito dos erros que poderá cometer”, haja vista que nada transcende ou se coloca fora da “lingüisticalidade” do mundo, nem o ôntico (ente) nem o ontológico (Ser). A linguagem é parte deste mundo, mas ao mesmo tempo o modo pelo qual ele se abre. E a atividade da linguagem só pode ter lugar nas trocas intersubjetivas e intertemporais que procuram atribuir novos sentidos a manifestações significantes de outros contextos. A(s) tradição(ões) em que produzidas as manifestações de significado precisam se apropriar de sua histórica (cf. GADAMER, 1996) e, também, dialogar com outras tradições a fim de vislumbrar novos sentidos em diferentes manifestações, e, como isso, caminhar no sentido da abertura do mundo⁹¹. Este diálogo intersubjetivo e intertradicional permite uma *fusão de horizontes* interpretativos (cf. LINGE, 1977, p. xxv-xxviii) e, esta fusão, por sua vez, é o que promove a possibilidade de interpretação em si e, em última análise, a abertura do mundo.

“O que estou descrevendo é o modo de toda a experiência humana do mundo. Chamo esta experiência hermenêutica porque o processo que estamos descrevendo é repetido continuamente durante a nossa familiar experiência. Há sempre um mundo já interpretado, já organizado em suas realidades básicas, no qual a experiência aparece [*steps*] como algo novo, irritando [*upsetting*] o que levava as nossas expectativas e atual [*undergoing*] reorganização, em si, a revoltar-se [*in the upheaval*]. Mal-entendidos e estranhezas não são os primeiros fatores de tal modo que evitar mal-entendidos pudesse ser visto como a tarefa específica da

⁹⁰ Daí Taylor (1987, p. 33) falar em “textos ou situações análogas a textos” e Ricoeur (2000, p. 20 *et seq.*) falar em “dialética do evento-significação”.

⁹¹ Gadamer (1977b e 1977d) recorre ao exemplo da tradução e da arte como exemplos de aplicação desta abertura do mundo e diálogo de tradições através e na linguagem. Ricoeur (2000, *passim*) utiliza a metapsicologia freudiana, a arte e a teologia como aplicações teóricas.

hermenêutica. Exatamente o oposto é o caso. Apenas o apoio de entendimento comum e familiar torna possível a entrada [*venture*] no alienígena, o destacar [*lifting up out of*] algo do alienígena, e logo o aumento e enriquecimento da nossa própria experiência do mundo.” (GADAMER, 1977b, p. 15)

A universalidade da fusão de horizontes corresponde à universalidade da linguagem na leitura do mundo, que, por sua vez, conduz à universalidade (ontológica) da hermenêutica.

“Nós estamos sempre já vinculados [*biased*] em nosso pensamento e conhecimento pela nossa interpretação lingüística do mundo. Crescer nessa interpretação lingüística significa crescer no mundo. Neste sentido, a linguagem é a real marca de nossa finitude. Está sempre além de nós. [...] Realmente, não há consciência individual de todo, na qual a linguagem falada não esteja presente. [...] [...]

A linguagem não é um domínio delimitado do falável [*speakable*], contra o qual outros domínios infaláveis [*unspeakable*] poderia se colocar. Ao invés, a linguagem é onímota [*all-encompassing*]. Não há nada que seja fundamentalmente impedido de ser dito, no sentido que nosso ato de querer dizer [*meaning*] tencionar. Nossa capacidade para dizer corresponde incansavelmente com a universalidade da razão. Logo todo diálogo tem um inerente infinitude e não tem fim.” (GADAMER, 1977c, p. 64 e 67)

A hermenêutica, como interpretação lingüística do mundo, portanto é universal em sua presença – inevitável pelo círculo hermenêutico em que já nos encontramos por estar no mundo –; porém, ao mesmo tempo, deriva o sucesso de sua atividade das pré-compreensões culturais que têm lugar em determinadas tradições. Embora estas tradições e as pré-compreensões correlatas não sejam inafastáveis ou fixas e possam ser postas em questão, até certo limite (cf. GADAMER, 1977b, p. 8-9), fato é que a comunicação de tradições no tempo e no espaço só pode ocorrer através da atividade interpretativa mesma, na fusão de horizontes. E esta fusão não é um método, mas um (modo de) *ser*.

(f) A partir deste vasto, complexo e enigmático arcabouço filosófico, Streck vai procurar embasar uma teoria da constituição – e do direito – que corresponda e explique este paradigma do Estado Democrático de Direito. A princípio, a aplicação da hermenêutica filosófica de Heidegger-Gadamer ao direito é não só imediata, como óbvia. Afinal, mais obviamente do que a maioria dos fenômenos sociais, o direito incorpora não só a característica de se apresentar na forma de textos – razão pela qual a interpretação jurídica é um ramo da teoria do direito já secular (cf. PÁDUA, 2008b) –, mas também a dimensão temporal e espacial da fusão de tradições é mesmo inerente à dinâmica de produção de normas, no

contexto sócio-político e teórico ainda dominado pelo estado-nação (cf. HABERMAS, 2000, p. 81-85). Além do mais, a ascensão do neoconstitucionalismo pós-positivista e sua virada ao caso concreto e à aplicação do direito trouxe a necessidade do aprofundamento de uma teoria da jurisdição e da interpretação do direito que suplantasse o mero ato de vontade – ou ato discricionário – com que a teoria positivista lidava com a última ponta das normas jurídicas.

O reconhecimento da hermenêutica filosófica em Streck, no entanto, assumiu particularidades a partir da ótica da teoria constitucional. Não lhe bastou afirmar uma crítica metodológica ao positivismo jurídico ou afirmar a influência da filosofia da linguagem para os processos de compreensão de textos. Streck quis, efetivamente, ver um *Ser* no direito e repetir, quase passo a passo, a crítica heideggeriana à metafísica idealista da modernidade:

“A tese que desenvolvo dever ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa desta crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equipara o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente.

No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou numa cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.” (STRECK, 2006a, p. 138-39)

Recebida pela teoria do direito, a hermenêutica filosófica se insere nela para remodelá-la. Com isso, não é a teoria do direito que se insere na dinâmica fundamental da diferença ontológica que desvela o *Ser* absoluto, mas o *Ser* que penetra o direito para procurar operar na sua própria dinâmica.

“A *Crítica Hermenêutica do Direito*, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. sendo o direito entendido

como a sociedade em movimento), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).” (IBIDEM, p. 139)

A vagueza da aplicação da hermenêutica filosófica parece derivar de dois problemas fundamentais: em primeiro lugar, do fato de que ela lida com a totalidade do *Ser* e que, por isso, é universal. O objetivo da hermenêutica filosófica não é estudar o ente em si, mas utilizá-lo para desvelar o *Ser*, um conceito enigmático e que se pretende inserido na dinâmica histórica (cf. HABERMAS, 2002a, p. 187 *et seq.*), sem com ela confundir-se senão como ser-aí (*Da-sein*)⁹². Neste sentido, o direito é um ente, uma parte da sociedade, inserido no tempo e no espaço, do qual se pode, como em qualquer ente, com a tomada de consciência da linguagem, extrair a presença do *Ser*, na forma de um ser presente na historicidade, como ser-aí (*Da-sein*).

E aqui se esbarra com o segundo problema: como a hermenêutica filosófica na linha de Heidegger-Gadamer se recusa a reconhecer-se como um método, mas afirma-se, antes de tudo, uma ontologia, a aplicação de seus postulados ao direito criam o mesmo dilema que para a sua aplicação em geral: ou se afirma um modo de interpretar e apreender as dinâmicas substantivas da cultura/tradição/consciência histórica – e, com isso, se afirma relativista (cf. HABERMAS, 2001) – ou defende a sua universalidade como dinâmica estética e se perde no subjetivismo do demiurgo-hermeneuta que promove, de alguma maneira melhor do que os outros, a interpretação do mundo (cf. IDEM, 2002a).

Streck (2006a, p. 137 *et seq.*) não quer admitir nenhum dos lados deste dilema. De um lado, afirma a universalidade do problema hermenêutico, calcado na compreensão intersubjetiva da linguagem como constituição do mundo. Com isso, procura afastar-se do relativismo, criticando a “metafísica”.

“Sem dúvida, a cada época e, eventualmente, cada indivíduo o faz a sua maneira e, assim, ‘diversamente’. Mas, continua Grondin, o que cada tentativa de

⁹² O jogo de palavras de Heidegger só pode ser amplamente compreendido, se se perceber que a em alemão, a palavra *Dasein* significa “existir”. Então, com a dissociação entre *Da* (advérbio de lugar: “aí”) e *Sein* (verbo substantivado: “ser”), Heidegger procura mostrar que o que existe é um momento do *Ser* que se insere no *tempo*, no horizonte histórico que é sempre uma cristalização do passado e uma antecipação do futuro. Para uma apresentação honesta da hermenêutica filosófica de Heidegger-Gadamer, com os olhos voltados para o direito, embora sob o mesmo signo tecnocrático que caracteriza o pós-positivismo em geral, como temos visto, cf. CAMARGO, 2005.

compreensão pretende seguir sendo uma verdade, sobre a qual se pode eventualmente discutir. Seria um curto-circuito histórico, explicara como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. [...] um relativismo, comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, que as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, e isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente conosco mesmos e com os outros. [...] Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível?” (STRECK, 2006a, p. 138)

De outro lado, defende, logo depois de afirmar a necessidade da diferença ontológica no direito, mas dizendo que a hermenêutica tem de superar as “dualidades metafísicas” do direito, Streck procura afirmar a importância do texto como afastamento da discricionariedade do intérprete, afirmada no positivismo:

“O texto não é, assim, apenas um enunciado lingüístico, que não se sustenta em discursos de fundamentação; o texto *não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica*; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismo que caracterizam o pensamento metafísico.” (IBIDEM, p. 140-41)

Ora afirmando a diferença ontológica, ora criticando o dualismo metafísico, Streck precisa, ainda, fazer inserir na interpretação do direito algo que efetivamente impeça a discricionariedade.

“Entretanto, deve-se alertar para a relevante circunstância de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer ‘*qualquer coisa sobre qualquer coisa*’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto. Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.” (STRECK, 2005, p. 85)

Como se nega, no entanto, a ser um método, a hermenêutica filosófica ainda encontra problemas em mostrar *como* o texto pode impedir o intérprete – nomeadamente o juiz – de ser arbitrário, especialmente diante de uma tradição complexa e fragmentada como a brasileira.

Um último mecanismo de que lança mão Streck, então, é a teoria dworkiniana de crítica ao positivismo de Hart. Apropriando-se de idéia de que os princípios estabelecem normas no lugar da discricionariedade judicial, pretende Streck que os princípios, ao invés de demonstrarem ou incorporarem valores ao ordenamento jurídico, sirvam para “fechar” a interpretação do direito, e, com isso, retirá-la da “zona de penumbra” do arbítrio judicial (cf. STRECK, 2006a, p. 141 *et seq.*). Os princípios “fecham” a interpretação de dois modos: por um lado, quando se amoldam à “superação do esquema sujeito-objeto [que] faz com que os sentidos se dêem na intersubjetividade” (IBIDEM, p. 146); por outro lado, quando se unem à doutrina que deve controlar as decisões dos juízes, fugindo da “cultura manualesca, baseada em verbetes jurisprudenciais” (IBIDEM, p. 145).

(g) Com a virada a Dworkin, no entanto, Streck afirma o que queria negar. Em primeiro lugar, já pela sua adesão à hermenêutica gadameriana, mas com o reforço de Dworkin, Streck tem de “confiar antropologicamente” em alguma tradição histórica, da qual retire uma pré-compreensão, cristalizada em princípios jurídicos que evitem o arbítrio judicial. Em segundo lugar, ao dar à doutrina o papel de controlar este arbítrio, Streck afirma o seu papel demiúrgico, como membro privilegiado da sociedade para captar o ser-aí da constituição e, como ela, o *Ser* a partir do direito. Se se juntam estas duas características com a defesa intransigente que faz da jurisdição constitucional e seu papel de promover progresso num país de “modernidade tardia” como o Brasil (cf. STRECK, 2006a, p. 11), tem-se que muito mais profunda e fundamentadamente do que Barroso, Streck promove conscientemente uma apreensão do direito pelo jurista e seu enclausuramento em uma comunidade jurídica de intérpretes do seu (verdadeiro) ser-aí. Com isso, mais do que Barroso, Streck defende e fundamenta a tecnocracia jurídica brasileira.

A intersubjetividade a que recorre Streck, com efeito, não é a intersubjetividade da comunicação atual ou potencial dos sujeitos envolvidos na produção e aplicação das normas institucionalizadas pelo direito. Não é, pois, a intersubjetividade do jogo de dar e receber razões nos discursos (públicos ou privados) interpessoais (cf. HABERMAS, 2002c). O que em Heidegger era a abertura do mundo (do *Ser*) através da linguagem que, portanto, se desconectava

da dimensão comunicativa em favor de uma semântica transcendente que procura o “acontecer da verdade ontológica”; em Gadamer assume a forma de uma comunicação não-atual entre um autor e um intérprete, em busca de uma interpretação como fusão de horizontes. Ainda assim, no entanto, a verdade continua um acontecer desta fusão de horizontes e a validade das assertivas lingüísticas que permitem a interpretação e a compreensão em primeiro lugar não pode ser afirmada ou negada. A dimensão comunicativa da linguagem continua subjugada em prol de uma descoberta semântica das tradições histórico-culturais e, com elas, do mundo em que estão inseridas (cf. HABERMAS, 2002d, p. 82-90).

Sem a dimensão da comunicação atual, no entanto, e sem uma metodologia de avaliação das pretensões de validade que são levantadas pelos participantes nesta interação comunicativa, a própria interpretação se encastela no domínio de poucos, aos quais a “verdadeira tradição se abre”. Interessantemente, no entanto, é o próprio Streck quem incessantemente critica a tradição (jurídico-política) brasileira, ora acusando o “paradigma liberal-individualista” pelo descumprimento das “promessas da modernidade no Brasil”, ora acusando a inércia da comunidade jurídica em remediar este descumprimento e a “baixa compreensão constitucional” que dissemina. Portanto, para a “correta” ou “autêntica” pré-compreensão da constituição, tem ele de recorrer à tradições européias, como vimos (cf. STRECK, 2004).

Além disso, o jurista, responsável pela efetividade da constituição e pela exortação ao poder judiciário, novo “centro de decisões políticas”, precisa se auto-compreender guardião do ser-aí da constituição, guardião da verdadeira ou autêntica pré-compreensão da constituição. Que haja muita discordância sobre as interpretações das normas constitucionais e da constituição como um todo só pode ser sintoma da “baixa compreensão” deste ser-aí, não um sintoma da pluralidade de pretensões de validade – verdade, correção normativa, ou sinceridade (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*) – que diferentes sujeitos podem legitimamente levantar sobre os mesmos textos e situações do mundo-da-vida.

Todavia, o jurista só pode assumir esta baixa-compreensão da constituição se ele mesmo se coloca numa posição de compreensão *superior* à daqueles que discordam dele, sejam eles também juristas ou não. A verdade, correção ou sinceridade das assertivas não valem mais pelo poder de suas razões justificantes, senão pela sua correspondência com o acontecer ontológico de uma constituição altamente fetichizada e tornada totêmica. E ninguém melhor do que o jurista para determinar – à falta de um método pressuposto ou comumente aceito – quando esta correspondência se produz.

As interpretações visivelmente heterodoxas que o próprio Streck faz das normas constitucionais⁹³ e a sua procura freqüente por legitimar a jurisdição constitucional interventiva na esfera pública a partir dos seus supostamente modernizantes resultados⁹⁴ militam em favor desta posição de superioridade interpretativa assumida pelo jurista em face das interações comunicativas do dia-a-dia na esfera pública. A democracia é reduzida a uma compreensão autêntica da constituição, dissociada esta de qualquer dinâmica política atual, especialmente a em que fora criada. A *totemização* da constituição a torna um acontecer ontológico; da mesma forma e mais profundamente do que no caso do pós-positivismo em geral, a constituição se torna simbólica desta totemização e a sua compreensão se dissocia das interações democráticas.

Sem atenção a um processo de trocas de razões em prol do convencimento livremente promovido, num discurso o mais próximo possível de um ideal regulativo, democracia vira sinônimo de resultados (jurisdicionalmente) corretos. Sem um método público e conscientemente compartilhado de avaliação desta correção, tais resultados ficam à mercê de um grupo que domine a super-semântica constitucional por causa de sua preparação técnico-acadêmica.

Na filosofia, o resultado não-acidental desta concepção foi a defesa consciente e teoricamente orientada do nazismo (cf. HABERMAS, 2002a, p. 218-25; FAYE, 2005). No direito, o resultado desta concepção é a elevação maciça do intervencionismo judicial – e da comunidade jurídica que o circunda – até a

⁹³ Cf., especialmente, Streck, 2004.

⁹⁴ Cf. Streck, 2006a, p. 119 *et seq.* e *passim*

usurpação da dinâmica democrática política. Resta agora ver como tal usurpação ocorre do ponto de vista social.

4.

Democracia, judicialização da política e pós-positivismo: enfraquecimento das estruturas do mundo-da-vida

A tecnocracia jurídica só faz sentido se o seu significado tecnocrático for exposto como mecanismo que se opõe outro tipo de exercício do poder (*kratos*¹) que não tenha a via do domínio de uma técnica como critério (des)legitimador. Usualmente, a *tecnocracia*, ou o exercício (ou o domínio) do poder pelos detentores da técnica é oposto à *democracia*, ou o exercício (ou o domínio) do poder pelos detentores do *status* de povo (*demos*). Em tese, o único motivo pelo qual a democracia se assume um melhor regime de exercício do poder é algum consenso sócio-cultural que se criou em torno de sua correção como modelo e de seu valor como idéia. Historicamente muitos defenderam alguma forma direta ou indireta de tecnocracia, desde a República de Platão até, para o contexto brasileiro, os militares do pós-64.

A derrocada do Regime Militar no Brasil, sobre os escombros de uma crise político-econômica brutal, no entanto, somados ao horizonte moderno de compreensão do mundo que nós, imperfeitamente que seja, herdamos da Europa Ocidental (cf. O'DONELL, 2004) por meio de (parte da) nossa tradição intelectual, determinaram que, ao menos como idéia explícita, a democracia seria o fim a alcançar, como regime de governo e como modelo de estado, nos alvares da Nova República. Portanto, na qualidade de ameaça à democracia, a tecnocracia, especialmente nos moldes econômico-administrativos típicos – mas não exclusivos – do pós-64, estava vedada.

Este marco regulativo em que se convertia a democracia no final da década de 1980, no entanto, parece agora, olhando para trás, chocar-se com a nossa real tradição sócio-cultural, que nunca valorizou verdadeira e efetivamente a socialização dos sujeitos como cidadãos autônomos e atores ativos em uma esfera pública mais ou menos livre da pressão sistêmica do estado. No segundo capítulo deste trabalho, vimos como uma ruptura tecnocrática dominou o meado do séc. XX no mundo ocidental, primeiro como tecnocracia administrativa, depois como

¹ Cf. para uma interessante análise etno-etimológica deste termo grego no contexto da política daquela comunidade antiga, Ober, 2008

tecnocracia jurídica. Vimos também como, no Brasil, sem efetiva ruptura como uma qualquer tradição democrática – nunca nem em germe afirmada na esfera pública brasileira –, a tecnocracia administrativa logrou seu caminho através do estamento burocrático e dividiu sua influência colonizadora da esfera pública com a tecnocracia jurídica a partir da Constituição Federal de 05.10.1988, em princípio pensada, justamente, para (re)democratizar o país.

Vimos também como uma evolução teórica que vai do prudente romano ao pós-positivismo neoconstitucionalista, passando pelo cientista do direito positivista, tornou possível e plausível ao jurista ver-se como agente privilegiado desta nova fase tecnocrática centrada no direito e sua aplicação jurisdicional ao caso concreto. O jurista, munido agora da posição de salvador da democracia ameaçada pelo perigo positivista, (re)assume a função de condutor da política, valendo-se, para isso, do domínio que tem sobre a técnica de aplicação da constituição. Esta, por sua vez, simbolizada como muito mais que um documento jurídico-normativo concreto, hipostasia-se dos seus contextos históricos, políticos e sociais de formação e afirmação para tornar-se um *totem*, lançado sob a guarda zelosa do pai da comunidade, a justiça constitucional. Por fim, no final do terceiro capítulo, vimos como duas das mais populares versões do pós-positivismo neoconstitucionalista operacionalizaram este arcabouço conceitual para, também no Brasil, longe do fantasma do nazi-fascismo, implantar, algo artificialmente, a mesma necessidade de proteção *superegóica* da jurisdição – diante da decadências dos poderes políticos eleitos.

Todo este desenvolvimento foi assumido como tecnocrático – logo *antidemocrático* – e colonizador da esfera pública do mundo-da-vida até agora, sem maiores explicações. Assentado o fenômeno nas bases acima, é agora o momento de aprofundar o mecanismo social pelo qual a tecnocracia (jurídica) impede – ou ajuda a impedir – a formação de uma democracia estável e digna do nome no Brasil. É necessário, também, afirmar, se bem que em esboço às vezes implícito, uma teoria dos requisitos, em termos de estrutura social, democracia como modelo teórico-normativo contra a qual esta tecnocracia possa ser contrastada. Por fim, é necessário apontar em que pontos tal tecnocracia age neste sentido.

Portanto, no que segue, um excurso sobre o vital conceito de *mundo-da-vida* (*Lebenswelt*) fundamentará esta base teórica essencial para a tese deste trabalho (4.1). Em seguida, os modos pelos quais este mundo-da-vida tem seu funcionamento turbado serão estudados (4.2). A maneira pela qual o direito, de meio de emancipação do mundo-da-vida é transformado em um seu algoz é o tema do item seguinte (4.3). Por fim, uma síntese aproximará este quadro conceitual da realidade da judicialização da política, na qualidade de via maior da usurpação do direito pela técnica (4.4)

4.1. Excurso sobre o conceito de mundo-da-vida

Até agora, em vários momentos, dissemos que a apropriação do direito por uma tecnocracia retirava-o dos contextos da esfera pública – e privada – do mundo-da-vida e o submetia apenas à reprodução material do sistema estatal, que o inseria na lógica não-comunicativa do *poder* ao qual, no fim, se assimila nas decisões jurisdicionais. Para isso, como veremos, pouco importa a carga de fundamentação teórica, moral ou ética da aplicação jurisdicional da constituição, dado que a sua dinâmica vem retirada da lógica reprodutiva simbólica do mundo-da-vida. Este tipo de asserção, no entanto, precisa de esclarecimento, especialmente no que toca ao conceito de mundo-da-vida aqui utilizado e, por conseqüência, no de suas relações com a lógica de integração sistêmica da sociedade, que se dá nos subsistemas do estado e do mercado.

O sintagma – e o conceito nele implicado – de mundo-da-vida (*Lebenswelt*) cunhou-se na teoria de Husserl. Ali, o mundo-da-vida se conectava com a tarefa primordial da fenomenologia de alcançar uma fundamentação absoluta para o *eu*, base de toda a percepção e criação dos objetos, e, portanto, base de toda cogitação científica que se pretende rigorosa. O método de alcance do *eu* e, a partir dele, dos objetos – a redução transcendental (cf. COSTA, 1996, p. 24 *et seq.*) – imbricava-se com necessidade de uma apropriação do conceito cartesiano de *dúvida* sobre a validade dos objetos, que só poderiam ser justificados em sua existência, a partir do *eu* que os conhece, pelo rigorismo do método de investigação (cf. GADAMER, 1977e; MORENTE, 1980, p. 56-57 e *passim*). Este método de dúvida sobre o

mundo, em Husserl, implicava a necessidade metódica de suspensão da validade do conhecimento imediato e informal dos objetos do mundo, para que o rigorismo da investigação passasse e focar-se na intencionalidade do *eu* que tem e produz este conhecimento.

Numa virada intelectual mais ou menos admitida, Husserl reconhece este mundo já presente na vida dos sujeitos como mundo-da-vida, uma espécie de horizonte da intencionalidade do sujeito. Este mundo-da-vida pressuporia uma dupla posição do *eu*: de um lado, como produtor de toda a consciência da existência objetiva, o ser, a consciência absoluta, descoberta pela redução transcendental, ligaria a tomada de consciência do mundo-da-vida à sua própria existência fenomenológica; de outro lado, como sujeito que existe, ele estaria inserido já no mundo-da-vida – em algum mundo-da-vida. Neste plano, o mundo-da-vida se apresentaria como o horizonte cotidiano da existência do *eu* que permaneceria operante e ligado à sua consciência – à sua intencionalidade, o maior sinal desta consciência – mas não seria jamais objeto desta consciência enquanto tal (cf. GADAMER, 1977e).

A inspiração remota nos *a prioribus* kantianos – retirados, em todo caso, em Husserl, da conotação metafísica (cf. IBIDEM, p. 192-93 e *passim*) – possivelmente reuniu, no conceito de mundo-da-vida, a fenomenologia husserliana e a teoria social de Habermas. A apropriação neste do conceito, no entanto, é só superficialmente remetida à Husserl, e, de todo modo, desde logo conectada à teoria social de Durkheim, à pragmática lingüística do segundo Wittgenstein e à pragmática formal do próprio Habermas:

“Introduzi previamente o conceito de mundo-da-vida algo casualmente e apenas na forma de uma perspectiva de pesquisa reconstrutiva. É um conceito complementar ao de ação comunicativa. Como no mundo-da-vida da análise fenomenológica do último [*late*] Husserl, ou da análise das formas de vida do último Wittgenstein [...], a análise formal-pragmática busca as estruturas que, em contraste com as formas históricas dos mundos-da-vida e formas de vida particulares, são utilizadas [*put forward*] como invariantes. Com este primeiro passo, estamos barganhando [*taking into the bargain*] uma separação entre forma e conteúdo. Desde que mantenhemos uma perspectiva de pesquisa formal-pragmática, podemos colocar [*take up*] as questões que foram previamente tratadas pela estrutura da filosofia transcendental [...].” (HABERMAS, 1987, p. 119)

Habermas procura, portanto, assimilando o conceito de mundo-da-vida a uma pragmática formal, colocar o uso da linguagem no contexto necessário de um estoque de interpretações válidas e previamente aceitas sobre os três mundos ou domínios formais – objetivo, social e subjetivo – acessados pelas pretensões de validade inseridas nos atos de fala dos participantes em qualquer contexto comunicativo (primariamente) dirigido à busca do entendimento (cf. IBIDEM, p. 120 *et seq.*). A idéia principal, deste modo, é assimilar o mundo-da-vida fenomenológico aos contextos das formas de vida de Wittgenstein – ou aos horizontes tradicionais de Gadamer – nos quais a linguagem surge como forma privilegiada de interação social, reprodução cultural e socialização de indivíduos. Por esta via, o conceito solipsista da fenomenologia é assimilado por um quadro teórico que se foca na intersubjetividade e, de certa maneira, abandona a perspectiva do *eu* transcendental em prol da perspectiva do *nós* atual (cf. IBIDEM, p. 128-30).

A apropriação lingüística e intersubjetiva do mundo-da-vida como horizonte da ação comunicativa – algo que, em certo sentido, o próprio Gadamer (1977e) tentou fazer para sua hermenêutica filosófica – permitiu a Habermas um instrumento teórico ideal para coligar imediatamente três pontos principais de seu desiderato teórico consolidado em *Theorie des Kommunikativen Handelns* (“Teoria do Agir Comunicativo”): a teoria da ação, a teoria da racionalidade e a teoria da ordenação social (cf. HONNETH e JOAS, 1991, p. 2).

O mundo-da-vida a partir desta virada comunicativa-intersubjetiva passa a representar, com efeito, simultaneamente: um *estoque interpretativo* sempre pronto ao recurso dos atos de fala nas interações do dia-a-dia; uma *fonte de conteúdos* previamente aceitos e acordados como verdadeiros, corretos, ou autênticos, e, portanto, racionalmente solidificados em um consenso de fundo (*background consensus*); e, por fim, um dos dois *níveis da organização social*, metodologicamente primacial, onde tem lugar, justamente, a ação comunicativa e os contextos simbólicos de integração social através deste primário tipo de ação humana.

Este tipo de unidade teórica que o conceito de mundo-da-vida proporciona serve, de outro lado, a demonstrar a sua importância para a análise social a partir da perspectiva da teoria do agir comunicativo. No entanto, para o que aqui nos interessa, é importante notar, de trás para frente, três implicações conceituais da assunção do mundo-da-vida como referencial teórico para a análise do impacto da tecnocracia jurídica:

(a) Em primeiro lugar, aceitar o mundo-da-vida como tal implica assumir um conceito de ordenação social bifronte, embora assimétrico. A existência de um mundo-da-vida no estágio contemporâneo de diferenciação social traz consigo a existência de sistemas sociais. O primeiro traz consigo a coordenação social através da ação comunicativa; o segundo, a coordenação funcional através de imperativos sistêmicos retirados da dinâmica lingüística das interações do dia-a-dia.

Em verdade, da adoção do conceito de mundo-da-vida não resulta, necessariamente, a adoção da explicação funcional de interação sistêmica nos subsistemas do estado e do mercado. A autonomização destes subsistemas a partir da sociedade, *no mundo-da-vida*, deriva de um diagnóstico empírico, que leva em consideração – reconstruindo em grande parte o funcionalismo de Talcott Parsons (cf. HABERMAS, 1987, p. 199 *et seq.*) – o fato de que as interações sociais dirigidas a finalidades (ações instrumentais), com a modernização do estado e o advento do capitalismo, perdiam a sua referência simbólica na comunicação e ganhavam autonomia metódica com a criação de códigos autônomos – poder, no caso de estado, e dinheiro no caso do mercado.

Do ponto-de-vista filogenético², a assunção primordial – calcada em Weber e em reconstruções antropológicas (cf. HABERMAS, 1984, p. 43 *et seq.* e 157 *et seq.*) – é que a ação instrumental, inicialmente vinculada na totalidade às

² Esta reconstrução filogenética da concepção dos sistemas a partir da diferenciação estrutural do mundo-da-vida é sem dúvida bastante teoricamente, o que a torna problemática, como o próprio Habermas (1991, p. 294, nota 90) reconhece. De qualquer maneira, como ele também diz, isso é irrelevante para a justeza e validade teórico-empírica da interpretação social segundo um modelo em dois níveis. A teoria social deve, nesta linha, sem abandonar a linha diacrônica, adotar o que em lingüística já desde Saussure (2000) se assume como a prioridade da descrição sincrônica.

dinâmicas de reprodução material *inseridas* no mundo-da-vida, complexificavam-se de tal modo que colocavam um fardo insuportável nas dinâmicas comunicativas ali disponíveis. O “desencantamento do mundo ocidental”, que, de resto, produziu uma desestruturação de consensos teologicamente fundados e uma diferenciação de esferas de validade discursivas, contribui para esta sobrecarga do mundo-da-vida. O alívio comunicativo veio, então, com a progressiva diferenciação material que retirava do total controle do mundo-da-vida as trocas mediadas pelo dinheiro e a coerção calcada no poder. A ascensão do estado absolutista sistematizou a lógica da burocracia e institucionalizou o poder como meio de coordenação sistêmica (relativamente) autônomo em relação à ação comunicativa ligada ao mundo-da-vida. A ascensão do modo de produção capitalista consolidou a dinâmica de trocas de mercadorias entre partes e institucionalizou o dinheiro como meio de coordenação (relativamente) autônomo em relação à ação comunicativa ligada ao mundo-da-vida.

Este legado da modernidade ocidental cristalizou-se no tipo de sociedade que temos hoje – e já há pelo menos dois ou três séculos – e traz importantes conseqüências metodológicas. A sociedade não poderá ser corretamente analisada senão por uma dupla perspectiva que combine o ponto-de-vista dos participantes nas interações comunicativas do mundo-da-vida como o ponto-de-vista do observador das dinâmicas dos subsistemas organizados em torno de meios de coordenação não-ligados à linguagem.

É preciso, em todo caso, notar, em primeiro lugar, a primordialidade metódica da perspectiva do mundo-da-vida (cf. HABERMAS, 1991, p. 252), onde, de resto, todas as teorias sociais têm de ser testadas sobre a base de um discurso acadêmico; e, em segundo lugar, o fato de que a *diferenciação* ontológica – não no sentido heideggeriano – entre mundo-da-vida e sistemas *não implica* uma *autonomia* ontológica. Os sistemas foram gerados *a partir* do mundo-da-vida, segundo dinâmicas históricas. Permanecem, bem por isso, *ancorados* no mundo-da-vida, especificamente na *sociedade* como seu elemento e, destarte, *interagem* com ele, nas duas vias possíveis.

(b) A prioridade metódica conferida ao mundo-da-vida implica que a perspectiva dos participantes nas interações comunicativas do dia-a-dia seja tomada *antes* que se recorra à observação da dinâmica sistêmica estruturada em torno da integração funcional independente da intenção ou das concepções dos participantes. Isso tem por consequência, pois, a assunção de que em primeiro lugar, analítica, ontológica e filogeneticamente, vem a integração social a partir da ação comunicativa. Isso quer dizer, por sua vez, que a aceitação do mundo-da-vida como conceito-base implica a aceitação da uma coordenação social racional sobre a base de uma dinâmica comunicativa que, ao menos formalmente, possa ser reconstruída em termos universalistas. Embora pouco possa ser dito sobre a pragmática formal habermasiana aqui, é relevante esquematizá-la resumidamente.

O conceito de mundo-da-vida em Husserl, já que tomado do ponto-de-vista da subjetividade, era necessariamente relativista: haveria tantos mundos-da-vida quanto poderia haver subjetividades e somente do ponto-de-vista do *eu* se poderia reconhecer no(s) outro(s) o compartilhamento de um mesmo mundo-da-vida (cf. GADAMER, 1977e). Também o segundo Wittgenstein (1991, p. 18-19 [§ 23]) parecia assimilar o conceito de jogos de linguagem ao de formas de vida, de maneira que haveria formas de vida em relação a determinado estoque de jogos de linguagem compartilhados comunitariamente.

O mundo-da-vida habermasiano também é plural em substância, mas compartilha a mesma estrutura formal em qualquer lugar que se coloque no mesmo estágio de diferenciação estrutural e aprendizado moral. Tomando como base o mundo moderno ocidental, onde tal evolução social apresenta-se no ápice – mas não no termo –, a interação comunicativa obedece, reconstrutiva e universalmente, a um esquema formal válido, em qualquer caso, para toda troca discursiva voltada para o entendimento³. Não há lugar aqui para abordar em

³ Deve ser enfatizado, conforme referido insistentemente em várias partes deste trabalho, que a dinâmica filogenética da sociedade brasileira *não* se amolda perfeitamente ao modelo ocidental de corte europeu e norte-americano no qual Habermas se focou. Entretanto, para efeitos de assunção de uma diferenciação entre mundo-da-vida e sistemas sociais, bem como para a assunção de um estágio pós-convencional de moralidade, o esquema habermasiano parece sumamente adequado, mesmo diante das particularidades “caóticas” (cf. CARDOSO, 1992) da história brasileira. Dentre as principais particularidades, do ponto-de-vista desta teoria, constariam a pouca autonomia do subsistema econômico em relação ao estatal e o domínio sempre presente deste em relação ao mundo-da-vida, que, bem por isso, teve por aqui uma evolução fragmentada;

detalhe a fascinante fundamentação teórico-evolutiva para pragmática formal habermasiana. Por ora, basta dizer que se baseia em uma reconstrução pragmática e intersubjetiva de pressupostos necessariamente tomados em conta por qualquer pessoa⁴ que entre em uma interação comunicativa voltada, mesmo que só aparentemente, ao entendimento (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*).

Ela utiliza intersubjetivamente a teoria dos atos de fala de Austin – algo misturada com a gramática funcional da Escola de Praga (Jakobson) –, retirando-a da assimilação solipsista à semântica formal e à semântica intencionalista de Searle e Grice, a que foi submetida (cf. IBIDEM, p. 274-79; MARCONDES, 2001, p. 26 *et seq.*). A idéia é que em qualquer manifestação discursiva voltada ao entendimento, qualquer pessoa participa de um jogo de dar e receber argumentos que se apresentam como *atos de fala* e se conectam com os três mundos formais de referência pragmática: mundo objetivo, mundo social ou mundo subjetivo. Para cada um destes mundos, uma determinada pretensão de validade é levantada pelo ato de fala em questão, que, por ser um *ato*, procura obter a aceitação do interlocutor ou para a *verdade* do que está sendo dito sobre o mundo objetivo, ou para a *correção* da norma que se relaciona ao dever-ser da conduta no mundo social, ou para a *autenticidade* (ou *sinceridade*) do que está sendo expressado acerca do mundo subjetivo ao qual tem acesso privilegiado o locutor.

A assunção dos mundos formais aos quais fazem referência os atos de fala não são arbitrariamente escolhidos, mas advém de uma reconstrução histórica derivada da sociologia da religião de Max Weber, principalmente (cf. HABERMAS, 1984, p. 143 *et seq.*). Após o “desencantamento do mundo”, as

fragmentação que a tecnocracia jurídica só faz consolidar em outra frente, como veremos. Outra particularidade digna de nota é a diferença evolutiva entre as diversas regiões brasileiras – a desigualdade regional – que parece fazer conviver uma sociedade moderna cerca de sociedades pré-modernas por todos os lados. A questão é muito bem elucidada empiricamente no estudo de Almeida (2007, *passim*).

⁴ O modelo da pragmática transcendental de Apel é especialmente importante para a pragmática formal habermasiana. Habermas, especialmente, ao defender a necessidade universal da pragmática formal apela para o argumento de Apel da contradição performativa: mesmo que ceticamente afirma a insubsistência da argumentação voltada para o entendimento e da ética do discurso que regre tal argumentação acaba já utilizando os pressupostos ético-discursivos e pragmático-formais que nega, ao defender uma posição no debate. Ou seja: quem nega a pragmática formal e a ética discursiva faz uso delas para defender seus argumentos contra a sua própria existência. Daí o termo *contradição performativa*: alguém afirma algo que vai contra o que está fazendo. Cf. Habermas, 1996b. Também menciona o conceito de contradição performativa Vattimo, 2001, p. 30

esferas culturais de validade se libertam da fusão metafísica em torno dos dogmas religiosos e precisam ser retomadas formalmente como ponto de apoio e referência da atividade de reprodução simbólica no mundo-da-vida, o qual, antes, podia contar com a validade aceita dogmática e aprioristicamente pelas visões de mundo teologicamente orientadas e, por esta força prévia, compartilhadas. O mesmo vale para visões de mundo misticamente dominadas em várias tribos e sociedade comunitárias ainda hoje existentes, que fundem as pretensões de validade em atos místicos analiticamente indistintos quanto ao *ser* do mundo e ao *dever-ser* das normas⁵ (cf. IBIDEM, p. 43 *et seq.*; GEERTZ, 2000a).

No atual estágio de formalização e diferenciação cultural, o mundo-da-vida funciona como contexto comunicativo e como pano de fundo semântico-pragmático de garantia da comunicação. Quanto mais a dissolução das certezas dogmático-metafísicas se processa, menos o mundo-da-vida pode contar com estoques de pretensões de validade aceitas *a priori*. No entanto, sua missão formal de asseguramento das trocas comunicativas que garantem a reprodução simbólica da interação social em torno de atos de fala voltados ao entendimento permanece. Por isso, o mundo-da-vida divide-se em três elementos: a *cultura*, que estoca os conhecimentos válidos acerca do mundo produzidos pela evolução da tradição; a *sociedade*, que garante o mecanismo de interação intersubjetiva baseada na ação comunicativa; e a *personalidade*, que estrutura a inserção do sujeito na dinâmica da forma de vida em questão. A cada um destes elementos corresponde uma dinâmica formal própria de reprodução simbólica: reprodução cultural; integração social; socialização dos sujeitos, respectivamente (cf. HABERMAS, 1987, p. 142 e 119 *et seq.*).

É importante notar que, como em Husserl, esta estrutura de fundamentação comunicativa da sociedade, *como tal*, nunca se coloca sob a tematização da

⁵ Note-se que aqui não há contradição com a visão de que a ciência moderna operou uma cisão entre as esferas do *ser* e do *dever-ser*, apontada no início do cap. 3. A cisão da ciência positivista era ontológica e baseada na dualidade entre *juízo de realidade* e *juízo de valor*. A distinção pragmático-formal é meramente analítica e implica que há três pontos de referência (mundos formais) aos quais *todos* os atos de fala *sempre* se relacionam, embora as pretensões de validade que eles erigem possam ser *predominantemente* – como na teoria da comunicação de Jakobson (cf. HABERMAS, 1984, p. 277 *et seq.*; MOURA NEVES, 2001, p. 5-14.) – enfocados em uma das três pretensões de validade disponíveis.

dinâmica comunicativa da sociedade⁶. O destacamento de temas das diferenciações segmentais (elementos) do mundo-da-vida pode ser feito, em verdade, pelas estruturas comunicativas do dia-a-dia e tomam a forma da revisão do conhecimento tradicional, da discussão normativa, ou da revisão das dinâmicas de aprendizado subjetivas no contexto de determinados mundos-da-vida. O mundo-da-vida, em si, entretanto, permanece sempre como um consenso de fundo e não se confunde com os mundos pragmático-formais, nos quais, eventualmente, parte de seus estoques simbólicos pode ser tematizada. A modificação do mundo-da-vida se dá, pois, localizadamente, através da tematização seletiva e consciente de seus conteúdos e nunca generalizadamente sobre a sua estrutura como um todo.

(c) Por fim, a assunção de um mundo-da-vida segmental e estruturalmente diferenciado, ligado a uma pragmática formal do qual serve como estoque interpretativo e pondo de apoio cultura, social, e socializante, leva à consideração das dinâmicas de integração social *dentro do* mundo-da-vida e de suas relações com as dinâmicas de integração funcional que parcialmente se destacam da sociedade e não mais necessitam do mecanismo de interação através da linguagem. Os sistemas, que se dinamizam nos termos da lógica de materialização das conseqüências das ações humanas através dos mecanismos de controle (*Steuerungsmedien*) que independem das intenções ou da consciência dos implicados, permanecem *ancorados* no mundo-da-vida, contudo, pela via da sociedade, da qual parcialmente se autonomizam.

Assim, embora gozem de autonomia em relação às dinâmicas comunicativas do mundo-da-vida, os sistemas sociais integrados funcionalmente pelos mecanismos do dinheiro e do poder continuam a interagir e a se fundar nos seus contextos simbólico-comunicativos. Esta dinâmica é percebida, do ponto-de-vista do mundo-da-vida como inserção na esfera pública ou na esfera privada da dinâmica *objetificada* de trocas econômicas ou coerção próprias do (sub)sistema do mercado ou do do estado. Do ponto-de-vista dos sistemas, o mundo-da-vida é um *ambiente (Umwelt)* que, por não se reproduzir segundo a lógica própria dos

⁶ Neste sentido, o mundo-da-vida é, para a sociedade, algo como o pré-consciente na tópica psíquica freudiana: pode ser seletivamente trazido à consciência, mas, enquanto tal, permanece operando conteúdos de consciência não dominados por ela – uma inconsciência “descritiva”, mas não sistemática ou dinâmica. Cf. Freud, 1996b.

seus mecanismos funcionais, provoca uma *irritação* que precisa ser adaptada (cf. HABERMAS, 1991, p. 256 *et seq.*). Quando a lógica funcional prevalece sobre a lógica simbólico-comunicativa, os efeitos patológicos da inserção funcional no mundo-da-vida começam a ser percebidos, do ponto-de-vista do participante.

4.2.

As patologias do mundo-da-vida: desapontamento e colonização

Habermas procurou, como vimos, com a introdução do conceito de mundo-da-vida ligar entre si uma teoria da ação, uma teoria da racionalidade e uma teoria social. A ação comunicativa se dá nas estruturas do mundo-da-vida, aproveitando-se dos seus mecanismos de reprodução simbólica – cultural, societal e socializadora – para permitir a formação de uma dinâmica social calcada na racionalidade dos usos da comunicação lingüística voltada para o entendimento – *racionalidade comunicativa*. Ao mesmo tempo, no entanto, a racionalização do mundo-da-vida se dá pela sua diferenciação estrutural e pela dissolução de seus estoques de conteúdo místico característicos das “formas tradicionais de vida”, que não mais podem ser utilizados como asseguramento da integração social. O preço que se paga pela formalização de esferas de validade analiticamente separadas e pelo potencial racionalizador que tal formalização permite é a instabilidade da coesão social no mundo-da-vida junto da autonomização parcial dos sistemas segundo seus próprios mecanismos de integração e reprodução funcional:

À instabilidade *interna* do próprio mundo-da-vida se soma a possibilidade de inserção indevida das dinâmicas sistêmicas nos seus mecanismos de integração e reprodução comunicativa da sociedade.

“O paradoxo, no entanto, é que a racionalização do mundo-da-vida simultaneamente deu lugar tanto à reificação. sistemicamente induzida do mundo-da-vida, quanto à perspectiva utópica a partir da qual a modernização capitalista sempre apareceu com a mancha da dissolução das formas de vida tradicionais sem salvar a sua substância comunicativa. A modernização capitalista destrói estas formas de vida, mas não as transforma de tal maneira que a mistura [*intermeshing*] dos momentos cognitivo-instrumental, prático-moral e expressivo, a qual ocorria na prática do dia-a-dia antes desta racionalização, pudesse ser retida num maior nível de diferenciação. Contra este pano de fundo, imagens de formas tradicionais de vida [...] retiveram o charme melancólico de passados que não voltam mais

[*irretrievable*] e a irradiação de lembrança nostálgica do que fora sacrificado em favor da modernização.” (HABERMAS, 1987, p. 329)

As relações entre mundo-da-vida e sistemas sociais, que operam por lógicas diferentes de organização interna e precisam de atitudes diferentes de acesso – participante, observador –, precisam ocorrer no nível da sociedade, a partir do qual a diferenciação sistêmica primeiro ocorreu. Estas relações, no entanto, se dão, pela própria diferença nas respectivas lógicas integrativas e reprodutivas, de maneira conflituosa e por vezes impositiva, na forma de investidas e resistências.

“A racionalização do mundo-da-vida torna possível converter a integração social para os mecanismos de controle [*steering media*] independentes da linguagem e, então, extrair [*separate off*] domínios de ação formalmente organizados. Na qualidade de realidades objetificadas, estes últimos podem então voltar-se para [*work back upon*] os contextos da ação comunicativa e colocar seus próprios imperativos contra o mundo-da-vida marginalizado. [...]

[...]. O mundo-da-vida reage de uma maneira característica. Na sociedade burguesa [*bourgeois society, Bürgerlichesgesellschaft*], contra aquelas áreas de ação sistemicamente integradas na economia e no estado, áreas de ação socialmente integradas tomam a forma da esfera privada e da esfera pública, as quais se colocam em uma relação complementar uma com a outra. O núcleo institucional da esfera privada é o núcleo familiar, aliviado de funções produtivas e especializado nas tarefas de socialização; da perspectiva sistêmica da economia, ele é vista como o ambiente das *casas privadas* [*private households, Privaten Haushalte*]. O núcleo institucional da esfera pública inclui redes comunicativas amplificadas por um complexo cultural, uma imprensa e, posteriormente, mídia de massa; estes tornam possível para o público de pessoas privadas apreciadoras de arte participar na reprodução da cultura, e para o público de cidadãos do estado participar na integração social mediada pela opinião pública. Da perspectiva sistêmica do estado, as esferas públicas política e cultural são vistas como ambiente relevante para *gerar legitimação*.” (HABERMAS, 1987, p. 318-19, grifo do autor)

As relações entre mundo-da-vida e sistemas, portanto, se dão a partir, em primeiro lugar, do necessário ancoramento social da economia e do estado. A tentativa necessária de imposição das respectivas lógicas funcionais sobre a integração comunicativa da sociedade é percebida, do ponto-de-vista dos sistemas como adaptação sistêmica ao ambiente⁷; e, do ponto-de-vista do mundo-da-vida, como colonização funcional das esferas de ação comunicativa.

A *colonização do mundo-da-vida* pelos sistemas representa, então, uma apropriação da dinâmica de integração social pela via da ação comunicativa pela

⁷ Um mecanismo que ficou mais conhecido no Brasil pela teoria funcionalista de Niklas Luhmann, mais do que pela de Talcott Parsons, mais utilizada por Habermas. Sobre luhmann e o direito, cf. NEVES, 2001 e, criticamente, HABERMAS, 2001, p. 48-56.

dinâmica da integração sistêmica pela via de meios de controle independentes da linguagem. Marx [199?] já havia reconhecido esta dinâmica com o foco na economia através da sua análise do fetichismo do valor de troca, que teria como contra-face a reificação das relações sócias em torno de mercadorias e hierarquias sociais retiradas dos contextos da consciência dos sujeitos – objetificadas, em uma palavra. A expansão desta intuição marxista também para o mecanismo de colonização estatal pela via do poder não só ajuda a resolver o dilema marxista da relação entre estado e economia no modo de produção capitalista (cf. ELSTER, 1989; PRZEWORSKY, 1995), mas também ajuda a reler a reificação e a ideologia em termos de *patologias* do mundo-da-vida (cf. HABERMAS, 1987, p. 333 *et seq.*).

Para o que mais nos interessa aqui, a imposição da lógica sistêmica de coerção pelo poder sobre a esfera pública, sem que o cidadão possa assumir um papel ativo na formulação do conteúdo comunicativo deste poder e, desta forma, na legitimação de seu exercício criam as bases para que a eficácia geral – para usar um termo kelseniano – das imposições coercitivas seja gerada na própria reprodução burocrática do sistema estatal, sobre a qual o participante das trocas culturais e sociais do mundo-da-vida nada pode influir.

O enfraquecimento [*disempowering*] e a dissecação burocrática dos processos espontâneos de formação da opinião e da vontade expandem a oportunidade para engenhosamente obter [*engineering*] lealdade das massas e torna mais fácil dissociar a decisão política dos contextos da vida concretos e formadores de identidade. [...]

[...]. Devido à instrumentalização do mundo-da-vida por restrições sistêmicas, a prática comunicativa da vida cotidiana sofre com um ajuste forçado a orientações de ação cognitivo-instrumentais e tende a correspondentes formações de reação.” (HABERMAS, 1987, p. 325-26)

O mundo-da-vida, no entanto, reage a esta colonização por meio da imposição de sua lógica de integração social sobre a dinâmica sistêmica de reprodução através dos meios de controle. A imposição da coerção deslegitimada e a extração de lealdade de massas através de mecanismos behavioristas de clientelismo podem encontrar resistências nas demandas democráticas e – eventualmente – nas revoltas oriundas dos cidadãos que não aceitam, de sua perspectiva de participantes, a imposição vazia do poder. A afirmação desta colonização sistêmica sobre o mundo-da-vida, todavia, terá condição de se

estabelecer, se à colonização em si for adicionada uma outra patologia que enfraquece o mundo-da-vida *desde dentro*.

“Esta infra-estrutura comunicativa é ameaçada por duas tendências coligadas, que se reforçam mutuamente: *reificação sistemicamente induzida e empobrecimento cultural*.

O mundo-da-vida é assimilado a domínios de ação juridificados e formalmente organizados e simultaneamente retirados do influxo de uma tradição cultural intacta. Nas deformações da prática cotidiana, sintomas de rigidificação [*rigidification*] combinam-se com sintomas de desapontamento. Os primeiros, a racionalização unilateral da comunicação cotidiana, vêm desde a crescente autonomia dos subsistemas controlados por meios de controle, os quais não apenas se tornam objetificados em uma realidade livre de normatização além do horizonte do mundo-da-vida, mas cujos imperativos também penetram nos domínios nucleares do mundo-da-vida. Os segundos, a mortificação [*dying out*] de tradições vitais, vêm desde a diferenciação da ciência, moralidade e arte, o que implica não apenas uma crescente autonomia de setores com os quais lidam expertos, mas também um afastamento [*splitting-off*] das tradições; tendo perdido a sua credibilidade, estas tradições continuam na base da hermenêutica do dia-a-dia como uma espécie de segunda natureza que perdeu a sua força.” (IBIDEM, p. 327, grifos do autor)

Também o direito, ancorado nos contextos de legitimação do mundo-da-vida, mas ligado indissociavelmente dos subsistemas que ele ajuda a construir pode perder seu fundamento de legitimação na racionalidade comunicativa. Quando isto ocorre, e tendo em vista a particular condição do direito em ligar mundo-da-vida e sistemas, é o primeiro que perde o seu principal mecanismo de reação em face da imposição sistêmica do poder. E é justamente isto que, em última análise, a tecnocracia jurídica acaba por produzir.

4.3.

O Direito como meio e o direito como linguagem: homogeneização patológica

Já desde as sistematizações da teoria do agir comunicativo – consolidadas na obra de dois volumes de mesmo nome (*Theorie des Kommunikativen Handelns*), publicada originalmente em 1981 – o direito assume um papel fundamental na teoria social habermasiana. Embora, à primeira vista, a parte mais importante desta teoria seja o conceito de ação comunicativa e o conseqüente conceito de racionalidade que daí deriva, estes dois conceitos servem, no final da obra para esquematizar uma teoria social abrangente que se propõe, com a

reconstrução histórica das evoluções sociais, um diagnóstico dos tempos inspirado no de Weber, mas não tão fatalista (cf. HONNETH e JOAS, 1991, p. 2; HABERMAS, 1987, p. 301 *et seq.*).

Como também visto, o conceito de mundo-da-vida, apropriado da tradição fenomenológica, recebido sob uma lente intersubjetiva e pragmático-formal serve a cimentar as duas pontas da macroteoria habermasiana: de um lado a racionalidade comunicativa, de outro a teoria da ordenação social. Para o diagnóstico da sociedade contemporânea, o conceito de mundo-da-vida vem junto do de sistemas sociais, que dele partem – através da racionalização e diferenciação estrutural – e nele se ancoram, mas que operam as relações na sociedade segundo uma lógica integrativa distinta, a qual, em última análise pode voltar-se contra a sua origem e nela será vista como *colonização*.

O direito, que até a maturação do conceito de mundo-da-vida e da diferenciação de sua reprodução material segundo a lógica funcional dos sistemas, seria visto apenas sob a ótica weberiana de uma formalização dos conteúdos ético-sociais a partir da generalização da razão dirigida a fins (*purposive rationality*; *Zweckrationalität*), passa então a generalizar-se como mecanismo de concatenação entre integração social e integração sistêmica. A releitura do diagnóstico dos tempos weberiano transpõe o mecanismo institucional do direito não só para a estruturação da burocracia estatal, mas também para a da economia. O direito, nas sociedades modernas maximamente diferenciadas não apenas assegura, via normatização tradicional ainda fundida materialmente no mundo-da-vida, as relações de troca de mercadorias e de exercício do poder de ditar regras: o direito passa, então, a institucionalizar, formalmente, estas atividades, incorporadas pelos subsistemas sociais e seus mecanismos de controle:

“Chamo ‘formalmente organizadas’ todas as relações sociais localizadas em subsistemas integrados por mecanismos de controle [*media-steered subsystems*], quando estas relações são *primeiramente geradas pelo direito positivo*. Elas também incluem relações de troca e poder constituídas pelo direito privado e público, mas indo além das fronteiras das organizações. Nas sociedades pré-modernas, o trabalho social e a dominação política eram ainda embasadas em instituições de primeira ordem que são *meramente cobertas e garantidas pelo direito*; nas sociedade modernas, eles são substituídos pelas ordens da propriedade privada e dominação legal que se mostram *diretamente* nas formas do direito positivo. O direito moderno obrigatório [*compulsory*] é desacoplado de motivos éticos; funciona como meio para demarcar áreas de escolha legítimas para sujeitos

de direito privados e espaços de competência legal para autoridades públicas (para ocupantes de posições de poder organizado em geral). Nestas esferas de ação, normas jurídicas substituem o substrato pré-jurídico da moral tradicional à qual previamente, na sua posição meta-institucional, as normas jurídicas se referiam. O direito não pode mais partir de estruturas de comunicação previamente existentes; ele gerou formas de comércio e cadeias de comando apropriadas às formas de comunicação. No processo, contextos de ação tradicionalmente costumeiros orientados para o mútuo entendimento são banidos para dentro dos ambientes dos sistemas.” (HABERMAS, 1987, p. 309-10)

Ao mesmo tempo, no entanto, o direito permanece presente e inserido nas dinâmicas de comunicação através da linguagem no mundo-da-vida, já que seu conteúdo, ainda quando gerado e dependente da coerção do sistema estatal, também depende da formação da vontade e da opinião a partir das discussões éticas, morais e pragmáticas do mundo-da-vida. Por isso, o direito assume sempre uma dupla-face de *faticidade* e *validade*:

“O direito moderno é formado por um sistema de normas que é coercitivo, positivo, e, assim foi defendido, garantidor da liberdade. As propriedades formais de coerção e positividade são associadas com a pretensão de legitimidade: o fato de que normas garantidas pela ameaça de sanção estatal derivam de decisões cambiáveis de um legislador político é conectado com a expectativa de que tais normas garantam a autonomia dos sujeitos de direito igualmente⁸. Esta expectativa de legitimidade interpenetra-se com a faticidade da geração e reforço coercitivo [*enforcing*] do direito. Esta conexão é, de seu turno, espelhada no modo ambivalente de validade legal.” (HABERMAS, 2001c, p. 447-48)

Na qualidade de elo entre mundo-da-vida, de onde recebe seu conteúdo e sua legitimação, e sistemas, que constitui e estrutura institucionalmente, o direito pode, pois, desempenhar um duplo papel: ora se liga, como mecanismo de controle, ao poder do estado, via sanção coercitiva – e também, menos importante para nós, ao dinheiro do mercado; ora se liga às dinâmicas de reprodução simbólica através da linguagem e sintetiza valores e bens éticos, normas morais e preferências cognitivo-instrumentais ou pragmáticas.

“A maioria das áreas do direito econômico, comercial, negocial [*business*] e administrativo se encaixam aqui: o direito é combinado com os mecanismos do poder e do dinheiro de uma tal maneira que ele mesmo assume a função de um

⁸ Alexy (2005b) parece ter utilizado argumento similar quando pleiteou uma pretensão de correção inserida no direito. A diferença, no entanto é que, demais de não ter parado aí, aderindo em seguida à fórmula de Radbruch e aos “universais substanciais do direito”, Alexy ainda inseriu a pretensão de correção em sua teoria da argumentação jurídica predominantemente do ponto-de-vista da aplicação jurisdicional do direito ao caso concreto. Com isso, além de desconsiderar o fato de que pretensões de correção estão presentes ilocucionariamente *em qualquer ato de fala* voltado ao entendimento – e, portanto, também nos que lidam com normas jurídicas –, Alexy ainda contribui para retirar esta pretensão de correção dos contextos legitimadores da esfera pública como um todo, a fim de desterrá-la apenas para a comunidade tecnocrática dos juristas. Mais será dito sobre isso no próximo item.

mecanismo de controle. O direito como meio, no entanto, permanece conectado com o *direito como uma instituição*. Por instituições jurídicas quero dizer normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas através de uma referência positivista ao procedimento⁹. [...] Assim que a validade *destas* normas é questionada na prática cotidiana, a referência à sua legalidade não é mais suficiente. Elas precisam de justificação substantiva, porque pertencem às ordens legítimas do mundo-da-vida em si e, junto com as normas informais de conduta, formam o pano de fundo [*background*] da ação comunicativa.” (HABERMAS, 1987, p. 365, grifos do autor)

Se cortadas as amarras do direito aos contextos de legitimação pela racionalidade comunicativa que flui do mundo-da-vida, se assimila ele totalmente aos mecanismos de controle com os quais se imbrica. Desta maneira, o direito perde o seu potencial institucional de promover uma reação do mundo-da-vida contra a colonização sistêmica, que se daria a partir do controle do direito legítimo sobre os subsistemas sociais – notadamente o estado. A apropriação tecnocrática do direito realiza exatamente esta perda de potencial.

A circunscrição da inserção do direito no mundo-da-vida a um círculo restrito de técnicos que dominam requisitos e pressupostos dogmáticos o desvincula dos contextos cotidianos e informais de reprodução simbólica dos conteúdos que o direito precisaria institucionalizar por sobre a dinâmica funcional auto-reprodutiva do poder estatal. A este desapontamento das estruturas simbólicas do mundo-da-vida com referência ao conteúdo do direito soma-se o fato de que a “comunidade dos intérpretes da constituição”, assim restringido,

⁹ A palavra aqui usada, “legitimadas” – do alemão *legitimiert werden* –, aponta para o fato de que a validade que refere Habermas não tem o mesmo significado teórico que a validade das normas para o positivismo jurídico de Austin a Ross. A vigência (faticidade) da norma não é impugnada pela sua ilegitimidade (invalidade), mas, se comumente percebida por ilegítima nos contextos de esfera pública do mundo-da-vida, a manutenção da vigência da norma a assimila totalmente ao mecanismo do poder e pode gerar, no limite, resistência à sua aplicação coercitiva. Portanto, neste sentido, a apreciação comunicativa da validade/legitimidade da norma importa para a teoria discursiva do direito, embora por si só não decreta a inexistência ou o não-vigor da norma jurídica como tal. O motivo pelo qual principalmente Kelsen e Ross procuraram “expulsar” a validade da norma da teoria do direito em sentido estrito era em verdade duplo: por um lado, porque procuravam identificar e descrever as normas *efetivamente* existentes e vigentes não as que *deveriam ser* assim; e, por outro lado, correlatamente, porque, seguindo a epistemologia positivista-empirista, não apenas diferenciavam analiticamente as pretensões de validade veritativa (verdade: ser) e regulativa (correção: dever-ser), mas as separavam ontologicamente, relegando para o plano do subjetivismo – fora, portanto, da ciência – qualquer consideração moral ou ética. Depois da massa da crítica epistemológica pós-empirista, a segunda premissa tornou-se insustentável. Quanto à primeira, com a ressalva de que não se pode confundir faticidade com validade, é importante notar que também o positivismo abriu flancos à influência teórica dos contextos comunicativos do mundo-da-vida na descrição do direito: já em Kelsen com o critério da eficácia geral do ordenamento jurídico (cf. WELZEL, 2006b), mas principalmente em Hart, com a(s) regra(s) de reconhecimento (cf. PÁDUA, 2008b). Devo a atenção a estas questões às minhas conversas com Rodrigo Valadão.

liga-se não às práticas comunicativas cotidianas, mas sim à dinâmica estatal do poder que deriva do poder judicial. Então o desapontamento se completa com a colonização do mundo-da-vida pelo poder coligado ao direito como mecanismo de controle, embora não na via tradicional da burocracia administrativa, senão na nova via da jurisdição. A outra novidade é a ainda mais problemática circunstância de que a colonização do mundo-da-vida, agora, tenha por mecanismo o próprio direito, que deveria, justamente, emancipá-lo desta colonização e institucionalizar a sua reação.

Se bem que bem intencionada, muitas das vezes, o que a teoria pós-positivista e neoconstitucionalista do direito conseguiu foi enfraquecer as estruturas do mundo-da-vida nas quais a gênese democrática do direito significaria um meio de resistência à colonização dos sistemas. Conseguiu, ademais, reforçar a vinculação sistêmica do direito, substituindo esta sua gênese democrática a partir da esfera pública por uma gênese sistêmica cunhada a partir do próprio estado, com a diferença de que tal gênese se dá nos tribunais, não na administração pública. Resta agora, por fim, demonstrar como a ligação direta do direito com os tribunais tolhe a gênese democrática do direito.

4.4.

A possibilidade democrática usurpada pelo próprio direito: a tecnocracia jurídica e o fechamento da comunidade dos intérpretes da constituição

Peter Häberle escreveu em 1975 um pequeno trabalho cujo título original, já grande, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*, recebeu ainda um adendo na tradução brasileira ("Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretas da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição"). Uma das premissas da tese principal de Häberle era a de que a teoria da interpretação constitucional havia até então somente se preocupado com, de um lado, as "tarefas e os objetivos da interpretação"; e, de outro lado, com os "métodos (processo da interpretação constitucional)". Com isso, havia ela deixado de lado uma questão importantíssima em relação "aos

participantes da interpretação” (cf. HÄBERLE, 2002, p. 11). Ao lado desta premissa, outra é destacada: a de que

“a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, não medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.” (IBIDEM, p. 12)

Häberle pretendia corrigir este equívoco e, com explícita referência ao conceito popperiano de sociedade aberta, procurou emplacar uma teoria epistemológica da interpretação constitucional em que o aumento sempre progressivo dos que atuam diretamente no processo de interpretação da constituição cria as condições para a falsificação de significados antes atribuídos às normas constitucionais e a conseqüente tendência de melhora no processo de interpretação (cf. IBIDEM, p. 33 *et seq.* e *passim*). Para promover um acoplamento da teoria da interpretação constitucional com a pluralidade da esfera pública, Häberle propugna que

“[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (IBIDEM, p. 13)

Apesar de atribuir grande importância ao papel do cientista do direito e à(s) corte(s) constitucional(is) (cf. IBIDEM, p. 23 *et seq.*), Häberle logo reconhece que “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (IBIDEM, p. 34). Ademais,

“Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz.” (IBIDEM, p. 42)

A concepção pluralista e processual da interpretação constitucional de Häberle, portanto, conecta-se, ainda que superficialmente, com uma concepção da democracia como processo de reprodução da esfera pública informal em estreita interconexão com a esfera pública formal – dos “intérpretes autorizados”. Mesmo fundada sobre a base do pacto político expresso na constituição – o que poderia levar a um fetichismo constitucional –, a prática cotidiana de reprodução

simbólica do mundo-da-vida é aqui vista na qualidade de prática pluralista e aberta de (re)interpretação da constituição (material).

A maneira pela qual o conceito de Häberle foi apropriado pelos que apóiam a judicialização da política no Brasil dá bem o sentido da apropriação tecnocrática dos potenciais emancipadores do direito no mundo-da-vida.

(a) Obviamente, Häberle não era habermasiano. Sua base de teoria social é o já citado Popper e muito da sua “processualização” da constituição deve a Luhmann e a seu conceito de legitimação pelo procedimento (*Legitimation durch Verfahren*). No entanto a intuição da necessidade de “abertura” do processo constitucional de interpretação parte de pressupostos parecidos, que se encontram, no início, em uma teoria da democracia que busque renovar a idéia de soberania popular em um contexto de uma sociedade desencantada, plural, e de moralidade pós-convencional¹⁰.

Quando Werneck Vianna et al retomam o conceito, no entanto, seu festejo é dirigido para o fato de que a Constituição Federal de 05.10.1988 ampliara o número de legitimados ativos aptos a suscitar o controle abstrato de constitucionalidade de normas, bem como os remédios jurídicos de provocação judicial da aplicação da constituição. O pressuposto desta ampliação da “comunidade de intérpretes da constituição” a partir da judicialização da política vem com base numa declaração de valores inserida na constituição, malgrado o problema histórico de cidadania ativa no Brasil:

“A recepção da teoria de P. Häberle, que supõe uma democracia de cidadãos, pelo constitucionalismo brasileiro não poderia partir, portanto, dos valores e princípios de organização da sua sociedade, historicamente carente de mentalidade cívica e cultura política democrática. [...]. Assim, na recepção brasileira da ‘Constituição aberta’, tais valores e princípios somente poderiam emanar do patrimônio político-cultural do Ocidente, os quais deveriam encontrar positividade no seu direito constitucional.

[...]

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos

¹⁰ Não há lugar para explorar este conceito aqui. Por ora diga-se apenas que diz respeito à evolução moral da sociedade, em direção à formalização de suas normas e à necessidade de contínua justificação atual liberta dos conteúdos tradicionais misticamente assegurados, nomeadamente em contextos pré-modernos. Cf., por todos, HABERMAS, 1979.

recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus próprios propósitos, declarados formalmente na Constituição.

[...]

Os procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da minoria parlamentar aos setores mais pobres da população. Instituição estratégica na solidarização da ‘comunidade’ com a sua Constituição, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, de sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de ‘guardião’ dos direitos fundamentais.” (WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 40 e 43)

O que em Häberle era um apelo de *descentralização* da interpretação constitucional para que as dinâmicas informais da esfera pública pudessem penetrar, através do direito, na legitimação do exercício do poder pelo estado fica invertido na judicialização da política. Agora é o magistrado-juiz, um agente da aplicação funcional do poder estatal que deve “guardar” a constituição no seu exercício *profissional*. Este seu trabalho, e não o oposto, é o que vai assegurar que uma esfera pública como a brasileira, fragmentada e desapontada historicamente, ascenda e se “reencontre com as suas próprias finalidades”, traçadas, em todo caso, na falta de uma tradição cívica a que recorrer, com base em “valores e princípios do mundo ocidental”. A comunidade dos intérpretes, aqui, não se abre às dinâmicas comunicativas cotidianas do mundo-da-vida, mas se fecha em alguns poucos agentes tecnicamente e socialmente capacitados a provocar e acompanhar a jurisdição, cujo papel é buscar uma “vontade geral inserida na constituição”.

(b) Esse fechamento da comunidade de intérpretes da constituição em torno do poder judiciário, no entanto, não vem apresentada do ponto-de-vista do sistema estatal – que o veria, da perspectiva do observador, como uma adaptação ao ambiente da esfera pública que o *irrita* desde fora. A apresentação do fenômeno se dá, na forma do pós-positivismo neoconstitucionalista, como vimos, da perspectiva do participante das dinâmicas do mundo-da-vida como um retorno ao consenso pré-moderno em torno de valores compartilhados como se fossem uma “vontade geral”.

Tanto na concepção de Barroso quanto na de Streck, estudadas acima, a constituição recebe ou os valores de toda a sociedade, ou o ser(-aí) das autenticidade da comunidade em suas aspirações à promessa da modernidade. A falta de uma efetiva confiança na história (cf. CITTADINO, 2001) não esmorece o projeto da fetichização constitucional em termos dos valores compartilhados. Tal como Werneck Vianna et al, citados acima, também Streck (2004), como visto, buscou inspiração para a autêntica interpretação destes valores em toda a “tradição constitucional ocidental”. O mesmo faz Siqueira Castro (1999, p. 106), para quem “o constituinte brasileiro de 1988” teve “oportuna inspiração nas constituições sociais democratas [sic] deste século.”

Se o caráter moderno, pós-tradicional e pós-convencional das sociedades ocidentais contemporâneas já infirma a possibilidade de *qualquer* consenso axiológico fundamental generalizado comunitariamente, o que dizer do Brasil, um país de colonização longa, de revoluções passivas, dominado na maior parte da sua história por um estamento burocrático amorfo e amplamente adaptável, que institui o germe da colonização do mundo-da-vida *desde dentro*, mesmo antes de qualquer diferenciação estrutural sistêmica?

A falta de um referencial axiológico comum é tão flagrante que mesmo (alguns d)os teóricos do pós-positivismo neoconstitucionalista brasileiro notam a necessidade de buscá-lo fora das tradições brasileiras. Este apelo à plasticidade do direito brasileiro para as recepções de direito – já explorada acima –, no entanto, não é suficiente para fundar nem teórica nem praticamente a possibilidade de um qualquer consenso comunitário em torno de supostos valores constitucionais. Falando especificamente do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), um dos mais influentes e ativistas tribunais do mundo, Habermas elucidou a crítica metodológica à jurisprudência dos valores:

“Desde que se aplica o conceito [*charge of*] ‘jurisprudência dos valores’, o Tribunal Constitucional Federal entende a Lei Fundamental da República Federal não tanto como um sistema de regras estruturadas por princípios, mas como uma ‘ordem concreta de valores’, no sentido de uma ética dos valores materiais desenvolvida por pensadores como Max Scheler ou Nicolai Hartmann. [...]

[...]

[...] O problema é conceitual.

[...]

Normas e valores, portanto diferem, primeiro, na referência ao seu cumprimento obrigatório versus ação teleológica; segundo no código binário versus gradual das suas pretensões de validade; terceiro, no obrigatoriedade absoluta versus relativa; e quarto, no critério de coerência que os sistemas de normas e os sistemas de valores têm respectivamente de satisfazer.

[...]

Do ponto-de-vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores perde a sua validade *apenas* naquelas teorias que pretendem validade universal para os mais altos valores e bens, como na clássica versão da ética do bem [*ethics of the good*]. Estas assertivas [*approaches*] ontológicas reificam bens e valores em entidades existentes em si mesmas; nas condições de um pensamento pós-metafísico, este realismo moral dificilmente parece defensável. [...] A transformação conceitual de direitos fundamentais em valores fundamentais significa que os direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em contextos de justificação normas e valores assumem *diferentes papéis na lógica da argumentação*. Por esta razão, teorias pós-metafísicas dos valores tomam em consideração a particularidade dos valores, a flexibilidade da hierarquia valorativa e o caráter local das configurações valorativas. Elas ou rastreiam os valores de volta a tradições e orientações valorativas estabilizadas de culturas particulares ou, se querem enfatizar o caráter subjetivo e deliberado da escolha dos valores, elas os rastreiam a decisões existenciais sobre metapreferências ou ‘vontades de ordem maior’” (HABERMAS, 2001a, p. 254-57)

A bem da verdade, a maioria dos teóricos do neoconstitucionalismo pós-positivista não parece sequer tomar para si esta ética fenomenológica que concebe os valores como fenômenos objetivos demonstráveis pelos atos da consciência transcendental, mas dela independentes (cf. COSTA, 1996; MORENTE, 1980, p. 297 *et seq.*). A assunção dos valores é feita em valor de face, sem maiores cuidados com uma justificativa teórica – salvo, talvez, no Brasil, na teoria de Lenio Streck, fragilizada, como vimos, por outros motivos. Diante do fantasma do nazi-fascismo, pronta e falsamente associado à tradição do positivismo jurídico, foi preciso inserir, algo tentativamente e sem base, uma espécie de ética constitucional.

A pluralidade valorativa, aqui, certo, não deixou de ser reconhecida. Acabou, porém, escamoteada por fórmulas como a da “constituição compromissária(ória)” ou do “momento constitucional”, quando a dita pluralidade inserir-se-ia em um *locus* de consenso momentâneo que garantiria uma acomodação entre valores de diversos matizes, só contrapostos em vista do caso concreto, quando seriam ponderados pela “concordância prática”¹¹. E o agente

¹¹ Do alemão *Praktische Konkordanz*, tomado como sinônimo do processo de ponderação de valores através da estrutura do princípio da proporcionalidade. Cf., por todos, ÁVILA, 2004, p. 96-97

tanto da apreensão dos valores diretamente retiráveis da constituição (fetichizada), quanto da sua ponderação nas colisões do caso concreto é o jurista, especialmente inserido nos processos de interpretação judicial da constituição.

(c) A engrenagem assim descrita, então, faz com que as (re)produções simbólicas – culturais, sociais e socializadoras – do mundo-da-vida se retirem do primeiro plano da alimentação do direito como linguagem e sirvam apenas de pretexto – mais ou menos fantasioso – para a atuação de um círculo privilegiado de intérpretes. Esta comunidade tecnocrática não retira sua legitimidade dos contextos de produção cultural e social da esfera pública, mas, ao contrário, pressupõe ideologicamente este fenômeno apenas para produzir *sua própria* (pseudo-)legitimação para a atuação do estado pela via da jurisdição.

O fato de que este novo movimento tecnocrático se foque no poder jurisdicional e não no executivo é, de fato, um complicador. Abandonada a premissa de que o poder judiciário seja um órgão paternal imaculado, e aceita a de que se trata de um órgão do estado, especializado para algumas funções, com problemas e virtudes, atuais ou potenciais, como qualquer outro órgão do estado; aceitas estas premissas, a particularidade problemática deste órgão judiciário é, justamente o de que nele o cidadão comum da esfera pública informal do dia-a-dia só chega *indiretamente*. A especialidade técnica da aplicação do direito a partir da lide – tal como foi concebido o poder judiciário, na qualidade de *diferente* do executivo –, aliada à progressiva complexificação (técnica) do direito, tornou impossível que o mecanismo dos tribunais seja manejado senão por técnicos treinados neste manejo: os juristas (advogados em geral, membros do Ministério Público).

Quando o positivismo jurídico objetificou o direito e o circunscreveu, ontológica e epistemologicamente, à atividade descritiva do estudo do jurista, embora tenha contribuído para a formação de um círculo técnico fora do alcance do homem comum, ao menos dividiu o trabalho social entre os técnicos do direito: o cientista descreveria o que o direito *é*, com o único objetivo de produzir conhecimento verdadeiro; o jurista (intérprete, aplicador) utilizaria este mecanismo do direito descrito pelo jurista para produzir efeitos sociais concretos

com sua aplicação. Além disso, havia ainda o produtor das normas jurídicas, o *legislador*, que não obedecia a nenhum dos dois primeiros, senão fornecia a eles o objeto específico de suas respectivas atividades.

O pós-positivismo jurídico, em retorno ao prudente romano, uniu as três funções então separadas: desdenhou da primeira, na realidade, mas centrou em uma única figura – o *jurista* ou *intérprete* – a continuidade das teorias sobre o direito, agora sem a preocupação positivista com a verdade, o monopólio técnico-funcional da aplicação do direito, e, com a “virada à constituição”, simbolizada e hipostasiada, também a função de criar o próprio direito, numa atividade “criativa” que parte dos princípios convertidos em valores constitucionais.

Com esta dinâmica, o direito se encontra preso em um círculo que retro-alimenta o exercício do poder estatal pelo judiciário com um fundamento tecnocrático advindo de um destacamento fragmentário do mundo-da-vida, personificado pela “comunidade de intérpretes” do direito, em verdade fechada à participação popular ampla. O jurista é o receptor, o investigador e o manipulador privilegiado dos valores comunitários inseridos em uma constituição destacada das práticas cotidianas do mundo-da-vida desde a sua gênese e simbolizada em (pre)texto interpretativo livremente apropriado pelos cada vez mais complexos e inassimiláveis métodos jurídicos de sua interpretação e aplicação. A contraparte do jurista no mundo-da-vida é o jurista que assume a função de juiz no subsistema estatal e, utilizando a mesma lógica, acaba por permitir a assimilação total do direito – livre das pressões validantes do mundo-da-vida – à sua faticidade imposta funcionalmente pelo poder do estado.

(d) Releita assim a evolução da teoria e da história do direito ocidental, parecem claras as implicações perigosíssimas que o direito apropriado pelo jurista para fora das dinâmicas cotidianas do mundo-da-vida gera em contraste com uma legitimação democrática do exercício do poder, correspondente ao que se vem tratando como *reação* do mundo-da-vida às pressões colonizadoras do sistema estatal.

Para que o diagnóstico do problema levasse também a possíveis soluções, seria necessária, provavelmente, uma exposição mais minuciosa de uma teoria da democracia que, no entanto, vem sendo desde sempre aqui pressuposta – ora explícita, ora implicitamente –, e que se centra em um fluxo contínuo de legitimação partindo das dinâmicas informais de formação da vontade e da opinião nos contextos comunicativo-simbólicos do mundo-da-vida em direção ao funcionamento sistêmico do exercício do poder no estado. Infelizmente, não é a proposta do presente trabalho investir nesta linha.

A sua conclusão, neste sentido, contudo, será feita, após um brevíssimo estudo de caso, com vistas a fundar as bases de uma idéia democrática que pressuponha o potencial emancipador do direito, desvencilhado, em todo caso, do seu fechamento tecnocrático.

5. Uma aplicação da teoria: à guisa de conclusão

O longo caminho histórico e teórico que se percorreu até aqui pretendeu demonstrar como a evolução do direito contemporâneo, tanto do ponto-de-vista de sua mudança sócio-política, quanto de sua mudança teórico-metodológica, desembocando na teoria pós-positivista e neoconstitucionalista, criou as bases para um novo foco de enfraquecimento das dinâmicas democráticas que têm lugar nos contextos de reprodução simbólica da esfera pública (e da privada) do mundo-da-vida. A distinção entre evolução histórica (sócio-política) e evolução teórica é, obviamente, de mero valor analítico. Teoria e contexto histórico se misturam e implicam mutuamente e dependem um do outro para ganhar consolidação no tempo e no espaço, como vimos com referência à epistemologia pós-empirista¹.

O neoconstitucionalismo pós-positivista, especificamente no Brasil, se mistura diretamente com o já longo e predominante domínio da comunidade dos juristas na história político-social. O único dado novo, talvez, seja que, ao invés de uma adaptação dos juristas ao exercício do poder estatal diretamente pela via da política, o pós-positivismo permitiu que o jurista, na sua formação técnica, domine – ou, de qualquer modo, possa dominar – esta política, concentrando-a na sua comunidade fechada de intérpretes da constituição (simbólica). O jurista deixa de ser o manancial predominante de funcionários da administração pública e de membros do poder legislativo, para passar, na qualidade de jurista, a (poder) dominar o próprio exercício da administração e da legislação; agora que a jurisdição representa a sempre potencial última palavra no exercício do poder².

¹ Cf., por todos, Bohman (1993) e Vattimo (2001); demais do capítulo 2, acima.

² É ilustrativo deste novo domínio dos juristas um trabalho que escreveu um atual ministro do Supremo Tribunal Federal, embora na qualidade de professor e pesquisador do direito constitucional. O título do trabalho é “Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas”. O potencial ilustrativo está menos no texto em si – que previsivelmente defende o domínio da constituição sobre a legislação e a “subsidiariedade da atividade legislativa”. O que faz tal trabalho tão metonimicamente adequado para o que aqui vimos dizendo é o seu apêndice: um roteiro de perguntas de precaução que o “legislador” deve previamente responder para ter (alguma) segurança acerca da um posterior reconhecimento da constitucionalidade de sua lei pelo poder judiciário. Além de incluir perguntas estapafúrdias para um processo político democrático plural, ao desviarem-no do objeto do processo legislativo para considerações “técnicas” do sistema jurídico (“A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?”), o questionário não garante a constitucionalidade da lei. Afinal, sempre poderá haver um princípio constitucional implícito não previsto no questionário... O artigo em questão é de Gilmar Ferreira Mendes (1999b).

Este tipo de constatação, apesar de relativamente novo no Brasil, é secular nos EUA. Acostumados com o *judicial review* desde o século XIX, os norte-americanos já viram muitas decisões para todos os lados, invalidando partes relevantes do seu direito legislado, quer na forma de normas gerais e abstratas, que na de atos administrativos que trouxessem grandes políticas públicas – no nível federal ou estadual. Além disso, a formação jurídica da *common law* lá vigente favorece a que o foco do direito – ainda que sob uma constituição escrita juridicamente suprema que a Inglaterra nunca conheceu – seja posto no trabalho da jurisdição. Não à toa, Stephen Griffin (1996) escreveu uma obra inteiramente dedicada a demonstrar que o constitucionalismo americano não se podia resumir às decisões dos tribunais sobre matéria constitucional, mas envolvia um processo político de grande desenvoltura – calcado na “política constitucional” – da qual mesmo a Suprema Corte era apenas um dos ingredientes.

Ainda assim, no entanto, a ênfase posta na jurisdição constitucional nos EUA (cf. WALDRON, 2006) transforma aquele país num grande modelo que o pós-positivismo neoconstitucionalista quer fazer seguir por países sem esta tradição de protagonismo judiciário em qualquer esfera do direito – privado ou público. E, de fato, nada obstante os convincentes argumentos de Griffin, muito da teoria constitucional americana ainda se faz sobre os termos das decisões da Suprema Corte.

Na Alemanha (cf. CRUZ, 2005) ou na Itália, a ascensão do prestígio do tribunal constitucional foi rápida e aparentemente irrefreável, como já mencionado. No Brasil, entretanto, dado que a nossa última constituição data ainda de 1988, o fenômeno é recente. Nem por isso desconsiderável. Cada vez mais desde que recebeu amplos poderes em 1988 – e os interpretou ainda para ampliá-los – o Supremo Tribunal Federal vem assumindo o protagonismo que a teoria pós-positivista e neoconstitucionalista dele espera. Também os tribunais e juízes pelo país afora, autorizados a controlar a constitucionalidade difusamente, parecem utilizar cada vez mais este poder, ainda que seja só para dar interpretação heterodoxa de dispositivos legais ou para aplicar diretamente a constituição – inclusive nas relações privadas.

O fato de que no Brasil os processos judiciais, mesmo no Supremo Tribunal Federal, sejam predominantemente reconhecidos por um número de registro – e não pelo nome das partes como nos EUA – talvez dificulte a retenção simbólica dos casos mais importantes julgados pelo nosso poder judiciário. Por outro lado, embora sob este aspecto qualitativo poucos julgados do Supremo Tribunal Federal se estendam no imaginário social como *leading cases* – nos moldes, digamos de um *Brown v. Board of Education* na sociedade norte-americana – o aspecto quantitativo de ações propostas não deixa de impactar: desde que pularam de 11 em 1988 para 159 em 1989, parece haver até 1998 um patamar constante da ordem de 200 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) distribuídas *por ano* perante o Supremo Tribunal Federal (cf. WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 52) – que não esgotam, contudo, os processos objetivos de controle de constitucionalidade, haja vista, por exemplo, desde 1999, a presença da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Note-se, ademais, ainda no aspecto quantitativo, que esta tendência de crescimento das ADIs parece ter-se acelerado desde então: dez anos depois, já há mais de 4000 ADIs distribuídas³.

Com todas as dificuldades de falta de tradição e simbolização dos grandes casos do Supremo Tribunal Federal, ainda assim, ao menos a comunidade jurídica brasileira vem cada vez mais estudando e prestando atenção às decisões do nosso tribunal mais elevado. Vários casos rumorosos e plenos de conseqüências políticas já foram julgados nestes 20 anos e, como eles, muitas decisões políticas importantes foram forçadas ou invalidadas pela atuação do Supremo Tribunal Federal – e de tribunais inferiores.

Não é nosso escopo, nem caberia no presente trabalho uma análise minuciosa de vários julgados em que houve possível judicialização da política⁴. Tampouco traria qualquer contribuição relevante uma amostragem numerosa destes casos. No entanto, um caso especialmente importante e adequado parece servir, não para empiricamente provar, mas para metonimicamente confirmar a

³ Pesquisa feita no sítio do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br).

⁴ Cf., para isso, principalmente, Werneck Vianna et al., 1999. Também Streck (2006b, *passim*) procura defender a atuação política do poder judiciário citando vários processos, especialmente os em que tal atuação fora criticada.

correção e o potencial de diagnóstico, global e particular, passado e futuro, do esquema teórico-conceitual defendido no presente trabalho.

5.1.

Um caso paradigmático: a Lei n.º 11.105 de 24.03.2005

A Lei n.º 11.105 de 24.03.2005 foi um dispositivo legal de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Criada para regulamentar uma ampla gama de situações jurídicas relativas à bioética⁵ – não somente com relação a pesquisas envolvendo matéria viva de seres humanos –, esta lei acabou alcunhada “Lei de Biossegurança”. Teve ela origem na presidência da república, através da Mensagem n.º 579, de 03.10.2003 que encaminhou o projeto de lei que iniciou o seu processo legislativo (cf. BARROSO, 2006c, p. 30). Depois de quase dois anos de tramitação, que envolveram a aprovação de mais de um substitutivo, acabou prevalecendo, na volta à Câmara dos Deputados, o substitutivo do Senado que retomou o projeto inicial em que figurava o artigo que mais nos importa aqui (art. 5º).

Assim, no dia 24 de março de 2005 foi promulgada a lei em questão, depois de aprovada duas vezes na Câmara e uma no Senado. Dentre os 37 artigos com os quais acabou promulgada, um deles, o art. 5º, previa a autorização legal para a pesquisa com células-tronco embrionárias e os requisitos para tais pesquisas, que incluíam a doação dos donos do embrião respectivo, a sua inviabilidade ou não-aproveitamento para inseminação artificial bem como aprovação da pesquisa por comitês de ética científica. A redação específica do dispositivo ou as suas particularidades importam pouco aqui e servem só para compor o quadro do ato que torna tal lei o melhor estudo de caso do funcionamento da tecnocracia jurídica até agora disponível no Brasil.

⁵ Como faz notar sua igualmente ampla ementa:

“Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.”

Pois bem, no ato que aqui mais interessa, no dia 31 de maio de 2005, pouco mais de dois meses depois de promulgada a lei em questão, depois de tramitação legislativa de quase dois anos, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fontelles, utilizando-se da legitimidade ativa de que dispõe pelo art. 103, VI da Constituição Federal de 05.10.1988, fez distribuir uma ADI – que recebeu o n.º 3.510 – impugnando precisamente este art. 5º da Lei n.º 11.105/2005, ao argumento jurídico que tal lei violaria o direito à vida (art. 5º, cabeça) e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ambos expressos na Constituição Federal de 05.10.1988⁶. Por baixo deste argumento jurídico, estava uma pretensão (pressuposta) de verdade científica – depois reafirmada em parecer pela Procuradoria-Geral, pelo próprio subscritor da petição inicial (cf. FONTELLES, 2006) –: a de que a vida humana começa desde a fecundação e a partir daí deveria ser considerada para fins de significado jurídico do direito à vida.

De novo, o exame específico do argumento jurídico – e mesmo da verdade da afirmação do início da vida a partir da fecundação – não importa aqui. Até porque, o mérito da ação ainda não foi julgado – isto sim, vai interessar mais adiante para o argumento aqui expendido. O que importa é, na verdade, uma circunstância anterior a esta propositura de ADI, que será agora elucidado.

O estudo do processo legislativo, de uma perspectiva sócio-política, é escasso no Brasil. Isso, todavia, é ainda mais válido para o processo judicial, muito estudado sob o prisma jurídico normativo, mas pouquíssimo visto sob o prisma sócio-empírico. Em todo caso, com base nos precedentes históricos de ilegitimidade, autoritarismo e patrimonialismo no exercício da coisa pública no Brasil, aliadas às evidências de falta de autonomia e atividade cívico-democrática⁷, normalmente se assume que o grosso do processo legislativo brasileiro, especialmente em questões de grande transcendência política, se dê,

⁶ A bem da sinceridade, o exemplo seria ainda mais perfeito se o parâmetro de controle da constitucionalidade da referida lei fosse algum princípio “implícito” na constituição. Mas isso não chega a fazer perder o interesse neste estudo de caso.

⁷ Cf. cap. 2, acima.

principalmente, segundo uma lógica interesseira e fisiológica, que, na melhor das hipóteses, barganha em torno de interesses minimamente públicos e legítimos⁸.

Nada obstante, em alguns casos legislativos brasileiros – talvez não muito numerosos, certo – este modelo pessimista-realista não se aplica. O caso da Lei de Biossegurança parece ser um deles. Como Luís Roberto Barroso (2006c, p. 30-31) fez notar na petição de habilitação como interessado (*amicus curiae*) representando uma associação, o trâmite do que viria a ser a Lei 11.105/2005 foi, se é que alguma lei pode ser assim chamada, exemplar.

Nos quase dois anos de tramitação do projeto, substituído mais de uma vez, emendado outras tantas, houve sua avaliação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciá-lo especificamente, houve consulta pública no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, houve parecer de várias comissões e entidades da sociedade civil, houve aprovação por diversas comissões temáticas permanentes, houve diversas audiências públicas com a oitiva de diversas pessoas, muitas dos quais especialistas de reconhecida posição central nos círculos acadêmicos especializados. Houve, por fim, diversas manifestações em plenário, no Senado e na Câmara quando da discussão e votação do projeto. Ao final, foi ele aprovado no Senado pela expressiva maioria de 53 votos a 2 e por 307 a 78 (com uma abstenção) na Câmara dos Deputados. E o Presidente da República sancionou a maior parte do projeto com um veto menor a questões que não estão aqui no foco.

Pois bem. Eis que, quando a comunidade científica, em sua maioria, comemorava a aprovação da lei, dois meses depois da sua promulgação, repetindo, sob roupagem jurídica, argumentos já ventilados no processo legislativo, o Procurador-Geral da República, reconhecidamente um católico praticante (cf. FONTELLES, 2006, p. 17) – embora negue que isto tenha fundamentado a causa de pedir da ADI que tentou –, ajuíza perante o Supremo Tribunal Federal a mencionada ADI n.º 3.510 e pede que o Supremo Tribunal Federal nulifique a dita lei.

⁸ Casos, portanto, “não-centrais” ou “não-nucleares” de potenciais controles de constitucionalidade, no dizer de Waldron (2006). Este é, como vimos, um pressuposto explícito do pós-positivismo neoconstitucionalista brasileiro e sua virada ao judiciário. Cf. cap. 3.3.

Embora restasse pouca dúvida sobre a exemplaridade democrática do processo de aprovação da lei sob comento – o que a própria dissidência na Câmara dos Deputados, onde há notoriamente uma bancada cristã relativamente grande e atuante, faz ainda mais legitimar –; embora houvesse pouca dúvida a este respeito, o Supremo Tribunal Federal não só reconheceu o interesse de agir na mencionada ADI, mas também, seguindo requerimento preliminar do próprio autor da ação, determinou a realização de audiência pública – efetivamente realizada no dia 20 de abril de 2007 – para discutir os pressupostos científicos envolvidos na pesquisa de células-tronco embrionárias. Muitos dos presentes naquela audiência, inclusive, já haviam sido ouvidos em uma das várias realizadas no âmbito do Congresso Nacional. Também várias – talvez todas – das entidades que acabaram admitidas como interessadas (*amici curiae*) na dita ADI tiveram oportunidade de se manifestar perante o poder legislativo, seja através dos pareceres enviados via Ministério de Ciência e Tecnologia, seja diretamente nas audiências públicas ou no encontro direto com os representantes por eles eleitos.

E, no entanto, nada obstante, lá estavam todos, de novo, repetindo dois ou três anos depois o que já haviam dito, só que agora em linguagem técnico-jurídica, e com o concurso de juristas – neste caso, advogados – que o veiculassem em prol de seus valores éticos, das normas morais que acreditavam corretas e dos interesses pragmáticos que legitimamente defendiam.

É difícil deixar de concluir que o processo legislativo acabou em grande parte repetido perante o Supremo Tribunal Federal, durante período de tempo ainda maior e, na prática, ainda indefinido⁹; todavia com algumas diferenças dignas de nota: (i) a repetição do processo se deu em dinâmica mais lenta, com substituição de muitos dos debates atuais por trocas de argumentos escritos em petições jurídicas, concebidas, ao menos em parte, em linguagem técnico-funcional; (ii) por causa desta dinâmica mais lenta do processo judicial, desenhada para resolver lides, não para gerar normas gerais, ou, de qualquer maneira, para avaliá-las em abstrato, a já estranha produção de provas e argumentos extrajurídicos ficou confinada a um ato processual – a dita audiência pública –

⁹ Já que o julgamento final foi interrompido em 05 de março de 2008, depois do voto do relator, por um pedido de vista do Min. Menezes Direito, que, a rigor, conta com um prazo impróprio para apresentar seu voto-vista, a esta altura já não-cumprido.

contra várias no Congresso Nacional; (iii) menos membros da sociedade civil, especialmente aqueles com menos recursos para sustentar as despesas de contratação de advogados e preparação do processo, puderam ter alguma espécie de participação neste processo; (iv) mesmo para aqueles que participaram, tudo o que puderam fazer foi tentar convencer os ministros que julgarão a ADI da correção *jurídica* – ao menos em primeiro lugar – de seus argumentos; afinal, a autoridade legitimatória e funcional que tais participantes têm sobre os ministros é tendente a zero, haja vista que não são estes eleitos ou dependentes de apoio político, em princípio; (v) por fim, enquanto o processo legislativo chegaria ao final, caso ainda persistente o desacordo em torno da verdade, da correção e do valor do projeto de lei e de suas premissas, a pelo menos *duas* votações – neste caso, *três* –, envolvendo ao todo *mais de 400 parlamentares* de diferentes origens e formações, todos investidos em sua autoridade pela eleição popular; o processo judicial, se igualmente não houver consenso quanto à decisão final, será decidido por votação majoritária – absoluta que seja – *de 11 ministros*, todos juristas de formação, não-eleitos, e com parte da atenção voltada para a sistematicidade jurídica da decisão.

Nada disso, no entanto, parece ter impedido muitos dos envolvidos de afirmar que o Supremo Tribunal Federal “teria de se manifestar na matéria”, em cumprimento da “missão” a ele “reservada” (cf. FONTELLES, 2006, p. 23), ou de que este seria um “julgamento histórico” ou de que seria a “causa mais importante da história do Supremo Tribunal Federal” (cf. BRITTO, 2008). Tampouco no longo voto de 72 laudas¹⁰ que fez para julgá-la improcedente, o relator da ADI n.º 3.510 sequer cogitou da efetiva necessidade democrática de que o Supremo Tribunal Federal, pelo voto de seus 11 membros, efetivamente revisasse a deliberação de centenas de parlamentares, os quais, obviamente também debateram questões morais, éticas e jurídicas; e não o fez mesmo que timidamente provocado neste sentido ao menos por um *amicus curiae* (cf. BARROSO, 2006c, p. 51-54).

¹⁰ Aliás, 72 laudas de uma belíssima decisão judicial. Mas 72 laudas que, sem embargo, não têm o condão de, não importa o quão iluminadas e líricas, rivalizar em densidade democrática, com a decisão coletiva de centenas de parlamentares investidos pelo voto popular.

5.2.

O Direito brasileiro, a comunidade de intérpretes e a (im)possibilidade democrática

Depois desta esquisita viagem, vêm inevitavelmente à lembrança algumas advertências de Waldron sobre a caracterização do que ele chamou “controle de constitucionalidade forte” [*strong judicial review*]¹¹:

“Em países que não permitem que a legislação seja invalidada desta maneira [pelo poder judiciário, no controle de constitucionalidade *a posteriori*], as pessoas, elas mesmas, podem finalmente decidir, pelo procedimento legislativo ordinário, se eles querem permitir aborto, ação afirmativa, *vouchers* escolares, ou casamento gay. Elas podem decidir entre si se terão leis punindo a expressão pública de discurso de ódio racial ou restringir o gasto de campanha de candidatos. Se eles discordarem sobre qualquer destas matérias, eles podem eleger representantes para deliberar e resolver a discórdia votando no legislativo. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, na Inglaterra na década de 1960, quando o Parlamento debateu a liberalização da lei do aborto, a legalização do homossexualismo entre adultos conscientes [*consenting adults*], e a abolição da pena de morte. Em cada um destes assuntos, uma ampla deliberação pública foi espelhada em debates sérios na Casa dos Comuns. A qualidade desses debates (e debates similares no Canadá, na Austrália, Nova Zelândia, e alhures) torna sem sentido a pretensão de que legisladores são incapazes de conduzir tais questões responsabilmente – assim também os resultados liberais destes procedimentos trazem dúvidas na comum proposição de que as maiorias populares não vão garantir os direitos das minorias¹².

Constrastantemente, nos Estados Unidos as pessoas ou seus representantes no legislativo estadual e federal podem conduzir estas questões se quiserem, mas eles não terão qualquer certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discordar da decisão legislativa resolver trazer o assunto perante a corte, a visão que finalmente vai prevalecer é aquela dos juízes. Como Ronald Dworkin diz – e ele é um *defensor* do controle de constitucionalidade – em ‘intratáveis, controversas, e profundas questões de moralidade política que filósofos, homens de estado, e cidadãos debateram por muitos séculos’, as pessoas e seus representantes simplesmente terão de ‘aceitar as decisões de uma maioria de juízes [*justices*], cuja percepção [*insight*] sobre estas grandes matérias não é particularmente especial.’” (WALDRON, 2006, p. 1349-50, grifos no original)

Waldron, como no presente trabalho, pressupõe um conceito de democracia deliberativa que conecta as deliberações informais do mundo-da-vida através de

¹¹ Waldron (2006, p. 1353-59) define o controle de constitucionalidade num espectro que vai de forte a não-existente, passando por fraco e fraquíssimo. Para o que nos interessa, o controle forte é o que há nos EUA, por exemplo, em que um tribunal pode, por decisão sua, invalidar uma norma que, a princípio, fora legalmente promulgada. O Brasil talvez fosse uma versão fortíssima deste controle, já que permite a invalidação difusa ou concentradamente, em abstrato ou em concreto, por ação direta ou por incidente.

¹² Com relação aos EUA, Griffin (1996, p. 104 *et seq.*) promove interessante debate sobre o papel da Suprema Corte na democracia americana e inventaria uma significativa série de leis aprovadas pelo Congresso Nacional daquele país na proteção de direitos fundamentais – inclusive de minorias – em uma progressão histórica crescente a partir dos anos 1980 (cf. um quadro histórico em IBIDEM, p.117).

mecanismos diversos – mas principalmente através de grandes debates midiáticos, e da promoção de diversas concepções éticas, morais e pragmáticas pela sociedade civil – com as deliberações políticas já no plano do estado¹³. A conexão entre uma esfera pública política informal – contendo o espaço público em geral (atual ou virtual) – e uma esfera pública formal – os debates políticos – gera uma legitimação contínua do exercício do poder político, porque permite que os sujeitos e grupos sociais influenciem, através da dinâmica comunicativa do mundo-da-vida, a reprodução funcional do poder no subsistema do estado. Num mecanismo inverso ao de colonização, o mundo-da-vida pode legitimar e racionalizar comunicativamente – isto é: pelo uso dos discursos lingüísticos voltados ao entendimento – o exercício do poder, libertando-o da lógica exclusiva da reprodução e estabilização funcional pela coerção pura.

Pela própria natureza de seu exercício, em um órgão multipessoal, deliberativo, e com membros eleitos por voto popular, direto, igual e universal, o poder legislativo é o mais poroso à esfera pública informal, não só através das eleições mesmas, mas através de reivindicações por outros mecanismos não (tão) institucionalizados como grupos de atuação parlamentar, associações, movimentos sociais e toda uma série de manifestações possíveis pela dinâmica de reprodução simbólica do mundo-da-vida. Obviamente, o poder legislativo paga o preço desta porosidade com reduzida capacidade para ação imediata. Para isso, especialmente, conta o poder executivo – também eleito no seu chefe, ao menos – com grande aparato burocrático, que, no entanto, para ser legítimo, tem de obedecer às restrições normativas e ao escrutínio constante do poder legislativo.

¹³ Cf., no que segue, a teoria da democracia deliberativa em Habermas (2001a, p. 287 *et seq.*; 2001b; 2000). O debate sobre a democracia deliberativa ganhou muita densidade desde o final dos anos 1980, quando o conceito foi formulado. Em geral se admite um núcleo comum da necessidade de uma legitimação do poder estatal que passe pela atuação contínua dos cidadãos na vocalização de suas preferências a partir de um espaço público ao qual sejam responsivos os mecanismos do exercício do poder, mas há divergências sobre os melhores métodos para alcançar esta participação e sobre o mecanismo que a tornaria legitimadora do poder. É digno de nota que esta concepção parece fazer convergir tradições filosófico-políticas distintas, como o neo-republicano Pettit (2003) que investe em uma “política deliberativa”. Não é objetivo deste trabalho problematizar a democracia deliberativa, de modo que o que já foi e será dito obedece, basicamente, ao modelo habermasiano, um modelo procedimentalista, e, no máximo, epistemologicamente fraco e formal – embora procure Michelman (1997) demonstrar o contrário. Para uma visão geral sobre o debate da democracia deliberativa, cf. Bohman e Rehg (1997). No Brasil, o assunto foi pioneiramente tratado por Souza Neto (2006), se bem que este autor procure uma fusão problemática de Habermas com Rawls em que, devido ao modelo fortemente epistemológico deste último, acaba por legitimar em parte a tecnocracia jurídica em torno de uma forte atuação do Supremo Tribunal Federal.

O poder judiciário, neste contexto, tem reduzidíssima porosidade à esfera pública, com a qual não se conecta institucionalmente senão por vias muito indiretas – no processo de nomeação dos ministros de tribunais superiores, por exemplo. A garantia da atuação fiscalizadora e resolvedora de lides do poder judiciário é, justamente, a sua independência em relação à pressão popular ou política. Esta mesma independência, no entanto, faculta ao poder judiciário uma legitimação democrática quase inexistente, e uma conexão, no máximo, precária com as estruturas do mundo-da-vida. Sua única grande função política somente pode consistir em procurar fiscalizar a atuação patológica dos outros poderes, do ponto-de-vista das garantias que o próprio direito coloca para que as dinâmicas comunicativas do mundo-da-vida possam se produzir e reproduzir da maneira mais livre de coerção possível.

Esta proteção do direito ao mundo-da-vida, no entanto, advém da própria criação do mundo-da-vida para sua (auto-)proteção, num movimento de legitimação circular (cf. HABERMAS, 2001a, p. 82 *et seq.*) em que o poder judiciário não pode assumir nenhuma espécie de protagonismo – ao menos, não sem os efeitos patológicos sérios aqui apontados. Para todos os efeitos, o judiciário continua ligado à lógica funcional de exercício do poder no subsistema estatal e maneja a aplicação da coerção derivada deste poder, não importa o quão belas argumentativamente sejam suas decisões. Com o agravante já dito de que, ao contrário dos demais órgãos de exercício deste mesmo poder coercitivo, sua conexão com as dinâmicas legitimadoras do mundo-da-vida sejam indiretas, descontínuas, e sempre precárias.

Por estas razões, tanto Habermas (2001a, p. 240 *et seq.*) quanto Waldron (2006, p. 1401 *et seq.*) partem do princípio de que não deveria caber ao poder judiciário *qualquer* controle de constitucionalidade, especialmente de normas abstratamente consideradas. A concessão feita por estes dois autores radica no que se pode ler como patologias quanto à legitimidade do funcionamento democrático dos órgãos politicamente competentes nas suas respectivas áreas de competência –

o que, como já mencionado¹⁴, Waldron chama casos “não-nucleares” ou “não-centrais” de controle de constitucionalidade.

Habermas (2001a, p. 247 *et seq.* e *passim*) procura, a partir da constatação pragmática e realista de que muitas vezes a atuação política do legislativo e do executivo desconecta-se da legitimação advinda do mundo-da-vida e assume um funcionamento autônomo puramente funcional, aceitar a atuação corretiva da jurisdição constitucional. Para isso, usa, de um lado, o modelo primeiro avançado por Ely para os EUA, da corte que assegura os pressupostos jurídicos de um processo democrático¹⁵; e, de outro, uma lógica argumentativa de separação dos poderes que permite ao judiciário apenas acesso parcial às razões que justificaram a edição dos parâmetros jurídico-normativos e que serão aplicados para corrigir a patologia democrática detectada.

Waldron (*loc. cit.*), por sua vez, ainda concedendo a possibilidade de atuação do poder judiciário em casos patológicos – o que, para ele, em casos não-patológicos seria, sob qualquer modo, inaceitável –, ainda assim se mostra cético quanto à possibilidade de que tal atuação seja melhor para a patologia do que, por exemplo, um lento e paciente trabalho de uma cidadania ativa.

A discordância parcial entre Habermas e Waldron não precisa ser dirimida aqui. A concessão habermasiana, como já visto, deriva do fato de que o próprio direito tem de assumir esta dupla função de organizar estruturalmente um mundo-da-vida cada vez mais vazio de estoques culturais e substantivos prévios, além de garantir a eficácia do fluxo comunicativo dali oriundo em relação às dinâmicas não-comunicativas dos sistemas sociais parcialmente autônomos. Neste ponto, o direito contribui para a própria coesão do mundo-da-vida ao mesmo tempo que

¹⁴ Cf. nota 195, acima.

¹⁵ Como mencionado na nota 199, acima, este é pressuposto a partir do qual também Souza Neto critica a teoria da constituição dirigente, bem como um excessivo ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em alguns casos – e a timidez dele, em outros. De novo, embora mereça aplausos pelo pioneirismo em tratar do assunto sob o ponto-de-vista da democracia deliberativa, Souza Neto parece afinal algo seduzido pela possibilidade de o jurista conduzir as concepções de bem social, quando abraça a teoria rawlsoniana de derivação de princípios de justiça e requisitos procedimentais fortes *prévios* e *limitadores* do posterior conceito de razão pública. Sobre esta concepção de Rawls, cf., além da boa reconstrução em Souza Neto (2006, p. 97 *et seq.*), um elucidativo texto do próprio Rawls (1997)

assume a posição de instrumento de reação deste mundo-da-vida contra as dinâmicas sistêmico-colonizadoras do poder – e do dinheiro.

O radicalismo de Waldron, no entanto, tem a vantagem de apontar para o fato de que as ameaças às dinâmicas democráticas serão tão menos temíveis quanto essas próprias dinâmicas puderem se estruturar por si mesmas, sem a necessidade de um salvador externo (potencialmente paternalista) – que seja o judiciário, hoje, ou um ditador em outro momento. Agora com os olhos voltados para o Brasil, é preciso perceber que a falta histórica do estabelecimento de uma dinâmica democrática minimamente próxima do modelo regulativo aqui delineado; a fragmentação histórica do mundo-da-vida brasileiro; a fraqueza histórica do poder legislativo de suas relações clientelistas com a cidadania; a constante colonização estamental das lógicas comunicativas da esfera pública – e, em muitos momentos, também da esfera privada – brasileira; enfim, a história sócio-política do Brasil sugere a necessidade de uma lenta (re)construção da autonomia (privada e) pública de cidadãos ativos, que possam, com isso, se ver democraticamente como “autores e destinatários” de suas próprias normas.

“Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, ele se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. [...]

[...] Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de ‘judicialização da política’ não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista do Poder Judiciário. [...]” (CITTADINO, 2003, p. 39)

No processo da ADI n.º 3.510, o poder judiciário, mesmo incitado a reconhecer que o processo (legislativo) político democrático havia funcionado naquele caso específico, optou, mais uma vez, por se fazer voz dos vencidos no dito processo¹⁶. Optou por julgar e repetir o processo democrático, perante um

¹⁶ Como muito bem coloca Arantes (2001, p. 87): “Aqueles que hoje pregam a concentração do poder de revisão judicial das leis no Supremo Tribunal Federal buscam se livrar do incômodo causado pelo lado difuso do sistema e imaginam que isto reforçará a governabilidade. Todavia parecem desconsiderar que estão fortalecendo um órgão que se encontra fora da arena política e se destina a acolher as demandas das minorias políticas, convertidas em questões judiciais depois de derrotadas como propostas políticas.

corpo independente de técnicos do direito, organizados apenas em conexão com uma restrita comunidade de intérpretes (técnicos) do direito. Com isso, retirou do amplo debate, formal e informal, da esfera pública a decisão final sobre uma questão que já havia sido ali resolvida, através da consolidação institucional em um corpo de normas jurídicas – a própria Lei de n.º 11.105/2005 – de síntese parcial dos debates em torno de concepções sobre valores (éticos), sobre normas universais (morais) e sobre interesses contrapostos (pragmáticos). Colocou esta decisão nos termos de um acertamento sistêmico da correspondência dos resultados deste complexo processo político com os “valores” (fetichizados) da constituição; acertamento a cargo final da decisão – também majoritária – de 11 ministros, segundo sua formação técnica acerca do próprio direito.

E, ao fazer isso, o Supremo Tribunal Federal criou ao menos duas ordens de sérios problemas para o funcionamento da já vulnerada e tibia democracia brasileira. Do ponto-de-vista pragmático, no mínimo atrasou em três anos o início da vigência plena desta importante lei – já que, socialmente, sua eficácia ainda está sob dúvida, nada obstante o “princípio da presunção de constitucionalidade das leis” – tal como, em muitos outros casos, também o fez ou pôde fazer: de qualquer maneira, não há realmente maneira de saber quanto tempo demorará o Supremo Tribunal Federal para resolver uma questão¹⁷ que, no tempo político, obedece – ou pode obedecer, pelo menos – às pressões democráticas da esfera pública. Do ponto-de-vista teórico-político, deu singular mostra do mecanismo de apropriação tecnocrática do direito retirado das dinâmicas espontâneas e democratizantes do mundo-da-vida. E de todos os problemas sérios para a construção da democracia real no Brasil que daí podem resultar.

De outro lado, a oposição tem atuado para maximizar a função contramajoritária do sistema de controle constitucional, desconsiderando a possibilidade de um dia ela própria se tornar maioria política. [...]

¹⁷ A maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal tem, certo, prazo regimental para ocorrer. Mas este prazo é impróprio – não há sanção para seu descumprimento – e freqüentemente descumprido. Uma maneira de resolver a lentidão causada por esta circunstância – há decisões que ficam anos para serem prolatadas – é o julgamento de medidas cautelares em ADI e outros processos de controle abstrato de constitucionalidade. Tendo em linha de conta que a maioria destas medidas são, em verdade, antecipatórias de tutela, o que este fenômeno traz de resultado é uma proliferação de suspensões precárias da eficácia de atos normativos vários, gerando mudanças às vezes irreversíveis na ordem jurídica brasileira, mas também uma proliferação de julgamentos de cautelares em processos objetivos, que tomam a pauta do Supremo Tribunal Federal e se substituem a decisões definitivas, na prática.

6. Bibliografia

ACTON, H. B. **Kant's moral philosophy**. 2nd. printing. London: Macmillan, 1979. (New Studies in Ethics).

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert (2005a). Derecho y moral. In: _____. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: Comares, 2005. p. 17-29.

_____ (2005b). Derecho y corrección. In: _____. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: Comares, 2005. p. 31-53.

_____ (2005c). Derecho, discurso y tiempo. In: _____. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: Comares, 2005. p. 69-87.

_____ (2005d). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2nda ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 31-48.

_____ (2005e). Justicia como corrección. In: _____. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: Comares, 2005. p. 55-67.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AMARAL NETTO, Fidélis dos Santos. **A pena de morte: em defesa da vida**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1991

AMORIM NETO, Octavio e SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ e Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 91-139.

ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 23-89.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2nda ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 239-258.

ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. Paris: Gallimard, 2003 (Collection Tel).

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Amherst: Prometheus, 2000. (Great Minds Series).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998**: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 37-74.

_____. (2006a). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

_____. (2006b). **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2006.

_____. (2006c). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510: Pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado por Movitae – Movimento em Prol [sic] da Vida em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias (constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005). **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ano 5, n. 18/19, p. 25-55, jan.-jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BASTOS, Aurélio Wander. Prefácio. In: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Trad. Walter Stönnner. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000. p. ix-xix.

BELLO, Enzo. **Política, cidadania e direitos sociais: um contraponto entre os modelos clássicos e a trajetória da América Latina**. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio Janeiro, 2007. (Orientador: José Maria Gómez)

BENEVISTE, Émile. **Le vocabulaire des institutions indo-européenes**. Paris: Les Editions de Minuit, 2005. (v. 2, Pouvoir, droit, religion).

BENTHAM, Jeremy. La estructura del derecho. In: CASANOVAS, Pompeo e MORESO, José Juan (eds.). **El ámbito de lo jurídico**. Bracelona: Crítica, 2000.

_____. **Un fragmento sobre el gobierno**. Estudio preliminar, traducción y notas de Enrique Bocado Crespo. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **An introduction to the principles of morals and legislation**. USA: Elibron Classics, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000a). Origen e Cambio del concepto de Estado de Derecho. In. _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-45.

_____. (2000b). El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional. In. _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 159-80.

_____. (2000c). Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia. In. _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 133-58.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: Uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-127.

_____. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOHMAN, James. **New philosophy of social science: Problems of indeterminacy**. Cambridge: MIT, 1993.

BOHMAN, James e REHG, William. Introduction. In: _____. **Deliberative democracy**. Cambridge: MIT, 1997. p. ix-xxx.

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista de direito constitucional e ciência política** (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional). Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 3-10, jul. 1983.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE. **História constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer**. Trad. Sérgio Miceli et al. São Paulo: USP, 1996.

BRASIL (Britto, 2008). Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.510/2005. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Interessado: Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: min. Carlos Ayres Britto. Voto do ministro-relator.(ainda pendente de julgamento).

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 619-625.

BUTTLE, Nicholas. Republican constitutionalism: a roman ideal. **The Journal of Political Philosophy**. Oxford, v. 9, n. 3, p. 331-349, 2001.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Algumas considerações acerca do processo civil romano**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. (Orientador: Antônio Cavalcanti Maia).

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**. n. 21, v. I, p. 209-220, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade de uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. **Revista do Instituto de**

Hermenêutica Jurídica (Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais). Porto Alegre, ano 3, v. 1, n. 3, p. 215-230, 2005.

CARDOSO, Fernando Henrique. Inesperado processo de formação política. In: DAMATTA, Roberto et al. **Brasileiro: cidadão?** São Paulo: Cultura Editores Associados, 1992. p. 151-84.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. In: PANDOLFI, Dulce (org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 340.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, [1987?].

CARVALHO, José Murilo de. Interesses contra a cidadania. In: DAMATTA, Roberto et al. **Brasileiro: cidadão?** São Paulo: Cultura Editores Associados, 1992. p. 87-125.

CATALANO, Pierangelo. Os princípios constitucionais do ano I e a romanidade ressuscitada. In: _____ . TAVARES, Ana Lúcia de Lyra et al. (orgs.). **Direito público romano e política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33-61.

CINTRA, Antônio Octávio e LACOMBE, Marcelo Barrozo. A Câmara dos Deputados na Nova República: a visão da ciência política. In: BRIGAGÃO, Clóvis e SILVA, Raul Mendes (orgs.). **História do poder legislativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Log on, 2003. p. 41-81.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, F. (Org.). **Princípios Constitucionais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 101-108.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ e Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 17-42.

_____. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul.-dez. 2004.

CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história**: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-98.

COSTA, José Silveira da. **Max Scheler**: o personalismo ético. São Paulo: Moderna, 1996.

COSTA, Jurandir Freire. À guisa de introdução: por que a violência? Por que a paz? In: _____. **Violência e psicanálise**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 11-80.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 3, p. 405-23, 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. **Lua Nova**: revista de cultura e política. São Paulo, n. 65, p. 95-135, 2005.

CRUZ, Luis M. **La constitución como orden de valores**: Problemas jurídicos e políticos: Um estudio sobre las orígenes del neoconstitucionalismo. Madrid: Colmares, 2005.

DAMATTA, Roberto. Um indivíduo sem rosto. In: DAMATTA, Roberto et al. **Brasileiro: cidadão?** São Paulo: Cultura Editores Associados, 1992. p. 1-32

_____. **A casa & a rua**: Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAVID. Renée. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível. In: _____. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 185-252.

DI FEDERICO, Giuseppe. Italy: a peculiar case. In: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University, 1995. p. 233-242.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).

DURKHEIM, Émile. Prefácio da segunda edição. In: _____. **As regras do método sociológico**. 14ª ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo, 1990. p. XIX-XXXIII.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y le premisa mayorista. In: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald C. (comps.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Trad. Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 101-140.

EBER, Nicolas. **Théorie des jeux**. Paris: Dunod, 2004. (Le Topos).

ELLIOTT, Mark. United Kingdom: parliamentary sovereignty under pressure. **International Journal of Constitutional Law**. p. 545-627, jul. 2004.

ELSTER, Jon. **Marx, hoje**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ENRIQUEZ, Eugène. **De la horde à l'état**: Essai de psychanalyse du lien social. Paris: Gallimard, 1983.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

_____. (2007a). Existe um pensamento político brasileiro? In: _____. **A república inacabada**. Org. e pref. Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2007. p. 25-165.

_____ (2007b). *Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada*. In: _____. **A república inacabada**. Org. e pref. Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2007. p. 167-265.

FAYE, Emmanuel. **Heidegger, l'introduction du nazisme à la philosophie: autour des séminaires inédits de 1933-35**. Paris: Albin Michel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del Derecho em tiempos del constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2nd ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 159-86.

FONTELLES, Cláudio Lemos. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/600. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ano 5, n. 18/19, p. 11-23, jan.-jun. 2006

FREUD, Sigmund (1996a). *O mal-estar na civilização*. In: _____. **Edição Standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Dir. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXI, p. 73-148.

_____ (1996b). *O ego e o id*. In: _____. **Edição Standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Dir. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XIX, p. 25-80.

_____ (1996c). *Fetichismo*. In: _____. **Edição Standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Dir. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXI, p. 151-60.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da economia brasileira sob o regime patriarcal**. 48^a ed. São Paulo: Global, 2003.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Dicionário histórico-biográfico brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV/CPDOC, 1984.

GADAMER, Hans-Georg (1977a). *The phenomenological movement*. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. 130-81.

_____ (1977b). *The universality of the hermeneutical reflection*. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. 3-17.

_____ (1977c). *Man and language*. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. 59-68.

_____ (1977d). *On the scope and function of hermeneutical reflection*. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. 18-43.

_____ (1977e). *The science of the lifeworld*. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. 182-97.

_____. **Le problème de la conscience historique**. ed. Pierre Fuchon. Paris: Seuil, 1996.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. 2ª ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

GEERTZ, Clifford (2000a). Local knowledge: fact and law in comparative perspective. In: _____. **Local knowledge**: further essays in interpretive anthropology. 2nd ed. Cambridge: Basic Books, 2000. p. 167-234.

_____ (2000b). Found in translation: on the social history of moral imagination. In: _____. **Local knowledge**: further essays in interpretive anthropology. 2nd ed. Cambridge: Basic Books, 2000. p. 36-54.

_____. Os usos da diversidade. In: _____. **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 68-85.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GRIFFIN, Stephen M. **American constitutionalism**: from theory to politics. Princeton: Princeton University, 1996.

GRIMM, Dieter. El futuro de La constitución. In: _____. **Constitucionalismo e derechos fundamentales**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Trotta, 2006. p. 175-209.

GUASTINI, Ricardo (1999a). Norma: una noción controvertida. In: _____. **Distinguiendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 92-109.

_____ (1999b). Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen. In: _____. **Distinguiendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 127-141.

_____ (1999c). El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen. In: _____. **Distinguiendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 256-62.

_____ (1999d). Imágenes de la teoría del derecho. In: _____. **Distinguiendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 15-28.

GUIGNON, Charles B. Pragmatism or hermeneutics: Epistemology after foundationalism. In: HILEY, David R. et al. **The interpretive turn**: Philosophy, science, culture. Ithaca: Cornell University, 1991. p. 81-101.

GUTMANN, Amy. Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron. In: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald C. (comps.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Trad. Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 269-77.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Moral development and ego identity. In: _____. **Communication and the evolution of society**. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1979. p. 69-94.

_____. **Theorie des kommunikativen Handelns**: zur Kritik der funktionalistischen Vernunft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

_____. **The theory of communicative action**. Reason and rationalization of society. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984. v. 1.

_____. **The theory of communicative action**. Lifeworld and the systems: a critique of functionalist reason. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1987. v. 2.

_____ (1985). A philosophico-political profile (entrevista). **New Left Review**. v. I, n. 151, mai.-jun. 1985. Disponível na internet: <<http://www.newleftreview.org/A572>>. Acesso em: 05 jun. 2007.

_____. A reply. In: HONNETH, Axel e JOAS, Hans (eds.) **Communicative action**: essays on Jürgen Habermas's Theory of communicative action. Trans. by Jeremy Gaines e Doris L. Jones. Cambridge: MIT, 1991. p. 214-64.

_____ (1996a). Reconstruction and interpretation in the social sciences. In: _____. **Moral consciousness and communicative action**. 5th printing. Transl. by Christian Lenhardt e Shierry Weber Nicholsen. Cambridge: MIT, p. 21-42.

_____ (1996b). Discourse ethics: notes on a program of philosophical justification. In: _____. **Moral consciousness and communicative action**. 5th printing. Transl. by Christian Lenhardt e Shierry Weber Nicholsen. Cambridge: MIT, p. 43-115.

_____. A short reply. **Ratio Juris**. Oxford e Malden, v. 12, n. 4, p. 445-53, dec. 1999.

_____. La constelación posnacional y el futuro de la democracia. In: _____. **La constelación posnacional**: Ensayos políticos. Trad. Daniel Gamper Sachse et alli. Barcelona: Paidós, 2000. p. 81-146.

_____ (2001a). **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. 4th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001.

_____ (2001b). Popular Sovereignty as a procedure. In: _____. **Between facts and norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. 4th Printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001. p. 464-467.

_____ (2001c). Postscript. In: _____. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. 4th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001. p. 447-62.

_____ (2002a). **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. 2^a tiragem. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ (2002b). Introducción: el realismo después del giro lingüístico-pragmático. In: _____. **Verdad y justificación**: ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002. p. 9-62.

_____ (2002c). De Kant a Hegel. La pragmática lingüística de Robert Brandom. In: _____. **Verdad y justificación**: ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002. p. 135-179.

_____ (2002d). Filosofía hermenéutica y filosofía analítica. Dos formas complementarias del giro lingüístico. In: _____. **Verdad y justificación**: ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002. p. 65-97.

HACKING, Ian. **Por que a linguagem interessa à filosofia?** Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 1999.

HAGOPIAN, Frances. 'Democracy by undemocratic means?': Elites, political pacts, and regime transition in Brazil. **Comparative Political Studies**. v. 23, n. 2, p. 147-70, jul. 1990.

HANSEN, Ejvind. The Foucault-Habermas debate: the reflexive and receptive aspects of critique. **Telos**. n. 130, p. 63-83, primavera 2005.

HART, H. L. A. **The concept of law**. New York: Oxford, 1961.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of new constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2007.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. 13ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. 17ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HONNETH, Axel e JOAS, Hans. Introduction. In: _____ (eds.) **Communicative action**: essays on Jürgen Habermas's Theory of communicative action. Trans. by Jeremy Gaines e Doris L. Jones. Cambridge: MIT, 1991. p. 1-6.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho et al. **Juízes**: retrato em preto & branco. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Mercado de idéias. In: _____. **Através do espelho**: ensaios de sociologia do direito. Rio de Janeiro: IDES e Letra Capital, 2001. p.53-112.

JAFFRO, Laurent. Ética e moral. In: BOYER, Alain et al. **Ensaio de filosofia política**. Trad. Fulvia Moretto. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 115-176

KÄGI, Werner. **La constitución como ordenamento fundamental del estado**: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas em el moderno derecho constitucional. Trad. Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2005.

KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. In: _____. **O que é justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 323-48.

_____. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *General theory of law and state*. New Brunswick: Transaction, 2006.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the federal republic of germany**. 2nd edition. Durham and London: Duke University, 1997.

KOSCHAKER, P. **Europa y el derecho romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Trad. Walter Stöner. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: _____. **Antropologia estrutural dois**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 328-66.

_____. Raça e cultura. In: _____. **O olhar distanciado**. Lisboa: 70, 1983. p. 21-49.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da democracia. **(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições**. Porto Alegre, v. 1, n.º 2, p. 329-338, 2004 (Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica).

LINGE, David E. Editor's introduction. In: _____. **Philosophical hermeneutics**. Trans. and ed. by David E. Linge. Berkley and Los Angeles: University of Califórnia, 1977. p. xi-lviii.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

LUISI, Luiz. En el centenario de método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo. In: ALTERINI et al. **La codificación: raíces y prospectiva**. Buenos Aires: El Derecho, 2004. p. 281-85. (v. II: La codificación em América. Colección Prudentia Iuris).

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**. São Paulo, n. 57, p. 113-33, 2002.

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. M., GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, F. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 57-99.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MARINONI, Luís Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2ª rev. e atua. São Paulo: RT, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARX, Karl. Fetichismo e reificação. In: _____. **Sociologia** (org. Octavio Ianni). 6ª ed. São Paulo: Ática, [199?]. p. 160-72

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, n.º 58, p. 183-202, nov. 2000.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto et al (coords.). **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 686-705.

MENDES, Gilmar Ferreira (1999a). A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 233-64.

_____ (1999b). O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 363-410.

_____ (1999c). Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 293-304.

_____ (2003a). Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 25ª ed. atual. e compl. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003. . 297-391.

_____ (2003b). Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 25ª ed. atual. e compl. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003. . 395-452.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MICHELMAN, Frank I. How can people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, James e REHG, William. **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: MIT, 1997. p. 145-72.

MICHILES, Carlos et al. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MIRANDA, Yvonne R. de. **Homens e fatos da constituinte de 1946: memórias de uma repórter política**. Rio de Janeiro: Argus, 1982.

MONTESQUIEU. Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. In: _____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7-36.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia**. 8ª ed. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

NEVES, Maria Helena de Moura. **A gramática funcional**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1997.

NEVES, Marcelo. From the autopoiesis to the allopoiesis of law. **Journal of Law and Society**. Oxford and Malden, V. 28, N. 2, p. 242-64, jun. 2001.

MUMBY, Dennis K. Modernism, postmodernism and communication studies: A rereading of an ongoing debate. **Communication Theory**. p. 1-28, feb. 1997.

OBER, Josiah. The original meaning of ‘democracy’: capacity to do things, not majority rule. **Constellations**. Malden e Oxford. v. 15, n. 1, p. 3-9, 2008.

O’DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. In: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS para el Desarrollo. **La democracia en América Latina**: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. 2ª ed. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2007. p. 11-82.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Elementos para uma leitura do direito processual civil a partir e à luz da constituição – o chamado ‘modelo constitucional do processo civil’ e a garantia da tutela jurisdicional adequada aos direitos alegadamente violados. In: DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Ius Podium, 2007. P. 329-53.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **Aprisionamento do sujeito e possibilidade democrática**: algumas considerações sobre o pós-modernismo. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> acesso em 15 ago 2007.

_____ (2008a). Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia? **Cadernos da Pós-Graduação em Direito da PUC-RIO**. Rio de Janeiro, 2008 (no prelo).

_____ (2008b). Teoria do direito e teoria da ciência do direito: por uma metodologia hermenêutico-racional da jurisprudência. **Revista da Nova Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2008 (no prelo).

_____ (2008c). Republicanismo penal e liberdades públicas. In: SEMINÁRIO REPUBLICANISMO E PRÁTICAS REPUBLICANAS (GIPEDI), 2006, Rio de Janeiro. **Anais** no prelo, Rio de Janeiro, 2008.

_____ (2008d). Atualidade de Raymundo Faoro e a crítica à “sociologia da inautenticidade”. **Cadernos PET-Jur**. Rio de Janeiro, 2008 (no prelo).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10ª ed. 17ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe. e MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

PILATTI, Adriano. O processo legislativo na Constituição de 1988. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988-1998**: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 75-92.

_____. A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 29, p. 28-48, jul.-dez. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições). Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 79-100, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen: [194?].

_____. **História e prática do habeas-corpus**. 7ª ed. corrigida e melhorada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2nda ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 187-210.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 23ª ed. 6ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Trad. Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

PUTNAM, Hilary. Meaning and reference. **The journal of philosophy**. v. 70, n. 19, p. 699-711, nov. 1973.

RAWLS, John. The idea of public reason. In: BOHMAN, James e REHG, William. **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: MIT, 1997. p. 93-141.

REALE, Miguel. **Por uma constituição brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação**. Trad. Artur Morão. Lisboa: 70, 2000.

_____. **Le juste, la justice et son échec**. Paris: L'Herne, 2005.

RORTY, Richard. Relativismo: encontrar e fabricar. In: CÍCERO, Antônio e SALOMÃO, Wally (coords.). **Banco nacional de idéias: O relativismo enquanto visão de mundo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Trad. Vera Ribeiro e Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SALAZAR, Alcino de Paula. O poder judiciário na Constituição de 1967/69. In: CAVALCANTI, Themistocles B. et al. **Estudos sobre a constituição de 1967 e sua emenda n.º 1**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977. p. 127-56.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. O direito público romano como imagem histórica. In: TAVARES, Ana Lúcia de Lyra et al. (orgs.). **Direito público romano e política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63-77.

SANTOS, Boaventura de Sousa (B. S. SANTOS). **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos (W. G. SANTOS). **Paradoxos do liberalismo**: teoria e história. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: LOBO TORRES, Ricardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Org. Charles Bally e Albert Sechehaye. Trad. Antônio Chelini et al. 32ª ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível na internet: <<http://www.cletheadogados.com.br>>. Acesso em: 03 abr. 2007.

SCHIERA, Pierangelo. Estado de polícia. In: BOBBIO, Norberto et al (coords.). **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 409-13.

SHUBSKY, Cássio. **Estado de direito já**: os trinta anos da Carta aos Brasileiros. São Paulo: Lettera.doc, 2007.

SCHWARTZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: _____. **Cultura e política**. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 59-83.

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 26, p. 6-31, jan.-jun. 2005.

_____. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso (V. A. SILVA). Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-43.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O princípio da dignidade humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998**: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 103-14.

SKIDMORE, Thomas E. **Uma história do Brasil**. 2ª ed. Trad. Raul Fiker. São Paulo e Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UNB, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 313-330.

_____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, ano 2, n.º 2, p. 243-284, 2004.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais). Porto Alegre, ano 3, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2005

_____ (2006a). **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ (2006b). A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (Direito, Estado e Democracia: entre a inefetividade e o imaginário social). Porto Alegre, ano 4, v. 1, n.º 4, p. 223-262, 2006.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (1995a). The global expansion of judicial Power: the judicialization of politics. In: _____. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University, 1995. p. 1-10.

_____ (1995b). Judicialization and the future of politics and policy. In: _____. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University, 1995. p. 515-28.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University, 1995. p. 27-37.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Aspects de l'acclimatation du 'judicial review' au droit brésilien. **Revue internationale de droit comparé**. Paris, 38^{ème} anée, n. 4, p. 1135-59.

_____. **A representação profissional na Constituição de 1934**. Rio de Janeiro:Forense, 1988..

_____. A constituição brasileira de 1988: subsídio para os comparatistas. Separata de: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 28, n. 109, p. 71-108, jan.-mar. 1991.

_____. O mandado de injunção como exemplo de recepção de direito. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 265-283.

_____. A *urbs* e a noção de espaço público. In: TAVARES, Ana Lúcia de Lyra et al. (orgs.). **Direito público romano e política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 153-171.

TAYLOR, Charles. Interpretation and the sciences of man. In: RABINOW, Paul; SULLIVAN, William M. **Interpretive social science: A second look**. Berkley: University of California, 1987, p. 33-81.

TELLES JR. Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. In: SHUBSKY, Cássio. **Estado de direito já: os trinta anos da Carta aos Brasileiros**. São Paulo: Lettera.doc, 2007. p. 19-34.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267-91.

TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe. e MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 231-245.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University, 1995. p. 13-26.

VATTIMO, Gianni. **A tentação do realismo**. Trad. Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Lacerda e Instituto Italiano di Cultura, 2001.

VERNANT, Jean Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald C. (comps.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Trad. Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 249-67.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**. New Haven, n. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALZER, Michael. **On toleration**. New Haven: Yale University, 1997.

WELZEL, Hans (2006a). Derecho natural y positivismo jurídico. In: _____. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires e Montevideo: B de F, 2006. p. 177-200. (Colección Maestros del Derecho Penal, n. 14)

_____ (2006b). El problema de la validez del Derecho. Uma questão limite del Derecho. In: _____. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires e Montevideo: B de F, 2006. p. 135-176. (Colección Maestros del Derecho Penal, n. 14)

WERNECK VIANNA, Luiz et al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ e Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 337-491.

WERNECK VIANNA, Luiz (1996). Caminhos e descaminhos da revolução passiva à brasileira. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996. Disponível na internet: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

_____ (2007). O Estado Novo do PT. **La insígnia**. 13 jul. 2007. Disponível na internet: <<http://www.lainsignia.org>>. Acesso em: 19 abr. 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores, v. 10).

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductile:** Lei, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 199