UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luiz Eduardo Lapolli Conti

"SUPREMO É O POVO": RETÓRICA POPULISTA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE 2013 E 2020

Florianópolis
2023

Luiz Eduardo Lapolli Conti

“SUPREMO É O POVO”: RETÓRICA POPULISTA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE 2013 E 2020

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis

2023

Ficha de Identificação elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC

Conti, Luiz Eduardo Lapolli
"Supremo é o povo" : Retórica populista na atuação do Supremo Tribunal Federal entre 2013 e 2020 / Luiz Eduardo Lapolli Conti ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2023.
377 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Estado de direito. 3. Ativismo judicial. 4. Populismo político. 5. Populismo judciail. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

LUIZ EDUARDO LAPOLLI CONTI

“SUPREMO É O POVO”: RETÓRICA POPULISTA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE 2013 E 2020

O presente trabalho foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Profa. Dra. Eneida Desirée Salgado
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Pereira Martins
Universidade Nacional de Brasília – UNB

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina – USFC

Prof. Dr. Guilherme Soares
Universidade Federal de Santa Catarina – USFC

Certficamos que essa é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para a obtenção do título de doutor em Direito.

Documento assinado digitalmente
Claudio Macedo de Souza
Data: 16/08/2023 16:11:09-0300
CPF: ***.565.726-**
Verifique as assinaturas em https://v.ufsc.br

ICP-Edu

_____

Coordenação do Programa de Pós-Gradução em Direito

Documento assinado digitalmente
Claudio Ladeira de Oliveira
Data: 16/08/2023 12:44:36-0300
CPF: ***.066.661-**
Verifique as assinaturas em https://v.ufsc.br

ICP-Edu

_____

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Orientador

Florianópolis, 2023

AGRADECIMENTOS

Em todo trabalho de pesquisa reside um estranho paradoxo; ele é essencialmente uma tarefa solitária, de isolamento e reflexão, mas que só é possível quando se compartilha a vida com amigos e familiares. Sem eles, aquilo que já é uma empreitada dura, torna-se uma jornada insuportável. Nada mais justo, portanto, do que dedicar algumas singelas palavras àqueles que me acompanharam, apoiaram e inspiraram na concepção dessa tese.

Em primeiro lugar, um agradecimento especial ao meu orientador, professor doutor Cláudio Ladeira de Oliveira, que foi fundamental para a pesquisa, oferecendo não só dicas essenciais para o seu desenvolvimento e o contato com uma ampla bibliografia que em grande parte eu desconhecia, mas principalmente por me servir de exemplo intelectual, incutindo-me uma visão crítica e realista do direito constitucional, superando um paradigma ingênuo sobre a jurisdição constitucional que por muito tempo me acompanhou.

Do mesmo modo, preciso destacar a contribuição fundamental dos professores doutores Delamar Volpato Dutra, Guilherme Soares e Luiz Henrique Urquhart Cademartori durante a banca de defesa prévia com sugestões, comentários e críticas que foram prontamente assimiladas ao corpo do trabalho. Estendo o agradecimento aos professores do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina por todo conhecimento repassado, tanto no mestrado quanto no doutorado, com destaque especial a professora doutora Jeanine Nicolazzi Philippi, minha orientadora no mestrado.

Igualmente, merece especial homenagem a equipe de servidores da secretaria do PPGD-UFSC, sempre pronta a atender as necessidades cotidianas dos discentes e esclarecer as muitas dúvidas que surgiram no decorrer do curso.

Aos colegas e amigos do Curso de Direito da Faculdade ESUCRI, especialmente aos galácticos, Leonardo Alfredo da Rosa, Lucas Costa Alberton, Luciana Cardoso Aguiar, Maria Helena Backes e Valéria Zanette, além de Francisco Pizzette Nunes, coordenador do curso, que sempre me incentivaram em persistir no caminho do doutorado. Do mesmo modo, agradeço aos amigos Maurício da Cunha Savino Filó, Mateus Back e Michel Alisson, com quem discuti várias ideias que foram incorporadas ao texto final.

Aos professores doutores e grandes amigos, Fernanda da Silva Lima e Jackson da Silva Leal (com a Beta e o Juan), que foram essenciais para que eu continuasse almejando seguir pela trilha da pesquisa acadêmica, com seus conselhos e seus exemplos de excelência. Aos amigos Nathalia Gava Netto, Tiago Ongaratto e Gustavo Felipe Messer, que suportaram minhas rabugices durante o processo de escrita, me acompanharam nos momentos de felicidade e ansiedade e me deram todo apoio quando minha saúde quase sucumbiu na reta final da tese.

Aos meus sócios e amigos Maicon Henrique Aléssio, Efstathios Nicolaos Anastasiadis, Vanessa Cecin Chepp e Gabriele Bernardes Ongaratto, que souberam compreender meus momentos de ausência e assumiram integral responsabilidade pela gestão do escritório durante esse período. Sem a ajuda deles, a conclusão dessa tese seria ainda mais árdua. Agradeço também meus colegas de Diretoria da Subseção de Criciúma da Ordem dos Advogados do Brasil, Alisson Mutilo Matos, Rosana Guimarães Corrêa, Marco Antônio Colombi Zappelini e Janaína Alfredo da Rosa.

Por fim, mas não menos importante, um agradecimento especial àqueles sem os quais tudo isso seria impossível. Aos meus pais, Voimer e Margarete, que foram fundamentais no incentivo em prosseguir na carreira acadêmica, especialmente minha mãe, que insistia em acender uma vela a cada processo seletivo que eu participava. E também à Eduarda Viscardi da Silveira que, nessa travessia compartilhada chamada vida, me demonstrou a importância do afeto e compartilhou comigo, nos dois últimos anos, ela no mestrado, eu no doutorado, todas as angústias, mas também as alegrias, da pós-graduação.

Senhor Ministro, pode-se discordar de certas razões expendidas no ofício de informações do Poder ao Senhor Ministro Relator; mas há uma que é irrecusável, embora não formulado francamente: – ao declarar o impedimento do ilustre Senhor José Café Filho, o Congresso não fez mais do que reconhecer uma situação de fato irremovível dentro dos quadros constitucionais ou legais, qual a criada pelo imperativo dos canhões e metralhadoras insurrecionais que barravam e continuam barrando o caminho do Senhor João Café Filho até o Catete. [...] Qual o impedimento mais evidente, e insuperável pelos meios legais, do titular da Presidência da República, que o obstáculo oposto por uma vitoriosa insurreição armada?

Afastado "o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade", a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material – em que se acha o Senhor Café Filho, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos tanke e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. [...]

É uma situação de fato criada e mantida pela força das armas, contra a qual seria, obviamente, inexequível qualquer decisão do Supremo Tribunal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infligiram; sua vontade é o que conta, nada mais. [...]

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, doubie do exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para verificar se os Ministros dessa Corte "eram leões de verdade ou leões de pé de trono".

Jamais nos incalcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. *Nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa – no teto ou na parede das salas da Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas*. (STF, voto do Ministro Nelson Hungria no MS nº 3.557, j. em 7.11.1956)

RESUMO

Essa tese tem por objetivo analisar a utilização de uma retórica populista nos votos e manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal e avaliar seu eventual impacto na qualidade do arranjo institucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988, tendo como marco teórico o constitucionalismo popular. Sua originalidade, atualidade e relevância para o desenvolvimento científico residem, sobretudo, na possibilidade de oferecer uma visão crítica da atuação do Judiciário brasileiro, especialmente no que tange sua intervenção sobre prerrogativas parlamentares e sobre o sistema político-eleitoral, tentando conformá-los a sua própria interpretação moral dos princípios constitucionais. A tese é que a crise dos pressupostos do Estado de direito moderno, quais sejam, separação de poderes e democracia representativa, conduziu a duas patologias: o ativismo judicial e o populismo político. Ambas são tentativas frustradas de superar as falhas decorrentes da decadência do modelo contemporâneo de Estado de direito. Apesar desses dois fenômenos parecerem aparentemente incompatíveis entre si, o ativismo judicial se mostrou um solo fértil para o populismo, que ofereceu o aparato retórico para que os agentes judiciários pudessem justificar sua interferência no sistema político, buscando moldá-lo de acordo com suas próprias concepções de mundo. A metodologia está projetada em base teórica quanto à natureza, com fundamento em revisão bibliográfica e documental, abordagem do problema de modo qualitativo, com fins de pesquisa de forma descritiva e método de abordagem de pesquisa hipotético-dedutivo. O objetivo específico do primeiro capítulo consiste em expor os conceitos possíveis de Estado de direito, do ponto de vista normativo e descritivo, determinar os fundamentos de sua origem e apontar as causas de sua decadência na contemporaneidade. No segundo capítulo, o objetivo específico consiste na análise histórica do instituto do *judicial review* na experiência norte-americana, destacar os defensores e críticos da supremacia judicial e, por fim, discutir os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, abordando suas causas, características e consequências. O objetivo específico do terceiro capítulo é estabelecer um conceito de populismo político capaz de auxiliar na pesquisa; para tanto, estudamos as teorias sobre a democracia representativa e as razões de sua desfiguração, apresentamos um histórico da experiência populista e encerramos com a revisão bibliográfica de diversas concepções do fenômeno. No quarto e último capítulo, o objetivo específico é demonstrar como a retórica populista é utilizada na prática pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e qual seu impacto na democracia. Nesses termos, apontamos como as jornadas de junho de 2013 criaram um clima de insatisfação geral com o arranjo político que sustentou a Nova República, o que inspirou que agentes judiciários se colocassem na posição de uma vanguarda iluminista, responsável por extirpar a corrupção do sistema político. Essa agenda foi logo incorporada pelo Supremo, que legitimou sua atuação apelando ao populismo judicial. Logo, diante do objeto delimitado, objetivos e metodologia aplicada, conclui-se pela confirmação da tese, corroborando os efeitos danosos do populismo judicial na qualidade de democracia brasileira.

Palavras-chave: Estado de direito; supremacia judicial; ativismo judicial; populismo político; populismo judicial.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the use of a populist rhetoric in the votes and manifestations of the ministers of the Federal Supreme Court and to evaluate its possible impact on the quality of the institutional arrangement established by the Federal Constitution of 1988, having popular constitutionalism as a theoretical framework. Its originality, timeliness and relevance for scientific development reside, above all, in the possibility of offering a critical view of the performance of the Brazilian Judiciary, especially with regard to its intervention on parliamentary prerogatives and on the political-electoral system, trying to conform them to its own moral interpretation of constitutional principles. The thesis is that the crisis of the assumptions of the modern rule of law, namely, separation of powers and representative democracy, led to two pathologies: judicial activism and political populism. Both are frustrated attempts to overcome the failures resulting from the decay of the contemporary model of the rule of law. Despite these two phenomena seemingly incompatible with each other, judicial activism proved to be a fertile ground for populism, which offered the rhetorical apparatus so that judicial agents could justify their interference in the political system, seeking to mold it according to their own conceptions of world. The methodology is designed on a theoretical basis in terms of nature, based on a bibliographical and documental review, a qualitative approach to the problem, with descriptive research purposes and a hypothetical-deductive research method. The specific objective of the first chapter is to expose the possible concepts of the rule of law, from a normative and descriptive point of view, to determine the foundations of its origin and to point out the causes of its decay in contemporary times. In the second chapter, the specific objective is the historical analysis of the judicial review institute in the North American experience, highlighting the defenders and critics of judicial supremacy and, finally, discussing the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism, addressing their causes, characteristics and consequences. The specific objective of the third chapter is to establish a concept of political populism capable of helping the research; for that, we study the theories about representative democracy and the reasons for its disfiguration, we present a history of the populist experience and we conclude with a bibliographic review of several conceptions of the phenomenon. In the fourth and final chapter, the specific objective is to demonstrate how the ministers of the Federal Supreme Court use populist rhetoric in practice and what its impact on democracy is. In these terms, we point out how the June 2013 days created a climate of general dissatisfaction with the political arrangement that sustained the New Republic, which inspired judicial agents to place themselves in the position of an Enlightenment vanguard, responsible for rooting out corruption from the political system. The Supreme Court incorporated this agenda, which legitimized its action by appealing to judicial populism. Therefore, in view of the delimited object, objectives and applied methodology, it is concluded that the thesis is confirmed, corroborating the harmful effects of judicial populism on the quality of Brazilian democracy.

Keywords: rule of law; judicial supremacy; judicial activism; political populism; judicial populism.

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à analyser l'utilisation d'une rhétorique populiste dans les votes et les manifestations des ministres du Tribunal fédéral et à évaluer son impact possible sur la qualité de l'arrangement institutionnel établi par la Constitution fédérale de 1988, ayant comme base le constitutionnalisme populaire. cadre théorique. Son originalité, son actualité et sa pertinence pour le développement scientifique résident, avant tout, dans la possibilité d'offrir une vision critique de la performance du pouvoir judiciaire brésilien, en particulier en ce qui concerne son intervention sur les prérogatives parlementaires et sur le système politico-électoral, en essayant de se conformer à sa propre interprétation morale des principes constitutionnels. La thèse est que la crise des postulats de l'État de droit moderne, à savoir la séparation des pouvoirs et la démocratie représentative, a conduit à deux pathologies : l'activisme judiciaire et le populisme politique. Les deux sont des tentatives frustrées pour surmonter les échecs résultant de la décadence du modèle contemporain de l'État de droit. Malgré ces deux phénomènes apparemment incompatibles l'un avec l'autre, l'activisme judiciaire s'est avéré être un terreau fertile pour le populisme, qui a offert l'appareil rhétorique pour que les agents judiciaires puissent justifier leur ingérence dans le système politique, cherchant à le façonner selon leurs propres conceptions de celui-ci. monde. La méthodologie est conçue sur une base théorique en termes de nature, basée sur une revue bibliographique et documentaire, une approche qualitative du problème, avec des objectifs de recherche descriptive et une méthode de recherche hypothético-déductive. L'objectif spécifique du premier chapitre est d'exposer les concepts possibles de l'Etat de droit, d'un point de vue normatif et descriptif, de déterminer les fondements de son origine et de pointer les causes de son déclin à l'époque contemporaine. Dans le deuxième chapitre, l'objectif spécifique est l'analyse historique de l'institut de contrôle judiciaire dans l'expérience nord-américaine, en mettant en évidence les défenseurs et les détracteurs de la suprématie judiciaire et, enfin, en discutant des phénomènes de judiciarisation de la politique et de l'activisme judiciaire, en abordant leurs causes , caractéristiques et conséquences. L'objectif spécifique du troisième chapitre est d'établir un concept de populisme politique susceptible d'aider la recherche ; pour cela, nous étudions les théories sur la démocratie représentative et les raisons de sa défiguration, nous présentons une histoire de l'expérience populiste et nous concluons par une revue bibliographique de plusieurs conceptions du phénomène. Dans le quatrième et dernier chapitre, l'objectif spécifique est de montrer comment la rhétorique populiste est utilisée dans la pratique par les ministres du Tribunal fédéral et quel est son impact sur la démocratie. En ces termes, nous rappelons comment les journées de juin 2013 ont créé un climat de mécontentement général à l'égard de l'arrangement politique qui a soutenu la Nouvelle République, ce qui a inspiré les agents de la justice à se placer en position d'avant-garde des Lumières, chargée d'éradiquer la corruption de la système politique. . Cet agenda a rapidement été intégré par la Cour suprême, qui a légitimé son action en faisant appel au populisme judiciaire. Par conséquent, compte tenu de l'objet délimité, des objectifs et de la méthodologie appliquée, il est conclu que la thèse est confirmée, corroborant les effets néfastes du populisme judiciaire sur la qualité de la démocratie brésilienne.

Mots-clés: état de droit; suprématie judiciaire; activisme judiciaire; populisme politique; populisme judiciaire.

LISTA DE ABREVIAÇÕES E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-O	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPF-MC	Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
AP	Ação Penal
AP-QO	Questão de Ordem em Ação Penal
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
DEM	Democratas (1985 – 2022)
MDB	Movimento Democrático Brasileiro (1966-1979)
MI	Mandado de Injunção
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
MPL	Movimento Passe Livre
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PCdoB	Partido Comunista do Brasil (1962)
PGR	Procurador-Geral da República
PDT	Partido Democrático Trabalhista (1979)
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Partido Liberal (2019)
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro (1980-2017)
PP	Partido Progressista (1995)

PPS	Partido Popular Socialista (1992) – Atualmente Cidadania (2019)
PR	Partido da República (2006) – Atualmente PL (2019)
PRB	Partido Republicano Brasileiro (2003) – Atualmente Republicanos (2019)
PSD	Partido Social Democrático (1945-1965)
PSD	Partido Social Democrático (2011)
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira (1988)
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade (2004)
PT	Partido dos Trabalhadores (1980)
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro (1945-1965)
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UDN	União Democrática Nacional (1945-1965)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO *14*

2 ESTADO DE DIREITO E DECADÊNCIA POLÍTICA *21*

2.1 UMA HISTÓRIA CONCEITUAL DO ESTADO DE DIREITO **22**

2.2 POR UMA GENEALOGIA DO ESTADO DE DIREITO **44**

2.3 SINAIS DA DECADÊNCIA POLÍTICA DO ESTADO DE DIREITO **63**

3 A ASCENSÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO *79*

3.1 O *JUDICIAL REVIEW* NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA **81**

3.2 AS TEORIAS EM DEFESA DA SUPREMACIA JUDICIAL **101**

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL **126**

4 O POPULISMO POLÍTICO *145*

4.1 AS TEORIAS E A DESFIGURAÇÃO DA DEMOCRACIA **149**

4.2 POPULISMOS: PERCURSO HISTÓRICO **176**

4.3 POPULISMO: AS TENTATIVAS DE CONCEITUALIZAÇÃO **200**

5 A RETÓRICA POPULISTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *232*

5.1 ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: JUNHO DE 2013 E O ESFACELAMENTO DO PACTO DE GOVERNABILIDADE BRASILEIRO **234**

5.2 A NOVA VANGUARDA ILUMINISTA: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÀO JUDICIARISTA BRASILEIRA **257**

5.3 DO PASSIVISMO AO ATIVISMO JUDICIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ATOR POLÍTICO RELEVANTE **286**

5.4 FALANDO PELO POVO: A RETÓRICA POPULISTA NOS VOTOS E MANIFESTAÇÕES DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **309**

6 CONCLUSÃO *345*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *352*

1 INTRODUÇÃO

O filósofo alemão Walter Benjamin pretendia introduzir sua obra sobre o drama barroco alemão recontando a fábula da Bela Adormecida. Na sua versão, a princesa dormia no seu próprio arbusto espinhento quando, depois de muitos anos, acordou. O despertar, no entanto, não teria se dado por conta de um beijo de um príncipe afortunado, mas pela sonora bofetada de um cozinheiro, que ressoou pelo palácio, com sua energia encarcerada por tantos anos (BUCK-MORSS, 2002, p. 46).

O direito constitucional, na forma como ele é tradicionalmente concebido pela academia brasileira, é a princesa adormecida, aguardando seu despertar pelo doce beijo da teoria constitucional. Ao invés de se ocupar da análise das relações de poder concretas e das ações estratégicas assumidas pelas instituições e agentes políticos, a teoria constitucional se acostumou a desenvolver argumentos normativos e conceituais para estabelecer os fins e ideais que deveriam determinar a ação política.

Nesses termos, questões como justiça distributiva, ponderação entre valores constitucionais e padrões para verificar a aderência do Estado com os ideais do que denominamos Estado de direito são muito mais desenvolvidas do que análises sobre o processo democrático real, as instituições e as estruturas políticas. Essa ênfase em questões de justiça, ou melhor, essa prioridade da moral sobre a política, é, no entanto, muito unilateral (WALDRON, 2016, pp. 3-5).

Queremos fazer o papel do cozinheiro, acordando o direito constitucional com uma "sonora bofetada". Daí porque a perspectiva que se pretende adotar é diversa da tradicionalmente adotada na teoria constitucional. Ela está descrita na apresentação do GConst - Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político, ligado ao PPGD-UFSC e no âmbito do qual a presente tese se encontra inserida:

> O objetivo do grupo é analisar temas tradicionais do direito constitucional assumindo uma perspectiva distinta daquela atualmente predominantes na teoria constitucional em dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, ao invés de atribuir às instituições judiciais virtudes morais e intelectuais excessivamente idealizadas, elas são descritas de modo mais realista como sendo instituições compostas por indivíduos dotados de racionalidade e altruísmo limitados, interesses e valores particulares, suscetibilidade à influência de grupos de pressão etc. [...]. Em segundo lugar, ao invés de enfatizar a legitimidade da intervenção judicial em matérias politicamente controvertidas, a título de resguardar direitos fundamentais, é adotada uma perspectiva que afirma a centralidade da atividade legislativa representativa parlamentar e dos conflitos políticos e sociais, que marcam exercício efetivo dos direitos políticos de participação, para o processo de efetivação dos direitos fundamentais. Da adoção de tal perspectiva resulta a defesa de uma jurisdição constitucional mais "auto-restrita", preocupada em intervir para fortalecer os

> processos políticos representativos e a participação cidadã das classes sociais subalternas, mas que evita meramente substituir as opções expressas nos processos representativos pelas opiniões, valores e interesses particulares das elites judiciais[1].

Assim, a premissa da qual partimos é a constatação, marcada por Dahl (2009, p. 2**6**), de que as instituições judiciárias, e em especial as cortes supremas, são sobretudo instituições destinadas a "tomar decisões sobre questões polêmicas quanto à política nacional", onde "os critérios legais não são de forma alguma adequados à tarefa". O *marco teórico* do trabalho é o constitucionalismo popular[2]. Segundo Oliveira e Dutra (2023, p. 62), o "constitucionalismo popular enfatiza as pré-condições políticas da autoridade de uma constituição jurídica".

Para essa teoria, elaborada nos Estados Unidos como uma crítica à supremacia judicial, a política sempre vem antes do direito e dos tribunais. Trata-se de uma "condição permanente para a existência de constituições estáveis e efetivas". Apesar de comporem uma parte importante do arranjo institucional democrático, as cortes são secundárias e, às vezes, podem ser parte do problema, já que possuem seu próprio risco de arbitrariedade. Elas não são superiores aos demais poderes, mas parte do jogo político (OLIVEIRA; DUTRA, 2023, p. 62).

Assim, a interpretação da Constituição não pode ser atribuída com exclusividade a um único poder; ela deve ser compartilhada com os demais poderes, com outros órgãos e instituições e principalmente com o povo. O constitucionalismo popular parte do pressuposto que o conteúdo, o alcance e os limites da interpretação constitucional devem ser estabelecidos em meio a um ambiente público e radicalmente democrático. O constitucionalismo popular "trata o direito constitucional não como algo pertence aos advogados e aos juízes, mas ao próprio povo" (TUSHNET, 1999, p. 182).

O *tema* que a pesquisa pretende abordar é a adoção, por integrantes do STF, de uma retórica[3] populista para legitimar decisões que, no seu âmago, buscam conformar o

---

[1] Disponível em http://grupoconstitucionalismopolitico.blogspot.com/2017/10/o-gconst-grupo-de-pesquisa-em.html

[2] Segundo Vieira, Emerique e Barreira (2018, p. 284), os principais autores do constitucionalismo popular são Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, que serão constantemente citados nesse trabalho.

[3] Adotamos nesse trabalho a definção de retórica apresentada por Perelman (1998, pp. 141-3): técnica discursiva que visa provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento. O jurista complementa essa definção com mais quatro observações. A primeira é que a retórica procura persuadir por meio do discurso; dela estão excluídas a violência e a carícia, mas não a ameaça e a promessa, pois estas se servem da linguagem para ganhar adesão. A segunda é que a retórica possui relação com a lógica formal, mas só na medida em que "se admita a verdade das premissas de que parte"; no entanto, quando são possíveis vários sentidos, a lógica formal é inútil e caberá à retórica oferecer as razões de escolha para obter a adesão da solução proposta. A terceira observação é que a adesão a uma tese pode ter

sistema político a uma determinada concepção de moralidade das elites judiciárias. Nossa *hipótese* é que na contemporaneidade o modelo de Estado de direito, consagrado entre os séculos XIX e XX, deixou de servir como um parâmetro adequado para conferir legitimidade à ação estatal. O esgotamento do paradigma tradicional da separação de poderes e a intensificação da crise da democracia representativa conduziram a um questionamento permanente da adequação dessas estruturas e à procura de soluções alternativas.

Nesse quadro, a maior parte das democracias ocidentais optou por delegar parcela significativa de sua soberania para órgãos não-eleitorais, que seriam capazes de responder de forma técnica aos anseios da população. Esse processo, conhecido como judicialização da política, é reflexo dessa estranha valorização do impolítico nas democracias contemporâneas. Ele dá vazão para que os agentes judiciais possam impor suas agendas morais e corporativas sobre as decisões coletivas, naquilo que se denomina ativismo judicial.

Ao mesmo tempo, em contraposição a essa onda de despolitização, insurge o populismo político. Aqui o que temos é uma hiperpolitização da sociedade: a crise de representação é solucionada com uma divisão maniqueísta entre "o povo bom" e "a elite corrupta". Para o populista, não há mediação possível entre o aparato estatal e a soberania popular; um é sempre resultado direto e imediato do outro. O líder é aquele encarregado que fazer prevalecer no mundo real a vontade geral da comunidade política.

Vistos dessa forma, os dois fenômenos, ativismo judicial e populismo político, parecem inconciliáveis entre si. No entanto, tentar-se-á demonstrar que, pelo menos na realidade brasileira, o ativismo judicial serviu como um solo fértil no qual o populismo encontrou amparo. O discurso maniqueísta e o moralismo ínsito ao populismo providenciaram o aparato retórico para que os agentes judiciários pudessem justificar a intervenção no sistema político, buscando moldá-lo de acordo com suas próprias concepções de mundo (*Weltanschauung*).

---

intensidade variável, algo essencial quando se trata não de verdades, mas de valores. Tratando-se de valores e da possibilidade de confronto entre eles, o aumento da intensidade pode ser útil para o resultado do impasse. Por fim, a quarta observação de Perelman é no sentido de que a retórica, ao contrário da lógica formal ou das ciências positivas, "diz respeito mais à adesão do que à verdade. As verdades são impessoais e o fato de serem, ou não, reconhecidas nada muda em seu estatuto. Mas a adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, de um auditório". Aliás, a noção de auditório é central na retórica, uma vez que um discurso somente pode ser eficaz quando é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.

Assim, nosso objetivo geral é determinar e tentar esclarecer, a partir da análise de determinados precedentes do Supremo Tribunal Federal, como a retórica populista intervém no discurso judicial, permitindo a substituição de argumentos jurídicos por apelos a uma suposta moralidade compartilhada pela comunidade a partir do texto constitucional. Optamos por um corte metodológico, selecionando decisões, colegiadas ou monocráticas, entre os anos de 2013 e 2019 que tivessem por objeto algum aspecto do sistema político brasileiro[4].

A estrutura do trabalho é dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, analisamos a fundamentação teórica da ideia de Estado de direito., desde suas origens no direito público alemão do século XIX, até suas visões mais atuais. Em seguida, a partir de uma perspectiva descritiva, estabelecemos as condições históricas de seu surgimento. Se o Estado é, como define Weber, uma relação de dominação, é preciso explicar por que no Ocidente ele se conformou ao direito. Finalizamos o capítulo mencionando as transformações pelas quais passa o Estado de direito, que podem indicar sua decadência.

Apresentadas as premissas iniciais, seguimos no segundo capítulo com um estudo sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Em um primeiro momento, destacamos a experiência norte-americana com o *judicial review*, demonstrando que ele não está necessariamente ligado à supremacia judicial. Depois, revisamos a ampla literatura existente em defesa da supremacia judicial, que atribue características quase messiânicas aos tribunais. Por fim, estudamos os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, evidenciando suas causas, efeitos e distinções.

O tema do terceiro capítulo é o populismo político. Iniciamos com a tentativa de estabelecer as diversas concepções existentes de democracia (elitistas, minimalistas, pluralistas e normativistas), bem como as causas de sua desfiguração (ou crise) na contemporaneidade. No segundo tópico, por sua vez, efetuamos um levantamento histórico do populismo enquanto fenômeno político, desde Luís Bonaparte até Donald Trump. Encerramos o capítulo apresentando diversas concepções sobre populismo político, buscando por aquela que melhor se adequará ao nosso objeto de estudo, qual seja, o populismo judicial.

[4] Pode-se objetar que as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54 tinham escopo bem mais amplo, uma vez que discutiam o princípio da presunção de inocência. No entanto, é indubitável que o tema só ganhou relevância no STF, e na sociedade, na medida em que o cumprimento antecipado da pena impactaria em uma suposta redução da corrupção endêmica do sistema político brasileiro.

No último capítulo, o objetivo é estudar as causas e consequências do populismo judicial no Brasil. Na primeira parte, resgatamos a narrativa das manifestações de junho de 2013; o que se iniciou como um protesto localizado contra o aumento da tarifa de transporte público se generalizou em um movimento nunca antes visto no país. Em poucos dias, as manifestações colocaram em xeque o próprio arranjo institucional que garantia a governabilidade na República Nova.

Em seguida, pretendemos examinar aquilo que Lynch (2017) denominou de revolução judiciarista, ou seja, o movimento de uma "vanguarda modernizadora" de agentes oriundos das carreias jurídicas, que assumiu para si a tarefa messiânica de regenerar um sistema corrompido pela classe política. Além disso, pesquisaremos sobre o neoconstitucionalismo enquanto ideologia inspiradora dessa revolução.

Antes de analisar as decisões do STF em que a retórica populista é empregada, faremos um retrospecto histórico do papel do tribunal no decorrer do período republicano brasileiro. Concebido incialmente como um potencial substituto do Poder Moderador do Imperador, o tribunal foi seguidamente escanteado pelos governos de turno. Somente com a Constituição Federal de 1988 ele atinge um papel de destaque, talvez mesmo central, na vida política nacional.

No último tópico, trataremos de analisar alguns precedentes do STF em que a retórica populista, com apelo à moral e ao sentimento público, serviu de suporte para decisões que impactam no sistema político nacional. Sob o argumento de concretizar os valores constitucionais, os ministros do tribunal, em decisões colegiadas ou monocráticas, interferiram em prerrogativas parlamentares, substituindo a deliberação democrática por suas concepções individuais (ou corporativas) de moral.

Ao realizar essa pesquisa acadêmico-científica recorremos aos procedimentos metodológicos que a seguir descreveremos. No que tange a natureza do problema foi utilizada a pesquisa aplicada, elegida como fonte de conhecimentos para a solução de problemas. Conforme lição de Barros e Lehfeld (2000, p.78) "a motivação é a necessidade de produzir conhecimento para aplicação de seus resultados, com o intuito de contribuir de forma prática, visando à solução do problema encontrado na realidade". Seguindo essa perspectiva, a pesquisa consiste em utilizar o conhecimento produzido para a resolução do problema proposto.

Todavia, considerando que a investigação é constituída por um conjunto de etapas científicas, com a finalidade de explicar e compreender o fenômeno a ser estudado, a sua natureza pressupõe uma atitude concreta em relação ao objeto, que se encontra limitada

ao domínio particular de uma ciência. Assim, optamos pela abordagem qualitativa, uma vez que os dados serão interpretados e analisados, visando à compreensão dos fenômenos à luz de aspectos que se circunscrevem entre as ciências jurídicas, sociais e humanas, além da teoria política.

No presente estudo, adotamos o método hipotético-dedutivo. Na visão de Lakatos e Marconi (2010, p.65), esse método consiste em um conjunto de atividades sistemáticas que possibilita ao pesquisador "alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista". Em sentido semelhante, Mezzaroba e Monteiro (2017, p.96) afirmam que:

> [o método hipotético-dedutivo] tem em comum com o método dedutivo o procedimento racional que transita do geral para o particular, e com o método indutivo, o procedimento experimental como sua condição fundante.

Optamos pelo método de pesquisa com base na produção de Rodrigues (2009, p.10), que diagnostica que a produção do conhecimento na área do Direito "repete no campo científico a mesma estrutura da pesquisa profissional, qual seja a de buscar e/ou construir argumentos que comprovem a hipótese apresentada". Assim, destaca que é possível adotar, na pesquisa do Direito, uma estratégia diferente, "na qual a pesquisa não busque confirmadas hipóteses, mas seja crítica, utilizando a refutabilidade como critério de demarcação" (RODRIGUES, 2009, p. 15).

De acordo com Lakatos e Marconi (2010, p. 90), o método monográfico é o estudo de "determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações". Deve-se observar todos os fatores que influenciaram o tema e analisá-lo em todos os seus aspectos. Assim, o emprego desse método pressupõe sempre que sejam eleitas determinadas hipóteses que deverão ser verificadas, confirmadas ou prejudicadas pelos efeitos alcançados durante a experiência (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017, p. 114).

Adotamos como técnica de pesquisa a bibliográfica. Trata-se da técnica que consiste em analisar "toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudos" (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 166). O seu objetivo é colocar o pesquisador em contato direto com toda produção científica, escrita, dita ou filmada, acerca de determinado assunto, "inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, querem publicadas, quer gravadas" (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 166).

Somada à pesquisa bibliográfica, adotamos a pesquisa documental., que trouxe a possibilidade de lidar co documentos em seu estado bruto. Os acórdãos e decisões monocráticas utilizados foram acessados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Os critérios utilizados para sua seleção foram: 1) terem sido decididos entre 2013 e 2020; 2) tratatrem de decisões que 2.1) impactaram prerrogativas parlamentares e o arranjo do sistema político estabelecido na Constituição de 1988; e 2.2) tiveram ampla repercussão na mída, por conta do interesse da opinião pública.

2 ESTADO DE DIREITO E DECADÊNCIA POLÍTICA

O colapso do bloco comunista europeu no fim da década de 1980 renovou a carreira universal do Estado de direito (KRYGIER, 2018, p. 36). Diante da dicotomia entre a democracia de livre mercado e a ditadura de partido único de economia planificada, a crise da última levou muitos observadores a acreditar que "a democracia liberal poderia constituir o ponto terminal da evolução ideológica da humanidade e a forma final do governo humano" (FUKUYAMA, 1992, p. 13).

Logo, adequar-se ao Estado de direito passou a ser uma ambição de todo e qualquer país que quisesse se ver como pertencente à civilização ocidental. Governos limitados, democracia representativa e respeito aos direitos fundamentais foram vendidos como fatores que necessariamente levariam uma nação ao progresso[5]. O fracasso da maior parte desses empreendimentos, entretanto, colocou em xeque essa premissa[6].

A verdade é que, conforme veremos a seguir, existe pouco consenso sobre o que consistiria em ser um "Estado de direito"[7]. Aliás, o termo serve em nossa língua para traduzir expressões estrangeiras que representam tradições bastante diversas entre si: *Rechtsstaat, Etát de Droit* e *Rule of Law*[8]. Ainda assim, é possível determinar algumas

---

[5] Segundo Tamanaha (2004, p. 137), "políticos, governantes, juristas e cientistas políticos, homens de negócio, especialistas em desenvolvimento, o Banco Mundial e o FMI, e muitos outros ao redor do globo, de sociedades liberais e não-liberais, de países desenvolvidos ou em desenvolvimento, promovem o Estado de direito como um benefício mundial".

[6] Talvez o melhor exemplo desse projeto, e, portanto, a sua maior falha, seja a tentativa de implantação de um "Estado de direito" na Rússia.

[7] Tamanaha (2004, p. 4) afirma que o Estado de direito "ocupa a peculiar posição de ser *o* ideal político legitimador predominante atualmente no mundo, sem consenso do que precisamente ele significa".

[8] Zolo (2006, p. 11) se refere aos quatro acontecimentos da "história externa" do Estado de direito que merecem plena relevância teórica: 1) a experiência do *Rechtsstaat* alemão; 2) a do *rule of law* inglês; 3) a importante variante do *rule of law* norte-americano; e 4) o *État de droit* francês. O *Rechtsstaat* alemão nasce como uma contraposição ao Estado absolutista e o Estado de polícia. Seus fundamentos se ancoram na teoria dos direitos públicos subjetivos (que veremos adiante) e no primado da lei como sistema de regras impessoais, abstratas, gerais e não-retroativas. Aqui não se cogita da possibilidade do uso arbitrário do poder legislativo; pelo contrário, a teoria assume uma "perfeita correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade moral e supõe como certa a confiança dos cidadãos nessa correspondência. No direito inglês, por sua vez, o *rule of law* pressupõe a igualdade jurídica dos sujeitos, independentemente da classe social e das condições econômicas. Essa igualdade se opõe não só aos privilégios pessoais, mas também ao exercício arbitrário ou excessivamente discricional do Executivo. Outro ponto importante é a "sinergia normativa entre o Parlamento e as Cortes judiciárias", de modo que as "decisões que emanam de duas fontes são de fato – se não certamente de direito – igualmente soberanas". Por fim, o *rule of law* inglês se apoia na tutela dos direitos subjetivos: o Judiciário desempenha a função de proteção dos direitos de liberdade e propriedade contra possíveis arbítrios não apenas do executivo, mas também do Legislativo. A característica principal do *rule of law* norte-americano é a supremacia da Constituição, que é colocada em direta oposição à função legislativa do parlamento, que era considerado muito mais perigoso para as liberdades e para a propriedade que o próprio poder administrativo. Nesse contexto, julgou-se que o tecnicismo do juiz profissional era mais capaz do que o legislativo para garantir a correta interpretação do texto constitucional e, "portanto, uma tutela imparcial e metapolítica dos direitos individuais". Na França, a noção de *État de droit* foi desenvolvida com especial atraso. Por conta da revolução, atribuía-se ao

características que lhe são comuns desde que se abandone uma visão idealizada dessa forma política, como veremos adiante.

Assim, na primeira parte do capítulo, trataremos das diversas concepções de Estado de direito na doutrina jurídica. Iniciando por Kelsen, que afirmava que a expressão representava uma tautologia, até Dworkin, passaremos em revista por diversas formas de entender o Estado de direito e suas principais acepções. Ao final, em oposição a essas visões normativas, oferecemos uma proposta descritiva fundada no pensamento de Carl Schmitt.

No segundo tópico, pretendemos apresentar uma análise realista do surgimento do Estado de direito, tentando entender por que governos se submetem a limitações em seus poderes. Partimos de uma visão weberiana: o Estado é uma relação de dominação de alguns homens sobre outros. A partir dessa perspectiva, é preciso demonstrar quais os fatores que paulatinamente possibilitaram, pelo menos no ocidente, à sua conformação ao direito.

Por fim, após compreendermos que o Estado de direito é resultado de uma condição histórica específica e contingente, vamos traçar as razões de sua decadência na sociedade contemporânea. Há um processo de erosão da separação de poderes e da legalidade, componentes típicos do Estado de direito, que são resultado das alterações das condições históricas do liberalismo político.

2.1 UMA HISTÓRIA CONCEITUAL DO ESTADO DE DIREITO

Como alerta Costa (2006, p. 95), Estado de direito é "uma expressão que conheceu, em anos relativamente recentes, uma renovada fortuna". O período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial viu florescer vasta literatura política e jurídica que estabeleceu o conceito como um termo de batalha contra toda espécie de totalitarismo ou

---

parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes, uma vez que era o único órgão investido diretamente da soberania popular. Carré de Malberg, no entanto, opunha-se a essa tradição jacobina, ao afirmar que todos os poderes, inclusive o parlamento, estão subordinados ao direito. Não é suficiente submeter os atos administrativos ao princípio da legalidade; um "autêntico Estado de direito deve fornecer aos cidadãos os instrumentos legais para se oporem também à vontade do legislador, no caso em que seus atos violem os direitos fundamentais dos primeiros". Em que pese essas distinções, Zolo (2006, pp. 30-1) afirma que é possível atenuar ou até mesmo fazer desaparecer por completo quando se levam em conta os seus pressupostos filosóficos-políticos e às referências de valor, bem como institutos jurídicos e estruturas políticas que estão presentes de forma equivalente nessas diferentes experiências de Estado de direito. Isso permite reduzir essas diversas experiências em um quadro teórico unitário e coerente, "capaz de fornecer uma identidade conceitual precisa à noção de 'Estado de direito'".

autoritarismo. Ele traria consigo um conjunto de promessas, tais como o governo das leis, a proteção contra o arbítrio e a exigência de decisões racionalmente justificadas.

Todavia, o seu conteúdo sempre sofreu de grande indeterminação. A sua vagueza conceitual fez com que a expressão fosse tida como um chavão na língua vulgar das contendas políticas, de modo que o termo "circula no mercado das ideias como uma moeda desvalorizada" (MEIERHENRICH; LOUGHLIN, 2021, p. 3). Assim, apesar da quase-unanimidade de que goza o conceito, existem aqueles que desconsideram a sua importância teórica.

O mais famoso, sem dúvida, é Hans Kelsen. O jurista austríaco se notabilizou por defender o Estado enquanto unidade jurídica; seu alvo indubitavelmente era o positivismo jurídico alemão do século XIX, especialmente Carl Friedrich Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek. No centro do debate estava a ideia de *Rechtsstaat,* tal como desenvolvida na Alemanha no período entre o fracasso da Revolução de 1848 e a consolidação do Segundo Império Alemão.

Fioravanti (2001, p. 611) indica que a relação de Kelsen com os juristas alemães dos oitocentos é uma "relação de crítica rígida". A teoria do Estado surgiu na Alemanha do século XIX com o advento da obra *Über öffentliche Rechte* de Carl Friedrich von Gerber em 1852[9]. Gerber, um privatista formado na Escola Histórica de Savigny[10], "propôs uma nova sistematização do direito de Estado, derivada do poder estatal entendido como 'poder de vontade'" (STOLLEIS, 2018, p. 93).

Gerber não buscou derivar a validade de uma lei a partir das suas origens históricas; pelo contrário, ele construiu seu sistema de direito público sobre as leis então existentes (CALDWELL, 1997, p. 14). Sua pretensão era "traduzir o próprio domínio em

---

[9] Ainda que Gerber possa ser identificado com a consolidação da teoria do Estado e do direito público alemão, o ideal de racionalização do poder estatal lhe é anterior, podendo encontrar raízes na obra de Kant (NOVAIS, 2013, pp. 66-7). Foi o filósofo de Königsberg quem, em contraposição ao Estado de polícia, defendeu que a tarefa do Estado não era atender ao bem-estar de seus cidadãos, sendo sua finalidade "a plena conformação (*der Grössten Übereinstimmung*) com os princípios do direito (*Rechtsprincipien*)" (KANT, 2006, p. 242). O Estado não passa, para Kant (2006, p. 232), de uma "união de uma multidão (*Menge*) de pessoas submetidas as leis de direito (*Rechtsgesetzen*)", que tem por intuito garantir a cada um a liberdade exterior para determinar seus próprios critérios morais e procurar a felicidade pessoal. No § 9º de *Die Metaphysik derSitten*, Kant denomina esse tipo de associação civil de "*rechtlicher Zustand*", algo como uma condição ou estado jurídico, e não *Rechsstaat*. Posteriormente, entretanto, Kant e seus seguidores serão definidos como "*die kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehre"* (a escola crítica ou da doutrina do Estado de direito) (GOZZI, 2006, p. 316 – n. 22).

[10] Apesar de iniciada por Gustav Hugo (1764-1844), o verdadeiro protagonista da Escola Histórica foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), fundador da *Zeitschrift für geschichtilche Rechtswissenschaft* (Revista para a ciência histórica do direito), de onde o movimento tirou seu nome. Seu objetivo era depurar a ciência jurídica, superando suas abstrações acríticas e seu antitradicionalismo ao ressaltar que tal ciência deveria ser elaborada de forma sistemática e histórica.

vontade jurídica, [...] converter a decisão nua na personalidade jurídica do Estado" (FIORAVANTI, 2001, p. 58). O que restou foi o Estado em seu "esqueleto nu e sólido", analisado de modo puramente jurídico (STOLLEIS, 2018, p. 94).

Assim, Gerber desenvolve uma ontologia dualista radical em que afirma haver uma separação entre a descrição política do Estado e a sua interpretação jurídica. A concepção política, que correspondia a personalidade ética, advogava a legitimidade do monarca enquanto a "cabeça" do corpo "orgânico" do Estado. A legalidade da ordem estatal, por sua vez, era pressuposta a partir da posição do monarca, já que o núcleo do poder estatal reside na sua vontade (*Willensmacht*) (KELLY, 2003, pp. 85-6).

A vontade popular formava a base do estado natural, mas não encontrava qualquer relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que ela apenas figurava como sujeito da vontade estatal. Para Gerber, portanto, não haveria qualquer diferença jurídica se o conceito de cidadão (*Staatsbürger*) fosse substituído pelo de sujeito (*Unterthan*), pois ambos coincidem[11] (KELLY, 2003, p. 86).

Assim, a personalidade jurídica do Estado unifica a vontade do povo pela sua vontade própria, o que garante a unidade estatal[12]. Como destaca Gerber (1865, p. 1), o povo encontra sua disciplina jurídica da sua vida coletiva no Estado, que corresponde a "forma jurídica da vida coletiva de um povo (*die Rechttsform für das Gesammtleben eines Volks*)". Será o Estado, então, que determinará, com sua vontade soberana, os direitos dos indivíduos[13] (COSTA, 2006, pp. 129-30).

Observa-se, portanto, que Gerber, muito embora pretendesse adotar um conceito apolítico de Estado, possuía um inequívoco compromisso com a monarquia constitucional prussiana. No rescaldo do fracasso da revolução liberal de 1848, a pureza

---

[11] Gerber (1852, p. 59) afirma que os "súditos (*Unterthanen*) são sujeitos dominados pelo rei, enquanto titular da autoridade estatal (*als Innehabers der Staatsgewalt*) e, portanto, estão obrigados (*verpflichtet*) a obedecer suas ordens constitucionais e diretrizes".

[12] Segundo o juspublicista alemão, "de uma perspectiva jurídica do Estado, compreende-se primeiro o fato de que nele o povo é elevado a uma consciência e vontade jurídica comum (*rechtlichen Gesammtbewusstsein*), em outras palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica (*rechtlichen Persönlichkeit*) (GERBER, 1865, p. 1).

[13] Por essa razão, Novais (2013, pp. 82-3) vai sustentar que Gerber é quem primeiro, "embora de forma obscura e contraditória", vai sustentar a existência de direitos públicos subjetivos, em oposição àqueles que defendiam um caráter originário e natural dos direitos fundamentais. Em nota a essa passagem, porém, o autor destaca que a ambiguidade do pensamento de Gerber permite que Jellinek considere que ele foi a primeira expressão da corrente que minimiza ou nega sua existência. A leitura de Gerber parece indicar a correição da interpretação do último. Afinal, Gerber (1865, pp. 31-2) afirma, de forma textual, que a existência de estatutos legais que estabelecem restrições ao poder estatal, na forma de "direitos do cidadão" (*Volksrechte*), não deve levar a conclusão de que são direitos em sentido subjetivo (*Rechte im subjectiven Sinne*), "uma vez que são usados de forma bastante consistente como proposições jurídicas (*Rechtssätze*), ou seja, como proposições jurídicas objetivas (*Sätze des objektiven Rechts*)".

metodológica oferecida por Gerber garantia a certeza e a estabilidade necessária para a consolidação do pacto entre burguesia, conservadores e burocracia alemães (BERCOVICI, 2008, p. 244).

Na esteira dos estudos de Gerber, Paul Laband vai se destacar como o principal juspublicista do Segundo Império ao aplicar o método desenvolvido por seu professor ao recém fundado sistema constitucional alemão[14] (BERCOVICI, 2008, p. 250). Para Laband (1900, pp. 4-5), era essencial tratar o direito público de forma "jurídica", excluindo dele todas suas considerações filosóficas e políticas, a fim de que ele não caísse "no nível da literatura política dos jornais"[15].

Segundo Laband (1900, p. 116-9), o conteúdo próprio do Estado é a dominação (*Herrschaft*), que se constitui no "direito de ordenar que pessoas livres ou comunidades de pessoas livres pratiquem atos, abstenções, prestações e constrangê-las a se conformar". Esse domínio é "o seu privilégio específico, que ele não compartilha com ninguém" (LABAND, 1900, p. 120).

O ordenamento jurídico é, então, o modo pelo qual essa dominação se expressa, sendo inapto para estabelecer limites para a política. Como em Gerber, para Laband os direitos dos cidadãos não passam de reflexos do Estado soberano, decorrentes da vontade deste:

> Os direitos de liberdade ou direitos fundamentais são normas que são impostas pelo próprio poder estatal; eles estabelecem limites para o poder das autoridades, eles asseguram ao particular sua natural liberdade de ação dentro de um círculo determinado, mas eles não estabelecem direitos subjetivos do cidadão. Eles não são direitos porque carecem de objeto (LABAND, 1900, p. 239).

O que Laband pretende afirmar nessa passagem é que um direito que simplesmente reflete uma decisão do Estado de limitar a si mesmo não é verdadeiramente um direito, pois o sujeito não governa o Estado[16]. Assim, um direito fundamental não se

---

[14] No prefácio da primeira edição de sua obra mais famosa, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, publicada entre 1876 e 1882, Laband demonstra seu compromisso com o Império Alemão ao declarara que a sua transformação e consolidação é "um fato irrevogavelmente consumado (*un fait irrévocablement accompli*), com o qual mesmo aqueles que estavam descontentes devem se conformar". Assim, a constituição não deveria mais ser compreendida como um objeto de luta entre os partidos, mas "a base comum de todas as suas competições" (LABAND, 1900, p. 2).

[15] Na visão de Laband (1900, pp. 9-10), o papel da dogmática consiste em analisar logicamente as formas jurídicas, reduzindo noções particulares a princípios gerais. Assim, "todas as considerações históricas, políticas e filosóficas, por mais preciosas que sejam em si mesmas, não têm importância para a dogmática de um Direito concreto e muitas vezes servem apenas para encobrir a falta de um trabalho sistemático".

[16] Em contraste, Laband enxerga no direito à propriedade um direito verdadeiro porque estabelece uma dominação do proprietário sobre um objeto (CALDWELL, 1997, p. 31).

sobrepõe à vontade estatal, de modo que um simples estatuto pode limitá-lo ou suspendê-lo (CALDWELL, 1997, p. 31).

Laband concorda com Gerber (1865, p. 3) para quem "a vontade do Estado, o poder do Estado, é o direito público. O direito público (*Staatsrecht*) é, portanto, a doutrina do poder do Estado (*Staatsgewalt*)". Ao transformar o *Rechtsstaat* em *Staatsrecht*, Laband promoveu a ruptura com a doutrina liberal do Estado de direito, com raízes kantianas[17], e consagrou o positivismo como a teoria oficial do *Reich* (FIORAVANTI, 2001, p. 59).

Assim, tanto Gerber quanto Laband distinguem entre a existência fática e jurídica do Estado e buscaram explicá-lo em termos jurídicos (KELLY, 2003, p. 88). Assumindo as mesmas premissas, mas adaptando-as a realidade da ascensão do capitalismo industrial na Alemanha do final do século XIX, Georg Jellinek elaborou o compêndio definitivo da teoria do Estado em sua *Allgemeine Staatslehre*[18] (KELLY, 2003, p. 98; CADWELL, 1997, p. 34).

Para Jellinek (1929, p. 11), "o Estado é, por um lado, uma construção social (*gesellschaftliches Gebilde*) e, por outro, uma instituição jurídica (*rechtliche Institution*)". Seu estudo, portanto, exigiria que se adotasse essa dupla perspectiva (JELLINEK, 1929, p. 63). Do ponto de vista social, o Estado é a "unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação (*Herrschermacht*) e formada por homens assentados em um território" (JELLINEK, 1929, p. 180-1).

No entanto, de uma perspectiva jurídica, o Estado é um sujeito de direito, uma corporação (*Korperschaft*), um conceito puramente jurídico que explica a unidade estatal, sua organização e manifestação de sua vontade (JELLINEK, 1929, p. 183). O poder do Estado é originário, não derivando de nenhum outro, e se ele é sujeito de direito é porque voluntariamente decidiu se autolimitar juridicamente[19] (JELLINEK, 1929, p. 274).

Com essas observações, Jellinek pretende resolver o problema da relação entre o poder e o direito. O Estado precede o direito, seu ato de criação está fora do direito (*außerhalb des Rechtes*) (JELLINEK, 1929, p. 278). Todavia, ele se obriga a cumprir o

---

[17] Cf., acima, nota 7.

[18] O próprio Kelsen destacou, na introdução do seu *Allgemeine Staatslehre* de 1925, que a obra de Jellinek (que ele denominou de seu *unvergeßlichen Lehrers*- professor inesquecível) era um sumário perfeito (*ist die vollendete Zusammenfassung*) daquilo que pode ser considerada a posição dominante da academia (*die durchschnittliche Schulmeinung*) no século XIX (KELSEN, 1925, p. VII).

[19] Jellinek (1929, p. 274) aponta que "a existência jurídica de um Estado (*das Dasein eines Staates rechtlich*) somente pode se fundar em sua própria vontade (*auf seinem eigenen Willen*)".

direito que ele mesmo estabelece, reconhecendo, especialmente, a existência de direitos subjetivos em favor dos cidadãos[20] (JELLINEK, 1929, pp. 369-70).

É contra essa tradição que Kelsen vai desenvolver suas considerações sobre o Estado de direito. Para ele (KELSEN, 2003, p. 315), a teoria do Estado tradicional "pressupõe que o Estado, enquanto unidade coletiva que aparece como sujeito de uma vontade e de uma atuação, é independente do Direito". Isso porque o Estado deve ser dissociado do direito para que o direito possa justificar o Estado, que o cria e a ele se submete[22] (KELSEN, 2003, p. 316).

Essa operação de dissociação é essencial para o liberalismo político, na medida em que "o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer direito"[23] (KELSEN, 2003, p. 216). Tal circunstância explicaria, segundo a tradição jurídica alemã, um Estado que se obriga a si mesmo (*Selbstverpflichtung*), isto é, de livre vontade (*freiwillig*); um Estado de direito (*Rechtsstaat*) (KELSEN, 2003, pp. 345-6).

Todavia, Kelsen (2003, p. 346) aponta que "um Estado não submetido ao Direito é impensável (*undenkbar*)". Afinal, o Estado somente existe em seus atos, que são atos praticados por pessoas que possuem essa competência por conta de uma norma jurídica. Deste modo, "o direito regula sua própria criação (*daß das Recht seine eigene Erzeugung regelt*)"[24] (KELSEN, 2003, p. 346). Segundo Kelsen (2003, 346):

> De uma autoobrigação (*Selbstverpflichtung*) do Estado apenas se poderia falar no sentido de que os deveres e direitos que são atribuídos às pessoas do Estado são estatuídos por aquela mesma ordem jurídica cuja personificação é a pessoa do Estado. Esta atribuição ao Estado, isto é, a referência à unidade de uma ordem jurídica e a personificação desta, daí mesmo resultante, é, como importa sempre acentuar, uma operação mental, um instrumento auxiliar do conhecimento. O que existe como objeto do conhecimento é apenas o Direito (*Was als Gegenstand der Erkenntnis existiert, ist nur das Recht*).

---

[20] Para Jellinek (1929, pp. 369-71), a obrigação do Estado em obedecer ao seu ordenamento jurídico reside na premissa de que as normas jurídicas devem ser cumpridas e tidas por invioláveis, desde que não sejam revogadas. Somente assim os indivíduos poderão calcular as consequências de suas ações.

[22] Nas palavras do próprio Kelsen (2003, p. 316): "O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido".

[23] Sobre as aproximações e tensões entre o pensamento de Kelsen e o liberalismo político, cf. HERRERA, 2012, pp. 67-118.

[24] Herrera (2012, p. 95) acentua que "o Estado é uma espécie de rei Midas, que converte em direito tudo o que toca; a para a Teoria Pura 'todo direito é direito do Estado pois todo Estado é um Estado de direito', inclusive um Estado policial".

Por essa perspectiva, o Estado não é um ente real, mas sim um objeto teórico (COSTA, 2006, p. 154), que só "pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio direito – nada mais, nada menos"[25] (KELSEN, 2003, p. 353). Para Kelsen, então, o Estado é o próprio sistema jurídico ou, ao menos, é a expressão usada para designar a unidade de tal sistema (VITA, 2014, p. 65). O Estado tem a ver não com poder, mas como direito[26], o que dissolve a aporia típica do direito público germânico (COSTA, 2006, p. 155).

Nesse sentido, "se todo Estado é um Estado direito, esta expressão representa um pleonasmo (*ist jeder Staat ein Rechts-Staat, stellt dieses Wort einen Pleonasmus dar*)" (KELSEN, 2003, p. 346). Assim, a tentativa de legitimar o Estado como Estado de direito "revela-se como inteiramente infrutífera, porque [...] todo Estado tem de ser um Estado de direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica (*Rechtsordnung*)"[27] (KELSEN, 2003, p. 353).

No entanto, se Kelsen rejeita uma importância teórica para o conceito de Estado de direito, não deixa de reconhecer seu *status* para "designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia da segurança jurídica" (KELSEN, 2003, p. 346). Porém, pressupor que uma limitação desse tipo implique em uma "verdadeira" ordem jurídica nada mais é do que "um preconceito jusnaturalista (*ein naturrechtliches Vorurteil*)" (KELSEN, 2003, p. 353).

Joseph Raz (1985) traça panorama semelhante ao de Kelsen. Para ele, o Estado de direito (*rule of law*) é um ideal político, que um sistema jurídico pode possuir em maior ou menor grau; "é uma das virtudes que um ordenamento jurídico pode possuir e ser avaliado" (RAZ, 1985, p. 264). Entretanto, o filósofo admite que:

> Um sistema jurídico não democrático, baseado na negação dos direitos humanos, em uma grande desigualdade social, na segregação racial, na desigualdade sexual e na perseguição religiosa pode, a princípio, conformar-se aos requerimentos do Estado de direito melhor do que qualquer dos sistemas jurídicos das democracias ocidentais mais ilustradas (RAZ, 1985, p. 264).

---

[25] Esta percepção de Kelsen está profundamente arraigada ao seu principal pressuposto epistemológico, qual seja, a distinção absoluta entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*). Seguindo a tradição neokantista, a proposição "Se X é, Y também será" tem uma lógica distinta da proposição "Se X é, então Y deve ser". A primeira explica o mundo em termos de relações causais, a segunda, em termos de relações normativas. Qualquer tentativa de estabelecer uma conexão necessária entre esses dois tipos de conhecimento não passa de uma afirmação ideológica ou ficcional e não conhecimento científico (CALDWELL, 1997, pp. 46-7; p. 89).

[26] Daí porque Kelsen (2003, p. 321) constata que o "poder (*Macht*) do Estado não é uma força ou instância mística (*mystische Kraft oder Instanz*) que esteja escondida detrás do Estado ou do seu direito. Ele não é senão a eficácia (*Wirksamkeit*) da ordem jurídica estatal",

[27] Logo adiante, Kelsen (2003, p. 353) destaca que "uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude de sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída [...] é uma comunidade jurídica (*Rechtsgemeinschaft*) e, como tal, um Estado".

De modo sintético, Raz (1985, p. 265) diz que o Estado de direito, "em sentido amplo, significa que se deve obedecer ao direito e se reger por ele". Longe de esclarecer o que significa o termo, tal conceituação acaba por obscurecê-lo. Como não se pode deixar de notar, as ações estatais não autorizadas pelo direito não podem ser ações de um governo como governo, uma vez que estariam desprovidas de efeito jurídico ou mesmo seriam ilícitas.

Desta forma, no sentido proposto inicialmente por Raz (1985, p. 266), "se o governo é, por definição, governo autorizado pelo direito, o Estado de direito parece equivaler a uma vaga tautologia, a um ideal político". Mas o autor faz uma distinção entre um sentido profissional e leigo do "direito" (*the professional and the lay sense of "law"*) que poderia, à primeira vista, afastar essa tautologia.

Raz (1985, p. 266) afirma, seguindo Hart, que, para os juristas, é direito qualquer coisa que satisfaça as condições de validade estabelecidas nas regras de reconhecimento do sistema. Já para os leigos, "o direito é essencialmente um conjunto de disposições jurídicas abertas, gerais e relativamente estáveis" (RAZ, 1985, p. 266). É somente nesse último sentido que o Estado de direito escapa da tautologia.

Assim, na visão de Raz, o que o Estado de direito exige é a submissão das disposições particulares às disposições jurídicas abertas, gerais e estáveis. Como ele observa, "o direito tem que ser capaz de guiar o comportamento de seus súditos". É uma concepção formal de Estado de direito porque é quase desprovida de conteúdo; não indica como direito deve ser criado e nem se compromete com direitos fundamentais, igualdade ou justiça (RAZ, 1985, 267).

O filósofo israelense estabelece uma lista de princípios, que certamente não é exaustiva, que derivam da ideia fundamental de Estado de direito. Primeiramente, as normas jurídicas devem ser prospectivas, abertas, claras e relativamente estáveis (RAZ, 1985, p. 268). Além abertas, estáveis e claras, elas devem ser também gerais o suficiente para estabelecer ordens jurídicas particulares[29] (RAZ, 1985, p. 269).

[29] Como o autor destaca, a concepção formal que ele defende não se opõe a existência de ordens jurídicas particulares, que servem para que as instâncias governamentais garantam certo grau de flexibilidade para o direito. Essa flexibilização gera, por consequência, uma maior dificuldade para que as pessoas possam planejar seus comportamentos, dificuldade que é superada, pelo menos em parte, se estas disposições jurídicas particulares sejam produzidas dentro de um marco estabelecido por normas gerais, que limitam a sua imprevisibilidade. Raz (1985, p. 270) cita duas espécies de normas gerais que servem como este tipo de marco: aquelas que conferem poderes necessários para criar ordens válidas e aquelas que impõe deveres aos detentores de poder sobre como exercer seus poderes.

O postulado exige ainda instituições judiciárias independentes, acessíveis a todos os cidadãos e que detenham, em algum grau, poderes para revisar os atos dos demais poderes[30]. Por fim, é preciso que os poderes discricionários dos órgãos de persecução criminal sejam reduzidos para evitar que eles não deturpem a lei (RAZ, 1985, pp. 271-2).

Raz aponta que são dois os principais méritos da doutrina do Estado de direito. Em primeiro lugar, ele afasta "muitas formas de poder arbitrárias" (RAZ, 1985, p. 274). Apesar de muitas formas de governo autoritário serem compatíveis com o Estado de direito, suas manifestações mais comuns se chocam com esse ideal, de modo que ele limita drasticamente o risco de arbítrio.

A segunda virtude do Estado de direito está intrinsicamente ligada à autonomia individual, à liberdade pessoal. Como coloca Raz (1985, p. 275):

> Valorizamos a habilidade de escolher estilos e formas de vida, fixar objetivos a longo prazo e dirigir a vida efetivamente para eles. A habilidade para fazer isso depende da existência de marcos estáveis e seguros para vida e para a ação. O direito pode ajudar a assegurar tais pontos de referência de duas maneiras: (1) estabilizando as relações sociais que, se não fosse o direito, podiam se desintegrar ou se desenvolver de forma errática ou de modos imprevisíveis; (2) por uma política de autolimitação, feita com o propósito de que o direito seja em si mesmo a base estável e segura para o planejamento individual. É desse último aspecto que se ocupa o Estado de direito.

O Estado de direito, então, tem seu valor atrelado à estabilidade e à previsibilidade capaz de garantir ao indivíduo "a efetiva possibilidade de escolher entre o maior número de opções disponíveis" (RAZ, 1985, p. 275). É um sentido de liberdade que destoa daquela que comumente associamos ao Estado de direito, qual seja, a liberdade política (*political freedom*).

Raz aduz que a liberdade política consiste (1) na vedação de condutas que interferem na liberdade pessoal e (2) na limitação dos poderes das autoridades para minimizar sua interferência na liberdade pessoal[31]. O Estado de direito é outra forma de proteção da liberdade pessoal. Ele não se confunde com a existência de esferas individuais livres da interferência estatal e é compatível com violações de direitos humanos (RAZ, 1985, p. 276).

O Estado de direito passa a ser entendido como uma condição para atender à dignidade humana. Dignidade que, para Raz (1985, p. 276), significa respeitar a

---

[30] Raz (1985, p. 272) informa que esse poder de revisão deve ser muito limitado, "meramente para assegurar sua conformidade ao Estado de direito (*merely to ensure conformity to the rule of law*)".

[31] Para Raz (1985, p. 275), os delitos criminais (*criminal offences*) contra a pessoa são exemplos do primeiro modo de proteção da liberdade individual; a incapacidade do governo em restringir a liberdade de locomoção é um exemplo do segundo.

autonomia do indivíduo, seu direito de planejar e controlar seu futuro. A proposição de Raz não nega sua proximidade com o conceito que Friedrich Hayek estabelece para Estado de direito (*rule of law*)[32]. Para o economista austríaco, Estado de direito significa que:

> [...] o governo é limitado, em todas as suas ações, por regras fixadas e anunciadas antecipadamente – regras que tornam possível prever, com razoável certeza, como a autoridade irá utilizar seus poderes coercitivos em certas circunstâncias e planejar os negócios individuais com base nesse conhecimento (HAYEK, 2007, p. 112).

Nesse contexto, o indivíduo será livre para, no quadro das regras do jogo, perseguir seus fins e desejos, sem que os poderes estatais sejam utilizados para frustrar seus esforços[33] (HAYEK, 2007, pp. 112-3). Para Hayek (2007, p. 113), as leis são um instrumento que "ajuda as pessoas a preverem o comportamento daquele com quem têm que colaborar, e não como um esforço para a satisfação de determinadas necessidades".

Essas normas devem ser "definidas em termos gerais, sem referência à hora, local ou pessoa em concreto", sem visar seus desejos ou necessidades (HAYEK, 2007, pp. 113-4). Assim, a imparcialidade é um elemento essencial desse tipo de comando porque seus efeitos sobre indivíduos determinados devem ser imprevisíveis ao legislador (HAYEK, 2007, p. 115).

Como coloca Hayek (2007, p. 115):

> Tão logo sejam previstos os efeitos concretos na elaboração da lei, ela deixa de ser um mero instrumento que pode ser utilizado pelas pessoas e, ao invés, torna-se um instrumento usado pelo legislador nas pessoas e para os seus fins. O Estado deixa de ser uma peça da máquina utilitária destinada a ajudar indivíduos para alcançarem o pleno desenvolvimento de sua personalidade individual e se torna uma instituição "moral" – [...] que impõe aos seus membros as suas concepções sobre todas as questões morais, sejam elas morais ou altamente imorais.

A premissa inerente à imparcialidade deve ser que sobre certas questões não há uma resposta (HAYEK, 2007, p. 115). Dessa forma, é necessário que se limite o âmbito da legislação a regras formais que se apliquem a princípios gerais; mais ainda, é preciso

---

[32] Como observou Ealy (2010), a ideia de Estado de direito ocupou, desde muito cedo, grande parte da obra de Hayek e, por conta disso, sofreu algumas alterações. Os conceitos desenvolvidos aqui tomam por base dois trabalhos específicos do autor, *The road to serfdom*, de 1944, e *The constitution of liberty,* de 1960. São livros dedicados à política, como ele mesmo observa no prefácio e na introdução de cada uma das obras respectivamente.

[33] Assim, o autor destaca que há uma falsa opção no liberalismo pela ação ou inação do Estado. Afinal, diz Hayek (2007, p. 118), todo Estado deve agir ou interferir "em uma coisa ou outra". A questão é se o indivíduo pode ou não prever a ação estatal e usar esse conhecimento como informação para elaborar seus próprios planos.

que ela se abstenha de criar qualquer tipo de distinção ou privilégio entre os indivíduos[34] (HAYEK, 2007, p. 117).

Ou seja, além da instrumentalidade e da imparcialidade, uma terceira característica da lei no Estado de direito deverá ser a igualdade formal perante a lei. Igualdade formal significa que a lei deve ser conhecida por e aplicada de modo neutro a todos. Hayek (2007, p. 117) inclusive afirma que é mais importante que uma regra seja aplicada sem exceção do que o conteúdo dessa regra em si[35].

Portanto, qualquer atividade estatal que objetive "um ideal substantivo de justiça distributiva" é incompatível com o Estado de direito. Produzir os mesmos resultados para pessoas diferentes implica em tratá-las de forma distinta. Daí a conclusão de que "o Estado de direito produz desigualdade econômica", ainda que não concebida para afetar pessoas em particular, o que pode lhe servir de abono (HAYEK, 2007, p. 117).

Importa observar que, para Hayek, o simples fato de haver uma autorização legal não basta para que o ideal do Estado de direito seja atingido. Uma lei pode legalizar determinada ação estatal, o que não afasta uma eventual arbitrariedade (HAYEK, 2007, p. 119). Afinal, essa lei dificilmente atenderá às exigências de instrumentalidade, imparcialidade e igualdade propostas por Hayek[36].

Por outro lado, uma vez atendidos esses pressupostos, Hayek (2007, p. 118) afirma que o Estado de direito será não apenas a salvaguarda, mas também "a consubstanciação legal da liberdade". Aqui está a divergência entre Raz e Hayek: para o jusfilósofo, o economista cria expectativas exageradas ao estabelecer o Estado de direito como o "supremo garantidor da liberdade" (RAZ, 1985, p. 283).

Na verdade, o que Hayek pretende é utilizar os pressupostos do Estado de direito para "enquadrar um modo de governo pelo consentimento", qual seja, o Estado providência (RAZ, 1985, p. 283). Para destacar sua objeção, Raz cita uma passagem de outra obra de Hayek (2011, p. 336), em que ele destaca as medidas estatais que não podem

---

[34] Hayek (2011, pp. 316-7) afirma que uma lei pode perfeitamente ser geral ao se referir apenas a características formais das pessoas envolvidas e ainda assim estabelecer disposições diferentes para classes de pessoas distintas.

[35] Para Hayek (2007, p. 117), o "conteúdo da regra é, de fato, de menor importância, desde que essa mesma regra seja universalmente aplicada (*enforced*). Para fazer referência a um exemplo já citado: não interessa se conduzimos à esquerda ou à direita da estrada, desde que todos façamos o mesmo".

[36] O autor tem em vista aqui uma economia planificada. Para ele, se a lei se destina a conferir poderes às autoridades para intervirem na vida econômica, é razoável supor que essas atribuições dificilmente poderão ser previstas antecipadamente e, mais ainda, não poderão ser formuladas com base em princípios formais genéricos (HAYEK, 2007, p. 120).

ser conciliadas com o Estado de direito, "porque envolvem discriminação arbitrária entre pessoas".

Uma dessas medidas é o controle de preços pelo Estado. Segundo Hayek (2011, p. 337), o controle de preços é irreconciliável com um sistema livre. Primeiramente, os preços não podem ser fixados por regras de longo prazo já que oscilam de acordo com as circunstâncias. Depois, os preços fixados por normas impediriam o funcionamento do mercado, porque seriam diferentes entre os vendedores.

Ora, o controle de preços exigiria então, diante da desigualdade entre oferta e procura, um método discricionário para estabelecer quem está autorizado a comprar ou a vender. Essa decisão *ad hoc* implicará sempre na discriminação de pessoas sob critérios essencialmente arbitrários, o que, como já destacamos, confrontaria o Estado de direito (HAYEK, 2011, p. 337).

Não obstante, Raz (1985, p. 284) destaca que a crítica de Hayek contra essas medidas se sustenta exclusivamente em razões econômicas, não em sua conformidade ou não com seu ideal de Estado de Direito[37]. Ademais, argumenta o jurista, o Estado de direito é apenas uma das virtudes que o direito deve possuir. Dessa forma, ele não pode possuir senão uma força *prima face*, devendo ser balanceado com outros valores.

O Estado de direito, afirma Raz, não pode ser usado como um instrumento para desqualificar a obtenção pelo direito de certas metas sociais. O Estado de direito, diz ele, "é essencialmente um valor negativo", capaz de reduzir o dano à liberdade e à dignidade que o direito pode causar "na busca dos seus objetivos, por mais louváveis que sejam" (RAZ, 1985, pp. 284-5).

Como dito anteriormente, para Raz, é perfeitamente aceitável a existência de um ordenamento jurídico que não atenda aos critérios estabelecidos pelo ideal do Estado de direito. Essa posição se sustenta em uma das principais teses do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral. Com essa tese, Hart (2009, p. 240) designa a ideia de que "não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência".

O direito é, na concepção de Raz (1985, p. 36), um fato social que não supõe argumentos morais. Essa consideração é essencial, já que ela permite que o pesquisador

[37] Como destaca Raz (1985, p. 284), "fica claro que argumentos que, na melhor das hipóteses, mostram que certas políticas são erradas por razões econômicas, são utilizados para mostrar que elas infringem o Estado de direito e a criação de uma ordem específica supostamente equivocada, mas perfeitamente fundamentada em princípios, é condenada como exercício arbitrário de poder".

deixe de lado todas as suas opiniões valorativas e se baseie exclusivamente em considerações que possam ser investigadas e descritas de uma forma livre de valores (RAZ, 1985, p. 61).

Há, portanto, uma separação metodológica entre direito e moral, de modo que uma disposição jurídica existe apenas se seu conteúdo e existência "puderem ser determinados sem usar argumentos morais" (RAZ, 1985, p. 67). Afinal, como coloca Austin (1995, p. 157), "uma coisa é a existência do direito, outra coisa é o seu mérito ou demérito".

Justamente por conta dessa dissociação entre direito e moral, que pode implicar na existência de um ordenamento jurídico injusto ou abusivo, é que Raz justifica, ou melhor, valoriza as virtudes do Estado de direito. Como aponta Waldron (2008, p. 11), a partir da concepção do que é o direito, Raz percebe os perigos que podem advir dele, perigos que o Estado de direito visa corrigir ou limitar[38].

Uma perspectiva absolutamente diversa é oferecida por Lon L. Fuller (1969). Para ele, o direito possui sim uma moralidade interna; tanto uma moralidade mínima de dever quanto uma mais elevada de aspiração (1969, pp. 4-5). Um sistema jurídico que não atendesse a moralidade interna do direito dificilmente poderia ser considerado um sistema jurídico[39]. Fuller (1958, p. 660) observa que:

> [...] uma ditadura que se reveste com um enfeite de forma jurídica pode estar tão distante da moralidade da ordem, da moralidade interior do próprio direito, que deixa de ser um sistema legal. Quando um sistema que chama a si mesmo de direito se baseia em um desrespeito generalizado por parte dos juízes dos termos das leis que pretendem aplicar, quando esse sistema habitualmente resolve suas irregularidades jurídicas, mesmo as mais grotescas, por meio de leis retroativas, quando tem que recorrer ao terror, que ninguém se atreve a desafiar, a fim de escapar mesmo daquelas escassas restrições impostas pela pretensão de legalidade – quando todas essas coisa se tornam verdade em uma ditadura, não me é difícil negar-lhe o nome de direito.

Fuller não pretende estabelecer exigências substantivas para a validade de um sistema jurídico, ele não aponta nenhum direito ou liberdade em particular (WALDRON, 2008, p. 6). Sua proposta é identificar um conjunto de princípios que serviriam para avaliar se um ordenamento jurídico está ou não de acordo com a moralidade interna do direito (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 61).

---

[38] Daí porque Raz (1985, p. 279) destaca que "o Estado de direito é uma virtude negativa em dois sentidos: a conformidade com ele não causa o bem, mas apenas evita o mal e o mal que se evita somente pode ser causado pelo próprio direito".

[39] Fuller (1969, p. 197) indica que "um afastamento brutal dos princípios da legalidade anteriormente definidos resultaria em algo que não é simplesmente um mal direito, mas sequer é direito".

O autor estabelece essas exigências procedimentais recorrendo a uma alegoria sobre as tentativas de um legislador hipotético, que ele denomina Rex, de efetuar a reforma do ordenamento jurídico do seu país. O empreendimento, no entanto, mostrou-se um fracasso por conta de oito falhas distintas, que resultam em algo que não pode ser chamado de sistema jurídico (FULLER, 1969, p. 39).

No trecho abaixo, Fuller (1969, p. 39) lista as oito falhas de Rex:

> A primeira e mais óbvia reside em uma falha para elaborar regras em si, de modo que cada caso deve ser decidido de forma *ad hoc*. As outras rotas [para o desastre]: (2) uma falha em publicizar, ou ao menos disponibilizar às partes afetadas, as regras que ele esperava que fossem observadas; (3) o uso abusivo de leis retroativas, que não apenas não servem para guiar as ações, mas também mina a integridade das normas prospectivas em vigor, uma vez que as coloca sob constante ameaça de mudança posterior; (4) uma falha em tornar as regras compreensíveis; (5) a emissão de regras contraditórias ou (6) regras que exigem que as partes afetadas ajam além dos seus poderes; (7) introduzam mudanças frequentes nas regras que o sujeito não possa orientar suas ações por meio delas; e, finalmente, (8) uma falha de congruência entre as regras como anunciadas e sua aplicação efetiva.

A partir disso, Fuller traça aqueles princípios de excelência que um sistema jurídico deve aspirar para atender à moralidade interna do direito. São eles: (1) generalidade; (2) publicidade (*promulgation*); (3) prospectividade; (4) clareza; (5) compatibilidade; (6) possibilidade; (7) constância; e (8) congruência (FULLER, 1969, pp. 46-91).

Segundo Waldron (2008, p. 6), esses princípios ou exigências são formais e estruturais em seu caráter, enfatizando formas de governo e qualidades formais que são esperadas nas normas que fundamentam a ação estatal. Sua moralidade consiste no respeito à liberdade e à dignidade das pessoas a quem a lei é destinada. Como Fuller (1969, p. 162) coloca:

> Embarcar no empreendimento de submeter a conduta humana a regras compreende por necessidade um comprometimento com a visão de que o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de entender e seguir regras e responder por suas faltas.
> Todo afastamento dos princípios de moralidade interna do direito é uma afronta à dignidade do homem enquanto agente responsável. Julgar suas ações por leis não promulgadas ou retrospectivas, ou ordenar que ele cometa um ato que é impossível, é demonstrar para ele nossa indiferença ao seu poder de autodeterminação.

A partir disso, Fuller conclui, em oposição ao positivismo jurídico, que existe um vínculo essencial entre direito e moral, de modo que é possível afirmar que "o direito é necessariamente moral, ao menos em alguns aspectos" (RAZ, 1985, p. 278). Se o autor

foi bem-sucedido em comprovar sua tese é uma questão ainda em aberto, que mereceu, e ainda merece, grande destaque nas discussões sobre a teoria do direito[40].

Ronald Dworkin compartilha a tese de Fuller sobre a conexão necessária entre direito e moral[41], mas dela extrai uma concepção diversa de Estado de direito. No texto *Political judges and the Rule of Law*, Dworkin (2005, pp. 6-7) distingue um conceito de Estado de direito "centrado no texto legal" (*the rule-book conception*) do conceito que ele denomina de "centrado em direitos" (*the rights conception*).

Para Dworkin (2005, p. 7), a concepção centrada no texto legal afirma que o poder estatal somente pode ser usado contra cidadãos individuais quando regulado explicitamente por "normas públicas à disposição de todos". Tal ideia corresponde a um ideal "formal" de Estado de direito porque nada diz sobre o "conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico".

À essa concepção, que abarca em grande parte o que expomos até aqui, Dworkin contrapõe a sua própria, que seria aquela centrada em direitos. Na sua visão, uma concepção centrada em direitos:

> [...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* (DWORKIN, 2005, p. 7).

Ora, essa concepção de Estado de direito exige "que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique". A definição centrada em direitos é mais complexa, já que possui mais dimensões por meio das quais se pode avaliar a atuação estatal. Aqui, a ação do Estado só estará em desacordo com o Estado de direito se "usar seu poder policial sobre cidadãos individuais de outras maneiras que não a especificada no livro de regras" (DWORKIN, 2005, p. 7).

---

[40] Uma crítica que foi dirigida contra Fuller por Hart e Dworkin reside no fato de que, para eles, Fuller não teria tido sucesso em demonstrar que a moralidade interna do direito não seja outra coisa senão eficácia e que, portanto, ele teria falhado na sua afirmação de que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral. Segundo Dworkin (1965, p. 686), Fuller é "culpado de duas confusões". Em primeiro lugar, ele confunde princípios jurídicos com princípios morais. Em segundo lugar, ele confunde princípios direcionados a determinar se uma ação foi bem-sucedida em produzir uma crítica moral com princípios que estipulam se uma ação é moral ou imoral. Para Dworkin, Fuller só teria conseguido provar que o cumprimento de seus cânones constitui um comportamento moral se demonstrasse que eles correspondem ao último tipo de princípios.

[41] Numa versão inicial de seu pensamento, Dworkin sustentava que o direito e a moral correspondiam a dois diferentes sistemas normativos, ainda que não independentes entre si. Mais tarde, porém, o jusfilósofo norte-americano vai revisar esse entendimento afirmando que ambos pertencem a um só sistema; o direito seria, então, "parte da moral política" (DWORKIN, 2014, p. 620).

Por outro lado, pela concepção centrada em direitos um Estado pode fracassar (1) no *âmbito* dos direitos que alega impor; (2) na *exatidão* dos direitos que reconhece; e (3) na *equidade* de sua imposição de direitos (DWORKIN, 2005, p. 8). Um governo que atue levando em conta essas dimensões será necessariamente justo, ainda que eventualmente mal administrado (DWORKIN, 2005, p. 8).

Outra distinção marcante diz respeito a existência ou não de direitos que não foram positivados. Esse ponto é essencial no argumento de Dworkin. Afinal, seu objetivo no texto é discutir a questão sobre como os juízes devem e deveriam decidir casos controversos, se eles podem ou não recorrer a fundamentos políticos ou morais[42] (DWORKIN, 2005, p. 3).

Aqui se encontra o desafio de Dworkin à tese da discricionariedade sustentada pelo positivismo jurídico[43]. Como vimos, para os positivistas, o direito é um fato social e a fundamentação jurídica é necessariamente amoral. Deste modo, diante de casos controversos, em que a lei não oferece uma resposta adequada, os juízes possuem uma ampla discricionariedade para decidirem.

Para Dworkin, ao contrário, a prática jurídica demonstra que também os casos controversos são regulados pelo direito. Existem sempre "respostas corretas", mesmo que a lei não as preveja expressamente, o que afasta a discricionariedade judicial[44]. Isso porque o direito não é apenas um fato social, porque envolve, pelo menos nos casos controversos, certa fundamentação moral (SHAPIRO, 2013, p. 267).

Assim, na visão de Dworkin (2005, p. 15):

> [...] embora o modelo centrado nos direitos admita que o texto jurídico é [...] uma fonte de direitos morais no tribunal, ele nega que o texto jurídico seja fonte exclusiva de tais direitos. Se, portanto, surgem alguns casos sobre os quais o texto jurídico nada diz, ou se as palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes, então é correto perguntar qual das duas decisões possíveis no caso melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes. Pois o ideal da prestação jurisdicional, no modelo centrado em direitos, é de que, na medida

[42] Dworkin (2005, p. 3) explicita que por fundamentos políticos ele não entende que a decisão seja apenas uma decisão que certos grupos políticos desejariam, mas aquela que "seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios da moralidade política são corretos".

[43] As duas principais teses do positivismo jurídico já foram abordadas no decorrer desse texto. A primeira é a tese da fonte social, que estabelece que a fonte do direito será sempre um fato social. A segunda tese é a da separabilidade entre direito e moral. Mas existe ainda uma terceira tese, a da discricionariedade, segundo a qual os juízes, ao decidirem casos difíceis, produzem novo direito. Cf. MORBACH, 2020, pp. 153-157.

[44] Como aponta Waldron (2004, p. 327), a "tese da resposta correta" foi introduzida na teoria de Dworkin não para justificar qualquer proposição jurídica em particular, mas sim para contrapor a sugestão explicita de Hart de que em casos controversos, em que não há lei aplicável, a decisão do juiz será tomada com base em um argumento não-jurídico.

> em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles nos tribunais.

A concepção de Estado de direito centrada em direitos parte da premissa "de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais" (DWORKIN, 2005, p. 38). Essa igualdade, destaca Dworkin (2010, p. 250), não é apenas formal, uma vez que exige que "o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios [...] aplicável a todos", o que implica em "um exercício de moralidade política substantiva".

É possível afirmar, então, que Dworkin identifica sua visão de Estado de direito com a democracia constitucional. Essa concepção rejeita aquilo que ele denomina de "premissa majoritária", ou seja, a ideia de que "pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos" (DWORKIN, 2006, p. 24).

Para Dworkin (2006, p. 25), por outro lado, a democracia constitucional exige que "em certas ocasiões a vontade da maioria *não* deve predominar". Os procedimentos majoritários somente serão legítimos caso "dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito" (DWORKIN, 2006, p. 26). Segundo o autor:

> A democracia é um governo sujeito às condições [...] de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantem e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2006, pp. 26-7).

Portanto, Dworkin coloca, ao lado de um catálogo de direitos fundamentais, a exigência de um judiciário ativista, capaz de rever as decisões substantivas tomadas por meio do processo majoritário, tendo por base esses mesmos direitos (DWORKIN, 2005, p. 82). Afinal, para ele, "os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos"[45] (DWORKIN, 2005, p. 27).

---

[45] Aqui é importante fazer uma consideração. Dworkin (2010a, p. 129) distingue dois tipos de argumentos que justificam as decisões políticas: (1) argumentos de política (*policy*) e (2) argumentos de princípio. Essa diferenciação estabelece os limites entre as funções do juiz e do legislador, distribuindo a "responsabilidade política entre os dois de maneira diferente" (MENDES, 2008, p. 37). Os argumentos de política justificam "mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo" (DWORKIN, 2010a, p. 129). Por sua vez, os argumentos de princípio justificam uma decisão "mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo". Enquanto a prática legislativa pode exigir as duas espécies de argumento, os tribunais só podem decidir por argumentos de princípios (DWORKIN, 2005, p. 101; DWORKIN, 2010a, p. 132).

Nesses termos, Dworkin (2010a, p. 231) afirma que:

> As cláusulas difíceis da *Bill of Rights,* como as cláusulas do processo justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Esse ativismo, no entanto, "não resulta numa atribuição desmedida de poderes legislativos aos tribunais" (OLIVEIRA, 2009, p. 255). Pelo contrário, a atividade judicial deve ser regulada pela virtude da integridade, que nada mais é do que a exigência de que suas decisões sejam pautadas por princípios partilhados por toda comunidade política[46] (DWORKIN, 1999, pp. 271-2; p. 305).

Assim, como coloca Waldron (2004, p. 330), uma sociedade comprometida com o Estado de direito, para Dworkin, é aquela comprometida com um certo método de discutir o exercício dos poderes públicos. É, sobretudo, uma sociedade em que existe uma promessa ao cidadão de que suas reivindicações sobre direitos serão seriamente consideradas pelo governo (DWORKIN, 2005, p. 38).

Até agora, tratamos de retratar aqui o que podemos denominar de concepções normativas do Estado de direito, sejam elas formais ou substanciais. Essas concepções se caracterizam por tentar destacar quais atributos um sistema político deve ter para poder ser considerado um Estado de direito. Elas, no entanto, pouco, ou mesmo nada, nos dizem sobre o que é o Estado de direito.

Maravall e Przeworski (2003, p. 1) destacam que essas concepções normativas de Estado de direito são "implausíveis enquanto descrição" e "incompletas como explicação", não passando de uma "invenção" (*figment*) dos juristas. Para eles, uma análise adequada, "positiva", de Estado de direito deve começar pelas forças políticas, reconhecendo suas finalidades, organização e conflitos (MARAVALL; PRZEWORSKI, 2003, p. 2).

Um autor que se propõe a efetuar uma descrição do Estado de direito levando em consideração os preceitos celebrados por Maravall e Przeworski é Carl Schmitt[47]. Para

---

[46] Por conta disso, Dworkin (1999, p. 452) vai se posicionar contra o que ele denominou o "ativismo tosco" (*crude ativism*), em que o juiz ignora o texto da Constituição "para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige".

[47] No prefácio de sua obra *Verfassungslehre,* Schmitt (1992, pp. 22-3) avisa que tratará do Estado burguês de direito (*bürgerlichen Rechtsstaates*), que corresponde à espécie de Estado atualmente dominante, sem elevá-lo a "um dogma absoluto, cuja condicionalidade histórica e relatividade política deveriam ser ignoradas".

o jurista alemão, o termo deve sua popularidade ao fato de que pode "ser usado como uma designação efetiva para concepções diversas e bastante contraditórias de direito e estado"[48] (SCHMITT, 1995, p. 109).

Essa pluralidade de significações decorre do fato de estarmos diante de um "contraconceito" (*Gegenbegriff*)[49], usado pelo liberalismo para se referir a qualquer Estado não-liberal (*nicht-liberalen Staat*)[50] (SCHMITT, 1995, p. 109). Se nos seus primórdios o Estado de direito liberal ainda possuía uma visão de mundo (*Weltanschauung*), essa visão se desfez tão logo o liberalismo se mostrou vitorioso na luta política (SCHMITT, 1995, p. 126).

Então, ao contrário dos seus oponentes, essa forma de Estado não possui um conteúdo determinado, aproximando-se da neutralidade idealizada pela sociedade burguesa[51] (SCHMITT, 1995, p. 123). Paradoxalmente, essa neutralização implica que o Estado de direito pode assumir qualquer conteúdo, desde que se submeta à ordem jurídica[52] (SCHMITT, 1995, p. 125).

Desse modo, Schmitt (1970, p. 125) indica que a moderna constituição do Estado burguês de direito "contém, em primeiro plano, uma decisão em direção à liberdade burguesa (*bürgerlichen Freiheit*)". Nessa perspectiva, o Estado se organiza de forma crítica e negativa em relação ao poder do Estado; "proteção do cidadão contra o abuso do poder do Estado (*Staatsgewalt*)" (SCHMITT, 1970, p. 41).

---

[48] Em outra obra, *Legalität und Legitimität*, Schmitt (2012, p. 18) faz a mesma observação de forma um pouco diferente: "A palavra 'Estado de direito' pode significar tantas coisas distintas quanto a própria palavra 'direito' e tantas coisas diferentes como as organizações indicadas pela palavra 'Estado'".

[49] No *Verfassungslehre*, Schmitt (1970, p. 130) afirma que o *Rechtsstaat* é um conceito polêmico (*einen polemischen Sinn)* porque significa o contraste ou uma contraposição a outro conceito político: o Estado de força (*Machtsstaat*). Como ele coloca em *Der Begriff des Politischen*, "todos os conceitos, representações e termos políticos têm um sentido polêmico (*c*); eles têm em vista uma contraposição concreta em mente [...] e se tornam abstrações vazias e fantasmagóricas quando essa contraposição é removida" (SCHMITT, 2018, p. 92). Sobre o papel da polêmica no pensamento de Carl Schmitt, cf. FERREIRA, 2004, p. 37 e ss.

[50] Schmitt (1995, p. 109) cita como contrapostos ao Estado de direito a monarquia absolutista, os Estados fascista, nazista e bolchevique, além de Estado oficial (*Beamtenstaat*), Estado financeiro (*Geldstaat*), Estado de bem-estar social (*Wohlfartsstaat*) e, acima de tudo, Estado policial (*Polizeistaat*). Noutro texto, escrito na mesma época, Schmitt (1995, p. 122) declarou que o Estado de direito nasceu da luta contra dois oponentes: o Estado cristão, ou seja, determinado pela religião, e contra o Estado concebido como reino da moralidade que, segundo ele, correspondia ao Estado oficial prussiano. Cf., também, SCHMITT, 1970, p. 130, onde ele afirma que o Estado de direito se opõe "a qualquer outro tipo de Estado que não se propõe à manutenção da ordem jurídica. Por ordem jurídica é preciso entender uma ordem jurídica burguesa (*bürgerliche rechtsordnung*), baseada na propriedade privada e na liberdade individual".

[51] Schmitt (1995, pp. 123-4) destaca esse ponto citando uma passagem do jurista alemão Rudolf Gneist (1816-1895) em que ele afirma que "o *Rechtsstaat* não significa a finalidade ou o conteúdo de um Estado, mas apenas o modo de realizá-lo". A citação é repetida em SCHMITT, 1970, pp. 125-6.

[52] Na visão de Schmitt (1995, p. 125), isso significa que "esse conteúdo renuncia ao seu conteúdo e se entrega como conteúdo (como religião, visão de mundo, moralidade) para se tornar 'jurídico' (*um 'juristich' zu werden)*".

Comprometido com a liberdade individual, o Estado se converte em "um servidor rigorosamente controlado pela sociedade (*streng kontrollierte Diener der Gesellschaft*), submetido a um sistema fechado de normas jurídicas" (SCHMITT, 1970, p. 125). Essa limitação do poder estatal se assenta em dois princípios, essenciais ao liberalismo liberal:

> Em primeiro lugar, um princípio de repartição (*Verteilungsprinzip*): a esfera de liberdade do indivíduo é pressuposta como um dado anterior ao Estado, e a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, enquanto a autoridade (*Befugnis*) do Estado de intervir nela é, em princípio, limitada. Em segundo lugar, um princípio de organização (*Organisationsprinzip*), que serve para colocar em prática o princípio da distribuição: o poder estatal (em princípio limitado) se divide e é compreendido em um sistema de competências circunscritas (SCHMITT, 1970, p. 126).

Pelo princípio da repartição, estabelece-se uma delimitação entre as esferas pública e privada, graças ao reconhecimento de direitos fundamentais e inalienáveis do indivíduo. Pelo princípio da organização, separa-se as diferentes funções do Estado, assegurando-se o controle mútuo das diversas instâncias estatais e previndo suas eventuais arbitrariedades (KERVÉGAN, 1992, p. 50).

Assim, em síntese, "direitos fundamentais (*Grundrechte*) e divisão de poderes (*Gewaltenteilung*) caracterizam o conteúdo essencial do elemento típico do Estado de direito" (SCHMITT, 1970, p. 127). Esses princípios, somados à participação do povo por intermédio da representação popular (*Volksvertretung*), constituem as garantias constitucionais da liberdade burguesa[53] (SCHMITT, 1970, p. 38).

A essa forma política corresponde um conceito específico de lei[54], que deve possuir qualidades capazes de distinguir "uma norma jurídica de um mero comando ou

---

[53] Schmitt (1970, p. 125) entende que as constituições modernas possuíam um elemento específico do Estado de direito (*spezifisch bürgerliche-rechtsstaatlichen Bestandteil*) e também um elemento especificamente político (*spezifisch politischen Bestandteil*). Os princípios que formam esse elemento político são o princípio da identidade (*prinzip der Identität*) e o princípio da representação (*prinzip der Repräsentation*). O primeiro indica a identificação do povo consigo mesmo, enquanto unidade política (*politischen Einheit*) capaz de distinguir amigo e inimigo (*Freund und Feind zu unterscheiden*). O segundo implica que essa unidade, por não poder se fazer presente como identidade real, precisa ser representada por um governo (SCHMITT, 1970, p. 214). "Todas as distinções de formas políticas autênticas, qualquer que seja sua espécie: monarquia, aristocracia e democracia; monarquia e república; monarquia e democracia, etc., podem ser reduzidas a esse contraste decisivo entre identidade e representação" (SCHMITT, 1970, p. 205). O sistema da democracia parlamentar corresponderia, segundo Schmitt (1970, p. 304), "a forma de governo própria de uma constituição moderna do Estado de direito (*einer modernen bürgerlich-rechtstaatlichen Verfassung*)".

[54] Schmitt (1995, p. 124) observa que a transformação do conceito de lei no Estado de direito teve uma dupla função. Em primeiro lugar, colocou o Estado em condição de subordinação à lei, que possibilitou a justificativa ideológica para a luta da burguesia contra o Estado. Depois, a formalização da lei permitiu que ela adquirisse qualquer conteúdo ou finalidade desejada, de modo que agora "pode haver um Estado de

medida intencional (*einem bloß willensmässigen Befehl oder einer Maßnahme möglich wird*)" (SCHMITT, 1970, p. 138). Desse modo, em primeiro lugar, lei é aquilo que foi aprovado pelos órgãos legislativos, dentro do procedimento estabelecido (SCHMITT, 1970, p. 143).

No parlamento vigora o princípio da igualdade de chances (*gleiche Chance*), que permite que cada opinião seja devidamente representada[55] (SCHMITT, 2012, p. 30). Segundo Schmitt (1931, pp. 87-8):

> O parlamento deve ser muito mais o cenário de um processo de comutação (*Umschaltungsprozesses*), por meio do qual a pluralidade dos antagonismos, interesses e opiniões sociais, econômicos, culturais e confessionais se transforma na unidade da vontade política.

É por esta discussão pública que se opera a transformação da *voluntas* em *ratio*. Trata-se de "um intercâmbio de opiniões (*Meinungsaustausch*) com objetivo de convencer o opositor de algo verdadeiro ou correto, por meio de argumentos racionais"[56]-[57] (SCHMITT, 2017, p. 9). Assim, a lei resultante deste procedimento não é fruto de pura a*utoritas*, mas da *veritas*, "que se torna mera função de uma eterna competição de opiniões" (SCHMITT, 2017, p. 46).

Mais ainda: na medida em que deve vincular o legislador, a lei deverá ser sempre norma geral, opondo-se a qualquer comando individual (NEUMANN, 2013, p. 357). O caráter de generalidade exigido da lei corresponde à necessidade de diferenciar o

direito cristão e um anticristão, um liberal, um nacional e um antinacional, sendo que o Estado de direito não é mais o oposto de um Estado religioso, ideológico ou moral, mas um mero 'meio' e um método".

[55] O raciocínio exposto por Schmitt (2012, pp. 29-30) é o seguinte: a democracia tem como pré-requisito um povo indivisivelmente homogêneo (*gleichartigen Volkes*), em que não seria possível existir, na essência nenhuma minoria. Somente assim seria legitimo um processo de tomada de decisão que se apoiei na simples averiguação aritmética. Não havendo, porém, essa homogeneidade, rompe-se a identidade entre governantes e governados, de modo que a maioria ordena e a minoria tem que obedecer. Para romper com esse paradoxo, o liberalismo adota a igualdade de chances como um princípio de justiça (*Gerechtigkeitsprinzip*). A partir dele, estabelece-se a pressuposição de que existe uma igualdade incondicional de chances para que todas as opiniões alcancem a maioria. Assim, pretende-se "suprimir e negar especialmente todo direito de resistência (*Widerstandsrecht*) enquanto direito" (SCHMITT, 2012, p. 30).

[56] Por esta razão, Schmitt (2017, p. 9) diferencia a discussão pública da negociação (*Verhandeln*). Ao contrário da discussão, com a negociação "não se cogita de uma busca racional da ação correta, mas sim da contabilização e da imposição de interesses e de oportunidades de ganho, e se possível, da sobreposição do interesse pessoal [...]" (SCHMITT, 2017, p. 10).

[57] Mais adiante, Schmitt (2017, p. 58) reitera que "o Parlamento é o local onde se delibera (*deliberiet*), isto é, um processo discursivo (*einem diskursiven Vorgang*), por meio da discussão (*Erörterung*) de argumentos e contra-argumentos, onde a verdade relativa vence".

"governo das leis" do "governo dos homens". Desse modo, abstrai-se qualquer possibilidade de uma dominação arbitrária[58] (SCHMITT, 1970, p. 139).

Para Schmitt (2012, p. 7), o modelo estatal que corresponderia a doutrina da separação de poderes e a concepção liberal de lei é aquele por ele denominado de "Estado legiferante (*Gesetzgebungsstaates*)"[59]. Na concepção do jurista alemão, trata-se de:

> [...] um Estado regido por normatizações com conteúdo geral e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, bem como predeterminadas, e, consequentemente, concebidas, visando a uma duração permanente. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si (SCHMITT, 2012, p. 8).

Ao ocultar, por este procedimento, qualquer traço de *voluntas* na produção da lei, o liberalismo pretende despir o Estado de seu caráter eminentemente político[60]. Afinal, como coloca Schmitt (1931, p. 78):

> [...] no liberal século XIX, a tendência era a de restringir o Estado a um mínimo, restringir suas intervenções na economia, neutralizá-lo perante a sociedade e seus interesses conflitantes a fim de que sociedade e economia cheguem às decisões necessárias para sua área segundo seus princípios imanentes.

Somente neste quadro de neutralização do conflito e manutenção da normalidade, pode triunfar o Estado legiferante. Ele opera a partir de uma distinção essencial, aquela entre Estado e sociedade[61], com o parlamento ocupando a posição de representante do povo ou da sociedade, entendidos como contrapostos ao governo e ao Estado (SCHMITT, 1931, pp. 73-5).

---

[58] Afinal, como aduz Schmitt (2012, p. 53), "supõe-se que isso crie o peculiar sistema de legalidade, sobre o qual se pode dizer com alguma razão que não são as pessoas e as autoridades, nem mesmo os órgãos legislativos, que dão ordens, mas apenas as normas que são independentes deles".

[59] Para Schmitt (1931, pp. 75-6), os "Estados podem ser classificados segundo a área na qual encontram o cerne de sua atividade. Assim sendo, há Estados judicantes, ou melhor, jurisdicionais, além disso. Estados que são essencialmente governo e executivo e, por fim, Estados legiferantes. [...] Em tais classificações e tipificações das espécies de Estado, deve-se sempre observar que é pouco provável que haja um Estado puramente legiferante, assim como um Estado meramente judicante ou um Estado que nada mais seria a não ser governo e administração. Nesse aspecto, todo Estado é uma ligação e uma mistura entre essas espécies, um *status mixtus*".

[60] A negação do político é do *ethos* do liberalismo político. Como coloca Schmitt (2018, p. 212), "a negação do político que está contida em cada individualismo consequente conduz a uma prática de desconfiança contra todas as potencias políticas e formas de Estado que possam pensar, mas nunca a uma teoria positiva própria do Estado e da política. Há, em consequência disso, uma política liberal enquanto contraposição polémica contra as circunscrições estatais, eclesiásticas ou outras da liberdade individual, enquanto política relativa ao comércio, à Igreja, à escola, à cultura, não há, porém, uma política liberal pura e simples, mas sempre apenas uma crítica liberal da política".

[61] Grau (2010, p. 19) pontua que "a ideia de 'intervenção' tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao 'intervir', o Estado entraria em um campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado".

Esse processo de neutralização e despolitização tende a naturalizar e ocultar seu caráter contingente e histórico, de modo que o Estado de direito seja tido como um universal, capaz de se adaptar indistintamente a qualquer sociedade. Tal postura, no entanto, não permite que possamos entender a razão de vários dos postulados associados à ideia de Estado de direito estejam hoje sujeitos a questionamentos.

Ao modo proposto por Nietzsche, mas de forma bem mais modesta, pretendemos, no próximo tópico, estabelecer uma espécie de genealogia do Estado de direito. Com isso objetivamos analisar o conceito a partir das condições históricas e políticas que permitiram sua ascensão como ideologia dominante e aspiração constante do direito constitucional.

2.2 POR UMA GENEALOGIA DO ESTADO DE DIREITO

Seguindo Schmitt, é possível observar que o Estado de direito não corresponde a uma ideia natural e universal, fruto da aspiração dos homens por ideais de justiça, mas sim resultado do conflito político. Com o intuito de ressaltar esse ponto, é essencial demonstrar as condições históricas que permitiram que esse ideal se consolidasse como um dos principais instrumentos de luta do liberalismo político.

Somente com a compreensão de que a noção de Estado de direito é contingencial, será possível analisar adequadamente a situação de crise contemporânea dos seus principais pressupostos e verificar criticamente sua utilidade no contexto atual. Nessa perspectiva, é preciso entender como esse ideal se estruturou e passou a corresponder com um tipo específico de pensamento político.

Se por Estado de direito se entende a ambição de impor limites às incertezas e arbitrariedades do poder político, é possível buscar seus antecedentes "em um cenário temporal extremamente amplo, que inclui tanto o mundo antigo quanto a cultura medieval". Afinal, já em Platão e Aristóteles a questão da mudança (*metabolai*) das formas de governo se coloca sempre em relação à supremacia da lei (*nomos*) (COSTA, 2006, pp. 99-100).

Costa (2006, pp. 98-99) propõe desenvolver a história do Estado de direito em "três tempos". Em primeiro lugar, a "história" de origem do termo, desde sua menção inicial na Alemanha do século XIX[63]. Antes, porém, existe uma "pré-história", quando a

[63] Como afirmamos anteriormente, é possível identificar em Kant a origem da ideia; o termo, porém, é posterior. Segundo Costa (2006, pp. 116-7) "é exatamente na Alemanha que, no decorrer do século XIX, a

expressão não existia, mas já eram reconhecidos seus traços. Mas é possível reconhecer também um "terceiro tempo", muito mais distante, que ofereceu "à história (e à pré-história) do Estado de direito aquele *horizonte de sentido* no qual também a sua mais recente fenomenologia continua a se colocar".

Fukuyama (2013) encontra os primeiros indícios da primazia da lei (*rule of law*) europeia no cristianismo medieval. Essa descendência decorre não apenas da fonte e da natureza das normas religiosas, que por sua origem divina se impunham a todos, servos ou reis, mas também das "maneiras específicas pelas quais a autoridade religiosa é organizada e institucionalizada" (FUKUYAMA, 2013, p. 291).

Essa institucionalização não poderia ocorrer não fosse a autonomia que a autoridade religiosa adquiriu paulatinamente frente à autoridade política na disputa pelo direito de investidura (FUKUYAMA, 2013, p. 295). Como observa Fukuyama (2103, p. 291), "leis baseadas em religião só constrangiam os governantes se a autoridade religiosa fosse constituída independente da autoridade política".

Esse processo de autonomização permitiu que a "Igreja Católica se transformasse numa instituição moderna, hierárquica e regida por leis" (FUKUYAMA, 2013, p. 295). Essa estrutura permitiu que a Igreja, pela primeira vez, pudesse legislar com autoridade, trazendo unidade ao conjunto de normas formado por uma gama diversa de decretos de concílios e sínodos por meio de um grupo de juristas eclesiásticos (FUKUYAMA, 2013, pp. 298-9).

Deste modo, a existência de uma autoridade religiosa separada afastou os governantes da ideia de que eles eram a fonte suprema e exclusiva da lei (FUKUYAMA, 2013, p. 302). Esse fato, no entanto, não impediu suas tentativas de usurpar a lei religiosa e é nesse contexto que surgem as teorias da soberania, em que se afirmava poder do monarca em criar leis e a ausência de limitação por leis, costumes ou religião (FUKUYAMA, 2013, p. 303).

Para Fukuyama (2013, p. 303), a ascensão do Estado de direito decorre do sucesso da Igreja no combate a essa tentativa de usurpação. Não haveria, portanto, mais do que uma descontinuidade aparente entre o *rule of law* medieval e moderno. Nas palavras do autor, "a lei religiosa que surgiu a partir do século XII teve um importante

---

expressão `Estado de direito` sai da 'pré-história' e entra na 'história', tornando-se objeto de uma elaboração que exercerá uma forte (mesmo que tardia) influência na cultura jurídica tanto italiana como francesa".

efeito sobre o primado da lei moderno, por ajudar a institucionalizar e racionalizar a lei" (FUYKUYAMA, 2013, p. 303).

Por conta disso, na China, onde o Estado não reconhecia uma fonte de autoridade religiosa mais elevada que ele mesmo, não houve fundamento para a primazia da lei com base religiosa (FUKUYAMA, 2013, p. 306). A lei era aquilo que o imperador decretava, sem referência a uma fonte divina. Por conta disso, não obstante a China ter formado um aparato estatal muito antes da Europa ocidental, jamais foi possível estabelecer lá algo parecido com um Estado de direito[65].

Todavia, ressalta o autor, a institucionalização do Estado de direito na Europa ocidental não foi resultado de das ideias religiosas em si, mas produto das "circunstâncias historicamente contingentes do desenvolvimento europeu" (FUKUYAMA, 2013, p. 318). Foi a descentralização do poder que permitiu que a Igreja exercesse uma "tremenda influência" em busca de sua autonomia. Se o Estado de direito triunfou é porque ele foi anterior ao advento do Estado moderno (FUKUYAMA, 2013, p. 319).

E isso ocorreu mesmo depois que a modernidade, com a Reforma, que abalou a autoridade da Igreja, e o Iluminismo, que trouxe consigo a ideia de secularização, forçou uma mudança em sua base de legitimidade (FUKUYAMA, 2013, p. 320). Aos poucos, novas teorias de soberania (do povo, da nação ou do rei) substituíram a soberania de Deus como base da legitimidade jurídica (FUKUYAMA, 2013, p. 320).

Quando, no final do século XIX, a democracia começou a se impor como base da legitimidade da lei e essa passou a ser vista como a "ratificação positiva de uma comunidade política", o Estado de direito estava arraigado na sociedade ocidental (FUKUYAMA, 2013, p. 320). Isso permitiu o surgimento de Estados fortes com muita responsabilidade democrática, capazes de promover um bom governo (FUKUYAMA, 2013, p. 347).

Entretanto, Fukuyama (2018, p. 540) alega que esse regime, calcado no Estado, na lei e na responsabilidade, "não representa um universal humano", tratando-se, na

[65] Cabe fazer aqui uma observação. As afirmações de Fukuyama fazem parte de seu estudo sobre um conjunto de instituições sociais que são essenciais para uma democracia liberal moderna e bem-sucedida. Essas instituições são 1) o Estado; 2) o Estado de direito (*rule of law*) e 3) o governo responsável. O Estado monopoliza o poder para gerar o respeito às leis e se defender de Estados hostis ou outras ameaças. Já o Estado de direito e o governo responsável limitam o poder do Estado, fazendo-o exercer seu poder de acordo com regras públicas e mantendo sua subordinação à vontade popular. O fato de existir uma dessas instituições não implica na existência das demais (FUKUYAMA, 2013, p. 31). Na visão do autor, a China criou sozinha um Estado moderno nos termos definidos por Max Weber cerca de mil e oitocentos anos antes da Europa (FUKUYAMA, 2013, pp. 35-6). No entanto, por conta da inexistência do primado da lei, a China é hoje um Estado forte com poucos instrumentos de balanceamento entre os poderes e um alto grau de discricionariedade.

verdade, de “um mero instante na história da ordem política humana”. Apesar desses ideais corresponderem a “uma condição geral da política moderna bem-sucedida”, eles são fruto do acaso e da contingência e podem assumir formas institucionais diversas, apesar do grande acúmulo de experiências sobre as instituições (FUKUYAMA, 2018, pp. 541-5).

Por sua vez, para Unger (1977, p. 66), o Estado de direito liberal resulta de dois tipos de condições históricas específicas. Em primeiro lugar, nenhum grupo ocupa uma posição dominante ou direito inerente de governar. Depois, o sistema legal terá seu fundamento em “um direito ‘superior’ universal ou divino para justificação ou crítica da lei positiva do Estado” (UNGER, 1977, p. 66).

Unger (1977, pp. 48-58) diferencia três concepções de direito: o direito costumeiro; o direito burocrático e a ordem jurídica. A primeira corresponde à “ideia do direito como interação”, em que não há distinção entre sociedade e Estado. Assim, esse direito não é público nem positivo. Não é público porque é comum a toda comunidade e não associado a um governo centralizado; não é positivo porque é constituído por regras implícitas de conduta, e não por regras formuladas (UNGER, 1977, p. 50).

Esse tipo de direito é comum a todas as comunidades políticas. O segundo tipo, o direito burocrático, por outro lado, só é possível onde existe uma divisão entre o Estado e a sociedade e a desintegração da comunidade (UNGER, 1977, p. 58). Aqui o direito compõe a esfera de ação de governantes centralizados e as normas jurídicas são deliberadamente impostas, sem participação espontânea da sociedade (UNGER, 1977, p. 51).

Como destaca Unger (1977, p. 59), quando se pressupõe que a sociedade possui uma ordem intrínseca, justa e duradoura, não há como distinguir o que realmente se faz do que se deve fazer. Igualmente, na medida em que a ordem normativa é tácita e evidente, ela jamais “precisa assumir a forma de regras enunciadas e impostas por um grupo de instituições especializadas” (UNGER, 1977, p. 59).

Todavia, o “divórcio” entre Estado e sociedade exige uma concepção completamente distinta da relação entre a ordem normativa e a regularidade de comportamento. Ao exercer domínio sobre as relações sociais, o Estado estabelece regras públicas que reforçam sua autoridade e influenciam as práticas sociais. Essas regras aparecem agora aos indivíduos fruto da vontade humana e não de desígnios divinos (UNGER, 1977, p. 59).

A distinção entre Estado e sociedade é resultado da organização da sociedade em categorias cada vez mais diferenciadas (castas, estamentos, classes), com diferentes graus de poder de umas sobre as outras, o que gera uma permanente instabilidade. É preciso, pois, uma entidade que se coloque acima dos grupos conflitantes e capaz de assumir uma posição de imparcialidade e impessoalidade, que justifique sua exigência de submissão (UNGER, 1977, pp. 60-1).

Outro ponto importante para o surgimento do direito burocrático é a desintegração da comunidade. A transformação da organização social que resulta da divisão do trabalho rompe com formas mais antigas de comunidade baseadas em relações de parentesco e torna o indivíduo mais consciente de sua independência em relação aos outros. Isso o trona capaz de questionar e violar a correção das práticas aceitas (UNGER, 1977, pp. 61-3).

Como coloca Unger (1977, pp. 61-2):

> O direito positivo é supérfluo enquanto existir uma estreita comunhão de expectativas recíprocas, baseadas em uma visão compartilhada do certo ou errado. Nessa configuração, a ordem normativa não surgirá como regras formuladas; ao invés, ela permanecerá quase que inteiramente abaixo do limite da formulação implícita e da percepção consciente.

Assim, a divisão do trabalho e a hierarquização social, ao colocar abaixo esses referenciais, exigem que as normas jurídicas sejam impostas na forma de regras públicas e positivas. Elas servirão como o instrumento por intermédio do qual o Estado manipula as relações sociais e atenderão aos "interesses de poder dos grupos que controlam o Estado" (UNGER, 1977, p. 64).

No entanto, se a ordem jurídica é vista apenas como um instrumento para atender aos interesses do governante, a sua aceitação pelos subordinados não poderia resultar senão do terror com que é imposta. Desse modo, ela terá que ser reconhecida como inerentemente válida e "não como fabricadas pelo governo segundo as suas ideias do que é bom para si mesmo ou para a sociedade como um todo" (UNGER, 1977, p. 65).

Daí porque Unger (1977, p. 65) vai destacar que a "regulação burocrática é quase invariavelmente acompanhada de um corpo de preceitos religiosos", que propiciam "uma estrutura de legitimidade para os acordos sociais"[66]. O mundo social é dividido em duas

[66] Unger (1977, p. 52) aponta como exemplo o direito islâmico, em que a "lei sagrada (*shari'a*), aplicada pelos *kãdïs*, diferia da discricionariedade administrativa do príncipe (*siyãsa*). Similarmente, a lei sagrada hindu (*dharmasastra*) limitava o poder do príncipe de emitir ordenações (*ksatra*). De um modo distinto, o *ius civile* romano adquiriu sua própria identidade primeiro por se livrar e depois por suplantar o *fas*

metades: uma mais ou menos fora do controle do príncipe; a outra, sujeita ilimitadamente à sua vontade (UNGER, 1977, p. 52).

O antagonismo entre os elementos sagrados e discricionários do direito, entre sua legitimidade e sua instrumentalidade, longe de corresponder apenas a um problema de método, vai ressurgir "como uma experiência política concreta, fortemente insinuando conflito e mudança" (UNGER, 1977, p. 66). Desse conflito, que resultaria num "singular equilíbrio entre a lei divina e discricionariedade real", surge a terceira noção de direito, o direito como ordem jurídica (UNGER, 1977, p. 62).

Enquanto ordem jurídica, o direito "pretende ser geral e autônomo, além de público e positivo" (UNGER, 1977, p. 52). Nesses termos, ela corresponde a "um fenômeno histórico ainda mais raro que o direito burocrático" (UNGER, 1977, p. 66). Longe de ser comum a todos os tipos de sociedade, ele surgiu e sobrevive "em circunstâncias muito especiais" (UNGER, 1977, p. 52). Sua ascensão dependeu de duas condições históricas específicas do ocidente: o pluralismo grupal e o direito natural.

O pluralismo grupal, segundo Unger (1977, p. 66), decorre de "uma forma de vida social, que podemos chamar de sociedade liberal". Nesse tipo de sociedade:

> A hierarquia social é demasiado volátil e incerta, demasiado sujeita a mudanças de categoria, e demasiado vulnerável ao ataque político para ser aceita como parte da ordem natural das coisas. Assim, paradoxalmente, quanto mais fraca se torna a estrutura de domínio, mais forte se faz sentir a necessidade de justificar e restringir o que dela resta (UNGER, 1977, p. 68).

Rejeitada a sociedade baseada em uma hierarquia social rígida e em uma ordem moral natural, a escolha de valores morais passa a ser vista como uma "questão de escolha arbitrária" (UNGER, 1977, p. 69). Desse modo, a sociedade é entendida como uma "arena de interesses subjetivos em conflito", de modo que "o bem do grupo é simplesmente um amálgama dos fins visados por seus membros individuais" (UNGER, 1977, p. 69).

Essa organização social tem "implicações revolucionárias" sobre o direito: a existência de interesses antagônicos não permite que os "problemas da ordem social sejam resolvidos pela imposição da lei burocrática" (UNGER, 1977, p. 69). É preciso elaborar um sistema jurídico que acomode esses interesses divergentes e possibilite que eles o subscrevam, independentemente de seus fins individuais (UNGER, 1977, p. 69).

Em consonância com Schmitt, Unger (1977, p. 69) vai defender que será essa a razão para a "criação de uma ordem jurídica com os atributos da generalidade e

---

pontifício. E no império tardio surgiu uma separação ainda maior entre a lei estrita (*ius civile*) e discricionariedade administrativa (*a cognitio extraordinaria* do imperador)".

autonomia". Regras e procedimento que ignorem distinções de qualquer gênero aparecerão como interesses universais, capazes de conciliar os interesses privados e impor obediência a todos.

Importa ressaltar, no entanto, que essa ordem jurídica não surge espontaneamente como resultado do progresso da civilização, mas é gerada a partir de uma "verdadeira luta de poder entre os grupos sociais" (UNGER, 1977, p. 70). Se o ideal do Estado de direito ocupa um importante lugar no moderno ocidente, é porque a aristocracia e um "terceiro estado", formado por grupos mercantis e profissionais, conseguiram adquirir certa independência em relação ao monarca.

Todavia, os interesses dos governantes, das aristocracias e do "terceiro estado" são insuficientes para "explicar a tentativa de institucionalizar o Estado de direito" (UNGER, 1977, p. 74). O Estado liberal foi fundado em um compromisso entre a burocracia monárquica, o privilégio aristocrático e o interesse da classe média, compromisso esse que teve implicações cruciais para o direito. Como coloca Unger (1977, p. 75):

> Príncipes e burocratas podem não ter desejado se submeter à vigilância de um judiciário alerta na administração das leis ou se comprometer com um programa de acomodação dos grupos na sua elaboração. Mas [...] não podiam dispensar um sistema de regras públicas e positivas. As aristocracias podem ter preferido manter a sua constituição não-escrita, ao invés de se submeter a uma ordem jurídica que debilitava as diferenças entre seus privilégios e os direitos de outras categorias. Mas não podiam se dar ao luxo de prescindir da proteção da lei contra os príncipes. Os grupos da classe média podem ter preferido alguma variedade de autorregulação às formalidades do Estado de direito. Mas, à vista dos seus interesses econômicos e políticos, precisavam de salvaguardas contra os caprichos do governante em uma época em que eles próprios ainda não tinham se assenhorado do Estado.

Assim, os governantes tiveram que renunciar a parte de sua discricionariedade e a aristocracia e o "terceiro estado" parte de sua independência em relação ao Estado; a ordem jurídica, segundo Unger (1977, p. 76) é resultado dessa rendição e conciliação recíproca. O Estado de direito é, para todas as partes, algo como um tipo de "seguro de vida" para escapar dessa "situação precária" (UNGER, 1977, p. 76).

Essa dinâmica é demonstrada por Unger (1977, pp. 156-66) a partir da análise do direito na sociedade estamental ou *Ständestaat*, período de passagem entre a ordem feudal e a sociedade liberal[67]. Essa sociedade era marcada por duas cisões: entre o povo

[67] O *Ständestaat* corresponde ao período final da Idade Média (entre os séculos XIII e XVI), em que a "antiga constituição feudal militar (*alte militärische Lehnsverfassung*)" tinha se dissolvido, formando concentrações estamentais (alta nobreza, baixa nobreza, clero, burguesia das cidades) que se fundavam em "acordos juramentados (*beschworenen Verträgen*)" de seus membros. Esses pactos estabeleciam

e a elite e, dentro dessa mesma elite, entre poder real e aristocracia. Além disso, a elite era coletivamente organizada em assembleias, que falavam em seu próprio nome e não em nome de um suposto interesse geral (UNGER, 1977, p. 156-7).

Essa sociedade surge no contexto do desenvolvimento do capitalismo comercial e da centralização do poder real. Assim, os interesses mercantis se aliavam vez com os interesses da aristocracia, o que tendia a uma espécie de valorização do parlamentarismo, vez com os do poder real, o que encaminhava para o absolutismo. Em ambos os casos, destacava-se "o implacável ataque contra a tradicional hierarquia de classes" (UNGER, 1977, p. 157).

Esses atributos impactarão fortemente no modelo de direito adotado no período. O direito burocrático possui dois componentes em constante oposição. De um lado, "um setor profano de ordenações discricionárias"; do outro, "uma esfera da vida social imune ao soberano", que assume a forma de preceitos divinos (UNGER, 1977, p. 158-9). Desse modo, o direito da sociedade estamental manterá sempre esse equilíbrio entre o arbítrio real e a lei superior[68].

Nesse ambiente, nenhuma ordem jurídica, no sentido moderno, poderia prevalecer. Isso porque as ordenações reais careciam de generalidade e autonomia[69] e os privilégios estamentais não eram nem públicos, nem positivos[70]. Apesar disso, a luta política em um contexto em que a hegemonia não poderia ser alcançada encaminhou para o surgimento daqueles atributos que modernamente consideramos fazer parte do que entendemos por Estado de direito.

---

privilégios, limitações ao poder do soberano e, por vezes, o direito de resistência armada (SCHMITT, 1992, p. 66-7). Para Weber (1982, p. 218), estamento é a uma "situação de *status*" que é determinada "por uma estimativa específica, positiva ou negativa, de *honraria*".

[68] Esse equilíbrio típico do direito pré-liberal vai se refletir na tradicional distinção entre *Polizeisache* e *Justizsache.* A primeira era a área de competência do soberano, responsável pela ordem pública, em que se confundiam legislação, administração e jurisdição. A segunda, por sua vez, refletia os privilégios e obrigações estamentais, fundadas em um direito anterior, que podia ser oposto ao soberano sempre que ele os violava. É nesse sentido que deve ser entendido um documento como a *Magna Carta* inglesa de 1215; não como uma "constituição", no sentido moderno, mas como um *Stabilimentum*, um "acordo de uma aristocracia feudal com seu senhor feudal a quem renovam seu juramente de fidelidade em troca de seus direitos garantidos" (SCHMITT, 1970, pp. 45-6).

[69] Os éditos reais se caracterizavam por ignorar a distinção moderna entre legislação e administração, na medida em que não limitavam a impor regras gerais a pessoas abstratas, podendo se aplicar "a um único indivíduo ou a todo reino". Também desconheciam a diferença entre legislação e administração, de modo que a vontade do soberano estava a salvo de compromissos com regras gerais, dispensando uma técnica para sua aplicação uniforme (UNGER, 1977, p. 161).

[70] O direito das prerrogativas estamentais já possuía rudimentos de generalidade e autonomia. Esse conjunto de regras era considerado como "fora do alcance da política", daí porque não precisava ser público ou positivo. Também lhe faltava qualquer consideração com relação à igualdade formal que ignorasse a distinção entre classes (UNGER, 1977, p. 162).

As tentativas do soberano de se sobrepor seu poder àquelas áreas da vida social que eram domínio de prerrogativas estamentais resultaram no desenvolvimento de um direito público e positivo Ao ser positivada, a lei afirmava que espaços cada vez maiores da vida social estavam sujeitos à vontade política; ao ser pública, no sentido de que somente o governo central poderia estabelecer, estabelecia um distinção entre o Estado e a sociedade (UNGER, 1977, pp. 161-2).

Curiosamente, a medida que expandia seu poder, o soberano ficava cada vez mais adstrito a observar normas de generalidade e autonomia jurídica. Isso implicou no fortalecimento da distinção entre administração e jurisdição, com a consequente formação de um judiciário independente, capaz de fiscalizar o emprego administrativo da legislação[71].

Ao mesmo tempo, o direito dos privilégios também sofria suas transformações. A medida em que as assembleias iam se institucionalizando e com a crescente rivalidade dos estamentos entre si e em relação ao príncipe, tornou-se necessário adotar fórmulas cada vez mais claras e explícitas dos privilégios e obrigações de cada estamento. O direito dos estamentos começou a adquirir um caráter público e positivo, sem perder sua identidade (UNGER, 1977, p. 163).

Desse modo, o absolutismo administrativo e o constitucionalismo parlamentar serviram para pavimentar o caminho para o Estado de direito. Onde predominou o último, como na Inglaterra, formaram-se os princípios da democracia liberal. Naqueles lugares onde a estrutura social incentivava um sistema estatal centralizado, como na Alemanha, surgiu um "tipo não-democrático de liberalismo", que oferecia proteção contra arbitrariedades, mas não permitia participação (UNGER, 1977, p. 165).

O fato preponderante a se destacar, entretanto, é que em nenhum *Ständestaat* o monarca possuía poder suficiente para impor suas ordenações sem satisfazer as exigências de generalidade e de autonomia da lei. Não lhe restava alternativa senão se

[71] Ao comentar sobre a influência do direito romano no surgimento do capitalismo moderno, Weber (2015a, p. 519) observa que ela foi decisiva na criação do pensamento jurídico-formal. Na visão do sociólogo alemão, "todo direito se orienta ou por princípios formal-jurídicos ou por princípios materiais, significando os últimos o princípio utilitário e o do sentimento natural de justiça [...]. A justiça de toda teocracia e de todo absolutismo orienta-se em sentido material, e a de toda burocracia, ao contrário, em sentido formal-jurídico". Logo em seguida, Weber (2015a, p. 519) relata a anedota de que Frederico, o Grande, "odiava os juristas porque aplicavam constantemente seus editos materialmente orientados à sua maneira formalista, colocando-os, deste modo, a serviço de fins, dos quais ele nada queria saber". Fica evidente, a partir da consideração de Weber, de que a formalização do direito implicou em uma limitação da vontade do monarca, que agora estava sujeita à interpretação de um estamento especializado na sua aplicação.

curvar ao Estado de direito. Ao mesmo tempo, à aristocracia era essencial se aproximar do terceiro estado para ter força suficiente para moderar o poder real.

As observações Unger são compatíveis com as percepções de Holmes sobre a "genealogia" (*lineages*) do Estado de direito. O jurista busca entender "porque agentes políticos poderosos podem resistir furiosamente ou abraçar calorosamente o Estado de direito" (HOLMES, 2003, p. 19). Para tanto, Holmes (2003, p. 20) parte da premissa de que o governante é internamente coerente, racional na tomada de decisões e está em pleno controle do aparelho repressivo.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que os governantes aceitam limites ao seu poder quando veem benefícios em agir assim. Onde esses benefícios não são claros, os governantes adotarão métodos inconstitucionais, já que é "improvável que elites repressoras e gananciosas favoreçam uma mudança em direção ao Estado de direito se suspeitarem que isso as derrubará" (HOLMES, 2003, pp. 20-1).

A autorrestrição, então, é uma ferramenta que pode ser conscientemente adotada pelos governantes porque "promove os fins desejados" (HOLMES, 2003, p. 25). Mais ainda, ela serve como uma proteção ao governante contra o temor da revolta. Nesse ponto, Holmes (2003, p. 28) cita Maquiavel, para quem o principal freio ao arbítrio do príncipe não é a moralidade cristã, mas o medo do assassinato.

Outra consideração que Holmes (2003, p. 30) extrai de Maquiavel é que a necessidade de cooperação para atingir seus fins é outra razão pela qual os governantes aceitam se submeter a regras previsíveis que limitam seu poder. Governantes só agem moralmente quando são impelidos a agir assim; a força que os impele é menos o medo da rebelião do que a necessidade de cooperação social[72] (HOLMES, 2003, p. 31).

Uma das formas de conseguir a cooperação dos cidadãos é garantir a eles o direito de eleger representantes políticos, bem como lhes oportunizar o acesso a tribunais onde suas queixas possam ser ouvidas (HOLMES, 2003, p. 34). Ainda assim, não há garantias de que existe uma tendência universal em direção à democracia liberal; pelo contrário, ela só ocorrerá diante de "condições específicas" (HOLMES, 2003, pp. 34-5).

---

[72] Maquiavel entende essa cooperação social essencialmente como cooperação militar. Todo governante precisa de amigos partidários, ou seja, cidadãos ordinários armados, que lhe prestarão auxílio em caso de ameaças de inimigos externos. As tropas de mercenários estrangeiros não são confiáveis, porque "elas não têm outro amor nem motivo que as mantenham em campo senão um pequeno soldo", de modo que resta ao governante prudente atribuir a tarefa de defesa do território às tropas domésticas (MAQUIAVEL, 2010, p. 60). Ora, armar os cidadãos implica não só no fato de que as elites não poderão mais ameaçá-los como também que elas terão que lhes conceder alguma influência na tomada de decisões políticas (HOLMES, 2003, p. 31).

A cooperação social embora desejável, nem sempre é possível. Os seres humanos, ainda que sejam sociáveis por natureza, por vezes encontram dificuldades de cooperar entre si porque têm diferentes ideias do que seja "o correto", especialmente quando as divisões entre as classes são profundas. Esses conflitos vão sujeitar o Estado a ameaças externas e devem ser remediados de alguma maneira (HOLMES, 2003, pp. 35-6).

Segundo Holmes (2003, p. 36), para Maquiavel a instituição capaz de mitigar esse conflito de classes é o Estado de direito. Se o objetivo do governante é manter a paz social, ele terá que criar e financiar um aparato judicial capaz de domesticar a animosidade e desconfiança mútua entre os cidadãos. Como coloca o autor:

> Ao invés de permitir que essas paixões autodestrutivas se agravem fora do sistema, os constituintes as canalizam para dentro dos órgãos governamentais. [...] Isso pode ajudar a cauterizar o ressentimento de classe e o desejo por vingança antes que eles saiam do controle (HOLMES, 2003, p. 36).

Apesar da tentação de fazer o contrário, as elites devem renunciar a pleitear imunidade judicial para estabelecer um método eficaz para conter as tensões de classe a longo prazo. Mais ainda, é indispensável que elas estejam dispostas a partilhar seu poder político[73], permitindo que os cidadãos participem do processo de elaboração da legislação (HOLMES, 2003, p. 37 e p. 40).

Ao dar aos cidadãos a oportunidade de participar do processo legislativo, as elites garantem que eles se subordinarão com mais facilidade às leis. Para Holmes (2003, p. 40), "os membros mais desafortunados da sociedade podem ser induzidos a respeitar a autoridade dando-lhes um pequeno pedaço dessa autoridade". Eles se submetem às leis hoje porque imaginam que poderão alterá-las amanhã (HOLMES, 2003, p. 41).

Assim, as leis aparecem inicialmente como um instrumento em favor dos governantes, mas a partir de certo ponto começam a proteger os interesses daqueles grupos dos quais os governantes esperam cooperação voluntária. O Estado de direito emerge quando os governantes têm boas razões para tornar seu comportamento previsível e os caçadores de lucros começam a exigir normas claras (HOLMES, 2003, p. 45).

---

[73] Importa destacar, no entanto, que essa partilha de poder não implica em um processo de democratização inexorável. Como aponta Holmes (2003, p. 39), a "democracia liberal está longe de ser o destino pré-ordenado da humanidade". A democratização ocorre quando as elites precisam da cooperação dos cidadãos ordinários; por outro lado, se elas acreditam que não mais precisam da sua cooperação (quando a tecnologia puder substituir eficazmente os exércitos de massas), elas podem conspirar para reduzir (ou mesmo privar) os cidadãos ordinários de sua influência sobre a legislação e distribuição de riquezas (HOLMES, 2003, pp. 37-8).

Na medida em que a sociedade se torna cada vez mais livre, os grupos organizados passam a pressionar por regras que se adequem às suas circunstâncias particulares. Como aponta Holmes (2003, p. 44), imaginar que os interesses específicos não encontram lugar na legislação do Estado de direito é admitir implicitamente que o Estado de direito nunca existiu em qualquer lugar ou tempo.

Esse processo de acomodação de interesses particulares, que do ponto de vista moral pode parecer inquietante por revelar o acesso desigual ao poder, representa um "passo adiante em direção à democracia e ao Estado de direito" (HOLMES, 2003, p. 46). Isso porque a pressão de grupos sociais para impor suas preferências obriga os governantes, em busca de uma cooperação a longo prazo, a impor limites à sua própria discricionariedade.

A legislação será sempre um instrumento de interesses parciais; no entanto, quanto maior o número de grupos com acesso ao poder existirem, menos a lei será um "bastão" usada pela minoria contra a maioria e mais ela se aproximará de uma faca de dois gumes (HOLMES, 2003, p. 50). Nas palavras de Holmes (2003, p. 50) isso é poliarquia, de modo que "o equilíbrio entre diversas parcialidades é o mais próximo da imparcialidade que podemos chegar".

Mais adiante, o autor afirma que:

> Se todos os interesses organizados renunciam à violência e recorrem ao mesmo corpo legal e ao mesmo sistema jurídico para proteger seus interesses e realizar seus propósitos, eles estão implicitamente *relativizando* suas reivindicações pessoais em bases coletivas, admitindo que sua perspectiva é parcial e que que elas não merecem prevalecer em todos os casos (HOLMES, 2033, p. 51 – grifo no original).

Para Holmes (2003, p. 51), admitir que "a lei é um instrumento dos poderosos" não é recair no cinismo; pelo contrário, trata-se de um convite para que os oprimidos se organizem visando promover seus próprios interesses[75]. Desse conflito entre interesses organizados, que nós denominamos política, pode surgir ocasionalmente o bem comum, embora isso raramente ocorra (HOLMES, 2003, p. 52).

O direito, portanto, não é apenas um meio de limitar o poder, ele também pode ajudar a criá-lo. Holmes (2003, p. 55) demonstra isso a partir da ideia de "república de repúblicas", defendida por Hamilton. A lógica é a seguinte: a existência de inimigos

[75] Nas palavras do autor: "Se você pretende proteger os direitos das mulheres, organize um movimento de mulheres. Se você quer proteger os direitos civis de negros americanos, organize um movimento pelos direitos civis. O direito não é contaminado simplesmente porque ele é um instrumento de poder. O grau de justiça ou injustiça depende de quem empunha o poder e para quais objetivos" (HOLMES, 2003, p. 51).

obriga os Estados a manterem um exército permanente e conferirem poderes discricionários aos governantes.

Uma vez que esses poderes tenham sido concedidos ao governante, como garantir que ele não abuse deles para promover seus próprios interesses? A resposta tradicional seria a ameaça de rebelião, que não é crível na maior parte das repúblicas, isso por uma série de razões, especialmente por conta da dificuldade de organização coordenada entre os cidadãos[76] (HOLMES, 2003, p. 55).

A alternativa seria dispersar o poder do Estado em diversas repúblicas, unidas pelo sentimento de um destino comum, que poderão se contrapor a qualquer tentativa de usurpação do poder estatal. É a partir dessa concepção que a segunda emenda deve ser entendida: não como direito ilimitado ao porte de armas, mas como direito dos cidadãos dos Estados de participarem da resistência contra o governo federal (HOLMES, 2003, p. 56).

Parafraseando Hamilton, Holmes (2003, p. 56) destaca que "o poder quase sempre é o rival do poder"[77]. Os cidadãos se protegem do governo federal contrapondo-o aos governos estaduais, que detém os meios de organizar a resistência popular. Sabendo disso, é pouco provável que as autoridades federais embarquem em aventuras autoritárias (HOLMES, 2003, p. 57).

O federalismo, então, permite transformar o poder dormente do cidadão, que permanece assim por falta de atenção ou de organização, em poder ativo sempre que o governo ultrapassa os limites de sua competência. Apesar de não criar poder, o sistema federativo canaliza o poder popular, incentivando-o a agir, por intermédio dos corpos constituídos[78], ao visualizar que as autoridades federais se movem em busca de aumentar seu poder (HOLMES, 2003, p. 57).

---

[76] Para Holmes (2003, p. 55) são três as razões que tornam pouco provável a hipótese de uma rebelião servir como anteparo ao poder. Em primeiro lugar, os cidadãos comumente não estão alertas acerca da "tomada de poder iminente (*looming seizure of power*)", a não ser quando já é tarde demais e a repressão militar está em andamento. Depois, porque aos cidadãos são atomizados e terão dificuldade em organizar uma resistência efetiva contra um governo central bem armado. Por fim, ainda que eles saibam da ameaça e possam se organizar, o pretenso tirano tem meios de "esmagá-la pela raiz (*crush it in the bud*)".

[77] Tradução levemente modificada. Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, pp. 176-7) afirma: "O poder sendo quase sempre o rival do poder (*Power being almost Always the rival of power*), o governo geral estará sempre pronto a reprimir as usurpações dos governantes estaduais, e estes terão igual disposição em relação ao governo geral".

[78] Holmes (2003, p. 56) destaca que o povo somente pode proteger a si mesmo do governo por meios governamentais: "A multidão sem líderes não é uma força política". Apenas o governo (no caso, o governo estadual) consegue reunir as tropas e manter a multidão disciplinada e unida como uma maioria capaz de prevalecer sobre a minoria bem-organizada.

O fato é que uma "cidadania turbulenta (*boisterous citizenship*)" é essencial para o Estado de direito. Ao oferecer à multidão uma "oportunidade de voz" na condução da coisa pública e possibilitar algum tipo de distribuição de riqueza, o Estado de direito faz com que as elites jamais esqueçam da existência dos pobres. Desse modo, evita o risco de uma insurreição que pode surgir sempre que as elites ignoram a necessidade de cooperação do restante da sociedade[79] (HOLMES, 2003, pp. 58-9).

Resumindo os argumentos de Holmes sobre a genealogia do Estado de direito, podemos afirmar que as elites políticas e econômicas aceitarão impor limites ao seu poder sempre que isso lhes gere benefícios. Onde esses benefícios não são aparentes dificilmente há incentivo à limitação. Assim, é desse jogo de interesses, típico de uma sociedade que não comunga mais dos mesmos valores, que advém esse precário instrumento que é o Estado de direito.

Convém, no entanto, retomar o modelo de Unger. Afinal, destacamos anteriormente, ele não atribui o surgimento do Estado de direito exclusivamente ao fato da dissolução da comunidade, aquilo que Rawls denominava de "o fato do pluralismo", mas também ao direito natural. Segundo Unger (1977, p. 76), sua importância política decorria da sua "capacidade de fornecer uma norma universalista para avaliação da lei estatal e para a limitação do governo".

Unger (1977, p. 76) situa o direito natural como resultado da "experiência da diversidade cultural". A percepção grega de que existiam sociedades que cultivavam hábitos diferentes estimulou a busca por certos princípios universais que servissem de critério para a avaliação da natureza humana. Esses princípios serviram como base para aquilo que os juristas romanos denominavam *ius gentium*, aquelas regras de direito aplicáveis aos estrangeiros.

Também a religiosidade transcendente serve de fundamento para a consolidação da noção de direito natural (UNGER, 1977, p. 77). No centro de toda religião de transcendência está a dicotomia entre uma ordem humana e outra divina. A ordem

[79] Essa tendência à arrogância das elites políticas, comenta Holmes (2003, p. 59), serve de justificativa para o ensaio de Juan Linz acerca da superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo. Presidentes eleitos podem se seduzir com fantasias de onipotência e, por conta disso, adotar políticas extremistas mesmo sem o consentimento da maior parte da sociedade. Um primeiro-ministro em um governo de coalizão, por sua vez, terá uma perspectiva muito diferente, sendo obrigado a adotar um tom muito mais moderado e conciliador, de modo que não se comprometerá com "façanhas impossíveis (*impossible feats*)".

humana é criada por deus, que dela não participa; existe, portanto, um legislador divino que intervém e mantém o universo em ordem[81] (UNGER, 1977, p. 77).

A esse dogma da criação divina do mundo, acrescentam-se pelo menos mais dois "compromissos teológicos": a crença em uma alma imortal criada à imagem divina e a noção de que deus atua na história, permitindo que alguns membros da humanidade possam viver ao seu lado para sempre. Religiões transcendentais são sobretudo religiões de salvação, baseadas em "uma latente reafirmação da imanência" (UNGER, 1977, p. 78).

Unger (1977, p. 78) destaca que há uma conexão entre "a religiosidade e as crenças e instituições que sustentam um sistema legal". Primeiro, a ideia de que existe um legislador divino que está acima e fora do tempo estabelece um direito que é superior aos costumes e aos caprichos do soberano. Esse direito servirá como "um ponto arquimediano para a avaliação de todos os acordos sociais" (UNGER, 1977, p. 79). Nas palavras do autor:

> Graças a invenção da ideia do direito natural, a crítica radical dos acordos sociais se torna possível pela primeira vez. [...] Para aceitar a cosmologia das religiões transcendentais e o respectivo conceito de um direito superior, os homens devem adotar normas que sejam universalmente válidas e objetivas ao invés de produto de sua própria vontade (UNGER, 1977, p. 79-80).

Ou seja, o direito mundano, para se adequar às exigências desse direito divino, deve ser representado de forma relativamente autônoma, desvinculado dos desejos dos governantes humanos e dos costumes de determinados grupos sociais[82]. Essa "independência crítica em relação à política e aos costumes" exige instituições e argumentos especializados, que pavimentam o caminho para o Estado de direito (UNGER., 1977, p. 80).

Outra contribuição da religião transcendente ao Estado de direito é atribuir uma relevância extraordinária à ideia de generalidade da lei. Se somos todos uma reprodução falha da imagem do ser divino, não será legitimo nenhum sistema que determine direitos

---

[81] Unger (1977, p. 77) aponta que essa concepção difere não apenas das "negações modernas e antinômicas da existência de harmonia na natureza", mas também das cosmovisões chinesa, grega, hindu e budista. Nessas religiões se afirma a existência de um padrão inerente, mas não criado, no mundo, de modo que a oposição se dá "entre a realidade da ordem e a ilusão do caos, o mundo da verdade oculta e o mundo da aparência, ao invés da típica divisão transcendente entre o paraíso e a terra".

[82] Essa percepção se coaduna com o já citado estudo de Fukuyama sobre o particularismo europeu na formação do Estado de direito. Fukuyama (2018, p. 357) afirma que na China nunca houve uma religião transcendental e, por conseguinte, não havia uma pretensão de que a lei tivesse uma origem divina. Pelo contrário, segundo o autor "as leis eram um instrumento pelo qual o Estado exercia a sua autoridade e mantinha a ordem pública". Elas não decorriam de um "direito inerente possuído pelos cidadãos", correspondendo apenas a "uma dádiva de um governante benevolente".

e deveres individuais com base em categorias sociais (UNGER, 1977, p. 81). Afinal, como bem demonstra a escatologia cristã, todos terão igual merecimento a dádiva divina da salvação[83].

Mas as religiões transcendentais também contribuem para o Estado de direito do ponto de vista institucional. Isso porque dependem de instituições capazes de garantir a unidade da comunidade religiosa contra heresias (UNGER, 1977, p. 82). O profeta articula a palavra de deus de forma direta e independente da autoridade eclesiástica. Ele representa, então, uma ameaça revolucionária que entra em conflito essencial e constante com os interesses estabilizadores do clero[84].

Então, o papel das instituições é sistematizar os mandamentos divinos por meio de um corpo especializado de intérpretes[85]. O direito natural passa a corresponder a um conjunto bem definido de leis sagradas, apoiadas em crenças, instituições e métodos específicos que, inegavelmente, possibilitam a compreensão do sistema legal secular com características de autonomia e generalidade (UNGER, 1977, p. 82).

Entretanto, na maioria dos casos o direito sagrado não caminhou nessa direção. Tendo em vista as experiências da *shari'a* islâmica, da *dharmasastra* hindu ou da *faz* romana, o que se verifica é que o direito permaneceu atrelado à religião e dependendo do clero. Somente no ocidente moderno "se desenvolveu um sistema legal que atribuía direitos e deveres aos indivíduos independentemente de suas categorias sociais" (UNGER, 1977, p. 83).

Isso nos permite chegar à conclusão de que a religião transcendente, muito embora necessária, não foi suficiente para a formação de um sistema jurídico autônomo

---

[83] Unger (1977, p. 81) salienta, entretanto, que existe uma ambiguidade irremediável nessa noção religiosa de igual merecimento, que terá consequências importantes para a própria ideia de generalidade da lei. Numa primeira interpretação, a generalidade abstrata é suficiente para atingir o ideal de igualdade de mérito, que se transforma em igualdade formal. Por outro lado, de uma perspectiva moral, a igualdade de mérito exige uma "equalização de suas verdadeiras circunstâncias sociais". Assim, a igualdade substancial exigiria dar um tratamento diferente para indivíduos em situações diferentes, o que se opõe à noção de generalidade imposta pela igualdade formal.

[84] Weber (2015, p. 303) destaca que o que caracteriza o profeta e o distingue do sacerdote é a sua vocação "pessoal" ("*persönaliche" Berufung*). Ao contrário do sacerdote, que sustenta sua autoridade e distribui "bens de salvação em virtude de seu cargo", o profeta "atua somente em virtude de seu dom pessoal". Eles exercem, para usar a tipologia weberiana, essencialmente uma "dominação carismática" (*Charismatische Herrschaft*), ou seja, "uma qualidade pessoal extracotidiana [...] e em virtude da qual se atribuem a uma pessoa poderes ou qualidades sobrenaturais, sobre-humanos ou, pelo menos, extracotidianos específicos" (WEBER, 2015, pp. 158-9). Esse caráter independente do profeta faz com que ele seja temido ou odiado pelos poderes estabelecidos, dependendo do caso.

[85] Novamente, Weber (2015, p. 314) contribui nesse sentido ao afirmar que "o sacerdócio é incumbido de determinar sistematicamente a nova doutrina vitoriosa ou a velha doutrina defendida contra os ataques proféticos, de delimitar o que é ou não considerado sagrado e de impregnar isto à crença dos leigos para garantir sua própria soberania".

(UNGER, 1977, p. 83). Só quando esse fator se une ao já mencionado pluralismo grupal é que surge o equilíbrio capaz de impor o Estado de direito como meio de estabelecer compromissos entre interesses sociais antagônicos (UNGER, 1977, p. 84).

O Estado liberal exige a secularização do direito para que se possa acomodar "os valores sociais e relações de poder mutáveis", de modo que nenhum grupo tenha "acesso privilegiado à verdade moral e religiosa" (UNGER, 1977, p. 84). Ao mesmo tempo, a crença em uma lei superior "mantém o direito positivo em um padrão universalista", reconhecendo direitos que "nenhuma decisão política deveria desconsiderar" (UNGER, 1977, p. 85).

A sociedade liberal exige que "a ordem jurídica seja, de certa forma, vista como neutra ou capaz de acomodar interesses opostos", de modo que cada grupo ou indivíduo deve ser capaz de ver o Estado de direito como a melhor forma de promover seus próprios fins[86] (UNGER, 1977, p. 129). Não obstante, segundo Unger (1977, p. 129):

> A obediência às leis não poderia subsistir se dependesse unicamente do cálculo de eficiências de grupos ou de indivíduos privados, por mais esclarecido que fosse esse cálculo. Pois sempre há a possibilidade de que as vantagens auferidas por qualquer uma das partes na desobediência à lei ou na subversão da própria ordem jurídica ultrapassem os riscos de perda.

Exige-se, então, algum tipo de consenso que estabeleça um sentimento de obrigação acima do cálculo de custos e benefícios. Em uma sociedade liberal, esse consenso não pode provir de outra fonte senão da necessidade dos homens de usarem uns aos outros para a satisfação de seus desejos pessoais. Ao solapar as bases da comunidade, o liberalismo cria as condições para uniformizar desejos e preconceitos (UNGER, 1977, p. 168).

No entanto, ao perder o esteio da autoridade comunitária, fixando-se exclusivamente em interesses e preferências particulares, o consenso da sociedade liberal permanece destituído de fundamento. Os acordos que amparam a ordem social estão sujeitos a um "círculo vicioso (ou liberador) de desmoralização", onde, segundo Unger (1977, pp. 173-4):

> Cada enfraquecimento da legitimidade da ordem de classes abala a confiança nas práticas convencionais, enquanto cada afastamento sucessivo da crença na correção da tradição frustra ainda mais a suposta legitimidade das hierarquias estabelecidas.

[86] Para Unger (1977, p. 144-5), o que caracteriza a sociedade liberal é a ideia de "associação de interesses", ou seja, a premissa de que "os homens obedecem a normas relativamente estáveis de interação por acreditarem que isso lhes seja mutuamente vantajoso, e não por participarem da mesma noção de verdade e virtude".

Em apertada síntese, existe uma estrutura de domínio, em que alguns grupos se sobrepõem a outros[87], mas essa estrutura está sempre sujeita à forças e interesses centrífugos, que contestam sua autoridade. O esforço em direção ao Estado de direito é uma tentativa de resolver o dilema da "arbitrariedade das hierarquias sociais ordinárias", assegurando a "impessoalidade do poder" (UNGER, 1977, p. 176 e p. 178).

Aqui nos reconectamos com a exposição sobre Schmitt realizada no tópico anterior. A ambição do Estado de direito é transformar a *voluntas* em *ratio*, de modo que todo domínio (*Herrschaft*) permanece oculto da atividade estatal. Esse é o "princípio básico, construtivo e imediatamente necessário" do Estado de direito: "não são os homens ou pessoas que devem governar, mas as normas que devem viger" (SCHMITT, 2012, p. 8).

Nas palavras de Schmitt (2012, p. 20), "o Estado é a lei; a lei é o Estado (*der Staat ist Gesetz, das Gesetz ist der Staat*)". A partir dessa equivalência, é possível ao indivíduo se submeter ao "domínio da lei (*Herrschaft des Gesetzes*) em nome da liberdade" (SCHMITT, 2012, p. 21). Assim, a legalidade, no Estado de direito, tem por função tornar supérflua e negar a legitimidade e autoridade de todo poder público fundado em si mesmo (SCHMITT, 2012, p. 13).

Para alcançar a "impessoalidade do poder", o Estado de direito depende de "duas premissas cruciais". Em primeiro lugar, os tipos mais importantes de poder devem estar concentrados no governo. É essencial que o governo se mantenha "acima ou fora do sistema de categorias sociais". Essa independência em relação à sociedade pode ser obtida por um monarca que se projeta acima dos interesses partidários ou pela seleção democrática (UNGER, 1977, pp. 178-9).

Depois, temos a ideia de que o poder pode ser efetivamente contido por normas, seja para estabelecer limites à administração ou servir de opção na jurisdição. Segundo Unger (1977, p. 179):

> A generalidade das regras e a uniformização de sua aplicação garante que aqueles que, ao contrário do legislador, exercem o poder sobre indivíduos em particular tenham dificuldade em usar suas posições para o proveito pessoal. Ainda mais importante, o cidadão privado não precisa sentir a sua relação com

[87] Unger (1977, p. 174) contesta a visão idílica de uma sociedade formada por indivíduos de força relativamente igual e interesses conflitantes, em que nenhum desses indivíduos era suficientemente forte para impor sua vontade aos seus semelhantes. Citando Marx, ele destaca que a sociedade é muito mais uma associação de grupos do que de indivíduos. Entre grupos, sejam classes, sejam organizações, existe disparidade de poder, o que permite a imposição de uma ordem social.

> o administrador ou com o juiz como uma dependência pessoal, porque a lei cria um para-choque ele e estes últimos.

Todavia, essas duas premissas se mostram, em grande parte, fictícias. Afinal, é de fato contestável que todo poder na sociedade liberal esteja concentrado no governo; a família, o local de trabalho e o mercado, por exemplo, seguem exercendo profunda influência no indivíduo. Nesses campos, mesmo com a adoção de mecanismos de democracia política, o compromisso com a igualdade formal não consegue desfazer as hierarquias, que mantêm a estratificação social (UNGER, 1977, p. 179).

Além disso, não resta evidente que normas possam tornar impessoal e imparcial o exercício do poder. Unger (1977, p. 180) cita o exemplo da legislação, que nunca pode ser considerada verdadeiramente neutra[88]. Igualmente, não há como afastar as preferências pessoais do administrador na medida em que não se pode definir um método unívoco para definir o significado dessas regras. O mesmo acontece no exercício da jurisdição, que não está imunizado dos caprichos pessoais dos magistrados[89].

O Estado de direito é a resposta mais enfática do liberalismo para os problemas do poder e da liberdade (UNGER, 1977, p. 239). No entanto, as suas premissas ideais são constantemente colocadas em xeque pela própria realidade da vida na sociedade liberal[90]. O Estado, que supostamente deveria servir como agente neutro no conflito, está "sempre envolvido nos antagonismos dos interesses privados e transformado em instrumento de uma ou outra facção" (UNGER, 1977, p. 181).

Não obstante, os mesmos fatores que motivam o fracasso da Estado de direito, quais sejam, a ausência de estratificação social e desintegração do consenso, servem de inspiração para a consolidação desse ideal. Como aponta Unger (1977, p. 181):

> [...] ao buscar disciplinar e justificar o exercício do poder, os homens estão condenados a perseguir um objetivo que eles estão proibidos de alcançar. E

[88] Unger (1977, p. 180) menciona duas razões para não haver nenhum método verdadeiramente neutro de legislação. Em primeiro lugar, todo método pressupõe que existem certas opções mais prováveis que outras, sem que se possa definir "onde reside seu preconceito em determinado assunto". Depois, todo sistema de legislação implica sempre determinados valores, que impõem como o poder deve ser distribuído na sociedade e como os conflitos devem ser resolvidos.

[89] Partindo-se da presunção de que "as palavras carecem de sentido auto-evidente" e, por conta disso, são determinadas pelo propósito e pelo contexto, e em sendo impossível acessar completamente a intenção do legislador, não parece ser possível a existência de um método de julgamento verdadeiramente imparcial. A precariedade do consenso na sociedade liberal impossibilita que o magistrado encontre "um conjunto estável e autorizativo de significados e valores que possam basear sua interpretação da lei". Nesses termos, cada caso deverá ser decidido atribuindo prioridade a um "dos conjuntos opostos de crenças de uma dada sociedade" (UNGER, 1977, p. 180).

[90] Noutro trecho, Unger (1977, p. 264) afirma que o "liberalismo é a forma de vida social que mais depende de regras impessoais e, no entanto, a menos capaz de elaborá-las e aplicá-las".

> esse desapontamento contínuo acentua ainda mais o abismo entre a visão ideal e a experiência da realidade.

Nesse tópico, objetivamos demonstrar que o que compreendemos atualmente como Estado de direito não é produto da mente elevada e da virtude humana, mas resultado concreto de lutas sociais e de um determinado desenvolvimento histórico. Nessa medida, temos que considerar que não se trata de um ideal universal e ahistórico, que pode se aplicar indistintamente em qualquer tempo e em qualquer situação social.

Na realidade, a contemporaneidade tem demonstrado que grande parte das premissas que sustentavam esse modelo estatal estão em xeque. Cada vez menos encontramos unanimidade acerca da validade universal de ideias como separação de poderes, democracia representativa e legalidade. O objetivo do próximo tópico, portanto, é demonstrar a crise contemporânea do Estado de direito.

2.3 SINAIS DA DECADÊNCIA POLÍTICA DO ESTADO DE DIREITO[91]

A partir do que afirmamos no tópico anterior, podemos destacar que o Estado de direito corresponde a uma instituição política que é resultado de determinadas condições históricas e sociais. Segundo Huntington (1973, p. 12), a institucionalização "é o processo pelo qual organização e procedimentos adquirem valor e estabilidade". O nível de institucionalização de um sistema político depende da adaptabilidade, complexidade, autonomia e coerência dessas organizações e procedimentos.

As instituições são criadas para satisfazer determinadas necessidades sociais[92]. O Estado, por exemplo, concentra o poder para permitir que a comunidade possa garantir o cumprimento da lei, manter a paz e a segurança pública, interna e externa, além prover os bens públicos necessários. O Estado de direito, por sua vez, força na direção oposta: restringe o poder estatal e garante que ele seja usado de maneira controlada e consensual (FUKUYAMA, 2018, p. 31).

Ao mesmo que se desenvolvem com o tempo, as instituições políticas também estão universalmente sujeitas a um processo de decadência. Segundo Fukuyama (2018, p. 462), a decadência política é uma condição para o desenvolvimento político: "o antigo tinha que entrar em colapso para dar lugar ao novo". A sua origem pode ser a própria

[91] Esse tópico possui trechos que foram adaptados de OLIVEIRA; CONTI, 2022.

[92] Segundo Huntignton (1973, p. 11), "historicamente, as instituições políticas surgem da interação e dos desacordos entre forças sociais e do desenvolvimento gradual de procedimentos e mecanismos organizacionais para resolver esses desacordos".

democracia, que altera as circunstâncias políticas ao permitir a ascensão de novos grupos sociais, com suas exigências específicas.

Mencionamos anteriormente que o Estado de direito liberal se apoia em dois princípios: um princípio de repartição (*Verteilungsprinzip*) e outro de organização (*Organisationsprinzip*). O primeiro corresponde ao reconhecimento de direitos individuais protegidos da ação estatal e o segundo a uma exigência de divisão entre as funções estatais. É hora de nos aprofundarmos um pouco mais no estudo desses princípios.

Os direitos fundamentais, na visão de Schmitt (1970, p. 158), correspondem a direitos de liberdade[93]. Significam, sobretudo, que "a esfera de liberdade do indivíduo é *ilimitada* a princípio, enquanto as faculdades do Estado são *limitadas* por princípio". O indivíduo, enquanto tal, é portador de um valor absoluto, sua liberdade, que pode ser constantemente oposta ao Estado, que é limitado em cada um de seus poderes e controlado pelos particulares.

Os direitos fundamentais, então, constituem uma cláusula de delimitação do político e do Estado; eles têm, conforme já destacamos, uma natureza supra política. São predicados de um indivíduo livre por si mesmo, isolado e independentes de qualquer vinculação a uma instituição política. Seu conteúdo não resulta da lei, sendo excepcional a ingerência legislativa (SCHMITT, 1970, p. 166 e p. 174).

Assim, toda intervenção do Estado na vida privada só se justifica se for mensurável e controlável. O objetivo da ideia de Estado de direito é "capturar todas as possibilidades de ação estatal em um sistema de normas, limitando o Estado" (SCHMITT, 1970, p. 150). Por essa razão, "costuma-se dizer que o significado jurídico-positivo dos direitos fundamentais é que eles estabelecem o princípio da 'legalidade da administração'" (SCHMITT, 1970, p. 176).

---

[93] Schmitt (1970, pp. 164-9) classifica os direitos fundamentais em 1) direitos de liberdade individuais; 2) direitos democráticos e 3) direitos socialistas. Os direitos democráticos, ao contrário dos direitos individuais, não pressupõem um indivíduo livre, "em uma situação extraestatal de 'liberdade' (*außerstaatlichen Zustand der Freiheit*)". Pelo contrário, são direitos que pertencem ao cidadão que vive no Estado (*im Staate lebenden Staatsbürger*), ao *citoyen*". Desse modo, não correspondem a "genuínos direitos fundamentais (*echten Grundrechte nicht entsprechen*)", uma vez que não partem da distinção entre indivíduo e Estado. O mesmo acontece com os "direitos socialistas (*sozialistischen Rechte*), que dependem de "prestações positivas do Estado (*positive Leistungen des Staates*)", de modo que presumem um aparato estatal ao qual o indivíduo titular de do direito se encontra incorporado. Nas palavras de Zolo (2006, p. 42), esses direitos "permanecem substancialmente estranhos à lógica funcional do Estado de direito". Portanto, para Schmitt, apenas o primeiro grupo de direitos (i.e., o de liberdades individuais) pode ser considerado como "direitos fundamentais em sentido próprio (*Grundrechte im eigentlichen Sinne*)".

Para interferir na liberdade individual, é essencial que a lei atenda a determinados predicados, já citados anteriormente[94]: uma norma geral aprovada mediante um determinado procedimento pelo órgão legislativo competente. Mais ainda, é preciso que haja uma "separação entre a lei a aplicação da lei, entre o Legislativo e o Executivo" (SCHMITT, 2012, p. 8).

É justamente nesse ponto que reside o segundo princípio do Estado de direito: a separação de poderes. Para Waldron (2016, p. 45), esse princípio "aconselha uma separação qualitativa das diferentes funções de governo – por exemplo, legislação, jurisdição e administração executiva". Mas o que é a separação de poderes em sua essência?

Como adverte Vile (1998, p. 2), "a doutrina da separação de poderes' não é um conjunto de conceitos simples, imediatamente reconhecíveis e desprovidos de ambiguidade". Uma concepção meramente funcional do princípio é inadequada para descrever e explicar sua importância, daí a necessidade de estabelecer uma teoria "pura" separação de poderes (VILE, 1998, p. 14). Segundo Vile (1998, p. 14), uma "doutrina pura" da separação entre os poderes pode ser descrita da seguinte forma:

> É essencial para o estabelecimento e manutenção da Liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, a legislatura, o executivo e o judiciário. Para cada um destes três ramos há uma função identificável de governo correspondente: legislativa, executiva ou jurisdicional. Cada ramo deve estar confiando ao exercício de sua função própria e não lhe é permitido invadir as funções dos demais ramos. Além disso, as pessoas que compõem estes três órgãos de governo devem ser mantidas separadas e distinguidas, sem que a nenhum indivíduo seja permitido ser, ao mesmo tempo, membro de mais de um destes ramos. Desta forma, cada ramo será controlado pelos outros e nenhum grupo de pessoas poderá controlar o aparato estatal.

Ainda que se possa argumentar que essa fórmula não corresponde exatamente a nenhum sistema político existente, é possível tomá-la como um tipo ideal[95], a partir do

---

[94] Vide a parte final do primeiro tópico desse capítulo.

[95] Segundo Weber (2003, pp. 107 e 109), "obtém-se um tipo ideal mediante a *acentuação* unilateral de *um ou vários* pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos *isoladamente* dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo *de pensamento*. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma *utopia*. A atividade *historiográfica* defronta-se com a tarefa de determinar, em cada *caso particular*, a proximidade ou afastamento entre a realidade e o quadro ideal [...]. Trata-se de um quadro de pensamento, e *não* da realidade histórica, e muito menos da realidade 'autêntica', e não serve de esquema no qual se pudesse incluir a realidade à maneira de *exemplar*. Tem antes o significado de um conceito limite puramente ideal, em relação ao qual se *mede* a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e o com o qual esta é comparada" [Grifos no original]. Essa visão é corroborada por Vile (1998, p. 93), que, ao dissertar sobre Montesquieu,

qual se pode observar seu desenvolvimento histórico[96]. Se a doutrina pode ser rastreada nas obras de Locke (ou mesmo antes), seu principal divulgador foi Montesquieu[97], que no século XVII escreveu:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.
> Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último de poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado[98] (MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-8).

Estas diferentes funções devem ser atribuídas a pessoas ou grupos distintos, porque "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes" (MONTESQUIEU, 1996, p. 168). Na visão do pensador francês, o judiciário é "de alguma forma, nulo", de modo que ele foca essencialmente na distinção entre legislativo e executivo (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

Assim, o poder executivo "deve estar entre as mãos de um monarca", porque é a parte do governo que "precisa quase sempre de uma ação instantânea". Por sua vez, o

---

afirma que o pensador francês "estava criando um tipo ideal de 'constituição da liberdade', tendo a Inglaterra como fonte, mas não estava *descrevendo* a Constituição inglesa tal como ela realmente existia".

[96] É justamente este conceito que permite que Vile descarte a teoria política de Aristóteles como um exemplo precoce de "separação de poderes", como tradicionalmente faz grande parte dos constitucionalistas brasileiros. É que o filósofo grego, seguindo o princípio norteador da constituição ateniense, admitia que as diferentes funções (guerra, justiça e deliberação) do governo fossem atribuídas a uma mesma pessoa ou grupo de pessoas. O mesmo raciocínio é elaborado por Loewenstein (1979, p. 57): "Nada permite deduzir que Aristóteles observasse empiricamente ou deduzisse teoricamente a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas. E justamente neste ponto se encontra a importância ideológica da doutrina da separação de poderes do liberalismo constitucional da primeira época".

[97] Vile (1998, p. 83) argumenta que "Montesquieu não inventou a doutrina da separação de poderes, e que muito do que do que ele escreveu no Livro XI, Capítulo 6, do *De l'Esprit des Lois* foi tomado de autores ingleses contemporâneos e de John Locke".

[98] É possível perceber uma certa vacilação na definição de Montesquieu. Num primeiro momento, ele divide o poder executivo em dois: um responsável pelos assuntos estrangeiros e outro pelos assuntos internos. Seriam esses dois que, em conjunto com o legislativo, formariam os três poderes mencionados no início do texto. Logo em seguida, no entanto, Montesquieu se refere ao executivo como o poder cuja competência exclusiva reside nas relações internacionais, sem qualquer conotação interna. O judiciário agora aparece como o terceiro poder, responsável por punir os crimes ou resolver as contendas entre particulares. Só mais adiante Montesquieu estabelece que os três poderes são "o de fazer as leis, os de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares" (MONTESQUIEU, 1996, p. 168). Segundo Vile (1998, pp. 95-6), essa confusão conceitual obscurece um problema básico na definição tríplice das funções governamentais: ao unir, em um mesmo poder, a atuação nos assuntos internos, geralmente pautada pela lei, à atuação nos assuntos internacionais, em que não há regras pautando a ação do governante, implica em ocultar que existem grandes áreas da atividade estatal que são exercidas com ampla discricionariedade.

poder legislativo deve ser confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que representa o povo, sendo que as suas deliberações, opiniões e interesses deverão ser mantidas separadas (MONTESQUIEU, 1996, p. 172). A cada um desses poderes não caberia apenas exercer suas funções, mas também contrabalancear os demais. Nas palavras de Montesquieu (1996, p. 176):

> Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente[99].

A distinção, portanto, não teria apenas por objetivo efetuar a separação entre os poderes, fazendo surgir uma série de atividades estatais isoladas, mas principalmente produzir um equilíbrio entre eles (SCHMITT, 1970, pp. 183-4). Essa seria então a condição *sine qua non* da liberdade política, de modo que a sua ausência levaria indubitavelmente ao despotismo[100].

É justamente este medo do despotismo que levaria Madison a defender com entusiasmo as ideias de Montesquieu no debate que precedeu a promulgação da Constituição norte-americana. Na visão de Madison (2003, pp. 331-2), o "acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos [...] pode ser considerado a própria definição de tirania".

Tal com seu "oráculo" Montesquieu, Madison via na separação de poderes e no seu sistema de freios e contrapesos uma forma de conter o arbítrio político. Para ele, apenas se "os poderes sejam vinculados e misturados o suficiente para que cada um tenha controle constitucional sobre os outros, [...] um governo livre poderá ser devidamente mantido na prática" (MADISON *et al*, 2003, p. 338).

---

[99] Curiosamente, em sua obra Vile (1998, p. 91) observa que, logo em seguida, Montesquieu faz referência a "estes três poderes" não com relação ao legislativo, executivo e judiciário, mas ao sistema de governo misto inglês, formado pelo rei, os lordes e os comuns, sem participação do judiciário. Apesar de reconhecer a sua independência, Montesquieu não dava ao poder judiciário o mesmo *status* dos demais ramos; ele sequer admite que ele seja exercido por juízes profissionais, mas "por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, de maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer" (MONTESQUIEU, 1996, p. 169).

[100] O autor francês salienta que "na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde estes poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um horrível despotismo" (MONTESQUIEU, 1996, p. 168). Waldron (2016, p. 60) aponta que os argumentos de Montesquieu sobre esse ponto não passam de tautologias, incapazes de explicar em detalhes porque a separação de poderes é necessária para a liberdade: "em outras palavras, a falha na separação de poderes conduz à arbitrariedade por causa de... uma falha em separar os poderes".

Por conta da influência de Madison, o princípio foi incluído na Constituição norte-americana de 1787. Posteriormente, depois da Revolução Francesa, passou a integrar também a Constituição de 1791. Aqui, ao contrário de sua contraparte norte-americana, não se estabeleceu uma separação absoluta entre os poderes, mas sim "um sistema recíproco de freios e vinculações", mais próxima do pensamento europeu desde o século XVI (SCHMITT, 1970, p. 185).

Schmitt (2017, p. 52) destaca que, para o liberalismo político, "uma constituição é idêntica à separação de poderes (*eine Verfassung identisch ist mit Gewaltenteilung*)". Ou seja, o constitucionalismo somente poderá triunfar lá onde as funções do Estado são mantidas em separado, balanceando-se entre si. Esse equilíbrio visa, sobretudo, a compensar o predomínio do legislativo:

> O esquema de um contrapeso dos poderes distinguidos, ou, inclusive, separados, conduz a intervenções e influências recíprocas, com as quais se compensam as faculdades contrapostas, levando-as a um equilíbrio. Todo fortalecimento de uma parte deve ser contrabalanceado pela demais, e, assim, nenhuma das partes romperá o equilíbrio. No Estado de direito se busca com esse sistema compensar o predomínio do corpo legislativo, do parlamento. Isso porque, por consequência do império da lei (*Herrschaft des Gesetzes*), o corpo legislativo, ainda que mantido o conceito formal de lei típico do Estado de direito, tem um predomínio natural (SCHMITT, 1970, p. 196).

Kosar *et al* (2019) apontam que a lógica da separação de poderes se apoia em quatro componentes: separação de instituições, separação de funções, separação de pessoas e o sistema de pesos e contrapesos. A separação de instituições exige que nenhuma pessoa ou grupo possua uma quantidade muito grande de poder; a de funções, recomenda que cada função deve ser confiada a apenas um ramo de governo (judiciário, executivo ou legislativo)[101].

Por sua vez, a separação de pessoas implica na ideia de que nenhuma pessoa deve ocupar, ao mesmo tempo, mais de um dos ramos do governo. Já o sistema de pesos e contrapesos significa reconhecer um conjunto de "espadas e escudos" para cada um dos poderes:

> *Espadas* são sanções ou ameaças que uma instituição pode usar ativamente contra as demais de modo a induzi-las a agir (ou não agir) de certo modo. [...] Em contraste, *escudos* [...] são 'imunidades que servem para proteger instituições ou agentes dessas instituições de ataques injustificados de outros poderes (KOSAR *et al*, 2019, p. 434).

[101] Os autores consideram que é intuitivamente plausível que se queira encarregar o legislativo da tarefa de criar leis, o executivo de aplica-las e que as cortes julguem (KOSAR *et al*, 2019, p. 432).

Essas características do liberalismo foram abaladas pela transformação da estrutura social determinada pela ampliação da forma democrática de governo. Como observa Schmitt (2017, p. 30), em meados do século XIX, ocorreu "o triunfo da democracia". Assim, enquanto o liberalismo se esforçava em ocultar os interesses de classe a partir da evocação de uma suposta neutralidade da lei, a democracia de massas exige o reconhecimento do conflito de classe (NEUMANN, 2013, p. 439).

Neste quadro, observa-se uma "democratização fundamental de toda sociedade", onde grande parte da população, antes excluída pela elite dominante, passa a ter o poder de formular suas demandas (NEUMANN, 2013, p. 443). Esse processo de inclusão política implica numa transformação da forma estatal, que entra em contradição frontal com os princípios do Estado de direito.

Essa contradição é exposta por Schmitt (1970, p. 169) a partir de sua análise dos direitos sociais na Constituição de Weimar. Para ele, esses direitos expressam lógicas econômicas e jurídicas distintas dos direitos fundamentais liberais. Eles se caracterizam por reivindicações dos indivíduos, reinvindicações que exigem prestações positivas do Estado, e não limites à sua atuação.

Nessa perspectiva, o Estado, para atender a essas exigências, deve intervir na esfera estabelecida pelos direitos de liberdade individuais. Assim, enquanto os direitos fundamentais clássicos estabelecem um conceito restritivo e especialmente negativo da lei, esse novo conjunto de direitos pressupõe uma atuação positiva da lei para sua realização[102] (KERVÉGAN, 2005, p. 54).

Como aponta Neumann (2013, p. 443), o parlamento deixa de corresponder ao espaço da deliberação e passa a representar o espaço onde os compromissos entre os integrantes da luta de classes são estabelecidos. Os partidos atualmente correspondem a "grupos e poder social ou econômico, que calculam os interesses mútuos e possibilidades de poder" (SCHMITT, 2017, p. 11), o que transforma o caráter do Estado.

Com a necessidade de intervenção cada vez maior do Estado na esfera econômica para atender as demandas dos novos grupos políticos, a distinção entre Estado

[102] Essa contradição é aparente também na obra de um discípulo de Schmitt, Forsthoff (1973, pp. 45-6), para quem existe uma oposição entre o Estado de direito, que visa a liberdade, e o Estado social, que tem por objetivo a participação: "Liberdade e participação são hoje os conceitos cardinais que determinam a relação do indivíduo com o Estado. Cada um deles determina a relação com as funções do Estado, que são muito diversas entre si, até mesmo conflitantes. A liberdade, assegurada mediante delimitações, abandona o indivíduo em sua situação social, em um estado de liberdade que permite que se mantenha o *status quo*. A participação, enquanto direito e reivindicação, implica em um Estado prestador de serviços, que atribui, distribui, divide, que não abandona o indivíduo em sua situação social, mas que o ajuda com concessões".

e sociedade se esvai por inteiro (SCHMITT, 1931, pp. 78-9). A partir disto, Schmitt (1931, p. 81) argumenta:

> Em qualquer Estado moderno, a relação do Estado com a economia compõe o verdadeiro objeto das questões de política interna imediatamente atuais. Elas não mais podem ser resolvidas com o antigo princípio liberal da não-interferência, da absoluta *não-intervenção*. [...] Em tal situação, a exigência por uma não-intervenção torna-se uma utopia, até mesmo uma autocontradição, pois a não-intervenção significaria deixar o caminho livre, nos antagonismos e conflitos econômicos que hoje não são combatidos com meios puramente econômicos, aos vários grupos de poder. A não-intervenção, em tal situação, nada mais é do que intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro [...].

Numa democracia de massa, todos os problemas são potencialmente políticos, o que significa que a atividade estatal se estende "até esferas que normalmente se encontravam fora de seu campo de ação" (FERREIRA, 2004, p. 222). Deste modo, o Estado de direito liberal está em franca contradição com a realidade concreta e com os imperativos básicos da política contemporânea (SCHEUERMAN, 1994, p. 71).

Utilizando a tipologia proposta por Schmitt, podemos afirmar que o Estado que exsurge com o declínio do Estado legiferante é o Estado administrativo[103] (*Verwaltungsstaat*). Aqui, a administração, o Executivo, passa a ser o centro da atividade estatal, "o ponto essencial da vontade política decisiva". É necessário opor a legitimidade autônoma do poder administrativo à crise de legalidade do Estado legiferante (BERCOVICI, 2004, p. 95).

Ainda que a primazia da lei tenha formalmente permanecido em vigor, atualmente é o aparelho administrativo que é de fato dotado do controle da ação pública. Fukuyama (2018, p. 472) cita o exemplo norte-americano, onde a cultura política foi fundada na falta de confiança na autoridade executivo, o que provocava a exigência por mais controles legais sobre o governo, reduzindo sua qualidade e eficácia. Apenas em

[103] Como observa Franco de Sá (2012, p. 189), não há propriamente uma substituição do Estado legiferante pelo Estado administrativo, mas sua conservação, de forma transformada. A impossibilidade de uma decisão acerca da unidade política em um Estado legiferante (neutro) conduz ao pluralismo e, por conseguinte, à "transformação do Estado [...] numa instância social entre as outras, apropriada por grupos sociais e por interesses económicos que se procuram impor socialmente através dessa mesma apropriação" (FRANCO DE SÁ, 2012, p. 194). Assim, a expansão do Estado não é sinal de sua força, mas de sua fraqueza. Aliás, desse ponto decorria a distinção efetuada por Schmitt entre Estado total quantitativo e qualitativo. O Estado total quantitativo é típico de um sistema pluralista, já que se torna "total" não pela força (*aus Stärke*), mas pela fraqueza (*aus Schwäche*), já que os partidos políticos inviabilizam a tomada de decisões (SCHMITT, 2012, p. 89). Ao contrário desse, o Estado qualitativo (*total im Sinne der Qualität und der Energie*) mantém a unidade política do povo, efetuando a distinção necessária entre amigo e inimigo (SCHMITT, 2003b, pp. 360-1).

meados do século XX, tribunais mais complacentes permitiram o surgimento de um Estado administrativo ao estilo europeu.

Fukuyama (2018, p. 504) considera que o sistema Madison de controle, com seus pesos e contrapesos, representou um obstáculo para o início do Estado de bem-estar social nos Estados Unidos e impediu que ele alcançasse o nível dos seus equivalentes europeus. Mesmo durante os anos de 1960 e 1970, com a expansão da regulação por diversas áreas envolvendo direitos do consumidor e meio ambiente, o Congresso hesitava em delegar poderes à Administração, preferindo "transferi aos tribunais a responsabilidade pelo monitoramento e cumprimento das leis" (FUKUYAMA, 2018, p. 473).

Para Posner e Vermeule (2010, p. 18), esse sistema colapsou, não apenas porque é imperfeito, como são imperfeitos todos os ideais regulatórios, mas porque ele "nem mesmo se aproxima do terreno político que pretende cobrir". Os autores destacam que a atual preponderância do Executivo se justifica por sua disposição em "reagir com rapidez e força suficiente", mesmo diante das instabilidades do ambiente político[104] (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 33).

Esta disposição transparece ainda com mais clareza diante de situações de crise. Citando Scheuerman, Posner e Vermeule (2010, p. 33) afirmam que:

> [...] instituições legislativas liberais, tais como parlamentos e tribunais, estruturam e aplicam normas gerais que são essencialmente 'voltadas para o passado', enquanto que 'os ditames do moderno intervencionismo político exigem um sistema legal direcionado ao presente e futuro de cenários econômicos complexos e em constante mudança.

O legislador não pode dar conta das numerosas tarefas de que se incumbe o Estado, seja por causa do poder da administração em definir as condições de aplicação da lei, seja pela sua estabilidade em face da precariedade das maiorias parlamentares (KERVÉGAN, 2005, p. 99). A administração gozaria não só de maior capacidade, mas também de maior legitimidade para agir, especialmente em situações de crises (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 5).

Deste modo, "o Poder Executivo governa, sujeito a constrangimentos legais que são instáveis em tempos normais e fracos ou inexistentes em tempos de crise" (POSNER;

[104] Schmitt (2003a, p. 407), em uma conferência sobre a ciência jurídica europeia, destacou que o processo legislativo, no século XX, tornava-se "mais simplificado e veloz". Por conta disso, os órgãos legislativos delegavam competências cada vez maiores para que as autoridades administrativas editassem decretos com força de lei. A tendência, segundo Schmitt, é a "lei motorizada ("*motorisierte Gesetz*"), onde a legislação é reduzida a instrumento de planejamento e o ato administrativo em ato diretivo, por conta da necessidade de organização do mercado e controle estatal da economia.

VERMEULE, 2010, p. 4). Segundo os autores, sua tese pode ser demonstrada pelos acontecimentos que se seguiram aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e à crise econômica de setembro de 2008 (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 34).

Em ambos os casos, diante da exigência de ação imediata, o Executivo reagiu incialmente adaptando antigas legislações às novas circunstâncias[105] (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 44). Posteriormente, o Legislativo redigiu e aprovou novas leis, delegando amplos poderes para as autoridades executivas escolherem novas políticas para gerenciar a crise[106] (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 51).

No início da crise gerada pelos ataques terroristas, o Judiciário se manteve "visivelmente silencioso", com a Suprema Corte se recusando a analisar casos envolvendo deportações. Somente depois do declínio da credibilidade da Administração Bush os magistrados voltaram a se reafirmar, mas dentro dos limites pragmáticos do imperativo da segurança nacional[107] (POSNER; VERMEULE, 2010, pp. 35-6).

As situações de crise demonstram que o modelo madisoniano[108] de separação de poderes não é mais capaz de exercer o controle do Executivo em um Estado administrativo. A mesma constatação pode ser feita para os tempos de normalidade: o alcance da responsabilidade do Executivo é tão amplo que falta aos demais ramos do governo capacidade para monitorá-lo (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 19).

---

[105] Assim, para socorrer a AIG, o governo federal norte-americano se valeu de uma antiga lei de 1932 que, embora autorizasse "empréstimos", não autorizava o governo a adquirir empresas privadas. Deste modo, a Administração então estruturou a aquisição na forma de um empréstimo. Depois do 11 de setembro, a Administração Bush tentou drenar os recursos da *Al Quaeda* usando uma lei de 1977, o *International Emergency Economic Powers Act*, cujo propósito original era limitar os poderes presidenciais de confiscar propriedades em épocas de crises (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 44).

[106] Os autores enfatizam, ao analisar as legislações aprovadas pelo Congresso norte-americano durante as crises mencionadas, que o padrão foi: "o Executivo pedia para avançar três passos adiante; o Congresso o empurrava um pouco para trás, mas não tinha escolha senão deixar avançar dois passos" (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 45).

[107] Analisando estudos sobre a impetração de *habeas corpus* por detentos em Guantánamo, Posner e Vermeule (2010, pp. 36-7) concluíram que menos de 4% das liberações de prisioneiros decorreram de decisões judiciais e mesmo nestes casos o Judiciário, com duas exceções, não determinou a soltura imediata, exortando que o governo negociasse com nações estrangeiras dispostas a receber os prisioneiros.

[108] Por modelo, ou visão, madisoniano os autores querem designar a crença, insculpida nas instituições liberais, de que é possível controlar o Poder Executivo e impedir a concentração de poderes em suas mãos através do controle mútuo exercido pelos demais ramos do governo (i.e., Legislativo e Judiciário). Este modelo é teoricamente inspirado pelo pensamento econômico clássico, que defende que os indivíduos, ao promoverem seus próprios interesses, acabarão por incentivar uma competição/concorrência que gera benefícios para todos. Segundo Posner e Vermeule (2010, pp. 19-20), "o controle mútuo entre as instituições surge porque os interesses e ambições individuais dos agentes administrativos dá a eles incentivos para promover o poder das instituições que eles ocupam, [...] quando isso ocorre, as instituições vão empreender um processo de competição política, de modo que 'ambição irá neutralizar ambição'".

Apesar da pretensão legal de regular em todos os aspectos a ação executiva, é inevitável que surjam uma série de buracos negros ou cinzentos na legislação[109] (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 89). Tratam-se de espaços que, explicita ou implicitamente, isentam a Administração de qualquer tipo de controle, espaços de exceção que são inevitáveis no Direito Administrativo (POSNER; VERMEULE, 2010, pp. 91-2).

A existência destas lacunas não decorre de problemas lógicos, mas sim de capacidades institucionais (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 105). Por capacidades institucionais se quer designar a ideia de que toda decisão "deve levar a sério as capacidades reais de tomadores de decisão e os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma certa postura decisória" (LEAL; ARGUELHES, 2016, p. 197).

Daí porque, no Estado administrativo, é possível perceber uma "degeneração do conceito de lei", já que não mais se pode diferenciar a lei da medida (SCHMITT, 2012, p. 77). Afinal, o modo de ação típico da administração é "a medida (*Massnahme*) motivada apenas pela preocupação 'técnica' de eficácia e de oportunidade material" (KERVÉGAN, 2005, p. 97). Nas palavras de Schmitt (2012, p. 13):

> O Estado administrativo (*Der Verwaltungsstaat*) pode recorrer à necessidade objetiva, à situação do objeto, ao imperativo das circunstâncias, à urgência da época e a outras justificativas não determinadas pela norma, mas pela situação dada. Analogamente, ele encontra seu princípio de existência na conveniência, na utilidade e, ao contrário da conformidade normativa do Estado legiferante baseado em normatizações, na pertinência de suas medidas, disposições e ordens. Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo veem uma qualidade especial na ordem concreta, exequível sem maiores delongas ou a ser respeitada. [...] [Ambos] reconhecem, no decisionismo da disposição imediatamente exequível, um valor jurídico positivo em si mesmo.

Leis com conteúdo especializado e a delegação legislativa para órgãos administrativos passam a ser imperativos quando não existe mais distinção entre Estado e sociedade. A generalidade da lei, fundamento do Estado de direito liberal, tornou-se

---

[109] Como exemplo de um buraco negro, Posner e Vermeule (2010, p. 94) destacam as decisões da Suprema Corte que entenderam pela inaplicabilidade do APA (*Administrative Procedure Act*), lei que regula a Administração Pública Federal nos EUA, ao Presidente da República, por entender que a presidência não se enquadra na definição de "agência" prevista no § 551 da lei. Assim, buracos negros são aquelas situações em que o legislador deliberadamente optou por deixar fora do enfoque da legislação, afastando a revisão do ato ou agência por outros poderes. Os buracos cinzentos são ainda mais censuráveis na visão dos liberais: são disposições que só aparentemente restringem a ação executiva, porque carecem de qualquer proteção substantiva (POSNER; VERMEULE, p.89). Um exemplo citado pelos autores é a possibilidade da Administração dispensar a participação pública na atividade reguladora das agências, com base na "justa causa", sempre que ela "for impraticável, desnecessária ou contrária ao interesse público" (5 US Code § 553). A interpretação dada pelas cortes para a expressão reduziu sua incidência a tal ponto que ela se tornou tão vaga quanto os administradores acharem necessário (POSNER; VERMEULE, 2010, pp.99-101).

obsoleta e a ideia de separação de poderes já não faz mais qualquer sentido (SCHEUERMAN, 1994, p. 75).

A administração não está mais sujeita a aplicação passiva de normas gerais. Seus agentes são dotados de cada vez mais discricionariedade para agir em casos específicos, visando determinadas finalidades. Assim, a distinção entre "as atividades legislativa e administrativa é necessariamente desprovida de qualquer justificativa real em nossa época" (SCHEUERMAN, 1994, p. 76).

Como aponta Vile (1998, p. 400), no Estado administrativo, o executivo é responsável não apenas com a implementação de políticas públicas, mas também com sua elaboração, papel que tradicionalmente cabia ao legislativo[110]. Esse, por sua vez, adquire um papel cada vez mais subalterno, perdendo o protagonismo inclusive em sua função fiscalizadora, cada vez mais sob responsabilidade do judiciário (VILE, 1998, p. 401).

Ao mesmo tempo, há um declínio do caráter racional do direito pela incorporação de cláusulas gerais e princípios jurídicos, que exigem o desenvolvimento de um raciocínio teleológico por parte do aplicador[111] (UNGER, 1977, p. 194). Ao buscar ideais substantivos de justiça, essas normas ampliam o espaço de atuação do magistrado, borrando a distinção entre aplicação e a criação de normas jurídicas.

Para Weber (2015a, p. 146), o capitalismo moderno obriga que o direito atenda às exigências de calculabilidade e previsibilidade para tornar possível as trocas econômicas. A norma jurídica, portanto, deve ser elaborada por meio de disposições que prevejam, abstrata e antecipadamente, suas respectivas consequências. Nessas hipóteses, o juiz não deveria ser nada além de um "autômato jurídico, limitado à interpretação de parágrafos e contratos".

---

[110] O autor chega a afirmar que o termo "executivo" já não é mais adequado para rotular a atividade desempenhada por esse poder, propondo que se use, em seu lugar, a expressão "ramo político" (*policy branch*). Teríamos então atualmente quatro, e não três funções de governo: legislação; jurisdição; administração e uma função discricionária. As duas últimas deveriam ser separadas dado o grau cada vez maior de autonomia de que goza a burocracia estatal. Essas funções, no entanto, não podem ser alocadas exclusivamente nos diferentes ramos do governo, o que dificulta o controle de sua atuação com base na tese da separação entre poderes (VILE, 1998, p. 399-402).

[111] Esse fenômeno já era descrito por Weber (2015a, p. 146) no início do século XX: "[...] a aplicação de conceitos como 'exploração do estado de necessidade' (na lei sobre usura) ou as tentativas de tratar como contrários aos bons costumes, e portanto nulos, contratos que incluem contraprestações desmesuradas, baseiam-se, em princípio, do ponto de vista jurídico, em normas antiformais que não têm caráter jurídico, convencional ou tradicional, mas sim puramente ético, pretendendo justiça material em vez de legalidade formal".

Weber sustentava que o direito poderia ser (1) formalmente ou (2) materialmente *irracional*, ou então (3) formalmente ou (4) materialmente *racional*. Para Weber (2015a, pp. 12-3):

> A criação e aplicação do direito podem ser racionais ou irracionais. São formalmente irracionais quando, para a regulamentação da criação do direito e dos problemas de aplicação do direito, são empregados meios que não podem ser racionalmente controlados – por exemplo, a consulta a oráculos ou a sucedâneos destes. Eles são materialmente irracionais, na medida em que a decisão é determinada por avaliações totalmente concretas de cada caso, sejam estas de natureza ética emocional ou política, em vez de depender de normas gerais.

O direito será racionalmente formal, por sua vez, quando "se limita a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas dos fatos" (WEBER, 2015a, p. 13). É quando a validade depende de certa forma, como a assinatura ou um carimbo, ou de uma norma geral claramente definida[112]. Essa forma de racionalidade jurídica é uma particularidade ocidental, como vimos no tópico anterior.

A racionalidade jurídica formal garante a calculabilidade e previsibilidade necessária ao desenvolvimento capitalista. Não há, entretanto, uma relação de necessariedade entre eles; apenas se pode inferir que ambos são resultado do mesmo processo de racionalização do ocidente. Tal relação contingencial é demonstrada pelo exemplo inglês, onde o grau de racionalidade do direito é essencialmente menor do que na Europa continental (TRUBEK, 2007, p. 173).

Por fim, temos a racionalidade jurídica material. Aqui, a decisão de problemas jurídicos depende da referência a "imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza" (WEBER, 2015a, p. 13). O recurso a esse tipo de dispositivo debilita o racionalismo jurídico formal, na medida em que exige uma preocupação com ideias substantivos de justiça (UNGER, 1977, p. 194).

Weber (2015a, pp. 142-3) demonstra que essa tendência em direção à desformalização do direito racional decorre inicialmente das necessidades do tráfico comercial e da produção industrial. Esses grupos particulares buscam conformar a forma

[112] Weber (2015a, p. 13) menciona que o formalismo jurídico tem um "caráter duplo". Por um lado, ele pode ser um "formalismo de características externas", quando as características relevantes são da ordem do evidente, do sensível, como o pronunciamento de determinas palavras. Por outro lado, o "formalismo de abstração lógica" as características relevantes são obtidas por meio de uma interpretação lógica, onde se alcançam conceitos jurídicos bem definidos capazes de serem aplicados na forma de "regras rigorosamente abstratas". Somente por meio desse último é possível "coordenar e racionalizar, com os meios da lógica, as regras jurídicas, cuja vigência é reconhecida num sistema, internamente consistente, de disposições jurídicas abstratas".

jurídica à fatores éticos e econômicos, no intuito de alcançar "uma justiça mais rápida e mais adaptada ao caso concreto"[113] (WEBER, 2015a, p. 143).

Esse fator é ampliado por demandas de outros grupos, em especial os trabalhadores, incorporados ao Estado por conta da democracia. O que antes correspondia à garantia jurídica de um "mínimo ético" dá ensejo a reinvindicações materiais de justiça. O processo de materialização do direito coloca em risco os ideais de calculabilidade e previsibilidade e afasta a possibilidade de um raciocínio jurídico fundado na simples subsunção (RODRIGUEZ, 2009, pp. 96-7).

Há, portanto, uma transição do raciocínio legal-formalista para um de caráter teleológico. Segundo Unger (1977, p. 194):

> O raciocínio jurídico é formalista quando a mera invocação das regras e a dedução das conclusões a partir dessas regras são consideradas suficientes para qualquer decisão. É teleológico quando a decisão acerca da maneira de aplicar a regra depende de um julgamento quanto ao modo mais eficaz de atingir a finalidade atribuída à regra.

Na tentativa de corrigir os defeitos ou lacunas de um sistema de regras formais, o legislador recorre cada vez mais a cláusulas e princípios que forçam os tribunais e órgãos administrativos a se envolverem em equilíbrios *ad hoc* de interesses (UNGER, 1977, p. 197). Essa amplitude semântica permite que os aplicadores recorram a razões baseadas em eficiência ou justiça social, de modo que o "discurso jurídico passa a se assemelhar com o argumento comum da política ou da economia" (UNGER, 1977, p. 199). Como destaca Neumann (2013, pp. 45304):

> Essas cláusulas gerais transformam todo sistema jurídico. Elas abolem o direito racional formal e o substituem pelas normas racionais materiais, bem como por decisões irracionais. [...] Incidentalmente, a substituição do direito formal pelas cláusulas gerais significa que o limite entre jurisdição e administração é tênue e que a esfera da administração se expandiu, mas de uma maneira que as decisões administrativas – que significam decisões políticas – sejam tomadas na forma dos julgamentos dos tribunais civis ordinários.

Falaremos mais sobre isso no capítulo seguinte. Agora, o que nos importa destacar é que esse processo é apenas aparentemente incompatível com o capitalismo moderno. É o que demonstra Neumann (2013, pp. 445-64) em sua análise da atuação do

[113] Weber (2015a, p. 145) descreve como a boa-fé, expressão típica do tráfico comercial, foi incorporada ao direito alemão, "vinculando, assim, consequências jurídicas a situações, de fato, não-não formais". Segundo ele, grande parte das relações de tráfico comercial se baseiam na "ampla confiança pessoal na lealdade material do comportamento dos outros". A ampliação do comércio faz com que a prática jurídica ofereça uma garantia para tal tipo de comportamento, que por sua natureza, "não pode ser formalmente circunscrito com exatidão".

Judiciário alemão nos anos que precederam a tomada do poder pelos Nazistas. Para ele, as cláusulas gerais e princípios foram usadas por juízes para anular as conquistas dos trabalhadores daquele período[114].

Mesmo diante do esfacelamento do Estado social e a predominância do neoliberalismo, mantém-se essa tendência à materialização do direito. Na verdade, ao contrário dos lamentos de Hayek, o capitalismo pode mesmo se beneficiar amplamente do declínio do direito formal[115]. Não por acaso, os tribunais terão destaque no decorrer da implantação de reformas liberais no decorrer dos anos de 1990.

Por conta disso, um dos principais ideólogos do ordoliberalismo alemão, Wihelm Röpke (1950, p. 193), vai afirmar que o judiciário corresponde à mais alta autoridade do Estado. Segundo ele, "as cortes devem ser transformadas em órgãos de política econômica nacional, com jurisdição sobre decisões até então confiadas à autoridades administrativas"[116].

---

[114] Segundo Neumann (2013, p. 451), "os direitos fundamentais da Constituição de Weimar e a revisão judicial se tornaram na teoria constitucional e na jurisprudência da Suprema Corte os meios de manutenção do estado existente da vida política, cultural e econômica". No entanto, o autor ressalta que a mudança mais impressionante no período entre 1918 e 1930 foi em relação à teoria da função do juiz, diante da ampla aceitação da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), cujos principais expoentes eram Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs e Hermann Isay. A principal lição dessa escola "era que, ao lado do direito estatal, das leis, existe um 'direito livre' que se nutre dos juízos jurídicos e da consciência política dos cidadãos, da ciência jurídica e, sobretudo, da jurisprudência dos tribunais. Não são nem a lei nem a lógica, mas sim o direito livre e a vontade dos "monarcas judiciais" que determinam a a verdadeira base das decisões dos juízes e a evolução do direito. Todo o demais é aparência vazia" (RÜTHERS, 2016, p. 217). Isay, por exemplo, afirmava que "todo juiz tem o direito de examinar qualquer estatuto com base em sua compatibilidade com o sentimento de justiça" (NEUMANN, 2013, p. 452). Neumann (2013, p. 456) associa essa mudança de atitude dos magistrados a duas circunstâncias: em primeiro lugar, o motivo econômico da inflação; em segundo lugar, a hostilidade do Judiciário diante da democracia. Inicialmente, as cláusulas gerais serviram para firmar um compromisso entre empregadores e trabalhadores, um acordo entre interesses antagônicos. O que tornava possível esse compromisso eram essas cláusulas gerais modificáveis, que poderiam se ajustar a qualquer situação concreta. Após 1930, no entanto, com o início da crise econômica e a reação política, "essas normas se tornaram uma arma contra a legislação de reforma social". Assim, a "vitória da Escola do Direito Livre, e, portanto, da irracionalidade, comprometeu a proteção jurídica desfrutada pela classe média e pelos pobres", que havia sido possibilitada pela racionalidade formal (NEUMANN, 2013, pp. 460-1).

[115] Esse ponto é destacado por Scheuerman (1994a, pp. 204-5), para quem "o capitalismo contemporâneo não apenas claramente coexiste de modo mais ou menos bem-sucedido com tipos altamente desformalizados de direito e decisões administrativas e judiciais relativamente imprevisíveis, como também a dinâmica de uma economia capitalista em seu atual estágio de desenvolvimento algumas vezes parece exigir formas jurídicas não-tradicionais. Basta que pensemos nos incontáveis exemplos de grandes corporações implorando por privilégios especiais que, de fato, equivalem a leis individuais. [...] Além disso, em muitas situações o direito desformalizado parece servir aos interesses dos blocos capitalistas economicamente privilegiados: normas claramente formuladas asseguram que os garotões do bairro joguem sob as mesmas regras aplicáveis aos demais e, pelo menos, protegem os jogadores mais fracos de ficarem sujeitos aos seus caprichos, enquanto que princípios jurídicos vagos ('boa-fé', 'interesse público') são geralmente explorados por interesses poderosos melhor posicionados para se aproveitar da flexibilidade ofewrecida por eles".

[116] Röpke (1950, pp. 193-4) cita como exemplo desse tipo de atuação a legislação antitruste norte-americana, desde o *Sherman Act* de 1890, que dá poderes ao judiciário para determinar a existência ou não de monopólios. "Essa política econômica", alerta Röpke, "pressupõe que os cursos de direito ofereçam

Daí o diagnóstico apresentado por Bercovici (2004, p. 171) acerca da vigência de um "estado de exceção econômico permanente", garantido especialmente pela atuação das cortes judiciais na desregulamentação de direitos sociais conquistados por via parlamentar. Segundo o autor:

> Nos Estado periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, com a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular (BERCOVICI, 2004, p. 172).

O próprio Estado, antes entendido como fonte suprema de toda autoridade, tem perdido o protagonismo na condução da política. Como afirmou Schmitt (2018, p. 40) em um texto de 1963, a era da estatalidade (*Epoche der Staatlichkeit*) chegou ao fim. Cada vez mais os Estado nacionais são substituídos por estruturas de *governance*, instituídas por organismos "neutros" ou representantes de interesses econômicos e financeiros (BERCOVICI, 2008, p. 334).

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado invade áreas cada vez maiores da vida privada por força da necessidade de regulação econômica, cada vez mais se despolitiza o processo de tomada de decisões, visando proteger os agentes econômicos das aspirações da soberania popular. Cortes judiciais robustas e independentes, bem como entes públicos autônomos são empoderados em detrimento das instituições políticas (KOSAR *at al*, 2019, p. 443).

A contemporaneidade demonstra o desgaste dos pressupostos tradicionais do Estado de direito. Em todo lugar, a separação de poderes e a legalidade, marcas preponderantes desse modelo político, são questionados. As patologias derivadas desse processo já são evidentes. De um lado, o judiciário ocupa um protagonismo cada vez maior na condução da coisa pública. Do outro, a democracia representativa é cada vez mais contestada.

Ativismo judicial e populismo: esses serão os temas dos quais nos ocuparemos nos dois próximos capítulos. No nosso entender, conforme exporemos a seguir, ambos constituem respostas insuficientes para a decadência do Estado de direito. Mais ainda, conjugados, eles podem resultar em consequências desastrosas para o funcionamento das instituições políticas democráticas.

---

maiores oportunidades para que os futuros juízes tenham conhecimento dos princípios da nossa ordem econômica".

3 A ASCENSÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Encerramos o capítulo anterior mencionando que há uma tendência geral à transferência de decisões políticas fundamentais à órgãos compreendidos como "neutros", em especial, às cortes judiciárias. Como destaca Dworkin (2006, p. 135), nas últimas décadas, "as principais batalhas sobre a natureza da democracia têm sido travadas em torno da autoridade de juízes e da suprema corte para declarar a inconstitucionalidade de atos de outros órgãos do governo".

Uma das características da cultura política das democracias contemporâneas é ter seu próprio imaginário acerca do papel dos juízes e dos tribunais. Enquanto os legisladores assumem o encargo da tarefa mundana de representar interesses e negociar em favor do autogoverno coletivo, os juízes, em especial as cortes constitucionais, carregam em seus ombros a tarefa de bastiões dos direitos, encarregados de protegê-los da opressão das maiorias (MENDES, 2013, p. 1).

Um retrato ainda mais colorido das cortes constitucionais é aquele que as concebe como guardiãs da constituição, ou seja, um juízo apolítico ungido com a tarefa de garantir a validade do texto constitucional contra a legislação ordinária, a partir da aplicação desinteressada e técnica do direito. Outra imagem associada aos tribunais é a de "forúm de princípios", que permite a conformação a democracia a um discurso político fundado em princípios constitucionais (MENDES, 2013, p. 3).

Estas perspectivas compartilham da premissa da supremacia judicial, o que significa afirmar que os tribunais têm direito a última palavra em relação ao sentido da constituição. Com esse protagonismo crescente das cortes constitucionais, os juízes foram convertidos aos principais instrumentos de garantia da legitimidade do sistema democrático. Diante da desconfiança generalizada em relação ao jogo eleitoral, desenvolveu-se "um retrato idealizado do julgar e o enquadramos ao lado de um desonroso retrato do legislar" (WALDRON, 2007, p. 2).

Nosso objetivo nesse capítulo é trazer os argumentos que servem de justificativa para esse fetichismo contemporâneo com o Poder Judiciário, especialmente com o denominado *judicial review*. Inicialmente concebido como um ramo secundário do governo, submetido ao poder real e incumbido da administração de conflitos[117], o

[117] Salientamos anteriormente como Montesquieu, por exemplo, dava pouco caso ao Poder Judiciário no seu esquema de separação de poderes.

judiciário, paulatinamente, adquire um papel de proeminência, imiscuindo-se praticamente em todas as questões políticas relevantes.

No primeiro tópico, trataremos do surgimento do *judicial review* a partir da experiência norte-americana. Após apresentar as supostas raízes inglesas do instituto e sua utilização no período anterior à independência, deter-nos-emos na análise das principais decisões da Suprema Corte. A finalidade principal desse resgate histórico é demonstrar que só recentemente *judicial review* e supremacia judicial passaram a ser compreendidos como duas faces de uma mesma moeda.

O destaque que se dá a experiência constitucional norte-americana é justificada pela sua influência na cultura jurídica internacional, especialmente no Brasil. Com base em uma interpretação ahistórica e idealizada do mítico caso *Marbury v. Madison*, assentou-se não só a ideia de supremacia da constituição, mas também, e principalmente, "da competência do Judiciário como seu intéprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham" (BARROSO, 2009, p. 10).

Em seguida, analisaremos os principais argumentos daqueles que se inclinam em favor da soberania dos tribunais. Desde Bickel até Dworkin, relacionamos sinteticamente as principais contribuições da literatura jurídica em favor da supremacia judicial. Seja como forma de impedir a tirania da maioria, seja como meio de promover direitos fundamentais, esses autores atribuem, em maior ou menor medida, uma atribuição quase messiânica aos tribunais.

Na parte final do capítulo, buscaremos estudar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Tentaremos apresentar as causas que inflacionam as competências políticas dos tribunais, sejam elas endógenas ou exógenas. Longe de ser uma inconveniência, a judicialização de certas questões políticas pode ser resultado da ação estratégica de agentes políticos. Em seguida, traçaremos algumas características que nos permitem distinguir a judicialização da política do ativismo judicial.

Ainda assim, pretendemos destacar que, muito embora sejam fenômenos distintos, a judicialização da política deriva, ao menos em parte, do ativismo judicial. Conforme demonstraremos, a ampliação das competências do judiciário em matérias políticas pode ser atribuída não apenas aos interesses das elites políticas, mas também das elites judicias, que buscam o que Hirschl (2004, p. 49) denomina de "preservação hegemônica".

Nesse sentido, a judicialização da política pode servir para o aumento da influência política e melhora da reputação interna e externa do judiciário. Desse modo,

ela ocorre porque os juízes decidem que devem participar da formulação de políticas públicas e substituir "as soluções políticas derivadas de outras instituições pelas deles mesmos" (TATE, 1995, p. 33). Ou seja, o ativismo enquanto atitude prévia do magistrado é o que condiciona ou não a judicialização da política.

Encerramos o capítulo apontando os inconvenientes decorrentes desse processo. Como afirma Schmitt (1931, p. 22), a judicialização da política pode resultar em uma politização da justiça. Submeter as decisões políticas ao escrutínio judicial sob o pretexto de despolitizá-las em favor de um órgão técnico não só não elimina seu caráter político, mas também transfere os riscos da arbitrariedade para o judiciário, um poder que não está sujeito à responsabilidade eleitoral.

3.1 O *JUDICIAL REVIEW* NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Segundo Kramer (2004, p. 19), o *judicial review* consiste na "prática de regularmente submeter disputas constitucionais para que elas sejam resolvidas no contexto de litígios ordinários". Bickel (1986, p. 20), por sua vez, propõe uma definição ainda mais ambiciosa: "é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em questões de maior importância, contra os desejos de uma maioria legislativa"[118].

Tradicionalmente, costuma-se associar suas origens à *common law* inglesa, indicando como precedente histórico o *Dr. Bonham's Case*, de 1610. À época, *Sir* Edward Coke ocupava o cargo de *Chief Justice* da *Court of Common Pleas* e ficou responsável por julgar um caso envolvendo Thomas Bonham, que havia sido multado e aprisionado por ordem do *Royal College of Physicians* de Londres (COKE, 2003, p. 264).

A decisão do *College* estava amparada em uma legislação que lhe concedia poderes para fiscalizar, multar, punir e aprisionar quem exercesse medicina em Londres sem a sua autorização. No entanto, Bonham alegou que fora vítima de cárcere privado (*false imprisonmen*). Ao julgar a demanda em favor de Bonham, Coke apresentou cinco argumentos, que exporemos de forma sintética no próximo parágrafo.

[118] De modo semelhante, Whittington (2019, pp. 13-4) afirma que o *judicial review,* pelo menos nos Estados Unidos, possuí dois componentes essenciais: em primeiro lugar, significa que os juízes estão autorizados a interpretar as constituições federal e estaduais como normas jurídicas; depois, que eles devem se recursar a reconhecer os efeitos de disposições legais que eles entendam que violem requisitos constitucionais. Desse modo, segue o autor, "os juízes não estão apenas autorizados a 'dizer o que é a lei', ao ler e interpretar os termos da Constituição, mas também a declarar 'nulos e sem efeitos' comandos em contrário proferidos por autoridades jurídicas inferiores".

Inicialmente, o *Chief Justice* afirmou (1) que a prisão não era a pena adequada para a prática médica sem licença. Em seguida, alegou (2) que essa pena somente seria possível se da prática decorresse grave ofensa. Depois, defendeu (3) que a legislação exigia que a prática deveria ser superior a um mês. Por fim, sustentou (4) que o *College* não podia ser juiz de sua própria causa e (5) que não poderia punir Bonham com duas penas (multa e prisão) pela mesma ofensa (COKE, 2033, pp. 274-7).

Foi uma passagem no decorrer da quarta argumentação que garantiu à Coke a paternidade, no imaginário dos juristas, do sistema de *judicial review*. Segundo Coke (2003, p. 275):

> [...] consta em nossos livros que, em muitos casos, a *Common Law* controla os atos do Parlamento e, às vezes, os julga nulos: porque quando um ato do Parlamento é contra o direito comum (*Common right*) e a razão, ou repugnante, ou impossível e ser aplicada, a Common Law irá controlá-lo, julgando-o sem validade (*to be void*).

Como aponta Kramer (2004, p. 19), a "quantidade de tinta gasta pelos maiores juristas no esforço de dar sentido a essa pequena passagem é nada menos que surpreendente". A opinião que prevalece atualmente é de que Coke disse mais do que queria dizer, que sua intenção era apenas afirmar a superioridade da *common law* sobre a *statute law*, de modo que, em casos excepcionais, a última não seria recepcionada caso contrariasse a primeira[119].

Nada indicaria na decisão de Coke que ele admitisse que seria função do judiciário anular atos do Parlamento. Independentemente disso, o *Chief Justice* passou para a história, na visão de alguns juristas, pelo menos como o avô do *judicial review*. Esse parece ser o entendimento de Cappelletti (1984, pp. 59-60) ao fazer a seguinte afirmação:

> Mas quem deveria controlar e afirmar tal *'repugnancy or unreasonableness'*; quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram função dos juízes! [...] [D]a doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América, e pretendo, obviamente, aludir àqueles frutos

[119] É o caso de Ramos (2010, p. 107), para quem "o que, na verdade, preconizava o Juiz Coke era a não recepção do *statute law* pelo direito comum em hipóteses, a bem de ver, excepcionais". Em sentido semelhante, Porras (2001, p. 76) afirma que a pretensão de Coke, com base nos precedentes que citou em sua decisão, era estabelecer "um critério de interpretação estrita (*strict interpretation*) que permitia aos juízes *desatender* aquelas interpretações da lei que eram contrárias aos princípios da *Fundamental Law*, considerando que essa interpretação é nula". A função da *statute law* é corrigir, resumir e explicar a *common law*; daí porque "a possibilidade de que essa última rechace uma lei somente se dá no caso em que exista 'repugnância', e, ademais, fala-se em 'rejeição' e não da possibilidade de que a *common law* anule a lei".

> que se chamam hoje de *judicial review* e *supremacia do poder judiciário*, 'supremacy of the judiciciary'[120] [Grifos no original].

Na Inglaterra, porém, a decisão de Coke jamais adquiriu o *status* de um precedente especialmente importante, tendo desaparecido das cortes ao fim da Revolução Gloriosa e do *Act of Settlement*[121] (KRAMER, 2004, p. 20). Pelo contrário, por lá prevaleceu a supremacia do Parlamento, onde residiam, segundo Blackstone (2016, p. 107), "aquele poder despótico absoluto, que deve residir em algum lugar em todos os governos". Daí porque ele vai afirmar que:

> [...] se o parlamento aprovar algo que é desarrazoado, eu desconheço qualquer poder que possa controlá-lo: e nenhum dos exemplos geralmente alegados em apoio a esse tipo de regra prova que, quando o objeto principal de uma lei não é razoável, os juízes possuem liberdade para rejeitá-la; pois isso colocaria o poder judiciário acima do legislativo, o que seria subversivo para todo governo (BLACKSTONE, 2016, p. 66).

Blackstone (2016, pp. 66-7), entretanto, admitia que, por conta de generalidade das palavras, certas leis poderiam se apresentar como desarrazoadas, consequência que não foi prevista pelo Parlamento. Nesses casos, os juízes estariam livres para interpretá-las conforme a equidade (*equity*), e só nessa hipótese desconsiderá-las. Desse modo, a finalidade da equidade seria dar efetividade à vontade do legislador e não a frustrar (WOLFE, 1994, p. 19).

---

[120] Edlin (2010, p. 54) faz eco à observação de Cappelletti. Para ele, é possível fazer duas leituras da decisão de Coke: uma "forte" e a outra "fraca". A leitura "fraca" sustenta que, nos termos do que foi dito anteriormente, Coke propôs apenas uma técnica de interpretação da legislação que indicava que as cortes deveriam tentar harmonizar a *statute law* com a *common law*. A outra leitura, a "forte", afirma que a intenção de Coke era defender que quando uma *statute law* violasse um princípio da *common law* as cortes deveriam declarar sua nulidade. Na perspectiva de Edlin, a leitura "forte" é a mais adequada, dado o clima político da época e a própria biografia de Coke. Diante do conflito político vigente à época entre Monarquia e Parlamento, que possuía ainda funções jurisdicionais, a decisão de Coke pode ser entendida como uma forma de resguardar a autonomia das cortes, protegendo suas competências contra atos reais ou parlamentares. O dado biográfico fica por conta da desavença pessoal de Coke com o monarca inglês, Rei James. Dois anos antes da decisão de Bonham, Coke estava envolvido em uma disputa entre juízes da *common law e* autoridades eclesiásticas sobre a competência dos juízes em relação a assuntos seculares que envolvessem a igreja. Coke defendeu que as cortes eclesiásticas possuíam jurisdição apenas em assuntos espirituais, sendo que as cortes da *common law* deveriam ser o fórum exclusivo para assuntos profanos. O argumento foi rebatido pelo Arcebispo Bancroft, que alegou que os juízes eram meros delegados do rei, que poderia avocar novamente para si essas competências. O jurista inglês, por sua vez, contra-atacou, afirmando que "o rei não pode retirar nenhuma causa das cortes e julgá-la por si mesmo". Como a discussão ocorria em frente ao monarca, esse prontamente alegou que ele sempre protegeria a *common law*, ao que Coke respondeu: a *common law* é que protege o rei. Acusado de traição, Coke foi obrigado a se retratar, mas deixando claro que muito embora James fosse o rei, a lei era a soberania de Coke. Somente a partir dessa leitura "forte", afirma Edlin (2010, p. 58), é que se pode entender porque Bonham permanece um "ponto de inflamação" na história da *common law* anglo-americana, "ao invés de uma inconsequente nota de rodapé a qual a leitura 'fraca' lhe quer relegar".

[121] Waldron (2016, p. 28), por exemplo, afirma que embora os constitucionalistas americanos levem a sério o *Dr. Bonham's Case*, "a maior parte dos juristas britânicos jamais ouviu falar dele".

Para o jurista britânico, a melhor forma de interpretar a lei é buscar pela intenção do legislador ao tempo em que ela foi aprovada, "por sinais naturais e prováveis". Esses sinais são cinco: "as palavras, o contexto, a matéria, os efeitos e as consequências ou o espírito e razões da lei" (BLACKSTONE, 2016, pp. 45-6). É desse último sinal que decorre a equidade, "ou a correção dos defeitos da lei que decorre da sua universalidade" (WOLFE, 1994, p. 19).

Esse método de interpretação não pode ser usado de forma indulgente, pois pode "destruir toda lei, e deixar a decisão de todas as questões nas mãos do juiz". A lei sem equidade é mais desejável do que a equidade sem lei, pois essa última faria de todo juiz um legislador, o que causaria uma "confusão infinita", "pois haveria quase tantas regras diferentes de ação estabelecidas em nossos tribunais quanto diferenças de capacidade e sentimento na mente humana"[122] (BLACKSTONE, 2016, p. 47).

Tanto o recurso de Blackstone à equidade como técnica de interpretação quanto o *Dr. Bonham Case* tiveram influência na colônia situada do outro lado do Atlântico Norte. O precedente de Coke serviu para a argumentação de James Otis, que em 1761 buscou a anulação de atos do Parlamento britânico diante de um tribunal colonial de Massachusetts. A disputa girava em torno do *writ of assistance*, que permitia que autoridades revistassem a propriedade privada de forma discricionária em busca de contrabando (WHITTINGTON, 2019, p. 39).

Otis alegou que o ato violava a *common law,* que exigia que os mandados de busca fossem precedidos da demonstração de uma causa provável e que autorizava apenas uma busca específica. Apelando diretamente à autoridade de *Bonham*, o advogado afirmou que, como "todos os precedentes estão sujeitos ao controle dos princípios do direito", "nenhum ato do Parlamento pode estabelecer tal *writ;* ainda que fosse feito nos termos da lei, ele seria nulo. Um ato contrário à constituição é nulo"[123] (ADAMS, 1850, p. 525).

---

[122] Citando o *Dr. Bonham's Case*, Blackstone (2016, p. 67) afirma que se o Parlamento delega a um homem a competência para julgar todas as causas de seu feudo e surgir uma causa em que ele mesmo é parte, o ato legislativo deve ser interpretado de modo a não se estender a ele, pois não é razoável que um homem seja árbitro de suas disputas. Entretanto, se o ato do Parlamento expressamente dispuser que esse homem pode julgar inclusive suas próprias causas, nenhuma corte terá o poder de anular a intenção do legislador, quando ela foi apresentada de "forma expressa e evidente".

[123] Segundo Kramer (2004, pp. 21-2), é incerto se Otis estava propondo alguma espécie de *judicial review*. Seu pronunciamento não foi registrado à época, tendo sido transcrito, 56 anos depois, por John Adams de forma um tanto quanto romantizada. Nas notas de Adams contemporâneas aos fatos, não é possível inferir que Otis pretendesse algo além de uma interpretação restritiva da lei, na forma proposta por Blackstone. A quase ausência de referência à Coke ou ao *Dr. Bonham's Case* nas discussões sobre o *judicial review* nos anos posteriores reforça essa consideração (KRAMER, 2004, p. 23).

Nos anos posteriores, durante a guerra de independência e os *Articles of Confederation*, a discussão sobre o *judicial review* entrou na pauta política. Muitos defendiam que a soberania popular exigia que os juízes se limitassem a aplicar a lei, deixando questões constitucionais de lado. Para esses, nenhum dos ramos do governo é superior aos demais, estando todos subordinados ao povo, que seria o único legitimado a interpretar a constituição[124] (KRAMER, 2004, p. 58).

A experiência revolucionária inglesa havia legado aos colonos da América uma série de remédios jurídicos por meio dos quais o povo "poderia fazer cumprir a constituição contra os governantes quando estes estivessem equivocados". O primeiro e principal meio era o voto, seguido dos direitos de petição e reunião. Eles serviam para denunciar as leis inconstitucionais, explicar por que elas afrontavam a constituição e requerer que as autoridades retificassem a lei editada. Esses instrumentos foram usados em larga escala entre os séculos XVIII e XIX, com impacto significativo[125] (GODOY, 2015, p. 56).

Outros, no entanto, entendiam que "o respeito à soberania popular efetivamente *exigia* o *judicial review*". James Iredell, futuro *Justice* da Suprema Corte, defendia a "autoridade judicial para declarar uma lei inconstitucional nula". Para ele, a constituição era a lei fundamental, inalterável pelo legislador. Desse modo, as assembleias não teriam o direito de violá-la. O *judicial review,* nesse caso, era consequência natural da soberania popular expressa na constituição (KRAMER, 2004, pp. 60-1).

Importa salientar que, para Iredell, os magistrados não praticam o *judicial review* por conta de uma competência especial para essa tarefa ou porque é isso que eles fazem. As cortes exercem o controle sobre as leis porque "elas também são representantes do povo" e, nessa condição, ignorar uma lei inconstitucional seria uma violação de suas funções. O *judicial review* corresponderia, então, a "seguir o comando popular" (KRAMER, 2004, pp. 62-3).

O *judicial review*, para os seus defensores naquele período, não era um ato de interpretação jurídica ordinária; ela era um ato político de resistência. Todos tinham

---

[124] Kramer (2004, p. 58) destaca que "ao sugerir que a constitucionalidade da legislação não era assunto de responsabilidade judicial, não se estava afirmando que o intérprete autorizado da constituição seria o legislativo ao invés do judiciário. [...] Na verdade, nenhum poder estava autorizado porque a autoridade interpretativa permanecia com o povo".

[125] O autor cita como exemplo as petições enviadas pelos colonos ao Parlamento britânico por ocasião do *Stamp Act* de 1765, portanto, ainda antes da independência. Se as petições e panfletos não alcançavam seu objetivo, o povo se reunia em grandes protestos e, às vezes, impedia o cumprimento da lei considerada inconstitucional (GODOY, 2015, p. 56).

consciência de que se tratava de algo "espantoso"[126]. A novidade do instituto, um "desvio radical da experiência", exigia cautela na formulação de seus limites. Assim, o ato somente poderia ser anulado caso a sua inconstitucionalidade fosse evidente (*beyond dispute*) (KRAMER, 2004, p. 65).

Esse limite, no entanto, não correspondia a uma simples defesa. Era, sobretudo:

> [...] um corolário lógico para a ação judicial. Pode ser justificável que juízes ajam como procuradores do povo, para evitar que se recorra a formas perigosas e não confiáveis de resistência popular. Eles permanecem, no entanto, mero agentes, agindo da maneira que supõem que seu dirigente tenha ordenado. Tal presunção não poderia ser tolerada levianamente, mas deve aguardar por uma condição de quase certeza porque o dirigente era capaz de agir por si mesmo e assumir a responsabilidade primária por isso (KRAMER, 2004, p. 65).

Na prática, os Estados recém-criados admitiram o *judicial review*, ainda que com alguma, ainda que muito pouca, contestação[127]. As constituições escritas recém-adotadas depois da separação da Grã-Bretanha passaram a ser consideradas como leis superiores e fundamentais, possibilitando que juízes estaduais declarassem nulas leis aprovadas pelo legislativo que violassem essas constituições (WOLFE, 1994, p. 74). Um exemplo é o caso *Rutgers v. Waddington*, julgado em 1784 pela Corte de Nova Iorque e no qual um dos *Founding Fathers,* Alexander Hamilton, atuou.

No período da Convenção, o tema do *judicial review*, portanto, foi pouco debatido. Havia um sentimento comum de que o seu exercício era aceitável[128]; segundo Wolfe (1994, p. 74), apenas dois delegados claramente o rejeitavam[129], enquanto um

---

[126] No original, Kramer (2004, p. 64) usa o termo *awful*, cuja tradução atual corresponderia a algo "terrível" ou "horroroso". Em seguida, no entanto, ele alerta que o termo deve ser entendido no seu sentido do século XVIII, ou seja, como "*full of awe*", "cheio de espanto" ou "cheio de admiração".

[127] Hamburger (2008, p. 462) observa que as decisões judiciais sustentando a inconstitucionalidade de leis provocavam controvérsias locais; essas disputas entre defensores e críticos desse tipo de decisão eram, entretanto, desiguais em desfavor dos últimos, "que tinham que lutar contra ideais amplamente adotados". Ele cita como exemplo uma decisão da Suprema Corte da Carolina do Norte, que foi objeto de debate tanto entre defensores quanto entre críticos do *judicial review*. Enquanto aos defensores bastava pedir que os juízes simplesmente cumprissem suas funções, os oponentes tinham que apelar que eles criassem uma exceção a um ideal já bastante consolidado na cultura jurídica daquele tempo.

[128] Whittington (2019, p. 50) confirma essa percepção ao afirmar que "quando a Convenção da Filadélfia se reuniu para rascunhar a nova constituição federal, o poder do judiciário em interpretar constituições escritas e anular atos legislativos conflitantes era amplamente, senão universalmente, aceito". O autor, entretanto, destaca que isso não implica em reconhecer que era bem compreendido ou que ele era uma parte relativamente importante do esquema constitucional norte-americano. Até então, o *judicial review* estava subscrito a tema de pouca visibilidade, sem alcançar questões relativas à políticas públicas.

[129] Entre os críticos estavam Richard Dobbs Spaight e John Francis Mercer. Spaight se queixava de "tal poder (*such a power*)" das cortes em declarar a inconstitucionalidade das leis, que ele entendia como distinto dos ideais subjacentes ao ofício e dever judicial. Mercer, de modo similar, afirmava que ele "desaprovava da doutrina de que os juízes enquanto intérpretes da constituição tenham autoridade de declarar uma lei nula" (HAMBURGER, 2008, p. 602).

número maior, sete, sustentavam-no de alguma forma[130]. Ainda assim, não havia uma percepção de que o *judicial review* era automaticamente inerente ou natural ao poder judicial (KRAMER, 2004, p. 78).

Mesmo nos debates sobre a ratificação da constituição federal, o *judicial review* não gozava de nenhum *status* especial; ele era apenas um entre vários meios para reforçar a nova carta (KRAMER, 2004, p. 79). Até entre os anti-federalistas parecia existir certa unanimidade na possibilidade de o judiciário declarar nulos atos legislativos contrários à constituição (HAMBURGER, 2008, p. 604). Nesses termos, recorremos a seguinte passagem de Brutus XII[131]:

> [...] se a legislatura aprovar leis que, na ponderação do tribunal, não sejam permitidas pela constituição, o tribunal não as aplicará, porque não negamos que a constituição é a lei mais alta ou suprema. E as cortes são dotadas do poder supremo e incontrolável para determinar, nos casos que lhe são apresentados, o que a constituição significa; eles não podem, portanto, executar uma lei que, em seu julgamento, opõe-se à constituição, a menos que possamos supor que eles possam fazer com que uma lei superior dê lugar a uma lei inferior (KETCHAM, 2003, p. 316).

O verdadeiro temor entre eles era o de que um judiciário federal com esse poder pudesse favorecer "a abolição dos governos estaduais"[132] (KETCHAM, 2003, p. 326). Ao conceder à Suprema Corte o poder de decidir por "equidade", a constituição possibilitava que os *Justices* a interpretassem "não apenas em conformidade com o sentido natural e óbvio de suas palavras, mas também segundo o espírito e a intenção delas" (KETCHAM, 2003, p. 325).

O cerne da crítica de Brutus XI residia principalmente na independência do judiciário. Segundo ele:

> [Os juízes] Serão totalmente independentes tanto do povo quanto do legislativo no que diz respeito a seus cargos e salários. Os erros que possam cometer não poderão ser corrigidos por nenhum poder situado acima deles, se é que haverá algum outro poder, e do mesmo modo os depositários desse poder não poderão ser destituídos por mais erradas que forem as decisões que vierem a tomar (KETCHAM, 2003, p. 309).

---

[130] Como se pode observar, a maioria era indiferente. Segundo Kramer (2004, p. 73), apenas dez, entre os cinquenta delegados, deixaram registrado alguma consideração pelo *judicial review*.

[131] Brutus foi um pseudônimo, supostamente utilizado por Robert Yates, juiz de Nova Iorque, para escrever dezoito artigos entre 1787 e 1788 discutindo os termos da proposta de constituição sujeita à ratificação dos Estados. Brutus tratou da questão do poder judiciário nos ensaios XI, XII e XV (KETCHAM, 2003, p. 281).

[132] Em Brutus XI (KETCHAM, 2003, p. 312) consta que o "poder judiciário irá atuar de forma mais firme, mas ao mesmo tempo silenciosa e imperceptível, seguindo a tendência evidente da constituição: refiro-me a anulação total dos poderes legislativo, executivo e judiciário dos estados. Cada decisão da Suprema Corte, sobre qualquer causa que possa surgir acerca da natureza e do alcance do governo geral, afetará os limites da jurisdição estadual".

No projeto da Convenção, os magistrados são "independentes do povo, do legislativo e de qualquer poder que haja sob o céu" (KETCHAM, 2003, p. 323). Por conta disso, na medida em que o sistema não prevê nenhum poder capaz de rever ou anular a interpretação do tribunal, esse estará então situado em patamar superior aos demais poderes.

Brutus XV pondera que a interpretação da constituição deveria ser responsabilidade do legislativo, de modo que, se ele excedesse seu poder, o povo, por meio da eleição, poderia facilmente destituí-lo e fazer justiça. Ao depositar esse encargo num corpo de magistrados independentes, que não possa ser responsabilizado por suas opiniões e decisões, "não haverá outro meio de controla-lo senão apelando para o uso da força" (KETCHAM, 2003, p. 328).

É no contexto dessa discussão sobre a independência judicial que Hamilton vai desenvolver sua visão sobre o papel do poder judiciário no nº 78 do *The Federalist.* As considerações de Hamilton (2003, p. 464) começam por destacar a fragilidade do judiciário em relação aos demais poderes em uma passagem repetida incontáveis vezes:

> [...] o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa.

Diante dessa fraqueza, ele não apenas é incapaz de atacar os dois outros poderes, como também deve ser capacitado para "se defender contra os seus ataques". A vitaliciedade (*permanency*) dos magistrados em seus cargos consiste em uma garantia para manter "a cidadela da justiça e da segurança pública" protegida "contra os abusos e opressões do corpo representativo" (HAMILTON *et al*, 2003, p. 464-5).

Hamilton vai enfatizar que apenas por meio do poder judiciário independente é possível manter uma constituição limitada, que estabeleça "exceções específicas ao poder legislativo". As cortes têm o direito de declarar nulos os atos legislativos contrários à constituição; isso, no entanto, não implicaria em afirmar a superioridade do poder judiciário sobre os demais poderes (HAMILTON *et al,* 2003, p. 465).

Hamilton afasta essa suposta superioridade do judiciário constatando que "todo ato de uma autoridade delegada que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo"; afirmar o oposto significa admitir que "o delegado é maior que o outorgante". Assim, não

é naturalmente pressuposto, salvo disposição constitucional em contrário, que os legisladores possam ser alçados a "juízes constitucionais dos seus próprios poderes" (HAMILTON *et al*, 2003, p. 466).

Pelo contrário, é muito mais racional admitir que os tribunais "foram concebidos para ser um corpo intermediário entre o povo e a legislatura" e "manter essa última dentro dos limites atribuídos a sua autoridade". Afinal, a interpretação das leis é o "domínio próprio e peculiar" das cortes e a constituição é uma lei fundamental. Cabe aos juízes, então, "definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer outro ato em particular procedente do corpo legislativo" (HAMILTON *et al*, 2003, p. 466).

Fazendo coro aos defensores do *judicial review* que lhe precederam, Hamilton enfatiza que sua conclusão não implica em reconhecer a superioridade do judiciário sobre o legislativo; pelo contrário, é o reconhecimento da subordinação de ambos ao poder do povo. Se a vontade do legislativo se opõe à vontade do povo, representada pela constituição, o juiz deve ser governado por essa última, não pela primeira (HAMILTON *et al,* 2003, p. 466).

Por isso, apesar da "linguagem extraordinariamente forte para a época", Kramer (2004, p. 79) destaca que a argumentação de Hamilton é compatível com a teoria e prática constitucional de seu tempo. O anseio de Hamilton é preservar o controle popular sobre o governo constitucional, integrando as cortes nesse processo. A autoridade interpretativa final, no entanto, permaneceria com a comunidade (KRAMER, 2004, p. 80).

À objeção de que os tribunais podem, a pretexto de incompatibilidade, substituir as intenções do legislativo por suas próprias preferências, Hamilton responde que seria um erro, com o judiciário exercendo vontade ao invés de julgamento. Esse erro, no entanto, seria um argumento contra a magistratura como um todo, já que isso pode ocorrer mesmo na interpretação de leis ordinárias (HAMILTON *et al*, 2003, pp. 467-8).

Além do mais, a proposta de Hamilton acerca da extensão do *judicial review* é bastante modesta: ele sustenta que o exame dos juízes deve se limitar ao "manifesto teor da constituição", ou seja, quando há uma "oposição evidente" da lei com o texto constitucional. Como destaca Wolfe (1994, p. 77), para Hamilton:

> O *Judicial review* não deve ser compreendido com um poder dos juízes de escolher entre interpretações concorrentes razoáveis da constituição e impor aquela sua visão à legislatura. É o poder de derrubar leis que claramente violam a constituição.

Claro que se pode objetar que serão os próprios juízes que decidirão se a violação é clara. No entanto, é razoável imaginar que se os juízes concordarem que o *judicial review* deve ser restrito aos casos de violação clara, então ele não será exercido em muitos casos em que essa ofensa não é evidente. Assim, pode-se encontrar uma referência implícita ao princípio da "deferência ao legislador" na formulação de Hamilton dos poderes de *judicial review* (WOLFE, 1994, p. 77).

O debate sobre o judicial review no período da ratificação ficou restrito a essa discussão entre Brutus e Publius[133], de modo que em nenhum outro lugar o tema foi objeto de análises mais profundas (KRAMER, 2004, p. 81). Na década que se seguiu à promulgação da constituição federal, os tribunais seguiram exercendo o *judicial review* "sem fazer qualquer apelo à uma responsabilidade especial ou exclusiva" de interpretá-la (KRAMER, 2004, p. 98).

Durante a década de 1790, a Suprema Corte foi chamada a julgar alguns casos envolvendo limitações constitucionais ao poder do Congresso. A maior parte envolvia questões atinentes ao próprio judiciário e em nenhum a corte ofereceu uma justificação para o seu poder de interpretar a constituição. Também não houve um desafio à autoridade do legislativo: a corte sustentou a validade de todos os atos questionados ou promoveu neles pequenos ajustes marginais (WHITTINGTON, 2019, pp. 65-6).

A situação se modificaria dramaticamente entre 1798 e 1800. O pano de fundo dessa mudança foi a disputa entre os partidos Federalista e Republicano. Os Estado Unidos estavam em um estado de guerra não-declarada com a França. Sob a presidência de John Adams, um Federalista, o Congresso aprovou os *Alien and Sedition Acts* que restringiam a liberdade de expressão, tornando crime publicações com declarações falsas sobre o governo federal.

Essa legislação foi denunciada pelo partido Republicano como uma tentativa de censurar a oposição. Ao invés de agir para limitar a ação do governo central, as cortes federais se encarregaram de fazer cumprir rigorosamente as disposições legais, multando e aprisionando editores e políticos ligados ao partido de Thomas Jefferson[134]. Com isso,

---

[133] Trata-se do pseudônimo adota por Hamilton para publicar seus ensaios.

[134] Exemplo disso foi a atuação do *Justice* Samuel Chase, que se distinguiu pela implementação agressiva do ato. Ao presidir o julgamento de um editor ligado a Jefferson, James Callender, Chase recusou o pedido dos advogados do réu, que queriam submeter a questão da constitucionalidade do *Sedition Act* a um júri popular na Virgínia. Chase afirmou que a verificação da constitucionalidade das leis é atribuição de juízes e confirmou que a lei era consistente com a constituição. Em 1804, quando os Republicanos estavam na presidência do Executivo e tinham a maioria no Congresso, Chase foi submetido a um processo de *impeachment*, que só não ocorreu porque o partido não conseguiu obter a maioria qualificada necessária para implementar a medida no Senado.

os Republicanos passaram a enxergar as cortes federais como "uma força política hostil" (WHITTINGTON, 2019, p. 77).

O estado das coisas só piorou após as eleições de 1800, que decretaram a vitória do candidato Republicano, Jefferson, sobre o então presidente Adams. Derrotados também no Congresso, os Federalistas trataram de rapidamente tentar assegurar aos seus partidários "um santuário no judiciário". No apagar das luzes, foi aprovado, em 13 de fevereiro de 1801, o *Judiciary Act*, que permitia aos Federalistas efetuarem inúmeras nomeações nas cortes inferiores[135] (KRAMER, 2004, p. 116).

Como o novo governo tomaria posse no dia 4 de março, os Federalistas tinham menos de três semanas para selecionar, nomear e confirmar os novos juízes. Não bastasse isso, no dia 27 de fevereiro o Congresso aprovou uma nova legislação criando mais cargos, inclusive 42 juízes de paz. O prazo para efetivar as nomeações era tão exíguo que o Presidente Adams teria permanecido em seu gabinete até a meia noite do seu último dia de governo assinando a documentação necessária (FERLING, 2004, p. 199).

A entrega das comissões a estes juízes, que ficaram conhecidos como "juízes da meia noite", ficou a encargo do Secretário de Estado, John Marshall. Algumas foram entregues aos seus destinatários; outras, entretanto, por conta do curto prazo, foram esquecidas em seu gabinete[136]. Tão logo a administração eleita assumiu, o novo Secretário, James Madison, por ordens de Jefferson, reteve todas as comissões que não foram entregues (WHITTINGTON, 2019, p. 80).

A presidência de Jefferson se iniciou determinada a revogar grande parte das alterações promovidas pelo Federalistas e enquadrar a oposição encrustada no judiciário. Foi nesse contexto que um dos juízes de paz que teve sua posse negada, William Marbury[137], ingressou com uma demanda junto à Suprema Corte exigindo que Madison lhe entregasse a comissão. Certos de que se tratava de uma artimanha federalista para

---

[135] O *Judiciary Act* criou vinte e seis novos cargos no distrito federal e nas *circuit courts*. Além disso, reduziu o número de *Justices* da Suprema Corte de seis para cinco, visando evitar que os Republicanos nomeassem um substituto para o Justice Cushing, que estava para se aposentar (IRONS, 1999, p. 104).

[136] Irons (1999, p. 104) narra uma história, que ele diz ser provavelmente apócrifa, afirmando que "o futuro procurador geral, Levi Lincoln, ingressou dramaticamente no gabinete de Marshall com o relógio de Jefferson nas mãos. Apontando para o ponteiro, Lincoln informou Marshall que já era meia noite e exigiu que ele deixasse o gabinete. Humilhado por essa ordem, Marshall baixou sua caneta e partiu. Tenha isso acontecido ou não, Marshall teria ficado assinando comissões até pelo menos nove horas daquela noite. Logo após o juramento de Jefferson como presidente em 4 de março de 1801, James Madison assumiu o gabinete de Marshall como secretário de Estado e se sentou na mesa no qual repousavam as comissões que não foram entregues".

[137] Além de Marbury, outros três juízes de paz, Dennis Ramsay, Robert R, Hoo e William Harper, ingressaram na demanda.

obstruir a administração de Jefferson, os republicanos contra-atacaram (KRAMER, 2004, p. 119).

Primeiramente, trataram de aprovar a revogação do *Judiciary Act* de 1801, o que implicou na extinção dos novos tribunais criados por Adams, bem como na demissão dos juízes que tinham sido nomeados para eles. Os protestos da minoria federalista nada puderam fazer para deter essa nova legislação. Além disso, o Congresso adiou a sessão da Suprema Corte, que estava prevista para junho de 1802, para fevereiro de 1803, visando evitar que o tribunal se reunisse para se pronunciar sobre o caso de Marbury (KRAMER, 2004, p. 120; WHITTINGTON, 2019, p. 81).

Quando a corte se reuniu novamente, em fevereiro de 1803, admitia-se a possibilidade de o governo federal deixar de cumprir qualquer ordem judicial determinando a entrega das comissões. Afinal, a administração tinha até mesmo se recusado a reconhecer o julgamento, alegando que "juízes não tinham o direito de emitir uma ordem para o executivo" (WOLFE, 1994, p. 80). Como observou Whittington (2019, p. 81), "não era um tempo propício para testar a força do tribunal contra a Casa Branca".

Presidindo o julgamento naquela ocasião estava o *Chief Justice* John Marshall, aquele mesmo que, ocupando o cargo de Secretário de Estado, não tinha conseguido entregar a comissão para Marbury[138]. Após o tribunal ouvir os argumentos do advogado de Marbury, que era o antigo procurador geral de Adams, Charles Lee, Marshall entregou a *opinion* da Corte em 24 de fevereiro. Ele elaborou seu voto a partir de três questões colocadas pelo querelante:

1. Marbury tinha direito à sua comissão?

2. A lei assegurava à Marbury um remédio jurídico para obter seu direito?

3. Esse remédio consistia no *writ of mandamus* que ele impetrou junto à corte?

À primeira pergunta, Marshall respondeu que a nomeação estava completa quando o selo presidencial foi afixado na comissão. Ele escreveu que "ao assinar a comissão do Sr. Marbury, o presidente dos Estados Unidos o nomeou juiz de paz". "O

[138] Irons (1999, p. 101) afirma que a nomeação de Marshall à Suprema Corte não recebeu uma "onda de aclamação", como sua reputação posterior poderia fazer presumir. Ao contrário, ele sequer era um dos candidatos preferidos de John Adams para o cargo, tendo sido escolhido para o presidente escapar do fogo cruzado das batalhas políticas e pessoais travadas nas fileiras do partido Federalista. A primeira opção de Adams para substituir o *Chief Justice* Oliver Ellsworth, que renunciou em outubro de 1800, recaiu sobre John Jay, antigo colaborador de James Madison e Alexander Hamilton no *The Federalist* e o primeiro *Chief Justice* da Corte, que tinha deixado o cargo em 1795 para assumir o governo do Estado de Nova Iorque. Jay, no entanto, recusou sua nomeação, fazendo com que Adams nomeasse o seu então Secretário de Estado, Marshall. Portanto, curiosamente, durante o período final da administração Adams, Marshall ocupou, ao mesmo tempo, os cargos de Secretário de Estado e de *Chief Justice* da Suprema Corte (IRONS, 1999, p. 103).

selo dos Estados Unidos, afixado ao documento pelo Secretário de Estado", já conferia ao demandante o "direito ao cargo" que ele buscava (MARSHALL, 1997, pp. 249-50). A entrega não era essencial para completar o processo de nomeação[139].

Em seguida, o *Chief Justice* argumentou que se há um direito, deve haver uma garantia na lei em caso de violação. Para Marshall (1997, p. 247), um governo somente pode ser aclamado como um "governo das leis e não dos homens", se a lei fornecer um remédio para o caso "de uma transgressão de um direito adquirido". Um ato político ou discricionário da administração não estaria sujeito ao controle judicial, tratava-se, no entanto, de um ato que afetava um direito individual:

> [...] quando os chefes de departamento são servidores políticos ou confidenciais da administração, que meramente executando a vontade do presidente, ou quando estão atuando em situações em que o executivo possui uma discricionariedade derivada da constituição ou da lei, é claro que essas ações somente podem ser examinadas politicamente. Mas quando um determinado dever é imposto pela lei, e direitos individuais dependem do exercício desse dever, parece igualmente claro que o indivíduo que se considera prejudicado, tem o direito de recorrer ao direito pátrio para uma solução (MARSHALL, 1997, p. 249).

Um pouco mais a frente, Marshall (1997, p. 249) afirmou que a "questão de analisar se um direito é adquirido ou não, é, pela sua natureza, uma questão jurídica e deve ser julgada pela autoridade judiciária". Restava a última questão: Marbury tinha direito à garantia jurídica que ele apresentou perante a corte? A resposta, segundo Marshall (1997, p. 250), dependeria de saber 1) se o *writ of mandamus* era a via própria; e, em caso positivo, 2) se a Suprema Corte tinha competência para julgá-lo.

Citando Blackstone, Marshall demonstrou que o *writ of mandamus* era de fato o remédio apropriado para a obtenção do direito que o querelante pretendia. Os atos da administração, ele ressalta novamente, não estão imunes ao julgamento das cortes quando resultam em prejuízos à direitos individuais[140]. O caso em questão envolvia um direito individual que dependia de um ato não político de um agente público, que podia ser impelido a praticá-lo por ordem judicial.

Após ressaltar a ilegalidade do ato praticado pelo executivo e reforçar a autoridade do judiciário, Marshall procurou desarmar a crise constitucional em que a

---

[139] No entanto, Kramer (2004, p. 302, n. 177) aponta que "a maioria dos historiadores concordam com Jefferson que a entrega era essencial para dar validade a uma comissão".

[140] "Se um agente político (*head of department*) pratica um ato ilegal, no exercício de sua função, que resulta em um suposto prejuízo a um particular, não pode se admitir que seu cargo, por si só, isente-o de ser processado e estar obrigado a obedecer às ordens judiciais. [...]. Se ele está obrigado por lei a praticar um ato que afeta um direito absoluto do indivíduo, [...] nesse caso, não há fundamento para que os tribunais do país se eximam de exercer sua função jurisdicional" (MARSHALL, 1997, p. 251).

Corte estava envolvida. Analisando a competência da Suprema Corte, Marshall (1997, p. 253) notou que, pela seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ela estava autorizada a "expedir ordens de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e usos legais, a quaisquer tribunais instituídos ou pessoas que exerçam função sob a autoridade dos Estados Unidos".

Certamente, o secretário de Estado se encaixava na definição legal, sendo alguém que exerce "função sob a autoridade dos Estados Unidos". Assim, se a Corte não estiver autorizada a expedir uma ordem contra ele será porque a lei que lhe atribui essa competência é inconstitucional, "e, portanto, absolutamente incapaz de conferir a autoridade e atribuir os deveres que suas palavras se propõem a conferir atribuir" (MARSHALL, 1997, p. 253).

Ao apreciar o art. 3º da Constituição norte-americana, que trata do Poder Judiciário, Marshall (1997, p. 253) apontou que, em sua segunda seção, ele determinava que "a suprema corte terá jurisdição originária em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que os Estados são partes". Em seguida, no entanto, a mesma seção dispõe que, "em todos os demais casos, a suprema corte terá jurisdição recursal".

Na medida em que a Constituição traz uma regra específica e restritiva sobre a competência originária da Corte, não seria razoável supor que fosse intenção do constituinte deixar esse tema sujeito à discricionariedade do legislador[141]. O tribunal até poderia expedir a ordem de *mandamus* requerida por Marbury, salientou Marshall (1997, p. 254), mas apenas no exercício de sua competência recursal (*appellate jurisdiction*).

Com essas considerações, Marshall colocou um fim na pretensão de Marbury. Ele reconheceu a legitimidade do pedido do querelante, mas afirmou ao mesmo tempo que "a autoridade concedida [pelo *Judiciary Act*] à Suprema Corte [...] para expedir ordens de *mandamus* à agentes públicos, não é garantida pela constituição" (MARSHALL, 1997, p. 254). Marbury poderia ir atrás de seu direito, mas não naquela Corte.

---

[141] "Se se pretendesse deixar ao arbítrio da legislatura a distribuição da competência jurisdicional entre a Suprema Corte e as cortes inferiores, certamente teria sido inútil ter ido além do que definir o poder judiciário e os tribunais que dele devem ser investidos. A parte subsequente da seção é mero excesso – totalmente sem sentido – se essa for a construção. Se o Congresso tiver a liberdade de conferir a este tribunal jurisdição recursal onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser originária; e jurisdição originária onde a Constituição declarou que deve ser recursal, a distribuição de jurisdição feita na Constituição se torna forma sem substância" (MARSAHLL, 1997, p. 253).

O C*hief Justice*, no entanto, foi além e passou a dissertar, na parte final de seu voto, sobre o poder da Corte em exercer o *judicial review*. Como destaca Kramer (2004, p. 123), nesse ponto, Marshall "fez um desvio (*went out of his way*)". Era perfeitamente possível que ele alcançasse o mesmo resultado sem recorrer à anulação do ato; a legislação não tratava de atribuição de competências, e a melhor forma de interpretá-la era que ela autorizava o *writ of mandamus* apenas nos casos sujeitos a sua jurisdição.

Ainda assim, ele preferiu seguir com "uma severa palestra" ao Congresso, ressaltando o poder da corte em declarar a seção 13 do *Judiciary Act* inconstitucional (IRONS, 1999, p. 106). Seu ponto inicial é a Declaração de Independência, que afirmou o "direito originário [do povo] de estabelecer, para seu governo futuro, certos princípios que irão conduzi-lo à sua "própria felicidade" (MARSHALL, 1997, p. 254).

Esses princípios formam a "base sob a qual toda estrutura americana foi erigida" e, portanto, "são considerados fundamentais" e "projetados para serem permanentes". A vontade suprema do povo organizou o governo e atribuiu a cada um dos seus ramos seus respectivos poderes. Ela poderia ter parado por aí, mas optou também por estabelecer "certos limites que não podem ser ultrapassados por esses departamentos". Assim, o povo americano escolheu um governo limitado, materializado em uma constituição escrita (MARSHALL, 1997, p. 255).

A constituição, então, é "uma lei suprema, superior, imutável por meios ordinários", de modo que todo ato legislativo contrário a ela não pode ser direito; se se admitir o contrário, as "constituições escritas seriam tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder". Segundo Marshall (1997, p. 255):

> Certamente todos aqueles que idealizaram constituições escritas as contemplavam como as leis fundamentais e supremas da nação e, por consequência, apoiavam a teoria de que, em um governo desse tipo, todo ato da legislatura repugnante à constituição deve ser nulo.
> Essa teoria é essencialmente ligada a uma constituição escrita e deve ser considerada, por essa corte, como um dos princípios fundamentais e nossa sociedade.

Em seguida, Marshall pergunta quais são as consequências desse princípio para o judiciário: eles devem tratar o que é nulo como direito? "Se um ato legislativo, repugnante[142] à constituição, é nulo, ele, não obstante sua invalidade, vincula os tribunais

[142] Repugnante (*repugnant*) aqui não serve para designar algo repulsivo ou desagradável, mas sim, nos termos do *Dr. Bonham's Case*, contrariedade ou contradição. É o que observa Bilder (2006, p. 513-4): "A história do *judicial review* começa com 'repugnância'. Repugnante era uma palavra relativamente comum no direito inglês antigo. [...] A palavra não era usada com a conotação moderna de desagradável (*unpleasentness*) ou repulsivo (*repulsiveness*). 'Repugnante' significava 'inconsistente' ou

e os obriga a aplicá-lo?" Marshall afirma que isso seria um "absurdo muito nojento", pois implicaria em negar "o que está estabelecido na teoria" (MARSHALL, 1997, p. 255).

É "atribuição e dever do judiciário dizer o que é o direito". Ao aplicar uma norma a um caso concreto, o magistrado deve interpretá-la. Havendo conflito entre a constituição e uma lei, aquela que é superior deve prevalecer: "os tribunais devem reconhecer a constituição; [...] a constituição, e não um ato ordinário, que deve decidir o caso em que ambas se aplicam" (MARSHALL, 1997, p. 256).

Como observa Wolfe (1994, p. 83), os argumentos de Marshall reproduzem, em grande parte, as afirmações de Hamilton no *The Federalist n. 78*. Seu voto enraíza o *judicial review* na constituição ao repousar sua legitimidade no conflito entre a constituição e a lei:

> O *Judicial review* se assenta não em uma suposta superioridade dos juízes em entender quais devem ser os ideais da sociedade, mas na vontade do povo, de acordo com a qual certos direitos naturais devem ser protegidos por limitações ao governo, que estão incorporadas em uma constituição escrita. Sem um conflito entre a lei e a constituição, não há base para o *judicial review* (WOLFE, 1994, p. 84).

Ao estabelecer pela primeira vez os fundamentos do *judicial review*, Marshall pretendia registrá-lo, "não para estabelecer sua existência, mas para afastar um movimento incipiente que tentava deslegitimá-lo" (KRAMER, 2004, p. 124). Todavia, a decisão de *Marbury v. Madison*, apesar de sua fama, não representou um paradigma jurídico novo, ela apenas refinou a fundamentação de uma prática há muito estabelecida na tradição norte-americana.

Para Kramer (2004, p. 125), o que *Marbury* indicava era que os tribunais tinham a "competência e o dever" de dizer o que é o direito. Isso, no entanto, não significava que Marshall defendia a "supremacia judicial ou a noção de que os juízes têm a última palavra". Sua intenção era mais modesta; era afirmar que "também as cortes podem dizer o que significa a constituição" (KRAMER, 2004, p. 126).

Tushnet (1999, p. 7), por sua vez, propõe que uma segunda leitura é possível. Nessa leitura alternativa, não apenas a constituição, mas também o Judiciário é supremo. Somente os tribunais, e ninguém mais, está autorizado a dizer o que é o direito. Nele

---

'autocontraditório'. Frequentemente aparecia em conjunção ou era usada de modo intercambiável com 'contrário'. [...] 'Repugnante' frequentemente descreve uma relação problemática entre textos, por exemplo, disposições legais, concessões, ações, alvarás, cortes e julgamentos. [...] Repugnante ou 'contrário' também viria a designar os limites de uma relação hierárquica entre corpos de leis". O mesmo sentido também é admitido em português, conforme Houaiss (2009, p. 1649).

estaria, portanto, o germe que deu origem a ideia moderna de supremacia judicial, que transformou o *judicial review* em uma "formidável arma constitucional".

O fato é que, após *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte norte-americana evitou a prática do *judicial review* por vários anos[143]. E ainda que os membros do partido Federalistas tenham suportado uma defesa de uma espécie de supremacia judicial durante os debates sobre a revogação do Judiciary Act de 1801, a ideia hibernou tão logo o partido foi aos poucos desaparecendo durante a década de 10 daquele século[144].

Kramer (2004, pp. 145-8) nota, entretanto, que o discurso da supremacia judicial ressurgiu nas décadas seguintes. Ele cita o exemplo de Joseph Story que, em seus *Commentaries on the Constitution of the United States,* defendeu que as interpretações do Judiciário acerca da Constituição eram "obrigatórias e conclusivas" para todos os departamentos do governo. Até então, nenhum precedente judicial apoiava esse papel de destaque, ou mesmo de quase exclusividade, do Judiciário na interpretação da Constituição.

Os judiciários estaduais exerciam o *judicial review* praticamente sem oposição, de forma quase que trivial. Isso fez com que a interpretação da Constituição fosse incorporada naturalmente à prática e à linguagem judicial. Aos poucos, a distinção entre o direito constitucional e o direito ordinário foi se apagando (KRAMER, 2004, p. 150). Parecia cada vez mais claro que a fixação do sentido do texto constitucional deveria ser responsabilidade dos profissionais do direito.

Outrossim, a tensão gerada pelos conflitos sobre questões constitucionais originou apelos por "uma única voz autorizada a substituir a cacofonia de vozes ouvidas nos Estado Unidos em rápida expansão e diversificação" (KRAMER, 2004, p. 184). Se antes os federalistas defendiam a supremacia judicial como um modo de proteger as minorias de uma tirania da maioria, agora ela era justificada como "a melhor forma para evitar a anarquia interpretativa e possibilitar estabilidade política" (KRAMER, 2004, p. 188).

---

[143] Entre 1790 e 1860, a Suprema Corte norte-americana declarou nulo um ato do Congresso apenas duas vezes: em *Marbury* e em *Dred Scott* (NELSON, 1979, p. 1.169).

[144] Kramer (2004, pp. 128-44) demonstra como, paulatinamente, o discurso da supremacia judicial vai ganhando destaque entre os federalistas, especialmente por conta do temor causado pela Revolução Francesa. Recorrer ao judiciário não era mais uma forma de substituir uma resistência popular ou um meio pacífico de tornar tal resistência desnecessária, como destacavam os primeiros apoiadores do *judicial review*. Era uma forma de proteger os direitos de uma minoria das paixões de uma maioria furiosa e vingativa. A última oportunidade que os federalistas tiveram para "vender" sua visão dos poderes judiciários foi durante o debate de revogação do *Judiciary Act* de 1801. No final, os republicanos prevaleceram e aprovaram, sem dificuldades, a revogação. Os esforços dos federalistas em despertar a indignação da opinião pública foram recebidos com indiferença pelos eleitores.

O caso *Dred Scott v. Standford*, de 1857, representa o momento em que esse argumento encontrou "sua desastrosa apoteose" (KRAMER, 2004, p. 189). A decisão da Corte pretendia encerrar a controversa questão da escravidão, que dividia norte e sul, a partir de uma "sentença enraizada na Constituição" (WOLFE, 2004, p. 150). Ela declarava que o Congresso não tinha autoridade para regular a questão da escravidão nos territórios e que qualquer tentativa de abolição da escravatura consistia numa violação da cláusula do *due process of law*.

A decisão, entretanto, foi objeto de acaloradas discussões ente sulistas e nortistas, aprofundando a divisão do país e abrindo o caminho para a guerra civil. Um dos seus críticos mais vorazes, Abraham Lincoln, utilizou-a durante sua campanha ao Senado, em 1858. Seu oponente, Stephen Douglas, havia afirmado autoridade da Corte, apontando que suas decisões eram vinculantes, de modo que elas "se tornavam a lei suprema do país (*law of the land*)" (TUSHNET, 1999, p. 9).

Lincoln, por sua vez, entendia que a decisão se limitava as partes envolvidas na demanda; por conta disso, Dred Scott permaneceria um escravo. No entanto, ele se opunha com firmeza à ideia de que aquela sentença pudesse implicar numa regra política que vinculasse os eleitores, os membros do Congresso ou o Presidente, impedindo-os de tomar providências que contrariassem os princípios daquela decisão (TUSHNET, 1999, p. 9). Do contrário, Lincoln mais tarde pontuou, "o povo deixaria de ser seu próprio governante" (KRAMER, 2004, p. 212).

Durante sua presidência, Lincoln ignorou a decisão da Corte, reconhecendo a cidadania dos negros em uma série de contextos. Em 1862, o Congresso também desafiou autoridade do tribunal ao abolir, por lei ordinária, a escravidão nos territórios. Quatro anos depois, os parlamentares aprovaram o *Civil Rights Act*, que declarou que todos os homens livres eram cidadãos, o que a sentença da Corte declarou inconstitucional[145] (WOLFE, 2004, p. 151).

Assim, *Dred Scott* representou um duro golpe aos que pregavam a supremacia judicial nos Estados Unidos. O tribunal só voltaria a tentar afirmar sua autoridade de maneira mais agressiva no final do século XIX, estimulada por uma noção peculiar do direito de propriedade e atemorizada por movimentos trabalhistas (KRAMER, 2004, p.

[145] Wolfe (2004, p. 151) destaca que em 1868 o autor da 14ª emenda, John Bingham, propôs um projeto que proibia a Suprema Corte a declarar inconstitucional qualquer ato do Congresso senão pelo voto de uma maioria de dois terços. Essa medida pretendia garantir a posição tradicional de que os atos legislativos só poderiam ser considerados inconstitucionais em caso de violação clara da Constituição. A proposta foi aprovada pela Câmara dos Deputados por ampla maioria, mas acabou rejeitada no Senado.

214). Assim, no período conhecido como Era *Lochner*, a Corte derrubou uma série de leis que estabeleciam direitos trabalhistas e regulavam relações econômicas[146].

Essa tendência expansionista da Corte somente foi detida em 1937, com a ameaça de Roosevelt de interferir na organização do tribunal[147] para "restabelecer o direito do povo de decidir sobre o significado de sua Constituição" (KRAMER, 2004, p. 217). Apesar de não se opor ao *judicial review*, Roosevelt e seus seguidores pretendiam estabelecer limites ao papel dos tribunais, de modo a implementar as políticas públicas exigidas pelo *New Deal*.

O ajuste decorrente desse conflito se provou durador e pautou a atuação da Suprema Corte pelos sessenta anos seguintes. O *New Deal* estabeleceu uma divisão aguda entre dois tipos de questões constitucionais: aquelas que envolvem as competências delegadas pela Constituição aos poderes Executivo e Legislativo e aquelas que dizem respeito a direitos individuais que limitam essas competências (KRAMER, 2004, p. 219).

Em relação ao primeiro conjunto de questões, ficou estabelecido que a análise da constitucionalidade era atribuição do Executivo ou do Legislativo, por conta do seu "*pedigree* democrático", em especial quanto a temas econômicos. O Judiciário exerceria um escrutínio amplamente deferencial das medidas desses poderes, intervindo somente quando o ato fosse "patentemente ilógico ou completamente insustentável" (KRAMER, 2004, p. 219).

No que diz respeito ao segundo grupo, aquele que trata de direitos individuais, políticos ou necessários para a proteção de certas minorias, os tribunais preservaram um papel muito mais ativo. Ainda assim, ficou reservado um espaço substancial para que os

---

[146] O caso que deu nome ao período foi *Lochner v. New York*, de 1905, que envolvia uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em sessenta horas semanais e dez horas diárias. O tribunal derrubou a lei sob o argumento que ela violava a liberdade contratual, que era protegida pela cláusula do devido processo legal, prevista na 14ª emenda. Segundo o tribunal, havia dois fundamentos para a lei. Primeiro, ela podia ser tratada como uma medida de saúde pública. A Corte, no entanto, entendeu que os padeiros não estavam sujeitos a uma ocupação particularmente insalubre, de modo que não havia uma relação razoável entre a finalidade da lei (proteger a saúde do trabalhador) e a medida pretendida (limitar a jornada dos padeiros). Numa outra perspectiva, a lei poderia ser compreendida como uma lei trabalhista e, nessa condição, ter como objetivo a correção de uma suposta iniquidade entre empregado e empregador. A maioria do tribunal entendeu que essa finalidade não era legitima na medida em que os padeiros eram adultos capazes, que podiam cuidar de si mesmos (WOLFE, 1994, p. 152). Sunstein (2009, p. 59) destacou a ironia de que a Corte utilizou uma disposição constitucional concebida para superar a herança da escravidão, i.e., a 14ª emenda, para impedir o governo de proteger trabalhadores.

[147] Em 1937, Franklin Delano Roosevelt, recém reeleito presidente, apresentou ao Congresso um projeto para modificar a composição da Suprema Corte, permitindo novas nomeações presidenciais ao tribunal sempre que um dos *Justices* atingissem setenta anos de idade. Após Roosevelt anunciar sua intenção em um programa de rádio, a Corte subitamente mudou sua posição, por maioria de 5 a 4, e considerou constitucional uma lei estadual de Washington que assegurava um salário mínimo às mulheres trabalhadoras. Esse caso, denominado *West Coast Hotel v. Parish*, é geralmente considerado a "derrocada de *Lochner*" (SUNSTEIN, 2009, p. 55).

poderes "políticos" pudessem fazer suas próprias opções constitucionais, ao limitar a intervenção judicial a um conjunto de assuntos onde ela era mais necessária, como questões de raça, gênero e privacidade (KRAMER, 2004, p. 220).

Apesar da cautela em atuar dentro dos limites estabelecidos por esse ajuste, as alterações promovidas pela Suprema Corte durante aquele período de tempo foram "tremendas". Fim da segregação, liberação do aborto, discriminação sexual e liberdade de expressão foram alguns dos temas que ocuparam a pauta do tribunal. Inevitavelmente, eles conduziram a Corte a reafirmar sua supremacia (KRAMER, 2004, pp. 220-1).

O caso paradigmático foi *Cooper v. Aaron*. Numa decisão unânime, a Corte assentou "que o judiciário federal é supremo na interpretação da lei constitucional" e que, portanto, suas decisões constituíam "a lei suprema do país". O fundamento da decisão é uma corruptela do precedente estabelecido por Marshall em *Marbury*; como vimos anteriormente, ao afirmar que era dever do judiciário interpretar a constituição, Marshall não indicava que era exclusivamente dever do judiciário.

A partir de então, a ideia de supremacia judicial começou a parecer mais palatável à opinião pública, até alcançar ampla aceitação. Kramer (2004, pp. 221-3) aponta duas razões, sendo a primeira um sentimento de "ceticismo geral em relação ao governo popular". A política passou a ser entendida como uma competição entre grupos de interesse, ao invés do espaço de discussão de valores substantivos. Nesses termos, é mais fácil defender os tribunais como o local mais adequado para preservar os compromissos constitucionais.

Outro motivo reside no fato de que a Corte Warren foi, acima de tudo, uma corte liberal. Como vimos até o momento, em geral os defensores da supremacia judicial eram conservadores, que viam no judiciário uma trincheira contra os males da democracia e do Estado de bem-estar. A atuação do tribunal na área dos direitos individuais entusiasmou os progressistas e os levou a "abraçar a filosofia de uma autoridade judicial ampla" (KRAMER, 2004, p. 223).

Os conservadores, mesmo que aterrorizados pelas políticas assumidas pela Suprema Corte, não abandonaram sua fé na autoridade dos magistrados. Como relata Toobin (2018, p. 27), a nova geração de conservadores não acreditava na contenção judicial; para eles o direito constitucional tinha tomado um rumo incorreto e contavam que os tribunais tomariam a iniciativa de restaurar a ordem correta.

Assim, pela primeira vez na história, tanto liberais quanto conservadores se viram lado a lado defendendo a autoridade judicial. Eles discordavam profundamente

sobre como a constituição deveria ser interpretada, ainda assim, todos concordavam que essa tarefa era atribuição dos magistrados, que inclusive tinham a palavra final. O princípio da supremacia judicial passou a monopolizar o debate constitucional (KRAMER, 2004, pp. 223-4).

Esse panorama histórico foi decisivo para as construções teóricas que fundamentam a supremacia judicial na atualidade. Conforme veremos a seguir, formou-se um amplo movimento entre os juristas (especialmente os norte-americanos) visando enfrentar algumas das dificuldades colocadas ao se atribuir aos tribunais a palavra final sobre o que é a constituição.

3.2 AS TEORIAS EM DEFESA DA SUPREMACIA JUDICIAL[148]

A partir da exposição acima, podemos indicar que não há uma relação intrínseca entre o *judicial review* e a supremacia judicial. O primeiro diz respeito à possibilidade de o Judiciário declarar nulos atos normativos incompatíveis com a constituição. O último afirma que a autoridade de interpretar o texto constitucional reside, em instância final, no Judiciário. Nas palavras de Whittington (2007, p. 7):

> Para o supremacista judicial, a Corte define o sentido efetivo da constituição, de modo que os demais agentes políticos estão vinculados não apenas à decisão da Corte em um caso específico, mas também ao seu raciocínio constitucional. A supremacia judicial exige a deferência dos demais ramos do governo às disposições constitucionais da Corte, mesmo quando outros agentes políticos acreditam que a Corte está substancialmente errada sobre o significado da Constituição e as circunstâncias que não estão sujeitas ao *judicial review*. A supremacia judicial afirma que a Constituição é o que o juiz diz que ela é, não porque a Constituição não tenha um sentido objetivo ou porque os tribunais não podem errar, mas porque não há autoridade interpretativa acima da Corte. Como o *Justice* Robert Jackson observou ironicamente com um efeito um tanto diferente: "Não somos definitivos porque somos infalíveis, mas infalíveis porque somos definitivos".

Também Waldron (2016, pp. 351-2), ao mencionar a diferença entre um *judicial review* fraco e forte, destaca que ambos se distinguem da supremacia judicial. Para o jurista neozelandês, a supremacia judicial ocorre quando: 1) as cortes estabelecem temas importantes de todo o sistema político; 2) essas disposições são absolutamente vinculantes para os demais agentes políticos; e 3) as cortes não se submetem às posições dos demais poderes sobre esses temas.

[148] Esse tópico possui trechos que foram adaptados de OLIVEIRA; CONTI; MEDEIROS, 2020.

Ainda assim, o *judicial review,* pelo menos em sua versão forte, compartilha das mesmas dificuldades da supremacia judicial. No centro, está aquilo que Bickel (1986) denominou de "dificuldade contramajoritária". Para ele, ao exercer o *judicial review*, a corte "não o faz em benefício da maioria, mas contra ela". Ainda que recorra à vontade do povo, fixada na constituição, esse povo é apenas uma abstração que obscurece o fato de que ela "frustra a vontade dos representantes do povo real, do aqui e do agora" (BICKEL, 19986, pp. 16-7).

Porém, nenhuma democracia funciona com os eleitores tomando partido dos assuntos cotidianos do governo; por isso eles escolhem periodicamente representantes para se ocupar dessas tarefas. Esses, por sua vez, delegam parte de suas atribuições para pessoas de sua confiança, que não estão sujeitas ao escrutínio eleitoral. Nem todas as decisões são passíveis de prestação de contas. Afinal, a democracia moderna é "muito mais sofisticada e complexa do que tomar decisões na assembleia municipal levantando as mãos" (BICKEL, 1986, p. 17).

A própria construção da vontade popular no processo legislativo está sujeita à desigualdade da representação política. Grupos de pressão, ou facções, como os denomina Madison, operam fortemente nas eleições visando galgar acesso e efetivamente participar do processo de decisão. Para tanto, constituem-se em maiorias ocasionais, que são vendidas ou compradas no mercado eleitoral a cada dois ou quatro anos. Portanto, vivemos em um governo da minoria, ainda que amalgamada em uma maioria parlamentar (BICKEL, 1986, pp. 18-9).

A conclusão é que, em uma democracia, estamos submetidos a decisões que não são passíveis de *accountability* eleitoral. Daí não se deve inferir, entretanto, que não haja outros meios de "tornar instituições governamentais responsivas às necessidades e desejos dos governados". O mesmo pode ser dito do *judicial review,* de modo que seu exercício por juízes não eleitos não implica em um conflito grave com a teoria democrática" (BICKEL, 1986, p. 19).

No entanto, na medida em que impõe um limite ao exercício dos demais poderes, o *judicial review* representa "uma forma de desconfiança", que poderia "enfraquecer o processo democrático" (BICKEL, 1986, p. 21). Ao enxergar a corte como uma instância revisora, o Legislativo pode aprovar qualquer medida que considera conveniente, esperando que os magistrados corrijam seus eventuais erros, o que causaria um empobrecimento do desempenho legislativo (BICKEL, 1986, p. 22).

Outra consideração diz respeito à eficácia do *judicial review*. O instituto estaria em uma contradição fundamental com o princípio da primazia da maioria, que rege o processo democrático. No entanto, o preço pago por essa contradição, que é "uma inconveniência perigosa", não se justificaria, porque quando ela for necessária para impor limites aos demais poderes, provavelmente se demonstraria como insuficiente[149] (BICKEL, 1986, p. 23).

Enfraquecimento da democracia e falta de efetividade, essas são as duas tendências decorrentes da dificuldade contramajoritária que Bickel pretende superar. Para tanto, ele busca justificar institucionalmente o *judicial review* em seu caráter contramajoritário[150]. Ações governamentais, Bickel (1986, p. 24) afirma, possuem dois aspectos: atender as "nossas necessidades imediatas, mas também certos valores duradouros".

No entanto, na medida em que esses valores não estão traçados previamente (*ready-made*), deve haver uma instituição responsável por pronunciá-los e guardá-los. Essa tarefa, na perspectiva de Bickel (1986, pp. 25-6), deve recair no Judiciário, mais do que sobre os demais poderes, porque:

> As cortes têm certas capacidades para lidar com questões de princípios que as legislaturas e o executivo não possuem. Os juízes têm, ou deveriam ter, o tempo, a capacitação e o isolamento para seguir o caminho dos acadêmicos na busca dos fins do governo. [...] Outra vantagem dos tribunais é que as questões de princípios jamais possuem para elas as mesmas dimensões das do Legislativo ou do Executivo. Afinal, leis lidam tipicamente com problemas abstratos ou vagamente previstos. As cortes se ocupam do substancial (*flesh and blood*) de um caso real. Isso tende a modificar, ou até mesmo ampliar, a visão de todos. Também fornece uma pista de teste salutar para todas as abstrações; são propícias [...] para pensar nas coisas, não nas palavras, e, portanto, para a evolução do princípio por um processo que o testa enquanto o cria.

Para Bickel (1986, p. 27), esses argumentos podem "talvez atenuar, ou mesmo igualar, a força de todos os argumentos da outra parte". A democracia é o governo por

---

[149] Bickel (1986, p. 23) reforça seu argumento recorrendo a uma citação de Learned Hand. Hand, ao ser perguntado sobre o que aconteceria aos princípios constitucionais da equidade e da boa-fé caso não houvesse o *judicial review*, respondeu que "uma sociedade tão dividida em que não exista mais o espírito da moderação, não pode ser salva por nenhum tribunal; uma sociedade onde esse espírito floresce, não precisa ser salva por nenhum tribunal; e em uma sociedade que abre mão de suas responsabilidades, confiando aos tribunais a tarefa de alimentar esse espírito, ele perecerá ao final".

[150] Segundo Bickel (1986, p. 24), essa "busca deve se focar em uma função que pode (de fato, deve) envolver a elaboração de uma política, ainda que diversa das funções legislativas e executivas; que seja adequada às capacidades dos tribunais; que provavelmente não será exercida em qualquer outro lugar se os tribunais não a assumirem; que possa ser exercida de tal maneira que seja aceitável em uma sociedade em geral que compartilha a satisfação do Juiz Hand com um 'sentimento de ventura comum'; que seja eficaz quando seja preciso; e cujo o exercício pelos tribunais não diminua a qualidade das funções dos demais poderes ao despojá-los da dignidade e do fardo de sua própria responsabilidade".

consentimento; todavia, essa premissa não é incompatível com a ideia de que uma boa sociedade "se esforçará para apoiar e manter valores comuns duradouros". Mas o povo, por si mesmo, não conseguirá "sustentar um sistema funcional de valores comuns especificamente aplicados".

Nesses termos, o *judicial review* adquire essencialmente uma função de salvaguarda: é "o processo, baseado em princípios, de pronunciar e aplicar certos valores duradouros de nossa sociedade". Ele somente se justifica se "introduz no governo representativo algo que não estava lá", ou seja, uma norma, cujo valor decorre de uma visão ampla das necessidades espirituais e materiais da sociedade, que vincula, independente do resultado[151] (BICKEL, 1986, p. 58).

Ainda assim, essa função do *judicial review* seria ilegítima se violasse o espírito democrático. Bickel (1986, p. 64) afirma que não pode existir uma boa sociedade sem princípios, mas também que nenhuma sociedade será viável se for exclusivamente guiada por eles. No governo democrático existe uma tensão constante entre princípios e conveniências políticas (decorrentes das necessidades materiais imediatas), dentro da qual o *judicial review* deve desempenhar seu papel[152] (BICKEL, 1986, p. 68).

A Suprema Corte, diz Bickel (1986, p. 69), tem um poder tríplice: ela pode derrubar leis incompatíveis com princípios; ela pode validar as leis consistentes com princípios. Mas ela também pode não fazer nada disso; e é aí que reside o "segredo de sua habilidade para manter-se na tensão entre princípios e conveniências". Ao claramente restringir sua atuação, o tribunal dá espaço para que os processos políticos se acomodem (BICKEL, 1986, p. 70).

Ao lançar mão de argumentos jurídicos tais como incompetência e ilegitimidade processual, entre outros, ou recorrendo à doutrina das "questões políticas", por exemplo, a Corte cria um "lapso do tempo (*time lag*)" no processo decisório. Isso permite que os

---

[151] Os juízes devem extrair esses princípios "das tradições de nossa sociedade e das sociedades que nos precederam, na história e nos resíduos da história que é o direito e, como sugeriu certa vez o juiz Hand, no pensamento e na visão de filósofos e poetas. Assim, estarão aptos para extrair os 'pressupostos fundamentais' de seu foro mais íntimo, ainda que, na realidade, seja da moralidade em evolução de nossa tradição" (BICKEL, 1986, p. 236). Por outro lado, se a norma "deve ser modulada por compromissos pragmáticos, então não se trata de um princípio; não é mais do que um instrumento de conveniência. Então, é tarefa das legislaturas, não dos tribunais, impô-la" (BICKEL, 1986, p. 58)

[152] É evidente a tentativa de Bickel de justificar a atuação da Suprema Corte no período posterior ao *New Deal*, que, como indicamos anteriormente, mantinha uma posição de autorrestrição em matérias econômicas ou sobre a extensão das competências dos demais poderes, mas atuava ativamente em questões de direitos individuais (Cf. KRAMER, 2004, p. 219). Essa tentativa não passou desapercebida por Ely (1980, p. 65), para quem Bickel pretendia "encontrar uma maneira de aprovar *Brown* e, ao mesmo tempo, condenar *Lochner*".

juízes possam examinar o caso levando em consideração os fatores sociais e culturais envolvidos e considerem os argumentos dos demais poderes (BICKEL, 1986, p. 116).

Ao agir de forma prudente, a corte amorteceria os conflitos com o processo democrático. O tribunal estabeleceria um "colóquio permanente com as instituições políticas", a quem caberia indicar "os meios de acomodação e compromisso que julgassem necessários" (BICKEL, 1986, p. 254). Em última instância, é essa "virtude passiva" dos tribunais que confere legitimidade ao *judicial review* apesar de suas credenciais aparentemente antidemocráticas.

Apesar de propor uma forma aparentemente modesta de *judicial review*, Bickel (1986, p. 26) louva a capacidade dos tribunais em "apelar ao melhor da natureza humana" e "despertar suas aspirações, que podem ter sido esquecidas no clamor do momento". Mais ainda, eles são "uma grande e altamente eficaz instituição de ensino", predestinadas a ser a "voz da razão" e encarregadas da função criativa de articular princípios impessoais e duradouros (BICKEL, 1986, p. 27).

Segundo Posner (2012, p. 531), "Bickel ofereceu um mecanismo tático que ajudou a Corte a prevalecer sobre os demais poderes". Os princípios defendidos por ele eram, na verdade, ideais políticos que a Suprema Corte deveria cautelosamente impor à nação porque as outras instituições iriam rejeitar. Bickel esperava que os legisladores fossem despertados pela tutela da Corte, de modo que:

> Para Bickel, então, como para os federalistas, a constrição era estritamente prudencial. Bickel, e ele esperava o mesmo dos *Justices*, estavam à frente da opinião pública e tinham que manobra com cautela se quisessem que suas visões se transformassem direito constitucional duradouro. A abordagem [...] repousa em uma atitude paternalista em relação ao legislativo (e ao público em geral) e atribui um papel de liderança moral à Suprema Corte (POSNER, 2012, p. 532).

Em Bickel (1986, p. 30), o *judicial review*, especialmente quando exercido pela Suprema Corte, é o que articula e renova a "unidade moral" da nação. Os argumentos de Bickel encontram alguma consonância com o papel que John Rawls (1996) atribui à Suprema Corte. Segundo Rawls (1996, p. 231), "num regime constitucional com *judicial review*, a razão pública é a razão de sua suprema corte".

Rawls (1996, p. 213) define a razão pública como uma "característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de igual cidadania". Em seguida, ele afirma que ela corresponde à concepção política de justiça exigida da estrutura institucional da sociedade e dos objetivos e fins a que deve servir. Ela é pública de três modos:

> [...] como uma razão dos cidadãos enquanto tal, é a razão do público; seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conteúdo são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidas abertamente à vista de todos sobre essa base (RAWLS, 1996, p. 213).

Trata-se de um conceito que está intimamente ligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa e bem ordenada e que é, ao mesmo tempo, descritivo e normativo, já que "descreve o que é possível e o que pode vir a ser, ainda que nunca seja" (RAWLS, 1996, p. 213). A primeira observação de Rawls (1996, p. 214) é que ele deve envolver apenas "fundamentos constitucionais (*constitutional essentials*)" e questões de justiça básica.

Os fundamentos constitucionais referidos por Rawls são aquelas decisões sobre dois tipos de questões: aquelas que envolvem a) a estrutura geral de governo e do processo político; e b) direitos e liberdades fundamentais (RAWLS, 1996, p. 228). Outras espécies de questões públicas, tais como tributação, limitação da propriedade, meio ambiente, por exemplo, embora relevantes, não precisam ser resolvidas recorrendo necessariamente à razão pública (RAWLS, 1996, pp. 214-5).

Oura limitação proposta por Rawls diz respeito às deliberações individuais sobre questões políticas, ou mesmo à discussão sobre elas por grupos ou associações. Nesses espaços, onde preponderam considerações religiosas, filosóficas ou morais, o debate pode ser conduzido por razões não-públicas[153]. A razão pública, portanto, está adstrita "aos cidadãos quando estão engajados na argumentação política no fórum público" (RAWLS, 1996, p. 215).

O ponto essencial é o fato de que, em uma sociedade democrática, convivem uma diversidade de perspectivas morais, religiosas e filosóficas. Trata-se, afirma o autor, de uma "característica permanente da cultura pública e não uma mera condição histórica que logo passará" (RAWLS, 1996, p. 217). Sendo assim, é razoável esperar que o exercício do poder político só é justificável quando apoiado em princípios razoáveis e racionais endossados por todos os cidadãos.

A legitimidade, então, depende do dever moral de sermos capazes de explicar aos demais de que maneira os princípios e votos que advogamos podem ser sustentados

[153] Rawls (1996, p. 220) explica que razões não-públicas são aquelas razões religiosas, morais ou filosóficas compartilhadas por grupos ou associações, tais como igrejas, universidades ou grupos profissionais. Elas são necessárias para que esses órgãos coletivos possam formar uma argumentação que lhes permita agir de forma razoável e responsável. Essa forma de argumentação é pública com respeito aos seus membros, mas não-pública com respeito à sociedade política e aos cidadãos em geral.

pelos valores políticos da razão pública, bem como da disposição de ouvi-los (RAWLS, 1996, p. 217). É a partir disso que Rawls justifica porque devemos apelar a uma concepção política de justiça, e não recorrer às "verdades mais importantes" (RAWLS, 1996, p. 216).

Ao decidir questões políticas fundamentais com base em suas preferências e interesses ou naquilo que creem que é o certo e o verdadeiro, as pessoas desconhecem seu dever de civilidade e não respeitam os limites da razão pública. Essa, por outro lado, obriga o indivíduo a justificar suas posições políticas, no fórum público, "expressando nossa opinião em relação a qual das alternativas melhor promove o bem comum" (RAWLS, 1996, p. 218).

O conteúdo dessa razão pública corresponde ao que Rawls (1996, p. 223) denomina de "concepção política de justiça". Em primeiro lugar, esse conteúdo expressa certos direitos, liberdades e oportunidades básicas. Depois, ele atribui uma prioridade para esses direitos, liberdades e oportunidades, em especial às exigências de bem comum. Por fim, esse conteúdo vai afirmar medidas assegurando para todos os cidadãos os meios adequados para que eles possam exercer seus direitos e oportunidades.

Rawls (1996, p. 223) destaca que os dois princípios formulados por ele em seu *Theory of justice* se enquadram nessa descrição geral[154]. Porém, além desses princípios, é essencial que a concepção política de justiça inclua também orientações de interrogação que possam estabelecer parâmetros de argumentação e critérios para os tipos de informações relevantes para questões políticas. Como coloca Rawls (1996, p. 224):

> O segundo tipo [de valores políticos] – os valores da razão pública pertencem às orientações de interrogação pública, que tornam essa interrogação livre e pública. Também incluídos aqui estão virtudes políticas como razoabilidade e a disposição de honrar o dever (moral) de civilidade, que, enquanto virtudes dos cidadãos, ajudam a tornar possível a discussão pública razoável sobre questões políticas.

A concepção política de justiça somente oferece uma base pública para justificação se a argumentação se fundar apenas em "verdades claras hoje amplamente aceitas, ou acessíveis, aos cidadãos em geral" (RAWLS, 1996, p. 225). Ao adotar essas

[154] Na sua obra de 1971, Rawls propõe dois princípios fundamentais – apropriados para garantir a liberdade e a igualdade - que integram a justiça como imparcialidade, enquanto concepção política. São eles: 1) todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto que é compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido; e 2) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: 2.1) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e 2.2) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 1996, pp. 5-6).

orientações, as partes agem como representantes responsáveis, pois a aplicação dos princípios será guiada pela inferência, pelas razões e evidências que as pessoas que elas representam possam subscrever.

É nesse contexto que Rawls faz a afirmação, acima mencionada, de que, em um regime constitucional, "a razão pública é a razão de sua suprema corte". Rawls (1996, p. 231) pretende demonstrar: 1) que a razão pública é adequada para ser a razão do tribunal na sua tarefa de "intérprete judicial supremo"; e 2) que o ramo de governo que melhor serve para exemplificar a razão pública é a suprema corte.

Para alcançar seus objetivos, Rawls (1996, pp. 231-3) estabelece cinco princípios do constitucionalismo. O primeiro é a distinção entre poder constituinte e poder constituído. O segundo é também uma distinção, agora entre lei ordinária e superior, que decorre do poder constituinte e restringe e guia o poder ordinário. O terceiro princípio indica que essa lei superior reflete o ideal de um povo de se governar de certa forma; o objetivo da razão pública é articular esse ideal.

O quarto princípio estabelece que, com uma constituição ratificada democraticamente e com uma carta de direitos, o povo fixa, de uma vez por todas, certos fundamentos constitucionais. Por fim, o quinto e último princípio afirma que o poder supremo, em um governo constitucional, é detido conjuntamente pelos três poderes, em uma relação devidamente especificada uns com os outros. O judiciário, adverte Rawls, é apenas "intérprete judicial supremo da constituição".

Esse conjunto de princípios leva Rawls a afirmar que a democracia constitucional é dualista[155] porque distingue poder constituinte e poder constituído, assim como lei superior e lei ordinária. A suprema corte se encaixa nesse modelo como "um dos dispositivos constitucionais para proteção da lei suprema" (RAWLS, 1996, p. 233). Assim, não se pode acusá-la de antidemocrática se, ao aplicar a razão pública, evita que a lei suprema seja corroída por maiorias eleitorais transitórias e por grupos de interesse:

> [A corte] É, de fato, antimajoritária com respeito à lei ordinária, pois uma corte com poderes de *judicial review* pode declarar tal lei inconstitucional. No entanto, a autoridade suprema do povo lhe dá sustentação. A corte não é antimajoritária em relação à lei suprema quando suas decisões estão

[155] A influência de Ackerman (2006) é evidente. Ackerman (2006, p. 7) alega que a democracia norte-americana é dualista porque distingue "duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão pelo povo estadunidense e segunda pelo governo". As decisões tomadas diretamente pelo povo são extraordinárias e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Já as decisões de governo ocorrem diariamente; elas estão, no entanto, condicionadas à constituição, que "impede que políticos eleitos abusem de sua autoridade".

> razoavelmente de acordo com a constituição em si, com as suas emendas e as interpretações politicamente determinadas (RAWLS, 1996, p. 234).

Mas o tribunal tem ainda outra função: servir como exemplo institucional da razão pública. Isso significa afirmar, em primeiro lugar, que essa é a única razão adotada pela corte. Legisladores e os eleitores sempre podem votar com base em suas visões mais abrangentes no que diz respeito aos fundamentos constitucionais. Magistrados, por sua vez, precisam justificar, por meio da razão pública, suas posições dentro de uma visão constitucional coerente (RAWLS, 1996, pp. 235-6).

Em segundo lugar, indicar que a suprema corte é a instituição exemplar da razão pública significa afirmar também que os juízes têm o dever de desenvolver e expressar em seus argumentos as melhores interpretações possíveis da constituição. Melhor interpretação é a que melhor adapta o corpo de leis aos materiais constitucionais e que se justifique em termos de uma concepção pública de justiça, sem invocar sua moralidade pessoal (RAWLS, 1996, p. 236).

Por óbvio, não é necessário, nem razoável esperar, que os juízes concordem uns com os outros. Eles apenas precisam interpretar a mesma constituição a partir de uma concepção política de justiça que possa, de boa-fé, ser defendida de forma ampla, recorrendo a ideais e virtudes da moralidade em geral, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem, de modo a resolver as questões políticas mais fundamentais (RAWLS, 1996, p. 237).

Rawls reserva ainda um terceiro papel à Suprema Corte: ao julgar questões políticas fundamentais, a corte dá "à razão pública nitidez e vitalidade no fórum público" (RAWLS, 1996, p. 237). Em qualquer grande mudança constitucional, o tribunal está destinado a estar no centro da controvérsia; nesses casos, ele obriga a discussão política a assumir uma argumentação baseada em princípios, tornando-se mais do que uma disputa por poder ou posição (RAWLS, 1996, p. 239).

O autor até admite que os demais poderes podem se apresentar, se quiserem, como fóruns de princípios para debater questões constitucionais. No entanto, os desacordos eventuais sobre os fundamentos constitucionais, em Rawls, não serão decididos por um procedimento com base na premissa majoritária, mas sim recorrendo a um procedimento hipotético que consiste em perguntar: "como nossos argumentos nos pareceriam sob a forma de uma opinião da suprema corte? Razoáveis? Ultrajantes?" (RAWLS, 1996, p. 254).

Outro autor que considerava que o judiciário deveria corresponder a um "fórum de princípios" é Dworkin[156]. No primeiro capítulo, destacamos que Dworkin (2005, p. 38) defende uma concepção "constitucional" de democracia, que parte da premissa "de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais". Isso exige que "em certas ocasiões a vontade da maioria *não* deve predominar". Os procedimentos majoritários somente serão legítimos caso "dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito" (DWORKIN, 2006, pp. 25-6).

É a partir dessas considerações que Dworkin vai fundamentar sua defesa do *judicial review* e louvar os tribunais como "as capitais do império do direito" e os juízes como "seus príncipes" (1999, p. 486). Para o jurista norte-americano, os juízes não só possuem legitimidade para anular decisões do Legislativo como, ao fazê-lo, aprimoram a democracia (MENDES, 2008, p. 33). Ou seja, não existe uma tensão evidente entre democracia e *judicial review*, mas complementariedade.

Para Dworkin (2003, p. 172), "uma das precondições da democracia legitima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade". Assim, conforme o autor:

> O objetivo que define a democracia tem que ser diferente [da premissa majoritária]: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito. É certo que essa explicação alternativa de objetivo da democracia exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. [...] Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria (DWORKIN, 2006, p. 26).

Este modelo de democracia, portanto, não pode ser incompatível com procedimentos contramajoritários ocasionais, que tenha por objetivo "proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia" (DWORKIN, 2006, p. 26). Afinal, "a regra da maioria não é nem mesmo legítima, muito menos democrática, a menos que essas condições sejam ao menos substancialmente atendidas" (DWOKIN, 2010a, p. 191).

---

[156] Em uma nota de rodapé em sua obra *Political liberalism*, Rawls (1996, pp. 236-7) observa a semelhança de seus argumentos com os de Dworkin, mas faz uma ressalva. Em sua opinião, "os juízes, ao interpretar a constituição, devem apelar aos valores políticos abrangidos pela concepção política e pública de justiça, ou pelo menos por alguma reconhecível de tal concepção. Os valores que os magistrados podem invocar se limitam ao que é razoável acreditar ser parte dessa concepção ou de suas variantes, e não por uma concepção de moralidade em si, nem mesmo de moralidade política. Considero essa última ampla demais".

Assim, Dworkin (2005, pp.26-7) destaca que:

> Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? [...] Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas. [...] Mas a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores.

É razoável, portanto, que "uma classe pequena e especial de decisões políticas" deva ser tomada por juízes não eleitos (DWORKIN, 2005, p. 30). Os juízes, justamente por estarem alheios ao processo majoritário, estão em uma posição mais adequada para tomar decisões em favor das minorias do que o Legislativo:

> Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido (DWORKIN, 1999, pp. 448-449).

Mesmo quando o debate legislativo é qualificado, "o processo majoritário estimula soluções de meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípios" (DWORKIN, 2006, p. 47). Ao legar aos tribunais um papel relevante na proteção dos direitos fundamentais, Dworkin (2005, p. 32) entende que "as minorias ganham poder político", preservando o desenho de equidade pretendido na democracia constitucional.

Mas é preciso determinar com clareza quais são as decisões políticas que devem ser protegidas da deliberação da maioria. Dworkin (2010, p. 129) distingue dois tipos de argumentos que justificam as decisões políticas: (1) argumentos de política (*policy*) e (2) argumentos de princípio[157]. Essa diferenciação estabelece os limites entre as funções do juiz e do legislador, distribuindo a "responsabilidade política entre os dois de maneira diferente" (MENDES, 2008, p. 37).

Segundo Dworkin (2010, p. 129), os argumentos de política justificam a decisão "mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo". Por sua vez, os argumentos de princípio justificam uma decisão "mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um

[157] Na obra *Uma questão de princípio*, Dworkin denomina esses dois argumentos de forma ligeiramente diferente: argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2005, p. 6).

grupo"[158]. Enquanto a prática legislativa pode exigir as duas espécies de argumento, os tribunais só podem decidir por argumentos de princípios (DWORKIN, 2005, p. 101; DWORKIN, 2010, p. 132).

Nessa visão, os direitos são "trunfos" contra metas coletivas, contra decisões da maioria, mesmo que elas "tenham sido alcançadas mediante os mecanismos normais das instituições que não são questionadas" (DWORKIN, 2005, p. 296). Os direitos só são direitos caso tenham "um certo peso contra as metas coletivas em geral" (DWORKIN, 2010, p. 144). É a partir dessa perspectiva, a do direito como trunfos, que Dworkin defende o ativismo judicial.

Para o jurista norte-americano, o "ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas" (DWORKIN, 2010, p. 215). Essas cláusulas "pressupõe que os cidadãos têm certos direitos morais contra o Estado", de modo que o "ativismo somente pode ser justificado como um programa baseado em algo mais que preferências pessoais dos juízes"[159] (DWORKIN, 2010, pp. 216-7). Deste modo, o autor defende que:

> As cláusulas difíceis [...] devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta" (DWORKIN, 2010, p. 231).

O *judicial review*, portanto, "assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político" (DWORKIN, 2005, p. 102). Ele, inclusive, pode contribuir para o debate político, ao obrigar aos órgãos representativos a incorporar elementos de princípios jurídicos bem antes de eles serem levados aos tribunais.

Portanto, o judiciário se apresenta como um "fórum de princípios"; uma instituição que, segundo Dworkin (2005, p. 103), representa uma "promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum

---

[158] Antes de apresentar a distinção entre argumentos de política e de princípio, Dworkin (2010, p. 36) já diferenciava política de princípio nos seguintes termos: "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".

[159] Dworkin vai exigir um padrão de *integridade* constitucional: para ele, a leitura moral não implica que os "juízes podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções", mas que ela é produto de um trabalho de equipe entre "os demais funcionários da justiça do passado e do presente, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente".

dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça". Dworkin (2011, p. 165) chega a sugerir um modelo de juiz, Hércules, dotado "de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas".

Dworkin usa Hércules para demonstrar como um magistrado deve construir um argumento jurídico que considera não as suas próprias convicções ou mesmos as da comunidade, mas sim a "moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem" (DWORKIN, 2011, p. 197). Essa leitura moral é uma atribuição de todos os membros da comunidade, mas como ela é "intrinsicamente incerta e controversa", é necessário "decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los" (DWORKIN, 2006, p. 2).

Nessa perspectiva, caberá ao judiciário "a última palavra sobre quais direitos a Constituição afirmar e protege e, portanto, sobre o que os governos nacionais e estaduais podem fazer" (DWORKIN, 2003, pp. 167-8). Assim, decisões políticas fundamentais da comunidade, numa democracia constitucional, serão tomadas por juízes e não por representantes eleitos pelo povo. Como observa Dworkin (2003, p. 167):

> O Supremo Tribunal terá de decidir, o que significa que os juízes deverão responder a questões difíceis e profundas de moral política que os filósofos, estadistas e cidadãos já vêm debatendo há séculos, sem chegar a uma perspectiva de consenso. Isso significa que nos caberá apenas aceitar o veredito de uma maioria de juízes, cujo conhecimento dessas grandes questões não parece ser particularmente especial [...].

Dworkin pondera que esse sistema concede aos magistrados amplos poderes e admite que deve haver limites para que eles não interpretem a constituição de acordo com suas próprias convicções políticas. Esses limites, entretanto, não podem consistir em "restrições mecânicas ou semânticas", mas apenas no dever de uma boa argumentação. Ao justificar suas decisões com base em argumentos de princípios e integridade, elas estarão sujeitas às críticas do meio jurídico e poderão ser avaliadas pela opinião pública (DWORKIN, 2003, p. 173 e p. 202).

É claro que Dworkin não desconsidera a hipótese de que os juízes venham a fazer escolhas erradas. Todo jurista, liberal ou conservador, observa ele, pode apontar um punhado de decisões equivocadas da Suprema Corte. No entanto, Dworkin (2011, p. 232) considera que esse risco não deve ser exagerado; as decisões impopulares serão corroídas por conta da relutância da adesão pública ou por conta da alteração da composição da corte.

As más decisões são resultado de argumentações ou convicções equivocadas; o máximo que se pode fazer para evitá-las é "insistir no alto nível intelectual dos juízes"; juízes que sejam capazes de apresentar os melhores argumentos possíveis. Isso não significa que devemos abraçar o ceticismo e a discricionariedade, abrindo mão do raciocínio jurídico. Os juízes devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade[160] (DWORKIN, 2003, pp. 203-4).

Outro autor que segue a mesma linha de Dworkin e Rawls é Robert Alexy (2005). Ele principia sua argumentação destacando o problema da legitimidade do *judicial review*. Em um Estado democrático, esse instituto somente poderá ser legitimo se for compatível com a democracia. A legitimidade do legislativo advém do fato de que ele representa o povo, na medida em que seus membros são selecionados por eleições livres e gerais (ALEXY, 2005, p. 578).

Os tribunais, por outro lado, não possuem esse tipo de legitimidade. Alexy (2005, p. 578) vai insistir que o único meio de conciliar o *judicial review* com a democracia é concebê-lo como uma representação do povo. Existem, no entanto, dois obstáculos à essa pretensão: 1) a representação aparentemente está conectada com eleições; e, 2) caso não haja necessariamente essa conexão, porque essa forma de representação teria prioridade sobre a representação baseada em eleições.

A chave para a solução desse problema, argumenta Alexy (2005, p. 579), está no conceito de representação argumentativa. No caso dos parlamentos, a relação entre representantes e representados é assegurada pela eleição. No entanto, esse modelo de representação, exclusivamente decisional, é insuficiente: uma democracia adequada deve levar em consideração também os argumentos. São eles que transformam uma democracia em uma democracia deliberativa ao permitir a institucionalização do discurso.

Assim, a representação do legislativo é tanto decisional quanto argumentativa, o que demonstra que não há contradição entre representação e argumentação. Nas cortes constitucionais, por outro lado, a representação é "puramente argumentativa". Para o autor alemão, um conceito completo de representação deve indicar certos valores ideais,

[160] Dworkin (2003, p. 204) indica que a integridade possui três dimensões. Em primeiro lugar, ela exige que a decisão seja uma questão de princípios e não resultado de uma estratégia ou acordo político. Depois, ela insiste que a decisão deva ser fundamentada com princípios compatíveis a precedentes da Suprema Corte. Por fim, ela impõe que o magistrado dê àquele princípio importância integral em todos os casos que ele vier a decidir.

não sendo exclusivamente normativo ou factual. Essa dimensão ideal é que permite uma conexão entre decisão e discurso (ALEXY, 2005, p. 579).

Aos críticos que acusam sua visão de hiperidealizada, uma quimera que permitiria legitimar qualquer exercício judicial discricionário, Alexy (2005, p. 580) responde que 1) o *judicial review* enquanto argumento não permite tudo; e 2) ele pode ser relacionado com aquilo que o povo realmente pensa. Para tanto, ele deve ser exercido com base em argumentos plausíveis e diante de uma plateia de pessoas racionais, capazes e dispostas a aceitar esses argumentos.

Como destaca Alexy (1999, p. 66), a "representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político". Preenchidos os requisitos destacados acima, a representação argumentativa institucionaliza o ideal de correção do direito, possuindo prioridade epistêmica e moral sobre a representação eleitoral. Nas palavras do autor:

> O constitucionalismo discursivo, como um todo, é um empreendimento para institucionalizar a razão e a correção. Se existem argumentos corretos e razoáveis, assim como, também, pessoas racionais, a razão e a correção estarão mais bem institucionalizadas mediante a revisão constitucional do que sem ela (ALEXY, 2005, p. 581).

Nesses termos, o *judicial review* seria exercido não contra o povo, mas em seu nome, contra seus representantes políticos. Afinal, a vida cotidiana do parlamento "oculta o perigo de que as maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações e poder dominem" (ALEXY, 1999, p. 66). O fato dos magistrados estarem constrangidos por regras da argumentação jurídica atribui à jurisdição constitucional um grau maior de racionalidade do que o debate político, marcado pela negociação e interesses conflitantes.

Encerramos essa exposição em defesa da supremacia judicial apresentando aquela que Tushnet (1999, p. 27) rotulou como a sua "defesa recente mais sofisticada". Trata-se da exposição formulada por Larry Alexander e Frederick Schauer no artigo *On extrajudicial constitutional interpretation* (1997). Contra a opinião majoritária prevalecente, que eles denominam de não-deferente[161], os autores pretendem defender a autoridade das cortes em dar a última palavra sobre questões constitucionais.

---

[161] Essa posição consiste na defesa de que os juízes não devem ser considerados como os intérpretes exclusivos da constituição; todos os agentes políticos devem tomar suas decisões com base nas disposições constitucionais. Diante disso, ao exercer sua própria responsabilidade constitucional, eles estão vinculados a seguir a constituição conforme sua própria interpretação, não estando obrigados a sujeitar seus

Eles começam por identificar três tipos de argumentos que sustentariam a não-deferência às decisões das cortes. Em primeiro lugar, o argumento fundado na *Realpolitik*: a deferência é uma questão de poder bruto, de modo que não existem razões para cumprir uma decisão da qual se discorda se quem proferiu essa decisão não tem força para executá-la. Outro argumento possível é aquele fundado na separação de poderes: as legislaturas devem se concentrar em estabelecer políticas públicas, deixando as questões constitucionais para os tribunais.

Alexander e Schauer (1997, p. 1.368) afirmam que nenhum desses dois argumentos afirma a obrigação dos agentes políticos em obedecer a constituição. O primeiro vê a obediência como uma questão de força e o último afirma que a fidelidade à constituição não é uma obrigação dos agentes políticos. Dito isso, eles se voltam ao terceiro argumento, que eles consideram mais sério: ele aceita que os agentes políticos tenham o dever de obedecer a constituição, mas não os tribunais (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.369).

Obedecer, eles destacam, significa aceitar a autoridade de uma decisão alheia mesmo não concordando com ela. Assim, a questão que colocam é em que circunstâncias deve um agente político prestar deferência aos tribunais e obedecer, em nome da constituição, o que ele acredita ser uma interpretação errônea da constituição? Para respondê-la, os autores não procuraram argumentos históricos ou empíricos[162], mas normativos, ligados à natureza e função do direito (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.370).

A premissa de seu argumento é de que a função do direito é "decidir com autoridade o que deve ser feito", de modo que ele possui uma "importante função de coordenação" (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.371). Ao resolver os problemas de coordenação em uma sociedade, o direito não apenas justifica a sua existência como também as razões para a sua obediência. Como afirmam os autores:

> Se a aptidão do direito para fornecer soluções autorizadas para questões sobre as quais as pessoas podem divergir na ausência da lei é um valor independente do conteúdo das leis em particular, então, as pessoas têm uma razão para obedecer ao direito ainda que dele divirjam, porque mesmo leis equivocadas

julgamentos constitucionais aos julgamentos constitucionais alheios que lhes parecerem equivocados (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, pp. 1359-60).

[162] Em outro texto, onde os autores buscam responder aos seus críticos, eles admitem que não era intenção dos fundadores (*Framers*) delegar à Suprema Corte a função de intérprete suprema da constituição e nem mesmo o texto constitucional lhe atribui essa tarefa. Mas, ressaltam eles, ainda que a constituição repelisse atribuir à corte essa função, a hipótese defendida por eles permaneceria válida (ALEXANDER; SCHAUER, 2000, p. 459).

> servem à essa função de coordenação (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.372).

Ou seja, o direito nos oferece um conjunto de razões independentes para agir de forma coordenada, ainda que alguns indivíduos divirjam fortemente em relação ao seu conteúdo. Ao mesmo tempo, permite-nos coordenar uma multiplicidade de visões substantivas e interesses mutuamente exclusivos em um empreendimento conjunto em benefício coletivo, isto é, o Estado (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.374).

O motivo pelo qual os norte-americanos optaram por uma constituição escrita, rejeitando a supremacia parlamentar, é, em parte, resultado da "utilidade de decisões uniformes sobre questões sobre as quais os indivíduos têm posições substantivas divergentes e agendas pessoais". Sem uma constituição escrita como uma força estabilizadora, existiria o risco de se deixar várias questões que exigem certos ajustes em um grau de excessiva incerteza (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.376).

A própria constituição, no entanto, admite interpretações divergentes sobre seu conteúdo. É necessária uma norma pré-constitucional que determine o que deve ser feito no caso desse desacordo ocorrer; uma dessas normas é a que estabelece "que a interpretação da Suprema Corte é impositiva e suprema" (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.377). Contra essa afirmação, pode-se objetar que a constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é; que os demais poderes também têm dever de interpretar a constituição.

Alexander e Schauer (1997, p. 1.378) denominam essa objeção de visão "protestante" da interpretação constitucional. A origem do termo, anotam eles em uma nota de rodapé, deriva da rejeição protestante da crença católica de uma única autoridade religiosa. Ela tornaria todos os servidores ou agentes políticos em intérpretes da constituição. Isso resultaria em uma anarquia interpretativa e impediria os esforços de coordenação exigidos pela constituição nos assuntos mais relevantes (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.379).

Mesmo assim, permaneceria a dúvida: por que os agentes políticos devem apoiar decisões fundamentadas em o que eles consideram interpretações equivocadas da constituição, ao invés de seguir as suas próprias interpretações? Ao fazer isso, eles não estariam desconsiderando o texto constitucional? Os autores pretendem solucionar esse problema argumentando que a constituição em si é imperfeita, de modo que existem disposições que muitos considerarão imorais ou imprudentes.

Às vezes, os agentes políticos terão que sacrificar suas próprias opiniões políticas e morais aos juízos de homens que morreram a muito tempo. Pedir para que eles aceitem decisões equivocadas da Suprema Corte não é exigir coisa muito diferente disso. Isso não significa colocar de lado a possibilidade de criticá-las. Segundo Alexander e Schauer (1997, p. 1.381):

> Não argumentamos em favor da obrigação de seguir as interpretações do judiciário porque essas interpretações são idênticas às normas primárias que estão sendo interpretadas. Ao invés, argumentamos em favor da obrigação de seguir interpretações do judiciário que podem, conceitualmente ou na prática, divergir da constituição que está sendo interpretada. Argumentamos, portanto, por uma obrigação de seguir a s interpretações do judiciário, não porque são, por definição, corretas, mas apesar do fato de que elas possam ser incorretas.

No entanto, do argumento de que "é necessário que haja uma palavra final sobre o sentido da constituição", não se segue naturalmente a conclusão de que essa palavra tenha que ser dada pelos tribunais, ou, mais especificamente, por um Suprema Corte. No artigo que resenhamos até o momento, a questão é discutida brevemente, em uma sucinta nota de rodapé (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, pp. 1.377-8, n. 80).

As constituições, eles alegam, são salvaguardas para impedir o excesso de influência das forças majoritárias; essa influência é muito maior nos poderes legislativo e executivo do que no judiciário. Assim, é pouco crível que esses ramos de governo estejam melhor situados para definir os contornos da limitação de seus próprios poderes. Além disso, uma série de vantagens institucionais serviriam com um argumento adicional para preferir as cortes aos demais poderes (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.378).

Posteriormente, em uma resposta aos seus críticos, Alexander e Schauer (2000) desenvolveram melhor esse ponto. Na perspectiva dos autores, os tribunais estão relativamente isolados dos "ventos políticos" e, por isso mesmo, melhor protegidos "das políticas e valores contemporâneos" (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 476). Assim, são mais aptos a garantir a estabilidade exigida pelo direito, pois sua aderência aos precedentes permite que as cortes resolvam questões constitucionais de forma mais permanente que os poderes políticos (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 477).

Não bastasse isso, argumentam Alexander e Schauer (1997, p. 477) que:

> Existem procedimentos estabelecidos e restritivos por meio dos quais as questões constitucionais são trazidas diante da corte, enquanto não existem procedimentos desse tipo nos poderes políticos. A corte tem o dever de fundamentar suas decisões, o que não ocorre nos demais poderes. A corte tem apenas nove membros, que ocupam seu cargo de forma vitalícia. A corte não pode escolher suas pautas, embora o congresso possa.

Esses mecanismos demonstram, na visão dos autores, que o judiciário e, em especial, a Suprema Corte são a instituição adequada para situar a palavra final sobre o significado da constituição. Nenhum outro candidato a essa função possui as restrições institucionais que lhes permitiria falar com o mesmo nível de consistência do tribunal. Os autores concluem, portanto, que "o direito está melhor resguardado, e assim permanecerá no futuro, se a Constituição for o que a Suprema Corte diz que ela é" (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 482).

Não obstante, Tushnet (1999, p. 27) nota que os argumentos de Alexander e Schauer, quando examinados mais de perto, sustentam uma visão bastante mitigada da supremacia judicial. Segundo ele, o que os autores defendem é um sistema normativo que estabeleça um arranjo institucional que garanta a "estabilidade necessária para permitir que a função de coordenação do direito seja executada de forma aceitável".

Ora, na visão de Tushnet, nenhum dos argumentos de Alexander e Schauer leva necessariamente à conclusão de que esse arranjo institucional é optimizado ao conceder ao judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional. Os próprios autores admitem que o congresso *poderia* ser o último intérprete autorizado, mas indicam, como vimos acima, que o judiciário está mais apto a garantir a estabilidade necessária pois está vinculado a um sistema de precedentes. Tushnet (1999, p. 28) até admite que essa afirmação pode ser verdadeira, mas ela ignora a possibilidade de a legislatura observar normas prescrevendo algum tipo de precedente[163].

O ponto da crítica de Tushnet (1999, p. 28), no entanto, está na ausência de considerações empíricas por parte de Alexander e Schauer sobre as práticas que as instituições efetivamente adotam. Ele aponta como exemplo a questão da inércia do legislativo, que pode servir para acomodar as paixões até que se possa alcançar uma solução que "persista por um tempo razoavelmente longo". Apenas uma investigação empírica poderá afirmar que as oscilações na interpretação de questões constitucionais são mais intensas no congresso do que nas cortes.

Um bom design institucional não exige, para Tushnet, supremacia judicial em sentido forte. Nada indica que uma decisão de alguns juízes produz mais estabilidade do

[163] Tushnet (1999, p. 28) também destaca que a Suprema Corte costuma superar seus precedentes, especialmente em matérias constitucionais, como, aliás, foi observado por Alexander e Schauer. Eles citam trechos de votos de Scalia e Rehnquist em que os *Justices* apontam que a observância dos precedentes deve ser mais robusta no caso de matérias envolvendo contratos e direito de propriedade, mas que a sua superação em matérias constitucionais não exige qualquer justificação especial (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1.372).

que uma decisão do congresso, geralmente acordada com o executivo. Assim, uma regra que estabelece que as interpretações da Suprema Corte sobre questões constitucionais devem prevalecer enquanto não forem rejeitadas pela maioria do legislativo, embora rejeite a supremacia judicial, não compromete as exigências de Alexander e Schauer (TUSHNET, 1999, p. 29).

A Suprema Corte é uma instituição em que a regra decisória é "a maioria entre os votos de nove membros". Alexander e Schauer, no entanto, não concebem a hipótese de que a única autoridade interpretativa resida em apenas uma pessoa; ela é uma instituição, localizada em um edifício. Isso não impede, portanto, que uma única autoridade interpretativa seja atribuída a "um grupo de pessoas que trabalha em dois edifícios – a Suprema Corte e o Congresso nacional" (TUSHNET, 1999, p. 29).

Alexander e Schauer desconsideram que as "instituições são modelos complexos de comportamento regular" e não pessoas individuais ou que trabalham no mesmo prédio. O papel dos tribunais depende de um "complexo e amplo processo de interação entre poderes"; é essa interação que constitui a instituição que corresponderá à única autoridade interpretativa exigida pelos autores. Não há porque acreditar que esse sistema, em que cada poder toma suas próprias decisões sobre o que exige a constituição, seja menos estável do que a supremacia judicial (TUSHNET, 1999, pp. 29-30).

Na linha de Tushnet, Jeremy Waldron também apresenta uma vigorosa crítica à supremacia judicial. Ele atribui como seu objetivo a recuperação da dignidade da legislatura, enquanto fonte respeitável de direito (WALDRON, 2007, p. 02). Para ele, "a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficiente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis" (WALDRON, 1999, p. 01).

O dado essencial para Waldron (1999, p. 01) é o fato de que "há muitos de nós, e discordamos sobre a justiça". Esse desacordo, longe de ser uma patologia, constitui uma "característica persistente da política contemporânea"[164] (MENDES, 2008, p. 81). A

[164] Segundo Rawls (1996, p. xvi), "uma sociedade moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas por um pluralismo de doutrinas abrangentes incompatíveis, ainda que razoáveis. Nenhuma dessas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral. Nem se deve esperar que, num futuro previsível, uma ou outra doutrina razoável chegue a ser professada algum dia por todos os cidadãos, ou por quase todos. O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, e, ainda assim, incompatíveis, seja o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional".

existência desse desacordo é, em última análise, o que justifica a construção de instituições políticas.

Como não poderia ser diferente, o desacordo atinge inclusive as concepções individuais sobre quais são os direitos que as pessoas devem ter, qual seu conteúdo e limites para seu exercício. Existe, portanto, a necessidade de se instituir um método para produzir normas jurídicas e impor uma solução única para todos (WALDRON, 2007, p. 37).

Waldron (1999, p. 03) pondera que existem, ao menos, duas tarefas para a filosofia política: refletir sobre a justiça ou refletir sobre política. Sem querer colocar em descrédito a primeira tarefa, o jurista neozelandês defende uma pauta focada no papel das instituições políticas e de como elas podem contribuir para a resolução do desacordo sobre direitos[165]. Deste modo, nenhuma teoria do direito pode prescindir de uma teoria da autoridade:

> Entretanto, dada a inevitabilidade do desacordo sobre tudo isso, uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada com uma teoria da autoridade. Uma vez que as pessoas discordam sobre quais são o que justiça exige e quais direitos possuímos, devemos perguntar: quem tem o poder de tomar decisões, ou por meio de que processos as decisões devem ser tomadas, sobre as questões práticas que as teorias concorrentes da justiça e dos direitos pretendem abordar? (WALDRON, 1993, p. 32)

A partir daí Waldron coloca em destaque o papel do processo político e, especialmente, a legislatura como espaço privilegiado para a resolução das controvérsias sobre justiça. Ao mesmo tempo, como decorrência lógica, o jurista refuta as justificativas tradicionais do controle de constitucionalidade.

Na realidade, para Waldron (2007, p. 04), a indignidade com que a legislação é vista atualmente decorre da valorização do *judicial review* como "palavra final em questões de direito e de princípio". Esse "desconforto com a democracia" faz com que a legislação seja tratada de forma subsidiária, "tolerada apenas quando nenhum dos modos mais refinados de resolução jurídica se aplicam" (WALDRON, 1999, p. 08).

Uma das razões que pode explicar esse fenômeno é uma suposta irracionalidade decorrente do modo como as leis adquirem autoridade jurídica. Ao contrário das decisões

---

[165] É importante destacar que Waldron se define como um "positivista normativo". Para ele, a separação entre direito e moral, uma das teses essenciais para o positivismo em autores como Kelsen e Hart, justifica-se não apenas no plano teórico, mas também normativo: "[...] a separação entre o direito e moralidade, ou essa separação entre o julgamento jurídico e o julgamento moral, é uma coisa boa, talvez indispensável (do ponto de vista moral, social ou político) e certamente é algo que deve ser valorizado e encorajado" (WALDRON, 2001, p. 411).

judiciais, que se assentam na razão, as leis "impõem-se como autoridade com nada mais crível do que os números a seu lado" (WALDRON, 2007, p. 127). Haveria, portanto, uma arbitrariedade na regra da maioria, o que geraria riscos para os direitos individuas da minoria (WALDRON, 2007, p. 127).

Entretanto, a regra da maioria é inerente a qualquer processo decisório, inclusive no âmbito do Judiciário. Frequentemente os membros de um determinado tribunal divergem sobre determinada questão de direito e se utilizam da votação como método de decisão. "A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é [...] de grupos constituintes, não [...] de métodos de decisão" (WALDRON, 2007, pp. 128-9).

A questão subjacente, portanto, não é a regra da maioria, mas quem está mais apto a decidir sobre as "questões para as quais o consentimento [da comunidade] é relevante" (WALDRON, 2007, p. 146). O processo legislativo seria mais legitimo para a tomada dessa espécie de decisão porque reclama autoridade sem ocultar os conflitos que circundam sua produção (MENDES, 2008, p. 87).

Justamente aí, na possibilidade de tomar decisões sem olvidar do dissenso, é que Waldron vai encontrar a dignidade da legislação. A legislação "é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna"[166] (WALDRON, 2007, p. 156). O único método que efetivamente respeita o pluralismo político é o processo legislativo conduzido com base no princípio majoritário. Para Waldron (2007, pp. 158-9):

> A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das duas diferenças de opinião quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ele não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário.

[166] Não por acaso, Hannah Arendt (2001, p. 258) apontava que a "ação é, de fato, a única faculdade miraculosa que o homem possui". Para a filósofa, um milagre é "aquilo que irrompe no mundo como uma 'improbabilidade infinita'" e, a partir daí, desencadeia um processo histórico que só vai ser interrompido por uma nova iniciativa humana, "pelo *initium* que é o homem enquanto ser que age" (ARENDT, 2002, pp. 218-219).

Nesse contexto, não há espaço para o controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário[167]. Waldron, inclusive, vai se destacar como um dos grandes críticos do *judicial review*. A teoria jurídica estaria por demais acostumada com uma oposição entre uma imagem idealizada do judiciário e uma "descrição 'crua' da política realmente existente, atenta aos seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não faz" (OLIVEIRA, 2008, p. 09).

Waldron (2016, p. 199) distingue duas espécies de *judicial review*. Em um sistema "forte" (*strong*), os tribunais têm autoridade para se recusar a aplicar a lei em casos particulares ou modificar a lei para conformá-la aos direitos individuais. Algumas vezes, por meio de mecanismos de *stare decisis* ou de preclusão, as cortes têm poder de transformar uma lei em "letra morta" (WALDRON, 2016, p. 200).

Ao contrário, no sistema "fraco" (*weak*), os tribunais têm autorização para analisar a legislação para verificar sua compatibilidade com os direitos individuais, mas não pode deixar de aplicá-la simplesmente porque violariam esses direitos (WALDRON, 2016, p. 200). É contra o primeiro desses sistemas que Waldron dirige suas críticas. Para o jurista, o *judicial review* não se justifica sempre que uma sociedade apresenta as seguintes características:

> (1) instituições democráticas funcionando razoavelmente bem, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, de novo, funcionando razoavelmente bem, configurado em uma base não representativa para julgar ações individuais, resolver disputas e sustentar o Estado de direito; (3) um compromisso da parte da maioria dos membros da sociedade e de seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e da minoria; e (4) um desacordo persistente, substancial, de boa-fé sobre direitos [...] entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2016, p. 203).

Nesse tipo de sociedade, os desacordos sobre direitos devem ser resolvidos usando suas instituições legislativas, de modo que deixar para as cortes essa atribuição gera déficits de legitimidade política (WALDRON, 2016, p. 203). Do mesmo modo, não se sustenta a visão de que as Cortes erram menos do que as legislaturas:

> O *judicial review* baseado em direitos é normalmente defendido apontando-se a probabilidade de que o procedimento democrático da maioria leve a resultados injustos. E assim eles podem. Mas assim pode qualquer

[167] Na verdade, mais recentemente Waldron (2018) atenuou em parte suas críticas contra o controle de constitucionalidade, admitindo a possibilidade de um controle forte de constitucionalidade, desde que com algumas alterações como, por exemplo, quóruns diferenciados (ou mesmo a unanimidade) para que as cortes possam declarar a inconstitucionalidade de uma norma, além de uma exigência argumentativa maior dos magistrados quando se trata de "invalidar uma decisão tomada por um dos poderes do governo que é democrático e politicamente responsável".

> procedimento que procura solucionar o problema da escolha social em face do desacordo sobre o que é injustiça ou tirania. A prática americana de permitir que a Suprema Corte dê a última palavra (pelo voto da maioria dos seus membros) em temas de direitos fundamentais já produziu decisões flagrantemente injustas (WALDRON, 1999, p. 247).

E mesmo que os tribunais fossem aptos a fornecer a "resposta certa" sobre as questões políticas fundamentais, essa resposta seria incapaz de superar os desacordos vigentes em uma sociedade pluralista (MENDES, 2011, p. 26). Conceder a última palavra às cortes enfraqueceria a participação dos indivíduos. Para a pergunta sobre quem deve ter o poder de decidir, Waldron (1999, 244) não consegue achar resposta mais legitima do que: "as pessoas cujos os direitos estão em jogo têm o direito de participar em termos igualitários da decisão".

Ainda assim, como observamos acima, Waldron distingue o *judicial review* da supremacia judicial. Admitindo que sua posição contra o *judicial review* é minoritária, ele propõe uma discussão acerca da soberania dos tribunais sobre outras bases. Como ele destaca, "quaisquer que sejam os argumentos contrários ao *judicial review*, eles não são os mesmos contrários à supremacia judicial" (WALDRON, 2014, p. 5).

Waldron (2014, p. 11) não nega a hipótese que de que as cortes têm se inclinado em direção à supremacia judicial. Essa inclinação, no entanto, não decorre do fato de que elas exercem o *judicial review*, mesmo em sua versão forte, mas sim do modo como elas o exercem. É claro que, nos sistemas que adotam um *judicial review* mais robusto, os tribunais estão sempre enfrentando questões constitucionais importantes, ainda assim, é possível que eles queriam estabelecer um limite (WALDRON, 2014, p. 13).

A análise de Waldron (2014, p. 14) parte daquilo que ele denomina de problema hobbesiano: para Hobbes, uma sociedade bem organizada exige um soberano (seja ele um monarca ou um parlamento) que deverá impor o ordenamento jurídico, mas jamais se sujeitará a ele. Nas democracias constitucionais modernas, diz Waldron, acreditamos que superamos esse dilema impondo ao soberano uma constituição e encarregando as cortes da tarefa de mantê-lo nos limites dessa constituição.

Hobbes, no entanto, rejeita essa solução; a constituição, ao atribuir aos tribunais a tarefa de limitar o soberano faz deles um novo soberano[168]. Seria uma regressão infinita,

[168] Waldron cita o seguinte trecho do *Leviathan*: "Mas o soberano não está sujeito àquelas leis que ele próprio, ou melhor, que a república fez. Pois estar sujeito à lei é estar sujeito à república, isto é, ao soberano representante, ou seja, a si próprio, o que não é sujeição, mas liberdade em relação às leis. Este erro, porque coloca as leis acima do soberano, coloca também um juiz acima dele, com poder para castigá-lo, o que é fazer um novo soberano, e também pela mesma razão um terceiro para castigar o segundo, e assim sucessivamente, para confusão e dissolução da república" (HOBBES, 2003, p. 275).

pois seria necessário estabelecer um terceiro que exercesse uma vigília também sobre as cortes e assim por diante. O constitucionalismo buscou romper com essa lógica empoderando as cortes sem lhes atribuir soberania, ou seja, aceitando o *judicial review,* mas submetendo-as à lógica da divisão de poderes e, portanto, sem poder de legislar (WALDRON, 2014, p. 17).

Waldron (2014, pp. 17-8) considera essa solução precária; sempre que um tribunal assume para si a tarefa de legislar ou de qualquer outro atributo da soberania, somos trazidos de volta à regressão indicada por Hobbes, essa é "uma perspectiva sombria de supremacia judicial". O risco de o judiciário representar uma espécie de supersoberano que escapa da autoridade do direito será um problema perpétuo na teoria jurídica.

Para salvar o *judicial review* desse dilema e afastá-lo definitivamente da supremacia judicial, Waldron (2014, p. 19) recorre à conhecida distinção efetuada por Sieyès entre *le pouvoir constituant* e *les pouvoirs constitués*. O primeiro é exercido diretamente pelo povo ao elaborar uma constituição ou emendá-la; os últimos são aqueles poderes estabelecidos pela constituição. Assim, os tribunais, mesmo os tribunais supremos, não são mais do que um *pouvoir constitué*.

O que interessa para Waldron (2014, p. 20) é o que ele denomina de tese negativa[169] inerente a essa distinção: "um sistema constitucional deve ser organizado de forma que vede (ou reduza a possibilidade) de qualquer poder constituído assuma para si o manto de *pouvoir constituant*". Nenhum ramo do governo pode ser identificado, ou se identificar, direta ou indiretamente com o povo. Esse é um princípio que "está claramente refletido na arquitetura do constitucionalismo norte-americano" (WALDRON, 2014, p. 22).

Ao aplicar esse princípio a sua análise, Waldron (2014, p. 24) pergunta em que medida os tribunais reivindicam expressar a vontade popular quando exercitam seus poderes de *judicial review*; até que ponto eles assumem para si o manto do povo para interpretar a constituição e rejeitar as interpretações que derivam dos demais poderes? Nessas hipóteses, os tribunais podem causar um "desbalanceamento da constituição", ao se aproveitar do seu poder de revisão para estabelecer sua ascendência no sistema constitucional (WALDRON, 2014, p. 25).

Como destacamos acima, Waldron está entre aqueles que acreditam que o *judicial review* possui um caráter antidemocrático. Aceitar que os tribunais têm o poder

[169] A tese positiva, segundo Waldron, é a proposição de que o povo pode escolher qualquer meio para criar ou modificar a constituição.

de decidir sobre questões constitucionais controversas implica em uma redução da responsabilidade política dos cidadãos. Todavia, quando seu exercício resulta na supremacia judicial, os riscos são ainda maiores porque há a possibilidade de 1) dominação do governo; 2) hegemonia sobre a lei; e 3) redefinição constante do que significa a constituição (WALDRON, 2014, p. 25).

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Mencionamos anteriormente que uma das características da contemporaneidade reside no fato de que os tribunais passaram a ocupar um papel cada vez mais relevante na vida política das nações. Esse fenômeno tem sido denominado de "judicialização da política", termo que ganhou notoriedade a partir de obra *The global expansion of the judicial power*, organizada por Tate e Vallinder em 1995[170]. Para os autores, trata-se da "mais dramática instância da expansão global do poder judiciário" (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5).

Numa democracia, salienta Vallinder (1995, p.13), existem dois modos de solucionar conflitos. O primeiro deles, aquele que deve constituir a regra, é o que ele denomina de "modo político", onde a tomada de decisões se baseia no princípio majoritário e no debate livre entre iguais. O segundo, o "modo judicial", é a tomada de decisões por especialistas imparciais, com base na ponderação sobre argumentos jurídicos, geralmente envolvendo um caso concreto e com partes determinadas.

Vallinder (1995, p. 14) utiliza o seguinte quadro para diferenciar os dois modelos de tomada de decisões:

CARACTERÍSITICAS	**JUDICIÁRIO**	**LEGISLATIVO**
Atores	Duas partes e um terceiro participante (o juiz).	Diversas partes.
Métodos de trabalho	Audiências abertas e ponderação de argumentos.	Negociações, geralmente a portas fechadas, e troca de favores (*logrolling*).
Norma decisória básica	Decisão proferia por um juiz imparcial.	O princípio majoritário.
Resultados	Resolução de casos individuais (mas em conformidade com precedentes, especialmente no *judicial review*).	Normas gerais (leis, orçamentos) e políticas públicas.
Implicações	Averiguação dos fatos (o que aconteceu) e da norma relevante (qual deve ser aplicada), "a única solução correta".	Alocação de valores (geralmente econômicos), "a solução politicamente possível".

[170] O termo é mencionado em Schmitt (1931, p. 22) e Loewenstein.

Embora possam ser tratados como "tipos ideais", esses dois modelos incorporam dois princípios e dois papéis que são indispensáveis em uma democracia. A tarefa dos tribunais, afirma Vallinder (1995, p. 15), é garantir os direitos fundamentais dos cidadãos; a do legislativo, proteger os direitos e deveres da maioria. "Pode se dizer, a grosso modo, que a judicialização da política significa a ampliação do primeiro princípio em detrimento do segundo" (VALLINDER, 1995, p. 15).

Segundo Vallinder (1995, p. 13), judicializar é tratar algo juridicamente, é chegar a uma decisão ou julgamento; é "dar à alguma coisa a forma de um processo judicial". Nesse sentido, é possível identificar duas formas ou significados de judicialização da política, uma externa (*from without*) e outra interna (*from within*). A primeira corresponde ao processo pelo qual as cortes passam a intervir na elaboração de políticas públicas de responsabilidade dos demais poderes (executivo e legislativo) (TATE, 1995, p. 28).

Nesse primeiro significado, temos um poder (no caso, o judiciário) que se coloca acima dos outros dois. Vallinder (1995, p. 16) aponta que o *judicial review* "pode ser denominado de judicialização vinda de fora". Mas, como aludimos, existe ainda um segundo significado; a partir dele, judicialização se refere ao processo por meio do qual fóruns não judiciais de negociação e decisão passam a ser dominados por procedimentos e normas quase-judiciais (TATE, 1995, p. 28).

Isso ocorre quando há a introdução de métodos de trabalho judiciais em amplos setores da Administração Pública, tais como, por exemplo, a designação de relatores, o uso de acórdãos, recursos, bem como técnicas de precedentes. Assim, enquanto que no primeiro sentido a judicialização envolve juízes apolíticos assumindo poderes discricionários e agindo como políticos, no segundo temos agentes políticos agindo como juízes apolíticos (TATE, 1995, p. 28).

Para Tate (1995, p. 28), ambas as formas de judicialização se desenvolvem diante de determinadas condições. Em primeiro lugar, a existência de uma ordem democrática, uma vez que dificilmente ditadores se sujeitariam a aceitar juízes independentes participando de políticas públicas ou regras e procedimentos que limitem a discricionariedade dos agentes políticos. Ainda assim, a democracia é "uma condição necessária, mas certamente não suficiente, para a judicialização" (TATE, 1995, p. 29).

A previsão da separação entre os poderes também pode ser apontada como uma das condições da judicialização. A independência do poder judiciário lhe colocaria em "uma posição ideal para se afirmar na formulação de políticas contra ou em competição

com os poderes legislativo e executivo". Entretanto, essa não é uma condição necessária, e muito menos suficiente, servindo muito mais como uma facilitadora da judicialização, que ocorre por outras razões (TATE, 1995, p. 29).

Outra condição, bem mais relevante, é a existência de um catálogo, formal ou não, de direitos individuais que podem ser opostos às maiorias políticas. Esses direitos aumentam a importância política daqueles cujo a atribuição é aplica-los, isto é, os juízes. Um catálogo de direitos confere uma nova legitimidade que transborda para os procedimentos associados à atividade jurisdicional, transformando os tribunais em figuras chave na sua consolidação contra a vontade majoritária (TATE, 1995, p. 30).

Ademais, e com base no já citado catálogo de direitos, a judicialização favorece os grupos de interesse minoritários, que podem se utilizar do judiciário para fazer prevalecer pautas que não são consideradas prioritárias no processo de decisão majoritária. O mesmo pode ser dito da oposição, que frequentemente judicializa questões políticas na tentativa de perturbar e obstruir o governo. Assim, os tribunais, especialmente os constitucionais, serviriam como uma espécie de terceira câmara legislativa (TATE, 1995, p. 31).

Uma das razões que levam grupos de interesses minoritários e a oposição a buscar pela tutela judicial na resolução de questões políticas diz respeito ao enfraquecimento dos partidos políticos e das coalizões de governo. Segundo Tate (1995, p. 31), quando o executivo não possui uma base partidária sólida e não conta com a maioria legislativa, terá dificuldade de obter apoio popular para suas políticas públicas, quando elas são desafiadas pela oposição junto ao judiciário.

Essa falta de efetividade tem como consequência uma percepção geral por parte da opinião pública de que as instituições majoritárias seriam "imóveis, egoístas ou mesmo corruptas". O judiciário possui uma reputação de órgão técnico e honesto, o que lhe garante maior legitimidade em suas decisões políticas. As próprias instituições majoritárias podem desejar delegar parcela de suas atribuições para o judiciário para afastar o custo político de certas decisões (TATE, 1995, pp. 32-3).

Dotan e Hofnung (2005) perguntam-se por que partidos políticos e políticos buscam o judiciário para resolver questões políticas, mesmo que essa atitude resulte em uma redução a autonomia dos seus poderes. O diagnóstico a que chegam é semelhante ao de Tate. Mas eles adicionam um outro fator importante: ao contestar políticas majoritárias na arena judicial, os políticos trazem para si considerável atenção pública, independente do sucesso ou não de suas demandas:

> A ambição de influenciar as políticas públicas do executivo não pode, no entanto, fornecer uma resposta à pergunta do por que os legisladores buscam os tribunais, ou pode explicar o comportamento político nos litígios. Não pode explicar por que políticos apelam para os tribunais mesmo quando suas chances de sucesso (ou de alcançar acordos parciais) são marginais. Também não consegue elucidar por que eles tendem a rejeitar acordos que podem forçar mudanças em políticas públicas via litígios. Se, no entanto, observarmos o fenômeno da litigância por legisladores como uma atividade que tem por finalidade aumentar a exposição do litigante, então o fenômeno pode ser melhor compreendido. Políticos podem recorrer a litígios para alcançar a cobertura da mídia mesmo se suas chances no tribunal sejam pequenas. Eles também tendem a rejeitar acordos fora dos tribunais porque esses acordos atraem pouca exposição e reduzem o tempo em que o assunto fica pendente (reduzindo, desse modo, ainda mais a exposição) (DOTAN; HOFNUNG, 2005, p. 100).

Assim, como observa Taylor (2008, p. 10), a contestação de uma política majoritária diante de um tribunal pode "assegurar uma vitória política mesmo quando não se alcança uma vitória judicial". É o que Dotan e Hofnung (2005, p. 75) denominam de "derrotas judiciais e vitórias políticas" (*legal defeats – political wins*). Em suma, podemos identificar três usos da judicialização por atores políticos: 1) como tática de oposição; 2) como arbitragem de interesses em conflito; e 3) como instrumento de governo (TAYLOR; DA ROS, 2008, pp. 838-43).

A judicialização como tática de oposição política pode ser entendida como a utilização dos tribunais "com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo. [...] Em todos os casos, trata-se de empregar os tribunais, literalmente, como uma última instância, à qual se pode recorrer para derrotar determinadas políticas, denunciar as práticas do governo e tornar clara a posição contrária de determinados grupos a estas" (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 838).

A judicialização como arbitragem surge quando há a redistribuição legal de "poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário" (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 840). Nesse caso, a judicialização não pretende desmerecer a política pública adotada, mas estabelecer regras procedimentais que sejam benéficas para determinados atores políticos.

Na judicialização como instrumento de governo, busca-se "a 'mão amiga' da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas do próprio governo" (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 842). O tribunal, nesse caso, pode agira de forma direta, anulando estatutos legais que

não sejam do interesse do governo, ou de forma indireta, superando situações de paralisia decisória ou de impasse legislativo.

Outro autor que enfrenta a questão da judicialização da política é Ran Hirschl (2004). Para ele, a expansão global do poder judiciário está associada, sobretudo, à crescente constitucionalização no período pós Segunda Guerra e da adoção, por países das mais distintas culturas jurídicas, de formas de *judicial review*. Na introdução de sua obra, Hirschl (2004, pp. 7-8) identifica seis cenários de constitucionalização:

1) A *onda da reconstrução*, que adveio logo em seguida ao conflito mundial, que resultou na adoção de novas constituições pelo Japão (1946); pela Itália (1948) e França (1958) e pelo estabelecimento da Lei Fundamental na República Federal da Alemanha (1949). A maior parte dessas constituições fazia menção a um tribunal constitucional com poderes de *judicial review*.

2) O *cenário da independência*, que se segue após o processo de descolonização e deu origem a constituição da Índia (1950); de Gana (1957); da Nigéria (1959) e do Quênia (1960). Por influência da Grã-Bretanha, essas constituições adotaram "mecanismos para proteger interesses estabelecidos dos caprichos de maiorias políticas independentes".

3) O *cenário de transição única*, no qual a constitucionalização é resultado da transição de regimes autoritários para a democracia. É o caso das constituições da Grécia (1975); Portugal (1976); Espanha (1978) e, claro, Brasil (1988), bem como várias outras repúblicas da América Latina.

4) O *cenário da transição dual*, em que a constitucionalização decorre de uma transição tanto para a democracia no estilo ocidental quanto para uma economia de mercado. Aqui podemos citar, entre outras, o estabelecimento, após a derrocada do comunismo, de tribunais constitucionais na Polônia (1986); na Hungria (1989-90) e Rússia (1991).

5) O *cenário da incorporação*, quando países acabam por incorporar normas jurídicas inter, trans ou supranacionais em seu ordenamento jurídico pátrio. O autor cita os exemplos da Dinamarca e da Suécia que, respectivamente em 1993 e 1995, adotaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), bem como da Grã-Bretanha, que em 1998 incorporou essa mesma convenção em seu direito interno, por meio do *Human Rights Act*.

6) O *cenário de nenhuma transição aparente*, em que as reformas constitucionais não decorreram e nem foram acompanhadas de mudanças fundamentais

nos regimes político e econômico. Segundo Hirschl (2004, pp. 8-9), esses são os casos "mais intrigantes do ponto de vista metodológico" porque permitem "separar as origens políticas da constitucionalização de outras explicações possíveis".

O foco de Hirschl vai recair nas "revoluções constitucionais" ocorridas no Canadá, na Nova Zelândia, em Israel e na África do Sul. Nesses países, reformas constitucionais que impuseram um catálogo de direitos e o *judicial review* resultaram no abandono do tradicional modelo de supremacia do parlamento e em um "fortalecimento judicial". Embora essas alterações tenham fornecido a estrutura institucional para a judicialização da política nesses países, elas, por si só, são insuficientes para explicá-la (HIRSCHL, 2004, p. 30).

Hirschl (2004, p. 31) agrupa as teorias que visam explicar as origens da judicialização em três categorias: 1) teorias evolucionistas; 2) teorias funcionalistas; e 3) modelos econômicos institucionais. Após refutá-las por entender que não dão conta de explicar adequadamente o fenômeno, Hirschl (2004, p. 38) propõe a sua própria teoria, que ele denomina de "tese da preservação hegemônica", que ele entende ser uma "abordagem realista e estratégica do fortalecimento judicial".

A partir de sua tese, o autor procura entender quais são os "incentivos egoísticos dos detentores para deferência com o judiciário". Ele estabelece quatro hipóteses preliminares. 1) que o fortalecimento judicial não ocorre em separado das lutas sociais, políticas e econômicas concretas existentes; 2) que os eventos que não ocorreram e a motivação dos poderosos para não agir de certa maneira devem ser considerados; 3) que atores políticos, econômicos e judiciais importantes apoiarão estruturas institucionais que lhes beneficiem; e 4) que esses atores apoiam a limitação de seus poderes por tribunais por que isso serve aos seus interesses.

Hirschl (2004, pp. 39-40) cita duas maneiras pelas quais os detentores do poder político se beneficiam da expansão do poder judiciário. Em primeiro lugar, delegar ao judiciário a tarefa de elaboração de políticas públicas é um meio efetivo de reduzir os custos da decisão, deslocando a responsabilidade, especialmente em disputas políticas indesejáveis. Depois, como as cortes gozam da reputação de serem apolíticas e especializadas, a delegação pode ser atrativa aos políticos para que eles possam ganhar o apoio da opinião pública em questões controvertidas.

A abordagem de Hirschl (2004, p. 40) leva em conta considerações políticas estratégicas e pode adotar tanto um sentido "delgado" (*thin*) quanto outro "robusto" (*thick*). O sentido "delgado" emprega a lógica do mercado eleitoral. A independência do

judiciário será maior quanto mais competitivo for o sistema partidário de uma sociedade. Se o partido dominante possui expectativa de manter o poder, ele terá pouco interesse em fortalecer o judiciário. No entanto, quando existe expectativa de derrota, ele tenderá a fortalecer o judiciário, para impedir que o próximo partido no poder não utiliza os tribunais "para atingir seus objetivos políticos" (HISRCHL, 2004, p. 41).

O *judicial review*, nesse contexto, serve como uma espécie de "seguro" para possíveis perdedores, protegendo seus interesses políticos das alternâncias decorrentes dos ciclos eleitorais. Isso explicaria por que países como Portugal e Espanha, com amplo pluralismo partidário, adotaram mecanismos fortes de *judicial review*, enquanto a Grécia, dominada por um único partido, permaneceu como a única democracia da Europa meridional sem *judicial review*, mesmo que todos eles compartilhassem o mesmo contexto pós-autoritário[172] (HIRSCHL, 2004, pp. 41-2).

Muito embora Hirschl (2004, p. 42) entenda que a explicação "delgada" ofereça uma contribuição para a compreensão das causas do fortalecimento do judiciário, ela não estabelece um ponto de vista completo da constitucionalização e do surgimento do *judicial review*. Isso porque 1) ela não permite explicar o surgimento do *judicial review* no Estados Unidos, quando não existia um mercado eleitoral; 2) ela ignora as lutas políticas suprapartidárias, com diferentes visões de mundo e sistemas de crenças; e 3) apaga a contribuição das elites judiciais e grupos econômicos.

Como alternativa, ele oferece uma explicação estratégica "robusta", que ele vai denominar de "tese da preservação hegemônica". Essa tese sugere que o fortalecimento do judiciário é um subproduto de uma interação estratégica entre *elites políticas* ameaçadas com a perda de controle sobre as políticas públicas; *elites econômicas* que veem a constitucionalização como um meio de promover sua agenda neoliberal e elites judiciárias que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional (HIRSCHL, 2004, p. 43).

Assim, confrontadas com a possibilidade de perda de poder por conta da incerteza democrática, as elites com acesso desproporcional à arena legal podem promover a constitucionalização, transferindo poderes às cortes supremas. Segundo Hirschl (2004, p. 44):

---

[172] Hirschl (2004, p. 42) faz uma analogia com o surgimento de outras agências autônomas, como os bancos centrais. Quanto maior for a possibilidade de determinado partido político ocupar permanentemente o governo, maior será seu interesse em manter seu controle sobre a política econômica. A autonomia de agências como um banco central somente entra na agenda política quando existe o temor de perder o controle do governo. Essa independência limitaria as opções políticas futuras do partido político adversário.

> Esse tipo de preservação hegemônica por meio da constitucionalização de direitos ou de um poder judicial com base em interesses provavelmente ocorrerá quando a reputação pública do judiciário por profissionalismo, imparcialidade política e retidão for relativamente alta; quando os processos de nomeação judicial são controlados em grande parte pelas elites políticas hegemônicas; e quando a jurisprudência constitucional dos tribunais espelha previsivelmente as propensões culturais e preferências políticas dessas elites hegemônicas.

Nessas condições, o fortalecimento do judiciário parecerá um arranjo institucional eficiente para encastelar as preferências políticas das elites hegemônicas, protegendo-as da "pressão política popular" contrária aos seus interesses (HIRSCHL, 2004, p. 44). Essa autolimitação estratégica é benéfica para os detentores do poder na medida em que "as limitações impostas a elementos rivais do corpo político superam as limitações impostas a eles mesmos" (HIRSCHL, 2004, p. 46).

Todavia, as elites políticas não operam em "um vácuo político ou institucional", elas precisaram da cooperação das elites econômicas e judiciais. Para as elites econômicas, o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização de direitos interessa pois com isso se estabelecem limites para a intervenção estatal. Ao mesmo tempo, do ponto de vista internacional, coloca a liberdade econômica e as regras que permitem o fluxo transnacional de capital a salvo do controle eleitoral.

Já às elites judiciais, especialmente às cortes supremas, o fortalecimento do judiciário pode interessar por conta do aumento da sua influência política e melhora da sua reputação internacional. Magistrados podem adotar ações estratégicas para "manter ou melhorar a posição institucional da corte diante de outros grandes corpos decisórios nacionais". Além do mais, a expansão do judiciário amplia o poder simbólico e prestígio internacional dos tribunais, alinhando-os à crescente comunidade de nações liberais e democráticas engajadas no discurso constitucionalista[173] (HIRSCHL, 2004, p. 49).

A "tese da preservação hegemônica" proposta por Hirschl (2004, p. 49) demonstra que "o poder do judiciário não cai do céu; ele é politicamente construído". Ela pressupõe que o empoderamento do judiciário interessa a pelo menos três grupos hegemônicos distintos, o que não exige nenhuma necessidade social sistêmica. Também afasta qualquer pretensão determinista, porque é focada nos atores. Como aponta o autor (HIRSCHL, 2004, p. 49):

---

[173] No livro, Hirschl (2004, p. 48) afirma que existe um processo acelerado em direção ao intercâmbio entre cortes supremas, criando uma espécie de discurso jurídico global, não centrado nos Estados Unidos. Isso é especialmente relevante a partir do uso de decisões de cortes de outros países na fundamentação de decisões pátrias sobre temas paradigmáticos.

> Enquanto a maioria das teorias existentes sobre transformações constitucionais se focam em macroexplicações universais ou orgânicas para esse fenômeno cada vez mais comum, uma abordagem realística da constitucionalização enfatiza a ação humana e os incentivos políticos específicos como os maiores determinantes do empoderamento judicial. Tal abordagem sugere que a expansão do poder do judiciário pela constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* reflete a apropriação da retórica da justiça social pelas elites ameaçadas para reforçar sua própria posição no contínuo conflito político de um regime político específico.

A judicialização, portanto, não seria apenas o resultado previsível de um determinado arranjo institucional, mas efeito de uma ação estratégica deliberada das elites, especialmente dos agentes judiciais. Existiria uma "estreita afinidade entre a existência de um catalogo constitucional de direitos em uma sociedade e o ativismo judicial" (HIRSCHL, 2004, p. 170). Nos termos do diagnóstico de Tate (1995, p. 33):

> Mesmo em uma constelação muito favorável de condições facilitadoras, o atual desenvolvimento da judicialização da política requer que os juízes tenham atitudes pessoais apropriadas e preferências políticas ou valores, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. Sob condições favoráveis, a *judicialização se desenvolve somente porque os juízes decidem que eles devem (1) participar da formulação de políticas que poderiam ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições e, pelo menos ocasionalmente, (2) substituir as soluções políticas derivadas de outras instituições pelas deles mesmos.* [Grifos no original]

Tate (1995, p. 33) identifica dois grupos de comportamentos relacionados à judicialização, todos independentes entre si: 1) ativismo ou autocontenção judicial; e 2) preferências políticas públicas do judiciário, normalmente arraigadas em um ou mais dimensões de direita e de esquerda. Presentes as condições iniciais de judicialização, somadas às preferências políticas e às orientações ativistas ou autocomedidas dos magistrados, podem ocorrer variadas formas de interações com as instituições majoritárias, que podem conduzir ou não à judicialização (GROSTEIN, 2019, p. 41).

Assim, um juiz com comportamento ativista, mas com uma orientação política de esquerda, tenderá a evitar a judicialização na hipótese em que as instituições majoritárias forem de esquerda. Caso o juiz tenha uma orientação de direita, somente tenderá à judicialização, mesmo diante de um parlamento com valores políticos diferentes, se tiver uma orientação postura ativista. Ou seja, o ativismo, enquanto atitude prévia do juiz, é o que condiciona ou não a judicialização.

Percebe-se como a orientação desses autores difere da postura de juristas como Marcos Paulo Veríssimo e Luís Roberto Barroso. Referindo-se à situação brasileira, que aprofundaremos melhor em capítulo subsequente, Veríssimo (2008, p. 408) indica que

parece haver uma "espécie de 'fuga' cada vez mais acelerada dos temas políticos [...] para dentro do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários". Esse crescente processo de judicialização implicaria em uma postura cada vez mais ativista dos magistrados. Nas palavras do autor:

> [...] um determinado aspecto dessas transformações parece poder ser indicado com razoável clareza, aspecto esse que, como demonstrarei adiante, se relaciona, diretamente, ao processo de judicialização supra-referido. Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário "ativista", que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais) (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Barroso (2009, p. 12), por sua vez, menciona uma "judicialização da vida", que "envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade". Esse fenômeno "tem causas múltiplas", sendo resultado de uma tendência global ou de um determinado arranjo institucional. De toda forma, ele não é, segundo Barroso (2009, p. 14), "um exercício deliberado de vontade política".

Apesar de considerá-los "primos", que vêm "da mesma família, frequentam os mesmos lugares", Barroso (2009, p. 14) indica que judicialização e ativismo "não têm as mesmas origens". Na judicialização, o judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa; o ativismo, por outro lado, é fruto de "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2009, p. 14).

Streck (2016, p. 724) é outro jurista que distingue a judicialização do ativismo e coloca esse último como uma consequência do primeiro. A judicialização decorreria de um "funcionamento (in)adequado das instituições", sendo, portanto, contingencial. Já o ativismo se relaciona com a "resposta que o Judiciário oferece à questão da judicialização"; ele é, afirma o autor, "behaviorismo judicial", em que a vontade do julgador substitui o debate político (STRECK, 2016, p. 724).

Por fim, temos a posição de Campos (2014, pp. 154-5). Também ele aponta para o fato de que o ativismo judicial se desenvolve em meio ao fenômeno da judicialização. O crescente deslocamento de questões políticas e sociais para a arena jurídica "cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial" (CAMPOS, 2014, p. 155). Como coloca o autor:

> [...] o ativismo judicial [tem] na judicialização da política a oportunidade adequada de desenvolvimento – ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.

Como se pode observar, os autores citados acima divergem de Hirschl e Tate na medida que, ao contrário desses, atribuem à judicialização da política a causa do ativismo judicial. O fato desses autores serem brasileiros, segundo Grostein (2019, p. 44), não pode ser negligenciado. Essa postura é resultado do impacto da Constituição de 1988 na atuação judicial, já que, para eles, o arranjo institucional propiciado pela constituição vigente, favorável à judicialização, "deu azo à criação do fenômeno do ativismo judicial"[174-175].

O termo "ativismo judicial" foi cunhado pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr em um artigo denominado *The Supreme Court, 1947*, publicado pela revista *Fortune* no mês de janeiro de 1947, entre anúncios de uísques e loções pós-barba. O objetivo de Schlesinger não era desenvolver uma teoria da função judicial, mas apenas traçar um perfil dos nove *Justices* da Suprema Corte do período, explicando suas alianças e divisões, desmitificando o tribunal para uma audiência leiga (GREEN, 2009, pp. 1.200-1).

Descrevendo a personalidade dos seus componentes, Schlesinger dividia a corte em três grupos. O primeiro, formado pelos *Justices* Black, Douglas, Murphy e Rutlege, era caracterizado como o dos "ativistas judiciais"; enquanto que os integrantes do segundo grupo, os *Justices* Frankfurter, Jackson e Burton, receberam a designação de "campeões da autocontenção". Os dois membros restantes, o *Justice* Reed e o *Chief Justice* Vinson compunham um grupo intermediário (KMIEC, 2004, p. 1.446).

Diante das modestas pretensões do artigo, Schlesinger não chegou a definir de modo acurado o significado dos termos "ativismo" e "contenção" e não explicou

---

[174] Esse ponto é ressaltado especialmente no texto de Barroso (2016, pp. 12-3), que aponta três causas para a judicialização no Brasil (democratização; constitucionalismo abrangente e sistema de controle de constitucionalidade), todas elas intimamente ligadas à Constituição de 1988.

[175] Há quem argumente, entretanto, que essa distinção é apenas aparente, fruto de determinadas concepções ideológicas. Rodriguez (2013, p. 183), por exemplo, afirma que "embora aparentem ser ideias bastante diferentes entre si, 'judicialização da política' e 'ativismo judicial' são como lados de uma mesma moeda, de um processo visto ora da perspectiva da política que seria 'invadida' pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio 'invasor'". A partir de outra perspectiva, Torrano (2015, p. 197) destaca que, "ao menos no Brasil, a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial por vezes soa artificial: ela foi realizada por aqueles mesmos teóricos do 'pós-positivismo' que, desde a década de noventa, têm considerado o Poder Judiciário como um tipo de Poder 'Paternalista', encarregado de corrigir distorções morais, econômicas, políticas e sociais a partir de técnicas mágicas como 'a nova hermenêutica' e o apelo a 'princípios'".

exatamente quais ações dos *Justices* justificavam sua classificação nessas categorias[176]. Apesar disso, sua descrição passou para a história como o "primeiro comentário significativo sobre o 'ativismo judicial'" (KMIEC, 2004, p. 1.229). Segundo Schlesinger (*apud* KMIEC, 2004, p. 1.446):

> Esse conflito [entre os grupos] pode ser descrito de várias formas. O grupo de Black e Douglas acredita que a Suprema Corte pode exercer um papel afirmativo ao promover o bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego dos poderes judiciais para suas próprias concepções do bem social; o outro em expandir o alcance do juízo admissível das legislaturas, mesmo que isso signifique sustentar conclusões que eles mesmos condenam privadamente. Um grupo encara a corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejáveis; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes governamentais alcancem os resultados que as pessoas desejam, para o melhor ou para o pior. Em resumo, a ala de Black e Douglas parece mais preocupada em solucionar casos particulares de acordo com suas próprias preconcepções sociais; a ala de Frankfurter e Jackson em preservar o judiciário em seu lugar estável, mas limitado, no sistema americano.

Essa definição, apesar de bastante escassa, pautou os termos do conflito dali para frente: juízes não-eleitos versus leis aprovadas democraticamente; julgamentos fundados em resultados versus decisões baseadas em princípios; democracia versus direitos humanos; direito versus política, etc.[177] (KMIEC, 2004, p. 1.449). Ainda assim, seria enganoso apontar que o surgimento do ativismo seja contemporâneo à corte descrita por Schlesinger: existe um ativismo que lhe é anterior (GREEN, 2009, p. 1.209).

Não temos a intenção de fazer aqui uma exposição alongada da história do ativismo judicial nos Estados Unidos. Em grande parte, ela se confunde com a própria discussão da supremacia judicial que abordamos no início desse capítulo. A única coisa que convém mencionar é que o fenômeno, que atualmente é louvado especialmente entre

---

[176] Green (2009, pp. 1.204-5), por exemplo, afirma que a "única evidência" citada em desfavor de Black é uma passagem em que ele louva os tribunais federais como "paraísos de refúgio para aqueles que podem sofrer porque estão desamparados, fracos, em menor número ou porque são as vítimas inconformadas do preconceito e da agitação popular". Todavia, colocando a referência em seu contexto, afirma Green, ela nada tinha de ativista; era apenas um comentário em uma decisão unânime, que rejeitou uma confissão obtida sob coação em um caso de pena de morte com colorações racistas. Por outro lado, Schlesinger desconsiderou a posição dos *Justices* no caso *Korematsu v. US*¸ em que o supostamente ativista Black apoiou a segregação de descendentes de japoneses durante a Segunda Guerra Mundial, enquanto que o "campeão da autocontenção" Jackson negou que o presidente tivesse poderes para executar tal medida.

[177] Green (2009, pp. 1.207-8) atribui o sucesso do artigo de Schlesinger a três fatores. O primeiro é a reputação do próprio autor, que alguns anos antes havia sido premiado com Pulitzer. O segundo é a própria longevidade de três dos *Justices* descritos por ele; Black, Douglas e Frankfurter somaram juntos quase cem anos de atuação na corte. Por fim, o artigo voltou à evidência a partir de 1954, quando Earl Warren foi nomeado por Dwight D. Eisenhower como substituto de Frederick Vinson como *Chief Justice* e o tribunal derrubou a segregação racial no caso *Brown v Board of Education*. A partir daí o termo "ativismo" adquiriu muita popularidade, especialmente como um epíteto negativo, que servia para criticar a ala liberal da Suprema Corte.

os que se denominam progressistas, atendeu por muito tempo às pautas conservadoras, como demonstram os casos *Lochner* e *Dred Scott*.

Aliás, parte da dificuldade da tarefa de conceituar o que seria "ativismo judicial" advém dessa carga extremamente ideológica que o termo carrega consigo. Afinal, como aponta Sunstein (2005, p. 42), o ativismo pode ser apontado como um selo posto por alguém sobre uma decisão que se distancia daquilo que ele acha que seja a "abordagem" correta da constituição. Nesse caso, o termo não tem objetivo descritivo; é muito mais um insulto. Uma decisão ativista será sempre uma decisão errada.

Nesses termos, Green (2009, p. 1.217) lista algumas das modernas conceptualizações da expressão: 1) qualquer erro judicial grave; 2) qualquer resultado controverso ou indesejável; 3) qualquer decisão que invalida uma norma jurídica; e 4) uma miscelânea desses e de outros fatores. Com exceção da terceira definição, todos os demais sentidos expressam um certo juízo de valor sobre o ativismo judicial e se revelam imperfeitos como uma descrição adequada do fenômeno.

Do ponto de vista descritivo, o termo ativismo judicial só terá utilidade quando foi possível se efetuar uma definição livre de valores. Para Sunstein (2005, p. 43), o ativismo judicial seria propriamente medido se observando a frequência com que os tribunais derrubam ações dos demais poderes, especialmente do legislativo. O ativismo judicial, afirma o autor, antecipa o processo democrático ao retirar dos eleitores o poder de decisão.

Sunstein salienta que não há juízo de valor em sua conceptualização; afirmar que determinada decisão é ativista no sentido que ele propõe não significa indicar ela como boa ou ruim. Como ele argumenta:

> Por essa definição, *Roe v. Wade* é uma decisão ativista, enquanto que a desprezada *Plessy v. Fergunson*, que manteve a segregação racial, não é. *Bowers v. Hardwick*, a decisão de 1986 que julgou constitucional a proibição da sodomia homossexual (superada em 2003), é um exercício de autocontenção, como *Plessy*. Por uma questão de clareza, vamos simplesmente estipular que um tribunal que constantemente invalidade leis federais e estaduais é ativista, enquanto que um tribunal que raramente o faz é comedido. Proponho essa abordagem simplesmente como uma forma de ser claro sobre o que estamos dizendo. Para reiterar: não pretendo sugerir que um tribunal ativista, assim definido, estará sempre errado ou que um tribunal comedido estará sempre certo (SUNSTEIN, 2005, p. 43).

Apesar de concordar em parte com a perspectiva de Sunstein, Kmiec (2004, pp. 1.463-76) enumera ainda outras quatro definições, ou melhor, dimensões do ativismo judicial: 1) como indevida superação de precedentes; 2) como criação judicial do direito;

3) como aplicação de métodos heterodoxos de interpretação; e 4) como julgamento orientado por resultados (*result-oriented judging*).

A primeira dessas dimensões, qual seja, a indevida superação de um precedente, é mais marcante nos sistemas de *common law*. Kmiec (2004, p. 1.466-7) afirma que esse tipo de ativismo ocorre quando a) um tribunal inferior deixa de observar um precedente de um tribunal superior (*vertical precedent*) ou b) o tribunal não segue suas próprias decisões em casos anteriores. Nesse último caso, a verificação do ativismo dependerá da identificação do tipo de precedente que é superado e do tipo de argumento que justifica a sua desconsideração.

Kmiec (2004, p. 1.469) identifica três graus de hierarquia entre os precedentes: constitucionais, legais[178] e consuetudinários (*common law*). A Suprema Corte norte-americana presta maior deferência aos precedentes consuetudinários porque entende que os tribunais inferiores estão "em melhores condições de modificar o direito". No caso de precedentes constitucionais, a deferência da Corte é menor, diante da dificuldade de se emendar a constituição. Já os precedentes legais gozam de "uma forte presunção de correição".

No entanto, apesar de receberem tratamentos distintos, esses três tipos de precedentes por vezes se confundem. Tanto as disposições constitucionais quanto as legais possuem geralmente um alto grau de abstração e generalidade, o que estimula a criação judicial do direito. Assim, a observância de precedentes é uma virtude, mas é preciso observar que tipo de precedente está em questão; somente desse modo se poderá questionar construtivamente sobre o ativismo judicial enquanto desconsideração de precedentes (KMIEC, 2004, p. 1.471).

Outra definição possível de ativismo judicial corresponde à criação judicial do direito. Tribunais ativistas tendem interpretar de forma ampliada, criando verdadeiras inovações legislativas, em uma clara usurpação das funções do parlamento. Como observa Campos (2014, p. 166):

> O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem *competências legiferantes* reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade *quase legislativa*. [Grifos no original]

[178] Um "precedente legal" significa a decisão de uma corte sobre o significado de determinada lei (cf. CRAWFORD; MEAGHER, 2020, p. 209).

No sistema do *common law*, o ativismo pode ser reforçado por uma tradição que reconhece o juiz como um *law-maker*. Portanto, na medida em que se permite a atuação ativa do judiciário na geração de direitos, a tarefa de definir adequadamente o que é o ativismo judicial como criação de direitos pelos juízes nesse sistema jurídico pode ser bastante tormentosa (RAMOS, 2018, pp. 112-3).

Ainda assim, críticos, assim como admiradores, da corte Warren a denunciaram como ativista, mesmo naquelas suas decisões que receberam ampla aceitação. O caso mais famoso, sem dúvidas, é *Miranda v. Arizona*, em que o tribunal criou um procedimento, desprovido de qualquer base constitucional, que deve ser seguido pelas autoridades estatais antes da realização do interrogatório de uma pessoa sob custódia (GROSTEIN, 2019, p. 140).

Para Kmiec (2004, p. 1.473), o caso Miranda é um bom recordatório da razão porque se deve evitar se utilizar o epíteto "ativismo" para afirmar se uma decisão é boa ou ruim. Um caso individual pode resultar em consequências favoráveis ou estabelecer precedentes desejáveis, ainda que decorrentes de um exercício impróprio das funções judicias. Ao se considerar uma decisão "ativista" como sinônimo de uma "má" decisão, corre-se o risco de se apagar a diferença entre esses dois rótulos.

Importa fazer uma ressalva: alguns autores diferenciam ativismo judicial da criação judicial do direito. Afinal, toda atividade interpretativa traz consigo um "certo grau de criatividade" (CAPPELLETTI, 1993, p. 20). Assim, a criação do direito pode ser definida como um "exercício regular do poder-dever" do magistrado, sendo que o ativismo decorreria do seu desvirtuamento, quando há o desrespeito dos limites normativos substanciais da atividade jurisdicional (COELHO, 2015, pp. 11-2).

Outra dimensão que pode ser atribuída ao ativismo judicial corresponde à utilização de métodos heterodoxos de interpretação. Essa perspectiva está intimamente ligada ao debate norte-americano entre defensores e críticos do originalismo. O originalismo, em sua versão mais extremada, indica que qualquer decisão judicial só tem legitimidade democrática quando observar a intenção original do legislador[179]. Qualquer

[179] Essa é a posição defendida por Bork (1984, 10), para quem "as intenções dos autores [da constituição] [...] são a única premissa legitima da qual toda análise constitucional deve partir". Para ele, "em uma democracia constitucional, o conteúdo moral da do direito deve ser estabelecido pela moralidade do constituinte (*framer*) ou do legislador, nunca pela moralidade do juiz" (BORK, 1984, p. 11). O juiz teria como única tarefa traduzir a moralidade do constituinte ou do legislador em uma norma para regular circunstâncias imprevistas. A moralidade do jurista residiria justamente nessa "abstinência de dar livre curso aos seus próprios desejos", nessa "renúncia contínua e autoconsciente ao poder" (BORK, 1984, p. 11). Posteriormente, Bork (1990) afirma que o juiz não deve buscar a "intenção subjetiva" do constituinte ou do legislador, mas sim pelo significado que as palavras da constituição ou da lei detinham para o público

método alternativo seria uma infidelidade com o texto constitucional e, portanto, "ativismo judicial" (GROSTEIN, 2019, p. 68).

Do lado oposto do debate, temos aqueles que podemos denominar de evolucionistas. Ao contrário dos originalistas, esses juristas insistem que a constituição é um documento vivo e que, portanto, é tarefa dos tribunais interpretá-la "à luz das circunstâncias, valores e necessidades mutáveis"[180] (GOLDFORD, 2005, p. 55). Para eles, a decisão baseada na intenção do legislador ou nas palavras utilizadas por ele é que é ativista (GROSTEIN, 2019, p. 69).

Assim, originalistas e não-originalistas se acusam mutuamente de ativistas, conforme o intérprete promova a leitura atualizada da constituição ou se mantenha adstrito às intenções ou às palavras do constituinte originário. Kmiec (2004, p. 1.475) assevera que, nesses casos, o rótulo de "ativismo judicial" pode obscurecer questões mais profundas: considerar um método interpretativo como ativista não ajuda a esclarecer a disputa subjacente, nem serve para a construção de um argumento contra aquele método de interpretação.

Por fim, a última definição de ativismo judicial proposta por Kmiec é a do ativismo enquanto julgamento orientado por resultados. Como coloca o autor (2004, p. 1.476):

> O juiz do 9º Circuito Diarmuid O'Scannlain o define da seguinte forma: 'o ativismo judicial significa não uma mera falha em prestar deferência aos ramos políticos do governo ou em reivindicar normas previsíveis e uniformes; ele significa somente a falha de assim não proceder para promover um outro objetivo, não oficial'. Em outras palavras, a decisão é 'ativista' somente quando (a) o juiz tem um motivo oculto para decidir daquele modo; e (b) a decisão se afasta de um padrão de correção.

Marshall (2002, p. 129) chama essa dimensão de "ativismo partidário", aquilo que considera como um dos pecados do ativismo, e a sua forma mais severa. Nesse caso, o judiciário usa seu poder para promover uma agenda partidária própria, tomando decisões com base em valores particulares. Kmiec (2004, p. 1.476) afirma que nem

---

na época da sua aprovação. Outra corrente do originalismo é o textualismo, defendido por Scalia (1997). Ele rejeita o intencionalismo de Bork e prega uma interpretação de uma norma constitucional deve ser feita com base no que ela efetivamente diz e não a partir daquilo que os legisladores tinham intenção de dizer: "[...] é simplesmente incompatível com o governo democrático, ou de fato, mesmo com um governo justo, ter o significado da lei determinado pelo o que o legislador pretendia que ele fosse, ao invés do que por aquilo que foi promulgado por ele" (SCALIA, 1997, p. 17).

[180] Strauss (2010, p. 1) define uma "constituição viva" como aquela que "evolui, muda com o tempo e se adapta às novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada".

sempre é fácil de identificar essa motivação subjacente, mas considera que essa definição é particularmente útil porque limita o universo das decisões "ativistas".

As definições acima evidenciam que o ativismo judicial não é um "conceito monolítico"; pelo contrário, seu caráter multidimensional oferece uma oportunidade para entender o fenômeno de forma mais completa. Além disso, fornece uma ferramenta qualitativa que auxilia na identificação e na avaliação das decisões ativistas (CAMPOS, 2014, p. 350).

Acima de tudo, o ativismo pode ser compreendido como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar" (RAMOS, 2018, p. 131). Ele acontece sempre que o juiz rompe com a legalidade democrática alimentado "pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la" (GARAPON, 1999, p. 56).

Abre-se o caminho para a discricionariedade e arbitrariedade judicial. Mais ainda, ao confiar ao Poder Judiciário a tarefa de "superego da sociedade" se reduz em grande medida o espaço público deliberativo[181]. Afinal, essa interferência cada vez mais frequente na vida política tem como consequência um enfraquecimento dos demais poderes, especialmente o legislativo, e a substituição da agenda política democrática por uma agenda do próprio judiciário.

Oliveira (2015, p. 210) destaca o risco da decisão judicial ativista mesmo naqueles casos em que ela pode ser considerada correta. Para ele, esse tipo de decisão, ao longo prazo, contribuiria para disseminar a percepção de irrelevância do processo político eleitoral. Nessas circunstâncias, quando as instâncias legislativas representativas são trocadas por instâncias judicias não-representativas, "nada impede que estas últimas passem a decidir em seu próprio benefício e/ou de outros interesses privados melhor organizados e mais influentes". Nesses termos, importa recordar a previsão de Schmitt (1931, p. 22):

---

[181] Segundo Maus (2000, p. 201), "quando a Justiça — em todas as suas instâncias — decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a "desqualificação" da base social. O formalismo jurídico clássico ainda dispunha de espaço jurídico livre: o que não era compreendido por disposição legal do respectivo direito válido situava-se estritamente fora do âmbito jurídico, e, portanto, fora do alcance jurídico do Estado — ao menos sob as condições do Estado de direito. Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente. Que desta forma os espaços jurídicos autônomos desapareçam é tão notável quanto o fato de que na sociedade atual a integração jurídica dos aparelhos do Estado e a integração moral das relações vitais concretas permaneçam ainda acentuadamente independentes umas das outras".

> É natural considerar a solução judicial de todas as questões políticas como o ideal do Estado de direito e ignorar o fato de que expandir a jurisdição para um assunto que talvez não seja mais justiciável só pode prejudicar o judiciário. Isso porque a consequência seria, como muitas vezes mostrei, tanto para o direito constitucional quanto para o direito internacional, não uma judicialização da política, mas uma politização da justiça (*nicht etwa eine Juridifizierung der Politik, sondern eine Politisierung der Justiz*).

A consideração de Schmitt sublinha a ideia de que é equivocada a visão tradicional do Estado de direito de que os conflitos políticos possam ser submetidos, na maior medida possível, ao escrutínio e revisão judiciais. Para ele, essa tese é duplamente equivoca: primeiro, porque não é realista que o direito possa eliminar a política; depois, porque tal "despolitização" "apenas transferem para o judiciário os riscos inerentes ao processo, 'politizando' o judiciário" (OLIVEIRA, 2022, p. 174).

Os tribunais são idealizados, enquanto o legislativo é demonizado. Por traz disso, subsiste a ingênua percepção de que os juristas profissionais "atuam de acordo com um procedimento que não é de 'decisão', mas de 'cognição'" (OLIVEIRA, 2022, p. 175). No entanto, os parlamentos, e não as cortes, estão mais bem equipados para a discussão das grandes questões políticas e morais de uma sociedade. As razões apontadas por Waldron (2016, pp. 125-144) podem sintetizadas da seguinte forma:

1) as legislaturas são corpos políticos eleitos e responsáveis, sendo que seus membros podem ser regularmente substituídos se desagradarem os seus eleitores;

2) os parlamentos são instituições transparentes[182], "publicamente dedicados a fazer e modificar a lei";

3) por terem muito mais componentes que os demais ramos do governo, as legislaturas apresentam uma diversidade maior de opiniões, experiências e também de interesses;

[182] Obviamente, alguém poderia querer repristinar a crítica de Schmitt (2017, pp. 29-30) à democracia parlamentar, alegando que "a atividade em si do parlamentar não se realiza durante as deliberações públicas no plenário (*öffentlichen Verhandlungen des Plenums*), mas sim em comissões, não necessariamente em comissões parlamentares, e as decisões essenciais são tomadas em reuniões secretas dos líderes de facções ou até nos comitês extraparlamentares, de modo que toda responsabilidade é deslocada e abolida". Waldron (2016, p. 128), entretanto, pondera que "todo tipo de negócio legislativo é feito nos bastidores [...]. Até onde eu sei, o mesmo é verdade para as cortes. Mas, pelo menos, no caso das legislaturas, nós sabemos do que tratam esses acordos: eles são sobre a elaboração de leis. Nas cortes, também existem acordos de bastidores, mas o público acredita – de forma as vezes enganosa – que eles tratam da aplicação, e não da elaboração ou modificação da lei".

4) os parlamentos são instituições representativas, de modo que as opiniões, experiências e interesses referidos acima são representados sempre de forma abstrata e geral[183], características essenciais para a legislação.

Essas características tornam o Poder Legislativo o órgão mais adequado para a elaboração de leis. Assim, a tramitação, discussão e deliberação de projetos de leis são permeadas de regras procedimentais que procuram assegurar racionalidade às decisões públicas, mas, especialmente, garantir a igualdade de tratamento de todos os participantes interessados.

O desentendimento sobre questões de direito é razoável. Nessas circunstâncias, é preciso adotar um procedimento para resolver os desacordos e respeitar as vozes e opiniões de todos os envolvidos, tratando-os com iguais. O Legislativo pode fazer isso. A interferência do Judiciário, além de pouco acrescentar, é uma "forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos" (WALDRON, 2016, p. 244).

Deste modo, o modelo de supremacia judicial vai contra o ideal daquilo que Waldron (1999, p. 232) denomina de o "direito dos direitos", a participação democrática, afirmando uma espécie de "governo das elites". Ele admite que o povo expressou sua vontade ao estabelecer uma constituição, mas, depois disso, não tem mais nenhum papel a desempenhar senão simplesmente aceitar a interpretação que os tribunais determinam. O poder sobre a "última palavra" é transferido das instituições político-representativas para "outra instituição, supostamente capaz de uma 'representação' purificada da política e apoiada na técnica jurídica" (OLIVEIRA; DUTRA, 2023, pp. 56-7).

Oliveira e Dutra (2023, p. 61) destacam que esse modelo calcado na supremacia judicial é errado do ponto de vista descritivo porque não é realista. Do mesmo modo, o *déficit* democrático desse tipo de arranjo institucional é evidente, já que é aristocrático em sua essência. Ainda assim, não podemos ignorar que a judicialização e o ativismo são, sobretudo, reflexos de uma crescente descrença na política deliberativa e na democracia representativa na contemporaneidade. No próximo capítulo enfrentaremos as razões dessa descrença e suas consequências para as democracias modernas.

[183] Segundo Urbinati (2006, pp. 224-5), a "representação ativa um tipo de unificação política que não pode ser definido em termos de um acordo contratual entre eleitores e eleitos nem resolvido em um sistema de competição para apontar a quem cabe se pronunciar sobre o interesse geral de todos. Um representante político é único não porque ele substitui o soberano na aprovação das leis, mas precisamente porque ele não é um substituto de um soberano ausente (a parte substituindo o todo), uma vez que ele precisa ser constantemente recriado e dinamicamente em sintonia com a sociedade de modo a aprovar leis legítimas".

4 O POPULISMO POLÍTICO

Em 1923, Carl Schmitt escreveu um diagnóstico demolidor sobre a democracia liberal. Para o jurista alemão, o século XIX representou "a marcha triunfante da democracia" (*der Siegeszug der demokratie*) (SCHMITT, 2017, p. 30). Entretanto, na medida em que se ampliava, fazendo desaparecer seu rival mais importante (a monarquia), a democracia deixava de "ter um objetivo claro em termos de conteúdo", associando-se a todo tipo de movimento político, como liberalismo e socialismo (SCHMITT, 2017, p. 32).

A democracia, segundo Schmitt (2017, pp. 34-5), assenta-se em "um conjunto de identidades" (*eine Reihe von Identitäten*), em especial "a identidade de governantes e governados, dominador e dominado [...], identidade do povo com sua representação no parlamento, [...] do Estado com a lei"[184]. Desta forma, a democracia pode admitir "diferentes formas de governo e consequências jurídicas para a realidade política" (SCHMITT, 2017, p. 41).

Assim, a interligação entre democracia e sistema parlamentar, apesar de parecer necessária, é apenas contingente[185], determinada pela "convivência forçada entre os princípios da democracia e os do liberalismo" (FERREIRA, 2004, p. 197). O que caracteriza o liberalismo não é a identidade entre governantes e governados, mas o debate público, a separação de poderes e a criação de leis como resultado da deliberação livre do parlamento (SCHWAB, 1989, p. 67).

A partir desses postulados, Schmitt (2017p. 43) define o parlamento como "a discussão pública de argumentos e contra-argumentos, os debates e conversações públicas e a parlamentação, que, no entanto, ainda não é democracia". E, no entanto, "o desenvolvimento da moderna democracia de massas transformou a discussão pública em uma simples formalidade vazia" (*einer leeren Formalität*) (SCHMITT, 2017, p. 10).

Segundo Schmitt (2017, p. 30), "as decisões importantes são tomadas sempre em reuniões secretas dos líderes de facções ou até nos comitês extraparlamentares". Os partidos políticos, por sua vez, deixaram de representar posições divergentes, tornando-

[184] No prefácio de 1926 Schmitt modifica essa ênfase na identidade e destaca a homogeneidade como principal característica da democracia: "Toda verdadeira democracia se baseia não só em que o igual seja tratado igualmente, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. A democracia, portanto, inclui necessariamente, em primeiro lugar, a homogeneidade e, em segundo, – se for preciso – a eliminação ou aniquilação do heterogêneo" (SCHMITT, 2017, pp. 13-4).

[185] Schmitt (2017, p. 41) afirma que "pode existir uma democracia sem aquilo que se chama parlamentarismo moderno e um parlamentarismo sem democracia".

se “grupos de poder social ou econômico em competição, que calculam interesses mútuos e possibilidades de poder para formarem compromissos e coalizões” (SCHMITT, 2017, p. 11).

Ou seja, ao contrário do que pregam os defensores do liberalismo, as “grandes decisões políticas e econômicas, nas quais hoje reside o destino das pessoas, não são mais (se é que algum dia foram) [...] o resultado de debates parlamentares” (SCHMITT, 2017, p. 62). Assim, se “a publicidade e a discussão se tornaram uma formalidade vazia e sem sentido, então o parlamento [...] perdeu a sua base e significado anteriores” (SCHMITT, 2017, p. 63).

A obra de Schmitt foi escrita no início de um período de “retirada acelerada e cada vez mais catastrófica das instituições políticas liberais”[186] (HOBSBAWM, 1995, p. 115). Esse contexto, a aproximação posterior do jurista com o partido nacional-socialista alemão e a crescente onda de democratização e constitucionalização que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, foram fundamentais para acobertar o diagnóstico de Schmitt.

Após a queda do murro de Berlim e o fim da União Soviética, a crença na democracia liberal parlamentar chegou ao seu auge, alcançando quase que a totalidade do globo terrestre. Esse triunfo animou um cientista político norte-americano a declarar que “a democracia liberal poderia constituir o ponto terminal da evolução ideológica da humanidade e a forma final do governo humano, constituindo assim, o fim da história” (FUKUYAMA, 1992, p. 13).

Segundo Fukuyama (1992, p. 13), a preponderância da democracia liberal sobre as outras formas políticas[187] decorre de dois fatores: a superioridade do liberalismo econômico em relação ao planejamento socialista[188] e por possibilitar o “reconhecimento

---

[186] Nesse sentido, Kelsen (2000, p. 139) afirma que “o efeito imediato da Primeira Guerra Mundial [...] parecia ser uma vitória do princípio democrático. Os Estados recém-criados adotaram constituições democráticas. O Reich alemão, o mais poderoso baluarte da monarquia, tornou-se uma república. Contudo, a tinta do documento de paz de Versalhes mal havia secado quando, na Itália, o governo fascista chegou ao poder e, na Alemanha, o partido nacional-socialista dava início a sua vitoriosa ofensiva. Junto com eles, defendia-se uma nova doutrina política que se opunha ardorosamente à democracia e proclamava uma nova fórmula de salvação política: a ditadura”.

[187] “Dos diferentes tipos de regimes surgidos no curso da história da humanidade, desde monarquias e aristocracias até as teocracias religiosas e as ditaduras fascistas e comunistas deste século, a única forma de governo que sobreviveu intacta até o fim do século XX foi a democracia liberal” (FUKUYAMA, 1992, p. 80).

[188] Segundo Fukuyama (1992, pp. 15-8): “As experiências da União Soviética, da China e de outros países socialistas indicam que, embora as economias centralizadas sejam suficientes para alcançar o nível de industrialização representado pela Europa dos anos 1950, são lamentavelmente inadequadas para criar o que chamamos de economias “pós-industriais” complexas, onde a inovação na informação e na tecnologia desempenha um papel muito mais expressivo.[...] O que chamamos de “lógica da ciência natural moderna” é, na verdade, uma interpretação econômica da mudança histórica, mudança que (ao contrário de sua variante marxista) conduz ao capitalismo e não ao socialismo, como resultado final”.

recíproco e universal, em que cada cidadão reconhece a dignidade e humanidade de todos os outros" (FUKUYAMA, 1992, p. 19). Daí porque "a democracia liberal continuaria como a única aspiração política corrente que constitui o ponto de união entre regiões e cultura diversas do mundo todo" (FUKUYAMA, 1992, p. 12).

As principais características dos regimes democráticos modernos são a formação indireta da vontade popular pela representação política[189] e a competição política por meio de partidos políticos organizados[190]. Esse modelo, ao estruturar, regular e conter conflitos, demonstrou-se muito bem-sucedido para "promover a liberdade em sociedades divididas", sem o recurso à violência (PRZEWORSKI, 2011, p. 172). Assim, adotando-se ou não o entusiasmo de Fukuyama, o fato é que "a ideia de democracia é universalmente popular" e, por conta disso, "a maioria dos regimes reclama algum tipo de direito ao título de 'democracia'" (DAHL, 2012, p. 2).

No entanto, é justamente nesse momento, em que "triunfou como regime, que [a democracia] se desestabilizou como forma política" (ROSANVALLON, 2000, p. 11). Por todo lado se verifica "a erosão da confiança dos cidadãos em seus dirigentes e nas instituições políticas" (ROSANVALLON, 2011, p. 21). As eleições "somente validam um modo de designar os governantes", sem implicar em "legitimação *a priori* das políticas que eles levam a cabo"[191] (ROSANVALLON, 2009, p. 25).

O sintoma dessa crise é a sensação de esgotamento do modelo representativo, que "legitimou a instauração da sociedade liberal-burguesa e o processo de institucionalização de uma democracia formal no Ocidente" (WOLKMER, 2001, p. 86). Isso decorre de que existe uma "tendência à autonomização dos representantes em relação aos seus representados" na democracia representativa, ainda que se espere que nela o povo exercerá o poder, mesmo que ausente dos locais de seu exercício (MIGUEL, 2017, p. 105).

Nesse capítulo, nosso objetivo é estudar uma das respostas políticas a essa crise: o populismo. Na primeira parte, pretendemos apontar diversas concepções ou teorias da

---

[189] Bobbio (2000, p. 56) leciona que "a expressão 'democracia representativa' significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade".

[190] O estabelecimento de partidos políticos para mediar os interesses dos órgãos representativos e dos representados (MEZZAROBA, 2001, p. 32) é consequência do aumento do eleitorado decorrente da extensão do direito de sufrágio. Como aponta Manin (1997, p. 206), "os partidos políticos, com sua burocracia e sua rede de filiados, foram estabelecidos com o objetivo de mobilizar o eleitorado alargado".

[191] Trata-se daquilo que Dahl (2000, p. 36) denominou de "paradoxo democrático", ou seja, o fato de que "o declínio da confiança nas instituições políticas não foi seguido de um declínio na confiança na democracia".

democracia, sejam elas elitistas (Michels), minimalistas (Schumpeter, Przeworski e Downs), pluralistas (Dahl) e normativistas (Urbinati). Em seguida, discutiremos, a partir de Urbinati e Manin, a ideia de democracia de audiência e seus efeitos sobre a democracia moderna. Por fim, encerraremos o tópico com a tentativa de Przeworski de diagnosticar as causas da insatisfação moderna com a democracia liberal.

O objeto do segundo tópico é fazer um levantamento histórico do populismo enquanto fenômeno político. Seguindo Rosanvallon, identificaremos suas primeiras manifestações no período da segunda república francesa, na presidência de Luís Bonaparte. Em seguida, faremos um estudo sobre as primeiras manifestações populares do populismo entre o campesinato norte-americano e russo e sua ascensão como fenômeno urbano na América Latina. Ao final, analisaremos seu ressurgimento nas democracias liberais ocidentais, especialmente França e Estados Unidos.

No último tópico, faremos um levantamento da literatura contemporânea sobre o populismo, buscando por uma concepção que seja adequada para aplicarmos ao objeto da tese, qual seja, o populismo judicial. Por conta do seu crescimento no "Ocidente" após a recessão iniciada pela crise de 2008, o fenômeno populista deixou de ser apenas um epíteto associado a políticos adversários e passou a chamar uma maioria atenção na academia, especialmente na ciência política.

Iniciaremos apresentando a tentativa de Rosanvallon em criar um tipo-ideal abrangente do populismo, desvendando-o enquanto "uma verdadeira proposição política, que tem sua coerência e sua força positiva". O autor francês se propôs a traçar os elementos essenciais do populismo, procurando entendê-lo como um fenômeno do século XXI, que está inserido em uma longa história da democracia, destacando sua indeterminação e sua postura paradoxal com a própria democracia representativa.

Depois, apresentaremos a perspectiva de Urbinati. A teórica política italiana concebe o populismo como um "processo de representação, em que um sujeito coletivo é construído", uma "nova forma de governo representativo". Apesar de reconhecer suas credenciais democráticas, ela destaca que o populismo no poder pode ter um efeito desfigurante na democracia, especialmente nas instituições representativas.

Müller, por sua vez, reconhece o populismo como um perigo à democracia, mas um perigo interno ao mundo democrático. Ele procura, então, reconhecer e lidar com o populismo de três modos. Primeiro, ele descreve as características do discurso populista. Depois, ele vai apontar as estratégias dos populistas para se manter no poder. Aqui, Müller dá especial relevância para a tendência dos populistas de buscarem perpetuar seu projeto

político em constituições. O último aspecto, "como lidar com o populismo", não será abordado no trabalho nesse momento[192].

A última concepção que iremos abordar é a teoria minimalista de Mudde e Kaltwasser. Para esses autores, o populismo é, sobretudo, uma "ideologia esvaziada", que se associa a outras ideologias, de esquerda ou de direita, para promover projetos políticos que são atraentes a uma ampla audiência. Isso explica a maleabilidade do conceito, que, para os autores, possui apenas três elementos nucleares: o povo comum, a elite corrupta e a vontade geral.

4.1 AS TEORIAS E A DESFIGURAÇÃO DA DEMOCRACIA

Democracia é um termo polissêmico, que pode ter diferentes significados, dependentes do contexto histórico e ideológico. Como observa Dahl (2012, p. 3), aquilo que entendemos por democracia "não é a mesma coisa que um ateniense do tempo de Péricles entenderia". Ainda assim, pode-se sustentar que existe uma concepção dominante, aquela derivada do senso comum, que pode ser cindida em duas: "governo do povo" e escolha de governantes por eleições livres e periódicas (MIGUEL, 2014, p. 28).

No entanto, essas duas faces do conceito se mostram incompatíveis entre si. Eleições, desde a Antiguidade, sempre foram entendidas como processos elitistas de escolha, que afastam o pressuposto básico da democracia, que é a igualdade entre os cidadãos[193]. Além disso, em nenhum regime democrático contemporâneo se pode afirmar que o povo realmente governa; as decisões fundamentais são tomadas por uma minoria fechada, uma elite com forte tendência à hereditariedade (MIGUEL, 2014, p. 28).

Ou seja, a ideia que tradicionalmente temos da democracia é incapaz de fornecer sua descrição adequada. Essa indefinição conceitual fez florescer, no período pós-Segunda Guerra Mundial, abordagens mais realistas, talvez até pessimistas, da

[192] Isso porque não nos interessa, nesse momento, apontar soluções ao populismo, mas apenas e tão somente descrevê-lo enquanto fenômeno político para permitir sua utilização para analisar sua utilização retórica, inclusive, ou melhor, especialmente, por atores políticos não-eleitos.

[193] Contrapondo-se à visão histórica tradicional, que associava o costume ateniense de sorteios para escolha de certos cargos públicos à religião, Manin (1997, p. 27) destaca seu "caráter tipicamente democrático". Nas fontes primárias gregas, o "sorteio é descrito como *o* método de seleção democrática, enquanto a eleição é vista como um método mais oligárquico ou aristocrático". A razão dessa identificação deve ser buscada em um aspecto central da cultura democrática grega, qual seja, o princípio da alternância dos cargos públicos: o "princípio cardeal da democracia não era que o povo deve tanto governar como ser governado, mas que cada cidadão deve ser capaz de ocupar as duas posições alternadamente" (MANIN, 1997, p. 28). Esse princípio transformou a seleção por sorteios em uma solução racional: "já que um número substancial de indivíduos ocupará um cargo público de qualquer jeito, um dia ou outro, a ordem em que eles ascenderão a esses cargos pode ser estabelecida pelo acaso" (MANIN, 1997, p. 31).

democracia[194]. Seu predecessor foi Robert Michels, que em sua obra *Zur Soziologie des Partieiwesens in der Modernen Demokratie*, publicada ainda em 1911, defendeu a impossibilidade lógica da representação do povo nas democracias contemporâneas.

Michels constata uma "tendência à autonomização dos representantes em relação aos seus representados" (MIGUEL, 2017, p. 105), resultante da profissionalização da política[195]. A atividade política, na modernidade, envolve uma gama de conhecimentos e um controle do mecanismo burocrático que não permite a deliberação pública e acaba exigindo a especialização da função política. Segundo o autor:

> Na medida em que se iniciam nos detalhes da vida política, se familiarizam com os diferentes aspectos das questões de impostos e de alfandegas e com os problemas da política externa, os chefes adquirem uma importância que os tornará indispensáveis enquanto os partidos praticarem a tática parlamentar e, talvez, até depois que eles a tenham abandonado (MICHELS, 1982, p. 54).

A divisão do trabalho gera, portanto, a especialidade. Essa superioridade intelectual dos chefes e, por consequência, a incompetência incontestável das massas gera "a justificativa teórica de sua dominação efetiva" (MICHELS, 1982, p. 56). Da mesma forma como o paciente obedece ao médico por conta de seu conhecimento, o paciente político se submete ao chefe do partido, que possui uma competência que ele não tem (MICHELS, 1982, p. 57).

Essa independência em relação às bases tem outra consequência: a oligarquização. Para que as organizações partidárias possam funcionar de maneira mais eficiente é preciso criar uma burocracia, isto é, um quadro de funcionários que se dedique de forma integral a elas. Os interesses dessa burocracia, bem como dos líderes partidários, deixam de coincidir com os da sua base política. "A organização deixa assim, de ser um meio, para tornar-se um fim" (MICHELS, 1982, p. 223).

---

[194] Segundo Miguel (2014, pp. 30-1), a vertente hegemônica da teoria democrática moderna pode ser caracterizada não pelo seu caráter liberal, mas por seu caráter elitista. Assim, suas raízes devem ser buscadas em uma corrente filosófica que, a partir de determinados pressupostos sobre a natureza humana e sobre a organização social, afirma a impossibilidade das democracias: a "teoria das elites", sustentada por autores como Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto, que se opunham aos movimentos democráticos e socialistas na virada do século XIX para o século XX. Na visão deles, a desigualdade, especialmente a desigualdade política, é um fato inexorável da realidade; sendo assim, sempre existirá uma minoria destinada a dirigir uma maioria condenada a ser dirigida.

[195] Max Weber (2004, pp. 78-82) argumenta que o surgimento de "políticos profissionais" se deu por conta "da luta que opunha o príncipe às 'ordens'". Segundo o sociólogo alemão, o mandatário buscou o apoio em cinco "camadas sociais politicamente disponíveis e não comprometidas com tais ordens": 1) os clérigos; 2) os letrados com formação humanística; 3) a nobreza da corte; 4) o patriciado (a pequena nobreza e os rendeiros, que Weber denominava "uma figura tipicamente inglesa); e, por fim, 5) os juristas formados em universidades. Essa última categoria, inclusive, vai ocupar um lugar de destaque na formação do Estado racional moderno e também na consolidação da democracia representativa. Weber (2004, p. 80) afirma textualmente que "o advogado moderno e a democracia estão ligados".

No cerne da construção de Michels está aquilo que ele denomina de "lei de bronze da oligarquia", que ele sintetiza da seguinte forma:

> Reduzida à sua mais breve expressão, a lei sociológica fundamental que rege inelutavelmente os partidos políticos (dando à palavra "políticos" seu sentido mais abrangente) pode ser formulada assim: a organização é a fonte de onde nasce a dominação dos eleitos sobre os eleitores, dos mandatários sobre os mandantes, dos delegados sobre os que os delegam. Quem diz organização, diz oligarquia.
> Toda organização de partido representa uma potência oligárquica repousada sobre uma base democrática. Encontramos em toda parte eleitores e eleitos. Mas também encontramos em toda parte um poder quase ilimitado dos eleitos sobre as massas que elegem. A estrutura oligárquica do edifício abafa o princípio democrático fundamental. O que é oprimido, o que deveria ser. Paras as massas, essa diferença essencial entre a realidade e o ideal é ainda um mistério (MICHELS, 1982, p. 238).

Observando o caso do Partido Socialdemocrata alemão (SPD), Michels aponta que a dinâmica da disputa eleitoral afastou o partido operário dos compromissos de classe; ao buscar apoio entre a pequena burguesia, "o partido dos operários torna-se o partido do 'povo'" (MICHELS, 1982, p. 155). "A organização política conduz ao poder. Mas o poder é conservador o tempo todo" (MICHELS, 1982, p. 219).

A necessidade de manutenção do poder afasta os partidos de suas plataformas ideológicas, desradicalizando-os[196], o que leva a uma "crescente heterogeneidade estrutural e cultural dos seus filiados" (OFFE, 1984, p. 363-365). Michels adiante em alguns anos aquilo que Kirchheimer (2012, p. 362) irá denominar de *catch-all party*, que trocam "a efetividade do debate mais aprofundado por uma audiência mais ampla e pelo sucesso eleitoral mais imediato".

Ainda assim, Michels (1982, p. 243) vê a democracia como "dos males o menor"[197]. Seus defeitos decorrem "precisamente de sua impotência em se desfazer das suas escórias aristocráticas". Na medida em que se desenvolvem, as democracias adotam "as formas aristocráticas que elas tinham amargamente combatido no passado". Essa

---

[196] Offe (1984, p. 363) explica: "Para ser bem-sucedido nas eleições e na luta pelo cargo governamental, o partido tem que orientar seu programa para as conveniências do mercado político. Isso exige, primeiramente, a maximização dos votos através do apelo ao maior número possível de eleitores e, em consequência, a minimização dos elementos programáticos que podem criar antagonismos dentro do eleitorado. Em seguida, vis-à-vis os outros partidos, a habilidade de fazer coalizões e a restrição do âmbito das propostas políticas substantivas para se enquadrar às demandas que os sócios da coalizão em potencial estão dispostos a considerar ou negociar. O efeito combinado, aqui, é dissolver qualquer conceito ou objetivo político coerente numa estrutura ou sequência temporal 'gradualista', dando prioridade àquilo que pode ser implementado justamente naquela ocasião e com os recursos dados, adiando e substituindo aquelas exigências e projetos ainda não-realistas ou factíveis".

[197] Dahl (2012, p. 3) classifica os críticos da democracia em três grupos: os que creem que ela seja possível, embora indesejável; os que creem que ela talvez fosse recomendável se possível, sendo que na realidade ela é inerentemente impossível; e os que são favoráveis à democracia e desejam mantê-la, ainda que critiquem alguns pontos importantes. Para Dahl, Michels faz parte do segundo grupo.

tendência só pode ser evitada caso se reconheça o caráter inexoravelmente falho da forma democrática[198].

A obra de Michels nos permite lançar luz sobre a representação como um contínuo problema para a democracia[199]. Ela demonstra que a promessa da democracia de que o povo exercerá o poder mesmo estando ausente dos locais em que ele é exercido é por demais ambiciosa. Essa percepção levará alguns teóricos a deslocar o sentido da democracia, passando a concebê-la como uma competição entre as elites (MIGUEL, 2017, p. 105).

É nesse contexto que se insere Joseph Schumpeter. Apesar do economista austríaco ter dedicado apenas um punhado de páginas de sua obra *Capitalism, socialism and democracy*, publicada em 1942, à questão da democracia, sua análise se demonstrou extremamente influente. Trata-se de "um divisor de águas, pois a partir dela, qualquer estudioso da democracia tem que se colocar, em primeiro lugar, *contra* ou *a favor*" (MIGUEL, 2014, p. 49).

Schumpeter (1994, p. 250) inicia sua argumentação apresentando uma definição do que ele denomina de "doutrina clássica da democracia". A democracia, segundo essa concepção, é "o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo com que o próprio povo decida as questões mediante a eleição de indivíduos que se reúnem para lhe satisfazer a vontade"[200].

No centro dessa concepção, Schumpeter (1994, p. 250) destaca, está a ideia de bem comum, o "farol evidente da política, que é sempre simples de definir e que toda pessoal normal pode enxergar por meio da argumentação racional". A dificuldade em alcançar esse bem comum seria apenas uma desavença temporária sobre a velocidade em que ele deve ser atingido, já que ele coincide sempre com a "vontade comum do povo".

---

[198] Michels (1982, p. 243) conclui sua obra em tom de pessimismo: "A partir do momento em que atingem um certo grau de desenvolvimento e de poder, as democracias começam a se transformar pouco a pouco, adotando o espírito e muitas vezes também as formas da aristocracia que elas tinham amargamente combatido no passado. Mas contra a traição se dirigem incessantemente novos acusadores que, após uma era de combates gloriosos e de poder sem honra, terminam por se misturar à velha classe dominante, cedendo o lugar a oponentes novos que, por sua vez, os atacam em nome da democracia. E esse jogo cruel provavelmente nunca terá fim".

[199] Cabe destacar, no entanto, o fato de que as observações de Michels decorrem de uma generalização de um caso particular, já que "derivaram exclusivamente do estudo de uma única organização, o partido Social Democrata Alemão" (DAHL, 2012, p. 438).

[200] Pateman (1970, p. 17) critica Schumpeter e seus discípulos ao afirmar que "a noção de uma 'teoria clássica da democracia' é um mito. Nenhum dos lados da controvérsia fez o óbvio, e o necessário, e observou em detalhes sobre o que os primeiros teóricos tinham de fato dito. Por causa disso, o mito de uma teoria 'clássica' continua e as perspectivas e a natureza das teorias dos primeiros escritos sobre democracia são persistentemente deturpadas".

Ainda que certas tarefas públicas exijam a intervenção de especialistas, não há essencialmente um desvirtuamento do princípio, uma vez que eles "simplesmente agem de modo a realizar a vontade do povo". Aliás, é muito mais conveniente para uma sociedade manter somente as decisões mais importantes sob deliberação dos cidadãos individuais, delegando as demais para comissões eleitas pelo voto popular (SCHUMPETER, 1994, p. 250-1).

Aceitando essas premissas, a democracia adquiriria um "significado perfeitamente inequívoco", sendo que a única dificuldade seria como implantá-la. O problema, aduz Schumpeter, é que essas hipóteses são de fácil refutação, como ele passa a demonstrar. Em primeiro lugar, não existe bem comum que possa ser inequivocamente afirmado racionalmente, pelo contrário, ele está "destinado a ter significados diferentes" (SCHUMPETER, 1994, p. 251).

Mas, mesmo que fosse possível um bem comum definido de forma adequada e aceitável para todos, ainda assim isso não implicaria na existência de respostas unanimes para os problemas individuais. Schumpeter (1994, p. 252) cita que a "saúde" pode ser um ideal aceito por todos; no entanto, os indivíduos seguiriam divergindo sobre questões pontuais, como a vacinação ou a vasectomia.

Segue dessas duas primeiras observações a constatação de que inexiste uma *volonté générale*, de uma vontade do povo. Isso porque ela pressupõe um bem comum inequivocamente determinado e discernível para todos; a sociedade, no entanto, é composta por indivíduos atomizados, incapazes de construírem uma vontade coletiva (MIGUEL, 2014, p. 50). Ausente esse bem comum, a doutrina clássica "inevitavelmente desmorona em pó" (SCHUMPETER, 1994, p. 252).

Mesmo uma concepção mais realista da vontade do povo, que seja resultado das deliberações comuns do processo democrático, carece de unidade e sanção racional. A ausência de unidade racional decorre do fato de que os resultados obtidos no processo democrático não teriam sentido por si só, a não ser por causalidade. Já falta de sanção racional impõe que haja uma confiança injustificada nas formas democráticas, independentemente dos resultados desejados (SCHUMPETER, 1994, p. 253).

O diagnóstico de Schumpeter tem por base uma concepção específica da "natureza humana na política". Para ele, "o cidadão típico desce a um nível inferior de desempenho mental assim que ele adentra no campo político" (SCHUMPETER, 1994, p. 262). Primeiro porque ele tenderia a ceder a preconceitos e impulsos irracionais,

relaxando seus padrões morais individuais, fazendo aflorar desejos obscuros que a vida privada o ajudaria a reprimir (SCHUMPETER, 1994, p. 262).

Ao mesmo tempo, a fragilidade da lógica e falta de crítica racional coloca o indivíduo ao julgo de grupos de interesses escusos, constituídos por políticos profissionais, por expoentes de um interesse econômico ou por idealistas de todos os tipos, que são "capazes de moldar [...] e até mesmo criar a vontade do povo". Assim, os processos políticos refletem não uma vontade autêntica, mas uma fabricada (SCHUMPETER, 1994, p. 263).

Tendo superado a "doutrina clássica", Schumpeter vai propor sua própria teoria da democracia. A dificuldade da doutrina anterior, alega o autor, residia no fato de que a democracia tinha por objetivo escolher representantes que exprimissem a opinião definida e racional do povo. A escolha dos representantes, portanto, é secundária em relação à finalidade principal, que é "conferir ao eleitorado o poder de decidir as questões políticas" (SCHUMPETER, 1994, p. 269).

Schumpeter, então, propõe uma inversão, tornando a escolha dos homens incumbidos em decidir prioritária em relação à decisão das questões políticas pelo eleitorado. Procedendo desse modo, ele vai definir a democracia como "o arranjo institucional para se chegar a uma decisão política na qual indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto popular" (SCHUMPETER, 1994, p. 269).

Nessa perspectiva, a democracia fica resumida ao processo eleitoral, ficando a participação do cidadão reduzida ao mínimo, isto é, ao ato de votar (MIGUEL, 2014, p. 53). O que garante o caráter do regime é justamente a possibilidade de competição entre os pretendentes ao governo[201]. Nesses termos, Schumpeter (1994, pp. 284-5) afirma:

> [...] democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governe em nenhum sentido óbvio dos termos "povo" e "governo". Democracia significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recursar os homens que irão governar por ele. Mas como o povo pode decidir isso por meios inteiramente não democráticos, tivemos de estreitar nossa definição adicionando um outro critério identificador do método democrático, isto é, a competição livre entre os aspirantes à liderança política pelo voto do eleitorado.

[201] O'Donnel (2017, p. 27) observa que talvez a teoria de Schumpeter não seja tão minimalista como ele pretende. Isso porque Schumpeter estabelece algumas condições externas para que seja possível "uma competição livre na busca de votos livres", condições que se relacionam aos "princípios jurídicos e morais da comunidade". É o caso da liberdade de expressão: "Se, pelo menos em princípio, todos são livres para competir pela liderança política ao se apresentarem ao eleitorado, isso irá exigir na maioria dos casos uma quantidade considerável de liberdade de discussão *para todos*. Em particular, normalmente significará uma quantidade considerável de liberdade de imprensa" (SCHUMPETER, 1994, p. 271).

Como observa Manin (1997, p. 162), a definição de Schumpeter transforma a democracia em algo como um governo indireto pelo povo, o que evidenciaria seu caráter elitista. Sua abordagem, no entanto, mostrou-se extremamente popular, influenciando diversos cientistas políticos. Seu grande mérito foi compreender o processo eleitoral não mais como meio para a realização da democracia, mas como a democracia em si (MIGUEL, 2014, p. 55).

Anthony Downs parte do modelo shumpeteriano, porém subvertendo-o[202]. Ele se propõe a demonstrar que, mesmo em um contexto de baixa racionalidade do eleitorado, é possível "ver o mecanismo eleitoral como um instrumento de efetivação da vontade popular" (MIGUEL, 2017, 44). A lógica proposta por Downs (1965, pp. 34-5) é resumida por ele da seguinte forma:

> Um *partido* é uma equipe de indivíduos que procuram controlar o aparato de governo através da obtenção de cargo numa eleição. Sua função na divisão do trabalho é formular e executar políticas governamentais sempre que conseguir chegar ao poder. Entretanto, seus membros são motivados por seu desejo pessoal pela renda, pelo prestígio e poder que advêm da ocupação do cargo. Dessa maneira, desempenhar sua função social é, para eles, um meio de alcançar suas ambições privadas. [...] Já que nenhum dos complementos do cargo pode ser obtido sem que seja eleito, a principal meta de todo partido é ganhar as eleições. Assim, todas as suas ações visam à maximização dos votos e ele trata as políticas simplesmente como meio para alcançar esse fim.

Nessa perspectiva, o cidadão sabe que as decisões governamentais causam impacto em sua vida; sendo racional[203], ele tenderá a manter no cargo aqueles que melhoram suas condições de existência e substituir aqueles que não conseguirem fazê-lo. Assim, a concorrência entre os partidos conduz eles a agirem de forma a maximizar da melhor forma possível os interesses do povo, mesmo diante do desinteresse desse último pela política (MIGUEL, 2017, p. 45; MIGUEL, 2014, p. 57).

Przeworski (1999, p. 43) também defende a concepção minimalista oferecida por Schumpeter, mesmo afirmando que "escolher os governantes por eleições não assegura racionalidade, representação ou equidade". A democracia, então, implica apenas que os governantes serão eleitos. Talvez possa parecer pouco, mas, levando em

---

[202] O compromisso de Downs (1965, p. 7) com o modelo de Schumpeter poder ser ilustrado por essa passagem, onde ele explica o conceito específico de racionalidade utilizado por ele na sua obra: "A função política das eleições numa democracia, presumimos, é selecionar um governo. Portanto, comportamento racional vinculado às eleições é comportamento orientado a esse fim e nenhum outro".

[203] O eleitor, que Downs, assim como Schumpeter, compara com o consumidor, age racionalmente na medida em que age intencionalmente, calculando os custos e os benefícios de cada ação antes de decidir, maximizando seus ganhos.

consideração que em qualquer sociedade existem conflitos, "eleger governantes é nada menos que milagroso" (PRZEWORSKI, 1999, p. 44).

A visão consensualista da democracia deve ser colocada, adverte Przeworski (1999, p. 44), em seu lugar: no museu do pensamento do século dezenove[204]. As sociedades são carregadas de conflitos econômicos, morais, culturais, que as vezes podem ser atenuados por consensos sobrepostos ("*overlapping consensus*"). No entanto, a deliberação é uma faca de dois gumes, que pode "solidificar perspectivas conflituosas" (PRZEWORSKI, 1999, p. 45).

Citando Popper, que defendia que a democracia é o que nos permite nos livrar de um governo de forma pacífica, Przeworski (1999, p. 45) afirma que "a mera possibilidade de ser capaz de substituir governantes pode evitar a violência". A perspectiva de que pode ocorrer alternância de poder serve de estímulo para que as forças políticas derrotadas aceitem as regras, mesmo que o resultado seja determinado a partir de um jogo de cara ou coroa. Como aponta o autor:

> Embora no curto prazo pudesse ser melhor para os derrotados se rebelarem ao invés de aceitar o resultado definido pela moeda, se eles tiverem chance suficiente de ganhar e uma recompensa suficientemente grande nas rodadas futuras, eles estarão em melhores condições de aceitar o veredito, ao invés de lutar pelo poder. Do mesmo modo, embora os vencedores estejam em melhor condições de não se submeter novamente ao cara ou coroa, no longo prazo talvez seja melhor para eles deixar os seus cargos do que provocar uma violenta resistência à sua usurpação do poder. Regular conflitos por um jogo de cara ou coroa é, portanto, um equilíbrio autorregulável. Um banho de sangue é evitado pelo simples fato de que as forças políticas esperam o revezamento (PRZEWORSKI, 1999, p. 46).

Assim, Przeworski (1991, p. 10) define a democracia como "um sistema em que partidos perdem eleições". Nela existem partidos, que representam diversos interesses, valores e opiniões, existe competição normativamente organizada e vencedores e perdedores periódicos. Embora as democracias possam assumir variadas formas, esse elemento, qual seja, contestação aberta à participação, é suficiente para identificar um sistema político democrático.

---

[204] Sem negar sua dívida com Schumpeter, Przeworski (1991, p. 15) afirma: "Se a democracia fosse racional no sentido da teoria democrática do século XVIII, o problema da adesão não se colocaria, ou, pelo menos, assumiria uma forma bastante diferente. Se os interesses societários fossem harmônicos [...] os conflitos não passariam de desacordos acerca da identificação do bem comum. Poderiam, então, ser superados por meio da discussão racional: o papel do processo político seria apenas de natureza epistêmica – a busca da verdadeira vontade geral. [...] Se os representantes pudessem libertar-se da paixão dos interesses particulares, se fossem criadas as instituições adequadas e se o processo deliberativo fosse suficientemente sereno, prevaleceria a unanimidade – o processo convergiria para a verdadeira vontade geral".

A democracia é, portanto, um governo *pro tempore*, onde os conflitos são encerados (ou melhor, temporariamente suspensos) segundo regras estabelecidas. Os vencedores ocupam os cargos em disputa, definem as normas e tomam decisões, gerando resultados que são obrigatórios até serem alterados conforme as regras estabelecidas. Mas esses resultados são temporários porque os derrotados não desistem de competir em eleições, negociando e influenciando as decisões e a legislação (PRZEWORSKI, 1991, p. 11).

Votar é uma imposição de uma vontade sobre outra; quando uma decisão é alcançada em uma votação, os derrotados se submetem a uma opinião diferente dos deles ou a uma decisão contrária a seus interesses. Przeworski (1999, p. 48) pondera que a votação é o que autoriza a coerção estatal e não alguma racionalidade por traz dela. Na sua perspectiva:

> A deliberação pode levar a uma decisão racional: pode esclarecer as razões do porquê uma decisão deve ou não deve ser tomada. Mais ainda, esses argumentos podem guiar a implementação da decisão, as ações do governo. Mas se todas os argumentos foram expostos e ainda assim não houver unanimidade, algumas pessoas terão que agir em desconformidade com seus argumentos. Eles são coagidos a agir desse modo e a autorização para essa coerção deriva da contagem de votos, da pura força dos números, não da validade dos argumentos contrários (PRZEWORSKI, 1999, p. 48).

Outro traço inerente à democracia, para Przeworski (1991, p. 12), é a incerteza, que decorre do fato de que ainda que os resultados dependam da ação dos participantes (eleitores e políticos), "nenhuma força sozinha tem condições de controlar os acontecimentos". Mas ele não é "caos e anarquia"; o que os atores efetivamente não sabem é o resultado concreto e é essa ignorância que permite a ação conjunta de interesses.

Por conta dessa incerteza, os atores atribuem probabilidades às consequências de suas ações e, a partir disso, desenvolver expectativas e calcular suas ações. Uma vez que os resultados são determinados apenas pela ação das forças políticas concorrentes, "a democracia confere a todos uma oportunidade de lutar por seus respectivos interesses", estimulando os grupos a se organizarem como participantes (PRZEWORSKI, 1991, p. 13).

Rejeitando a perspectiva liberal tradicional de que a característica essencial da democracia é a deliberação pública, Przeworski (1991, p. 13) afirma que os resultados gerados pela democracia decorrem predominantemente da discussão entre os líderes das forças políticas. "O papel do voto é periodicamente ratificar esses resultados"; "o voto –

o governo da maioria – é apenas o árbitro final numa democracia" (PRZEWORSKI, 1991, p. 13).

Przeworski (1991, p. 14) sintetiza sua teoria minimalista da democracia do seguinte modo:

> Resumindo, numa democracia todas as forças devem lutar continuamente pela satisfação de seus interesses. Nenhuma delas está protegida pelas virtudes de suas posições políticas. Ninguém pode esperar pelos resultados para modificá-los *ex post*; todos devem subordinar seus interesses à competição e à incerteza. [...] A democratização é um ato de submissão de todos os interesses à competição, é uma ação de institucionalização da incerteza. O passo decisivo em direção à democracia é dado pela transferência do poder de um grupo de pessoas para um conjunto de regras[205].

Robert Dahl é outro que abraça a teoria concorrencial de Schumpeter, mas lhe dando outra ênfase. Segundo Sartori (1987, p. 152), "Dahl começa de onde Schumpeter para; isso é, Dahl busca uma difusão e um reforço pluralista, na sociedade como um todo, de competição entre as elites". Dahl não pretende apenas entender como a democracia funciona, tal como Schumpeter, mas também fazê-la avançar, distanciando-se do pessimismo da teoria da elite.

Encontramos na obra de Dahl um elemento descritivo (realista) e outro normativo (idealista) da democracia. Normativamente, democracia significa "a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais" (DAHL, 2012a, p. 25). Já nas primeiras páginas do seu livro *Polyarchy*, de 1971, o autor alerta que pretende reservar a expressão democracia apenas para designar esse tipo de sistema ideal.

Como "nenhum grande sistema do mundo real é plenamente democrático", Dahl (2012a, p. 31) utiliza a palavra poliarquia[206] para designar aqueles "regimes que foram

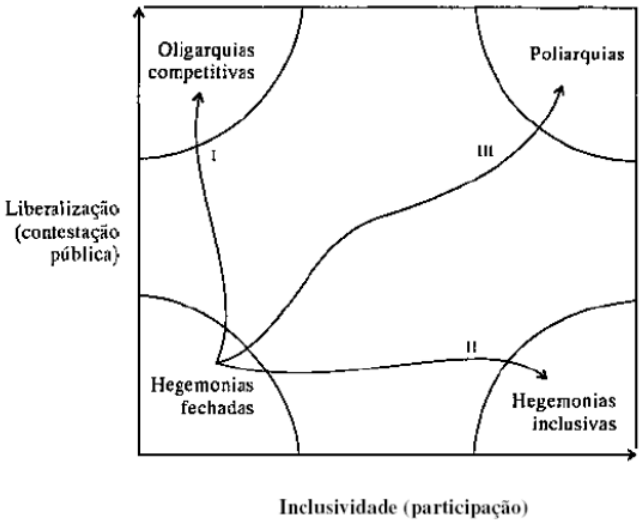
---

[205] Entretanto, Przeworski (1991, p. 14) admite que esse compromisso com as regras é precário, justamente por conta do caráter incerto do jogo democrático. "Como os resultados são incertos para os participantes, suas avaliações *ex ante* e *ex post* divergem. [...] avaliações *ex post* modificam os compromissos *ex ante*. Por isso, a aceitação é problemática". Forças políticas derrotadas vão aceitar as regras do jogo e aceitar resultados imediatos desfavoráveis se houver uma perspectiva de satisfação futura de seus interesses (PRZEWORSKI, 1991, p. 19).

[206] A expressão democracia poliárquica aparece já em uma das primeiras obras de Dahl, *A preface to democratic theor*y, de 1956. Nesse texto, Dahl identifica três modelos de democracia: o madisoniano; o populista e o poliárquico. Os dois primeiros modelos correspondem ao método que Dahl denomina de "maximização", que serve para analisar quais as condições necessárias para atingir a máxima concretização de uma meta. Nesses termos, "a teoria madisoniana postula uma república não-tirânica como objetivo a ser maximizado; a teoria populista postula soberania popular e igualdade política" (DAHL, 2006, p. 63). Por sua vez, o terceiro modelo, a democracia poliárquica, corresponde ao método "descritivo". Ao invés de estabelecer metas que devem ser maximizadas, o método descritivo pretende desvendar quais são as características dos regimes classificados como democráticos, descrevê-las e, a partir daí, tomá-las como "condições necessárias e suficientes para a maximização da democracia no mundo real" (DAHL, 2006, p. 64).

substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública". Assim, as poliarquias se opõem à três outros regimes políticos, na medida da intensidade em que esses dois elementos, participação e contestação[207], estão presentes.

Figura 1: Caminhos de democratização (DAHL, 2012a, p. 30).



Nos regimes classificados por Dahl como de hegemonia fechada, inclusividade e contestação são fracamente desenvolvidas; se o regime aumenta a inclusividade sem liberalizar (i.e., aumentar as oportunidades de contestação), muda de uma hegemonia fechada para uma inclusiva. Regimes que possuem alta contestação, mas com pouca participação, são classificados por Dahl como oligarquias competitivas. A poliarquia seria, portanto, o regime político mais próximo ao ideal democrático.

Todos os autores citados até o momento partilhavam da premissa de que a democracia e o governo representativo são equivalentes. Bernard Manin (1997, p. 1) busca desnaturalizar essa equivalência, destacando que os "governos democráticos contemporâneos evoluíram a partir de um sistema político que foi concebido por seus fundadores como oposto à democracia".

---

[207] Para Dahl (2012a, p. 26-7), todo cidadão em um regime democrático deve ter oportunidades plenas de a) formular suas preferências; b) expressá-las aos seus concidadãos e ao governo, por ação individual ou coletiva; e c) ter suas preferências, seja qual forem seu conteúdo ou fonte, igualmente consideradas na conduta do governo. Para atender a essa última exigência, é essencial que as instituições da sociedade forneçam ao menos oito garantias: 1) liberdade de formar e aderir a organizações; 2) liberdade de expressão; 3) direito de voto; 4) elegibilidade para cargos públicos; 5) direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; 6) fontes alternativas de informação; 7) eleições livres e idôneas; e 8) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferências. Todas essas oito garantias, segundo Dahl (2012a, 29), podem ser agregadas em duas dimensões: contestação pública e direito de participação.

Para Manin (1997, p. 236), o governo representativo possui características tanto democráticas quanto oligárquicas. A seleção dos governantes por meio de eleições é um método de escolha desigual, já que "reserva os cargos políticos para indivíduos eminentes, que seus concidadãos consideram superiores aos demais" (MANIN, 1997, p. 238). Mas se as eleições inevitavelmente selecionam uma elite, quem define quem fará parte dessa elite é o cidadão comum.

Manin (1997, p. 4) identifica alguns princípios, isto é, arranjos institucionais concretos, que estão presentes em todos os governos representativos. São eles: 1) escolha de governantes por meio de eleições periódicas; 2) independência parcial daqueles que governam em relação ao eleitorado; 3) possibilidade dos governados em expressar livremente suas opiniões e desejos políticos; e 4) todas as decisões públicas deverão ser submetidas ao debate (MANIN, 1997, p. 6).

O cientista político francês afirma que teorias como as de Dahl, que reiteram a importância de eleições periódicas para tornar os governantes responsivos aos eleitores, não são capazes de explicar "o mecanismo preciso pelo qual a manifestação reiterada dos votantes afeta as decisões públicas" (MANIN, 1997, p. 178). Esse mecanismo seria a antecipação do julgamento futuro dos eleitores sobre a política desenvolvida anteriormente.

Representantes em busca da reeleição têm um incentivo para garantir que suas decisões atuais não provoquem a rejeição futura do eleitorado. Eles devem, portanto, tentar prever o impacto dessas decisões e incluir essa previsão em suas deliberações. "Esse é o canal por meio do qual a vontade dos governados ingressa nos cálculos daqueles no poder" (MANIN, 1997, p. 178). Segundo Manin (1997, p. 179):

> Foi porque falhou em observar a importância central da antecipação na tomada de decisões pelos representantes que Schumpeter erroneamente acreditou que a democracia representativa poderia ser reduzida à seleção competitiva dos governantes e que ele poderia dispensar como um mito a ideia de que os votantes influenciam as decisões públicas.

A ausência de mandatos imperativos garante aos representantes certa independência em relação aos seus eleitores. Por outro lado, a possibilidade de os eleitores exprimirem livremente suas opiniões políticas impede que os representantes se tornem os únicos atores da cena política, substituindo aqueles que representam. "A liberdade de opinião pública permite um contrapeso democrático à não democrática independência dos representantes" (MANIN, 1997, p. 237).

Ao mesmo tempo, os representantes não estão vinculados às suas promessas eleitorais; nessa perspectiva, a vontade do eleitor sobre a proposta política de um candidato não é mais do que um desejo. No entanto, uma vez que os representantes estão sujeitos à reeleição, os eleitores sabem que sua vontade será considerada; afinal, no dia da eleição, "o eleitorado entrega um veredito sobre as ações passadas" dos representantes (MANIN, 1997, p. 237).

Nádia Urbinati (2006, p. 9) comenta a intenção de Manin em defender o governo representativo como uma "forma única de governo", combinando duas abordagens contemporâneas da democracia: a elitista e a deliberativa. Sua singularidade, no entanto, deriva da eleição, não da representação. Segundo Urbinati (2006, p. 10), o sufrágio eleitoral não alterou as práticas e instituições representativas, que permanecem hoje igual como eram quando apenas alguns poucos cidadãos votavam.

Urbinati, por sua vez, pretende resgatar a dignidade da representação política. Para ela, democracia e representação são complementares, não antagônicas (URBINATI, 2006, p. 4). A representação política é "um processo político complexo que ativa a 'soberania popular' para muito além do ato formal da autorização eleitoral" (URBINATI, 2006, p. 5). Nas palavras da pensadora italiana, a representação política:

> Tem o poder de manter o soberano em movimento perpétuo, por assim dizer, enquanto transforma sua presença de um mecanismo formalmente sancionador em uma extraordinária influência política. Por fim, ela confere à política uma inevitável dimensão *ideológica*, na medida em que instaura ideias na arena política para que possam representar e moldar a identidade sociopolítica e as reivindicações dos cidadãos (URBINATI, 2006, p. 11).

A representação política é um processo circular entre instituições políticas e práticas sociais, não se configurando, portanto, nem um resquício oligárquico, nem um substituto defeituoso da democracia direta (URBINATI, 2006, p. 223). O que torna representação única não é o fato de que ela permite a substituição do soberano, mas, na medida em que essa substituição é impossível, sua necessidade de constante recriação para estar em consonância com a sociedade (URBINATI, 2006, p., 225).

Para Urbinati (2014, p. 2), a democracia representativa é um sistema diárquico no qual a "vontade" e a "opinião" se influenciam mutuamente e cooperam entre si, sem nunca se confundirem. Vontade aqui coincide com a decisão, ou melhor, com o "direito ao voto e os procedimentos e instituições que regulam a tomada de decisões" (URBINATI, 2019, p. 7).

No entanto, nossas sociedades não são democráticas apenas porque existem eleições livres e competitivas, mas também porque permitem o debate e a disputa efetiva entre concepções políticas diversas e concorrentes entre si. É aí que entra a "opinião", entendida como "o domínio extrainstitucional dos julgamentos políticos e opiniões nas suas expressões multifacetadas" (UBINATI, 2019, p. 7).

A soberania, portanto, é uma entidade dual, que tem a decisão como um dos seus elementos, sendo o outro a "opinião daqueles que obedecem e participam apenas indiretamente do governo" (URBINATI, 2014, p. 22). Essa separação é importante pois não queremos que a opinião da maioria seja confundida com a soberania, nem que nossas opiniões sejam interpretadas como uma reação passiva às decisões dos governantes (URBINATI, 2014, p. 23).

Na visão da autora, seu modelo diárquico não oferece apenas uma perspectiva descritiva da democracia; ele também aponta para a exigência de uma divisão de funções e de um princípio de igual oportunidade como condição tanto para a votação quanto para a opinião (URBINATI, 2014, p. 24). A diarquia, portanto, é uma forma de autogoverno indireto ou mediado que pressupõe uma distância e uma diferença entre o soberano e o governo[208] (URBINATI, 2019, p. 8).

Segundo a cientista política italiana:

> Podemos dizer que o mundo da opinião cria uma zona amortecedora ou uma distância entre os cidadãos e os poderes políticos e que essa distância abre espaço para, de um lado, os julgamentos dos cidadãos sobre o poder e, por outro, a proteção dos cidadãos do poder. Uma das consequências da perspectiva diárquica, aquela que de fato me interessa, é que ela faz com que o direito à liberdade de expressão e opinião seja considerado como um componente essencial dos direitos políticos do cidadão, e não apenas um direito individual (URBINATI, 2014, p. 24).

Se a democracia representativa é capaz de milagrosamente substituir a violência pela contagem de votos[209] é porque o peso dos votos excede o dos números (URBINATI, 2014, p. 25). A democracia indireta exige que os cidadãos sejam mais do que simples eleitores; eles devem transcender o ato de votar para reavaliar o peso de suas ideias e de seus votos no período entre as eleições (URBINATI, 2014, p. 26).

---

[208] Urbinati (2019, p. 8) acrescenta que "as eleições regulam essa diferença, enquanto que a representação (que é tanto uma instituição interna ao Estado e um processo de participação externo a ele) regula essa distância".

[209] Aqui Urbinati faz referência à frase já citada de Przeworski (1999, p. 44): "eleger governantes é nada menos que milagroso".

Apesar de não possuir nenhum controle legitimo sobre a tomada de decisões, as opiniões estabelecem um fórum público e aberto de deliberação, que gera um excedente de atividade política, que faz da democracia representativa algo diferente da democracia direta. Elas criam um canal livre e permanente de comunicação entre os representantes e os cidadãos, que permite que os últimos possam enxergar nos primeiros seus "magistrados legítimos" (URBINATI, 2014, p. 27).

Assim, Urbinati (2014, p. 229) vai apontar que a opinião possui três funções: 1) cognitiva ou de exigência de informação; 2) política ou de formação de agenda e de contestação; e 3) estética ou uma convocação por transparência e da submissão da atuação política ao público. O fórum de opinião se destina a difundir informação, checar e monitorar instituições, expressar dissensão pública e crítica, e observar o que os políticos fazem.

Na perspectiva de Urbinati (2013, p. 7), a desvirtuação desses papéis conduz a três formas de desfigurações da democracia representativa, que consistem em uma radicalização ou reforço de um dos caráteres da opinião, rompendo com a ordem diárquica da democracia. Ela denomina essas três desfigurações de democracia epistêmica, democracia populista e democracia plebiscitária (URBINATI, 2014, p. 6).

A democracia epistêmica, para Urbinati (2014, p. 81), corresponde a "uma reinterpretação apolítica (*unpolitical*) do sistema democrático procedimental". Trata-se de algumas abordagens que tendem a neutralizar as disputas, desacordos e deliberações que tradicionalmente associamos à democracia. Há uma ênfase muito maior nos resultados das políticas públicas do que nos procedimentos deliberativos que as produzem.

Essas concepções compartilham uma visão, muito difundida na atualidade, de que os eleitores e seus representantes são pouco capacitados para tomar decisões corretas porque estão contaminados por suas razões estratégicas, o que os leva a desconsiderar os resultados desejáveis (URBINATI, 2014, p. 82). Existe uma percepção geral de que as instituições democráticas são ineptas ou mesmo muito lentas para tomarem decisões, especialmente no campo da economia.

O problema do paradigma epistêmico, na visão da autora italiana (URBINATI, 2014, p. 86), é que ele afasta o critério do que é bom ou do que é correto do processo político, que passa a ter apenas uma função auxiliar e não mais impositiva. Os críticos da

democracia enquanto governo da opinião atribuem à política uma missão que pertence a outros domínios, como a filosofia e a teologia, por exemplo[210] (URBINATI, 2014, p. 88).

Na concepção desses críticos, pelo menos aqueles comprometidos com a democracia, o cidadão, ao votar, deve levar efetuar um julgamento imparcial que conduzirá ao interesse geral, tal como o juiz ou o jurado. A deliberação, portanto, exigiria não apenas a busca pela verdade, mas também a procura por um julgamento imparcial em certos assuntos (URBINATI, 2014, p. 123).

Urbinati (2014, p. 123), no entanto, alerta que o julgamento político, que é realizado nos debates parlamentares e nas campanhas eleitorais, não é igual ao julgamento nos tribunais. Conforme a autora:

> [...] no domínio do julgamento judicial, a imparcialidade é um fator de ignorância (enquanto liberdade de *conhecimento opinativo*) e de independência emocional do caso sob julgamento. Quanto mais a mente do juiz está livre de opiniões pessoais e partidárias (isto é, não-jurídicas), maior será sua condição de avaliar imparcialmente o caso sob julgamento, do modo como o direito exige que ele faça (as pessoas que servem como jurados populares são instruídas a não lerem jornais ou obter informações do caso de fontes externas àquelas proporcionadas pelos procedimentos judiciais). A deliberação política, por outro lado, sugere o oposto. Ela pressupõe e de fato exige que os cidadãos e os representantes são expostos à todas as diferentes opiniões, que eles contribuam de fato em formar uma grande variedade de opiniões e, além disso, que eles deem atenção a todas as visões produzidas pela esfera pública livre antes de se convencerem e decidirem (URBINATI, 2014, p. 124).

Ao pretender transformar a natureza do processo político decisório, a democracia epistêmica "questiona a estrutura diárquica do governo representativo e do procedimentalismo democrático" (URBINATI, 2014, p. 97). Assim, na leitura de Urbinati, as teorias epistêmicas desconfiguram a democracia representativa por modificarem a perspectiva diárquica que divide o poder entre vontade e opinião. No lugar da opinião, é a verdade que passa a figurar ao lado da vontade.

A outra desfiguração possível à democracia é a democracia plebiscitária, ou, como a autora denomina, o "plebiscito de audiência". Na perspectiva plebiscitária, é preciso colocar a democracia sob a "tutela do povo", substituindo qualquer controle por intermédio de procedimentos e instituições políticas pela popularidade, atribuindo ao povo uma função estética ou teatral (URBINATI, 2014, p. 171).

Trata-se de uma democracia pós-representativa, que "exalta o papel da mídia de massas como um fator extraconstitucional de fiscalização", ainda mais relevante que os

[210] Não por acaso, Urbinati (2014, p. 85) vai localizar na doutrina platônica do rei-filósofo a primeira crítica ao princípio democrático do consenso popular.

controles constitucionais (URBINATI, 2014, p. 172). Aprovação e transparência são suas características mais evidentes; fenômenos que se atraem e acabam por confundir o "popular" com o "público" (URBINATI, 2014, p. 174).

A democracia plebiscitária é uma forma eleitoral que busca a aprovação popular, o que corresponde a um indício de investidura e confiança. Ela restringe o papel ativo da cidadania enfatizando, ao contrário, a resposta reativa da população às promessas e decisões da liderança. A transparência surge como uma exigência em troca da aprovação: "se o líder pede ao povo aprovação, o povo tem o direito de pedir a exposição pública do líder" (URBINATI, 2014, p. 174).

No centro dessa forma democrática está o plebiscito. Urbinati (2014, p. 176) resgata as raízes romanas do instituto[211], destacando que seu objetivo é muito mais obter um pronunciamento do povo do que uma decisão. É "um tipo de consenso religioso", por meio do qual se busca o apoio direto do povo a um líder ou a uma proposição, "ignorando qualquer intermediação institucional" (URBINATI, 2014, p. 177).

O objetivo do plebiscito, portanto, não é tanto apurar votos, mas demonstrar consenso. Para Urbinati (2014, p. 178), votar é uma questão de preferência e de confiança. As eleições se apoiam em diversos fatores, inclusive na crença. Isso significa que nem sempre o conhecimento será o fator determinante de uma decisão eleitoral. Paradoxalmente, no entanto, quanto mais o voto se apoia na crença dos eleitores, menos ele serve como um mecanismo de controle sobre o governo.

O voto plebiscitário incorpora apenas essa última dimensão do voto; seu propósito é demonstrar "a intensidade da fé popular em um líder sugerido" (URBINATI, 2014, p. 179). Muito mais do que a informação, é a confiança e a popularidade que contam. Ao contrário das eleições, o plebiscito não condiciona a atuação dos representantes, mas apenas confirma seu papel de liderança. A aprovação popular e o seu caráter contraeleitoral são os pilares sobre os quais a democracia plebiscitária moderna repousa.

---

[211] O instituto do tribuno da plebe foi criado pelos patrícios em 494 a.c. como uma concessão aos soldados plebeus em estado de revolta, que exigiam o direito de eleger um tribuno para representá-los. Ele não pertencia à aristocracia e sequer era votado por todo povo romano, mas apenas pelos plebeus. Logo, ele não era propriamente um magistrado, o que significava que ele deveria ser consagrado, no sentido de tornar-se sagrado, ou seja, protegido dos aristocratas pela intervenção divina ou pela vingança popular. Assim, qualquer ofensa ao tribuno era também uma ofensa à plebe. "Um plebiscito, então, era um ato que significava a unidade dos plebeus, porque eles santificavam sua confiança e fé no seu líder" (URBINATI, 2014, pp. 177-8).

Na democracia plebiscitária existe um dualismo, ou melhor, um conflito entre a ordem jurídica e o desejo das massas, a fonte de autorização do líder, que está além de qualquer controle institucional. Assim, a autora italiana alerta, não se trata de mera retórica; a democracia plebiscitária corresponde a "uma mudança na imagem da democracia porque é a ruína (*downfall*) da forma procedimental da democracia"[212] (URBINATI, 2014, p. 182).

Nesse sentido, a democracia plebiscitária é reflexo da "transformação visual do poder da opinião", que resulta da moderna revolução tecnológica dos meios de comunicação (URBINATI, 2014, p. 200). Urbinati (2014, p. 202) pondera que a internet e a mudança da linguagem política, com mensagens populares e comerciais leves, estabelece o declínio da política enquanto deliberação e abre espaço para política enquanto criação de liderança.

Na era da televisão e da internet, a fala é substituída pela visão como centro da participação política. Essa mudança contribuiu para afastar qualquer pretensão de racionalidade na opinião das massas, já que a visão não possui o poder de persuasão confiado aos oradores. Segundo Urbinati (2014, p. 203), a moderna política de massas não pertence mais ao domínio da deliberação e do conhecimento, mas à instância da estética e do teatral.

A "democracia de audiência", portanto, "marca o reconhecimento do declínio do ideal de autonomia política" (URBINATI, 2014, p. 213). Urbinati toma a expressão "democracia de audiência" da obra de Manin. Para o pensador francês, "nos últimos dois séculos, o governo representativo sofreu significativas alterações", sendo a mais óbvia delas a extensão do direito de voto e a ascensão de partidos de massa (MANIN, 1997, pp. 193-4).

Essas metamorfoses alteraram o tipo de relação havida entre representantes e representados. Para explicar essas alterações, Manin propõem três tipos ideais, deliberadamente esquemáticos, de governos representativos: parlamentarismo; democracia de partidos e democracia de audiência. No parlamentarismo, as eleições eram

[212] Segundo Urbinati (2014, pp. 192-3), a democracia plebiscitária implica em uma forma de aprovação popular oposta ao sufrágio característico do direito de voto da democracia representativa porque antecipadamente "ela compartilha de uma noção do povo como uma pura afirmação (demonstração teatral da opinião) do poder que um agente externo apenas pode guiar ou moldar". Esse caráter transcendente contrasta fortemente com a concepção liberal da democracia, "que declara uma consistente fundação imanente da legitimidade ou autoridade política". São os procedimentos que formam a vontade popular. Assim, enquanto a democracia plebiscitária "enquadra a democracia dentro de uma noção de política como celebração da autoridade", a democracia procedimental reconhece o desacordo não só como possível, mas sobretudo como uma "condição estrutural do modo democrático de tomada de decisões".

concebidas como um meio de colocar no governo pessoas que gozavam da confiança de seus concidadãos (MANIN, 1997, p. 202).

Essa relação de confiança é estritamente pessoal; o representante tem uma relação direta com seus constituintes, sendo eleito por quem tem com ele contato frequente. Ambos compartilham a mesma comunidade social, seja ela definida geograficamente ou pela existência de interesses gerais comuns. As eleições tinham por função selecionar os notáveis por seu caráter, riqueza ou ocupação (MANIN, 1997, p. 203).

O aumento do eleitorado decorrente da expansão do direito ao voto rui com essa forma de democracia representativa; os cidadãos "não votam mais em quem eles conhecem pessoalmente, mas em alguém que carrega consigo as cores de um partido" (MANIN, 1997, p. 206). Os partidos políticos, com suas máquinas burocráticas, têm por finalidade mobilizar o eleitorado e os resultados são apurados pela determinação de fatores socioeconômicos (MANIN, 1997, p. 209).

A representação, em tal situação, é um reflexo da estrutura social, mais especificamente, das forças sociais em conflito, não dos interesses locais. Há uma maior preocupação com a formulação e divulgação da plataforma política advogada pelo representante[213]. Ainda assim, a eleição permanece como uma expressão de confiança, "não mais na pessoa, mas na organização – o partido" (MANIN, 1997, p. 211).

A terceira metamorfose sofrida pelo governo representativo é o advento da democracia de audiência. Ainda que os partidos sigam ocupando um papel importante no jogo eleitoral, fornecendo contatos, recursos e influências, eles se tornaram "instrumentos à serviço de um líder" (MANIN, 19997, p. 219). O vínculo entre o representante e seu eleitorado é, essencialmente, de caráter pessoal[214].

Essa nova situação é definida pelas transformações dos meios de comunicação, que permitiram aos candidatos alcançar diretamente os eleitores, sem necessidade da mediação partidária. No entanto, eles também favorecem certas qualidades pessoais; não riqueza ou posição social, mas pessoas com o domínio das técnicas de comunicação

---

[213] Manin (1997, p. 210-1) destaca que a principal função da plataforma política partidária é mobilizar o entusiasmo e a energia dos militantes e burocratas do partido que já a conhecem, já que para a maior parte do eleitorado ela permanece desconhecida. A confiança dos eleitores não é adquirida pelas propostas partidárias, mas pelo sentimento de pertencimento e o senso de identificação de classe.

[214] Para Manin (1997, p. 219-20), a democracia de audiência se afasta do parlamentarismo porque enxerga no chefe de governo e não no membro do parlamento o representante por excelência. No entanto, compartilha com aquele tipo ideal de governo representativo o caráter essencialmente pessoal da representação.

midiática, a quem Manin denomina de "figuras midiáticas" (*"media figures"*). Como ele destaca:

> O que estamos testemunhando atualmente não é um afastamento dos princípios do governo representativo, mas uma mudança no tipo de elite que é selecionada. As eleições continuam a eleger indivíduos que possuem características distintivas; elas mantêm o caráter elitista que sempre tiveram. No entanto, uma nova elite de *experts* em comunicação substituiu o militante político e o burocrata partidário. A democracia de audiência é o governo do *media expert* (MANIN, 1997, p. 220).

Outra causa considerada por Manin (1997, p. 220) é aumento considerável do escopo das atividades governamentais. O Estado contemporâneo intervém em diversas áreas da vida social, em especial na economia, por meio de decisões concretas, tomadas em situações geralmente complexas. Essa imprevisibilidade impede que os candidatos assumam compromissos políticos detalhados perante os eleitores.

Nessa situação, é natural que os candidatos coloquem em evidência "suas qualidades pessoais e aptidão para tomarem boas decisões" (MANIN, 1997, p. 221). Os eleitores também estão cientes do fato de que governos devem lidar com eventos imprevisíveis; assim, "a *confiança* que um candidato inspira é uma base mais adequada de seleção que a avaliação de planos para ações futuras" (MANIN, 1997, p. 221).

Na perspectiva de Manin (1997, p. 221), no entanto, "o poder discricionário não significa poder irresponsável". Em última instância, os eleitores mantêm o poder final de dispensar aqueles representantes cujo desempenho entenderem ser insatisfatório. Segundo o autor francês, a novidade é que o eleitor hoje "é muito mais bem informado, interessado em política e razoavelmente bem-educado" (MANIN, 1997, p. 232).

Através da mídia, os eleitores que buscam informações são expostos a opiniões conflitantes, o que não ocorria na democracia de partidos, quando a sua fonte de informação, o partido, apenas reforçava suas próprias opiniões. Esse eleitorado mais bem informado, por sua vez, cria um estímulo para que os políticos apresentem suas propostas diretamente ao público. Na opinião de Manin (1997, p. 232):

> O consentimento de uma maioria sobre medidas políticas pode ser construído com o próprio eleitorado. A discussão de questões específicas não é mais confinada ao parlamento (como no parlamentarismo) ou aos comitês consultivos entre partidos (como na democracia de partido); ela tem lugar diante do público. Assim, a forma que o governo representativo que está emergindo atualmente é caracterizada por um novo protagonismo da discussão pública, pelo eleitorado flutuante e por um novo fórum, os meios de comunicação.

Assim, para Manin (1997, p. 232) não há propriamente uma crise do governo representativo; a democracia representativa permanece sendo o que sempre foi: um governo de uma elite, que se distância da maioria dos cidadãos por sua posição social, modo de vida e educação. O que estamos testemunhando é apenas a ascensão de uma nova elite e o declínio de outra[215].

Urbinati (2014, p. 216) afirma que a democracia de audiência é um "passo perspicaz e influente em direção à participação enquanto espectador". Essa transição da fala para a visão conduz a uma "política de passividade". Enquanto a voz é "o órgão de uma ação política que deseja ser de proposta e de crítica", a visão "é o órgão da ação julgadora não atuante, que avalia alguma coisa que existe, que outros fazem e que se mostra ao olhar de quem está habilitado mais a julgar que a agir" (URBINATI, 2013a, p. 91).

O problema de insistir no fator estético, no entanto, é ignorar que as imagens são fonte de um tipo de julgamento que avalia mais o gosto do que fatos políticos (URBINATI, 2014, p. 209). Apoiada em Kant, Urbinati (2013a, p. 98) considera que o gosto é algo irremediavelmente subjetivo e, portanto, "está além da contestação e da razão deliberativa". Ele exalta, ao invés de conter, as potencialidades retóricas do mundo da visão, isolando o observador já que "dificilmente pode ser veículo para uma partilha ou mesmo para um acordo entre observadores":

> É previsível, portanto, que a informação, por si só, não dá mais poder ou não confere mais poder à faculdade de julgar. Ao contrário, a hegemonia do olhar levaria o público exatamente na direção oposta à prevista pelos defensores do plebiscitarismo da audiência. A audience não controla o líder, mas sugere ao líder e a seus técnicos da imagem aquilo que ele deveria fazer para obter o favor do povo e, se necessário, resguardar da visão aquilo que o povo não quer

[215] Em texto posterior, que serviu de posfácio da segunda edição de sua obra, Manin (2013, pp. 115-27) propôs alguns ajustes em suas colocações. Em primeiro lugar, ele menciona a crescente insatisfação dos eleitores com os partidos políticos. Essa insatisfação, no entanto, não significa, para Manin, que eles tenham enfraquecido; eles apenas perderam algumas de suas várias capacidades. Ainda assim, os partidos políticos mantêm seu papel como atores políticos centrais em pelo menos duas arenas: política parlamentar e campanhas eleitorais. A política parlamentar, pelo menos nas sociedades avançadas, permanece determinada por alinhamentos partidários estáveis, que controlam o funcionamento das legislaturas. Os partidos permanecem relevantes também nas campanhas políticas. Diante do aumento das despesas de campanha e da exigência de profissionalização, os partidos se tornaram mais dinâmicos do que eram antes, transformando seus modos de mobilizar eleitores. O segundo apontamento que Manin faz em relação à sua obra anterior é o aumento da participação não institucionalizada dos cidadãos na esfera política. Um número cada vez maior de pessoas declara que se engaja politicamente "em uma ou mais das seguintes atividades: assinar petições, participar de manifestações, aderir a boicotes de consumidores, aderir a greves não oficiais e ocupar prédios ou fábricas". Assim, Manin considera que modos de ação e formas de organização que caracterizavam os movimentos sociais antissistema se normalizaram e passaram a ter um papel no sistema representativo. Esse tipo de participação não institucionalizada cria um canal pelo qual o cidadão se faz ouvir a qualquer momento, diferente das pesquisas de opinião, que na obra de Manin eram "a forma dominante de participação não eleitoral na democracia de público".

> ver. Além disso, o império da visão inevitavelmente desgasta o teor do estilo do discurso político (URBINATI, 2013a, p. 99).

Nessa perspectiva, as questões centrais do diálogo são decididas pela estratégia do *marketing* ou pela publicidade; os temas políticos, por sua vez, por não serem atraentes ao público, ao gosto estético dos espectadores, são eliminados do discurso público. Isso resulta no declínio das virtudes políticas (prudência, competência etc.) na mesma medida em que as virudes morais se tornam centrais. Na democracia plebiscitaria, "as eleições estão centradas na imagem do candidato e a referência aos programas e às plataformas políticas é quase irrelevante" (URBINATI, 2013a, p. 103).

Mas mesmo autores com expectativas mais modestas sobre as exigências da democracia, como Przeworski, diagnosticam o mal-estar atual com as democracias representativas. Przeworski (2020) inicia sua análise sobre o *status* da democracia contemporânea definindo o que é crise. Para ele, "crises são situações que não podem durar e nas quais alguma decisão precisa ser tomada", que surgem quando o *status quo* é insustentável e não há substituto (PRZEWORSKI, 2020, p. 34).

Enquanto algumas instituições, como o sistema capitalista, parecem impermeáveis aos resultados que produzem, os desastres na democracia podem sim se transformar em crises da democracia. Crises econômicas, conflitos intensos na sociedade e a paralisia política são situações que podem impactar na capacidade administrativa dos governos "devido à forma específica das instituições democráticas" (PRZEWORSKI, 2020, p. 36).

A democracia é um tipo de arranjo político que consiste em "uma minúscula partícula da história humana, recente e ainda rara"[216] (PRZEWORSKI, 2020, p. 40). Trata-se, portanto, de um fenômeno histórico e se desenvolveu em condições específicas. Duas condições estruturais são apontadas pelo teórico polonês:

> A primeira é que a igualdade política, na qual a democracia supostamente se baseia, coexiste desconfortavelmente com o capitalismo, um sistema de desigualdade econômica. A segunda é a pura e simples busca de poder político, seja ou não baseada em interesses econômicos (PRZEWORSKI, 2020, pp. 40-1).

[216] Przeworski (2020, p. 40) aponta que a democracia surgiu no Estados Unidos em 1788, quando foi realizada a primeira eleição nacional, com sufrágio individual; a primeira alternância de poder aconteceu no mesmo país, em 1801. Entre a primeira eleição e o ano de 2008, o poder político mudou de mãos 577 em razão de golpes de estado e 544 por conta de eleições. "Até hoje 68 países, incluindo dois gigantes, China e Rússia, ainda não sabem o que é trocar de governo entre dois partidos como resultado de uma eleição".

Para Przeworski (2020, p. 41), a convivência entre democracia e capitalismo é surpreendente: onde há desigualdade econômica, a igualdade política, "combinada com o governo da maioria, representa uma ameaça à propriedade". Assim, no século XIX, a democracia era vista, tanto à esquerda quanto à direita, como um arranjo institucional "inerentemente instável", "impossível como a forma normal da sociedade" (PRZEWORSKI, 2020, p. 42).

Os fatos demonstraram o contrário. Em pelo menos 13 países a democracia e o capitalismo conseguiram coexistir de modo ininterrupto. Partidos de trabalhadores e sindicatos pouco a pouco se acomodaram, moderando suas demandas e aceitando o capitalismo. Por outro lado, os partidos burgueses e as organizações patronais concederam alguma distribuição de renda, especialmente para contrabalançar ciclos econômicos (PRZEWORSKI, 2020, p. 43).

Przeworski (2020, pp. 43-4) pondera que talvez esse arranjo tenha se rompido por conta da perda de capacidade organizacional dos sindicatos e da perda das "raízes classistas" dos partidos socialistas. Há, portanto, uma "queda brusca na parcela de rendimentos do emprego no valor agregado" e um aumento significativo da desigualdade de renda. Ainda assim, a análise histórica demonstra que as democracias, pelo menos por hora, estão "bem entrincheiradas em países economicamente desenvolvidos".

A competição política é a segunda razão para as democracias sobreviverem às crises. O sonho de todo político é a obtenção e preservação do poder, para tanto, utilizarão todos os meios possíveis para alcançar essa finalidade, tais como manipulação de sistemas eleitorais, instrumentalização das burocracias estatais, repressão da oposição e, como último recurso, a fraude (PRZEWORSKI, 2020, pp. 44-5).

Nesse panorama, é preciso perguntar por que alguns líderes se utilizam dessas práticas enquanto outros ser curvam aos resultados eleitorais. Para Przeworski (2020, p. 45), tanto as motivações quanto as restrições importam. Partidos ideológicos tendem a ver a oposição como inimigos e, portanto, envidarão esforços para impedi-la de chegar ao poder, promovendo o relaxamento das restrições eleitorais.

Ainda assim, esses governos estão sujeitos a dificuldades políticas, como a resistência popular, por meio de protestos de rua, greves ou tumultos. Sempre existe o risco de que esses conflitos extrapolem as fronteiras institucionais, o que poderá levar à

ruptura da ordem pública[217]. Nesse caso, na visão de Przeworski (2020, p. 35), a democracia estará em crise.

Przeworski (2020, p. 111) aponta três sinais que prenunciam que estamos vivendo uma crise da democracia: 1) o rápido desgaste dos sistemas partidários tradicionais; 2) o avanço de partidos e atitudes xenofóbicos, racistas e nacionalistas; e 3) o declínio no apoio à democracia em pesquisas de opinião pública.

A maior parte das democracias que se consolidaram após a Primeira Guerra Mundial adotou um sistema dominado por dois partidos, uma à esquerda e outro à direita. Esse sistema sobreviveu não apenas ao período anterior e contemporâneo à Segunda Guerra, como também as profundas transformações econômicas, demográficas e culturais que seguiram a esse conflito (PRZEWORSKI, 2020, p. p. 111).

Esse quadro razoavelmente estável passou a ser ameaçado pelo aumento de novos partidos a partir de 1980, o que criou uma inconsistência eleitoral. Além disso, há uma inclinação, especialmente à direita, na plataforma ideológica de diversos partidos, sejam eles de centro-esquerda ou centro-direita. A partir desses dados, Przeworski (2020, p. 114) conclui que o velho sistema partidário está desabando e que nenhum novo modelo apareceu para ocupar seu lugar.

Outro sintoma apontado por Przeworski (2020, p. 115-28) é o fortalecimento de partidos populistas, especialmente os de extrema direito, engajados em plataformas nacionalistas, xenofóbicas e racistas. Segundo o autor polonês, esse fortalecimento é muito mais resultado do desgaste do apoio aos partidos tradicionais e do acentuado declínio de comparecimento de eleitores de centro às urnas[218-219].

O último sinal apontado por Przeworski (2020, p. 128) é o declínio do apoio às democracias nas pesquisas. A partir de dados colhidos em pesquisas realizadas entre 2007 e 2011 na União Europeia, o autor destaca que em 20 dos 26 países analisados houve uma

---

[217] Przeworski (2020, pp. 65-103) sustenta sua afirmação estudando os casos, ou melhor, os ocasos da Alemanha durante a República de Weimar e do Chile durante a presidência de Salvador Allende. Nesses dois países, os conflitos políticos foram resolvidos à força, ignorando-se os mecanismos institucionais. Por outro lado, a França, durante a crise da 4ª República, e os Estados Unidos, entre os anos de 1964 e 1976, são exemplos de como os conflitos políticos foram institucionalmente resolvidos.

[218] Przeworski (2020, p. 122) supõe que "a proporção da direita radical se deva mais à abstenção de eleitores centristas do que a um aumento de eleitores extremistas".

[219] Especialmente na Europa, a questão da imigração abriu uma brecha entre os partidos tradicionais e as preferências dos eleitores. Satisfazer preferências xenofóbicas pode ser custoso aos partidos tradicionais, na medida em que essas pautas afastam os eleitores "cosmopolitas". Assim, eles adotarão posturas xenofóbicas apenas se isso lhes trazer vantagens eleitorais e "se abstêm de apelar quando isso poderia resultar em desgaste da sua base tradicional" (PRZEWORSKI, 2020, p. 125).

diminuição do apoio à democracia, em especial nos países mais afetados pela crise de 2008, como Grécia e Espanha.

Em seguida, Przeworski lista algumas possíveis causas. A primeira delas é econômica e envolve três transformações: 1) o declínio das taxas de desenvolvimento dos países desenvolvidos; 2) o aumento da desigualdade de renda e o declínio do fator trabalho na indústria; e 3) a queda de empregos na indústria e a ascensão do setor de serviços, com empregos de menor remuneração (PRZEWORSKI, 2020, p. 131).

Essas transformações tiveram dois efeitos. Primeiro, a combinação de taxas de crescimento em queda com desigualdade em alta gera "a estagnação das rendas mais baixas". O segundo efeito consiste no "desgaste da crença no progresso material". Atualmente, cresce cada vez mais o número de entrevistados que acreditam que seus filhos estarão em piores condições econômicas do que eles próprios.

Przeworski (2020, p. 136) estabelece duas hipóteses para essas transformações: a globalização, ou seja, a combinação da liberalização do mercado de bens e capitais com as reformas chinesas; e a ruptura do acordo de classes. Apesar da primeira hipótese ser inconclusiva, é fato de que "algumas pessoas perderam em consequência da globalização e não foram compensadas por políticas redistributivas ou de outra natureza" (PRZEWORSKI, 2020, 137).

A outra explicação possível é a ruptura do acordo de classes. Até 1978, os aumentos de salários acompanhavam os aumentos de produtividade, mantendo a distribuição de renda estável. Em uma situação de pleno emprego, os sindicatos possuíam o monopólio sobre o mercado de trabalho e moderavam as demandas por aumentos salariais. A mesma moderação era seguida pelos Estados, que evitavam a alta tributação. Por conseguinte, as empresas investiam e toleravam os sindicatos e a democracia (PRZEWORSKI, 2020, pp. 138-9).

As políticas neoliberais dos governos Thatcher e Reagan, no início dos anos 1980, puseram fim a esse arranjo ao atacar e desestruturar duramente as organizações sindicais. Esses governos estabeleceram uma cartilha que impunha privatizações, liberalização comercial e desregulamentação da conta de capital, que se estendeu por praticamente todo mundo, "com o código 'Consenso de Washington'" (PRZEWORSKI, 2020, pp. 139-40).

Esses processos resultaram em ganhadores e perdedores, que Przeworski (2020, 140) classificou do seguinte modo:

> 1) perdedores de fato, aqueles que perderam empregos estáveis com salários descentes na indústria e ou migaram para serviços de remuneração inferior, ou foram obrigados a se aposentar ou se tornaram desempregados por longos períodos; 2) prováveis perdedores, aqueles que temem esse destino; 3) não vencedores, principalmente os que trabalham por conta própria, a tradicional *petite bourgeoisie*, cujas condições materiais não mudaram muito, para pior ou para melhor; e 4) vencedores, os beneficiários de rendas, quaisquer que sejam.

Além da causa econômica, Przeworski (2020, p. 141) destaca o aumento da intensidade das divisões políticas, levando em conta dois aspectos: 1) distribuição de preferências no que diz respeito a alguma dimensão política em geral ou questões específicas; e 2) ações que pessoas com preferências particulares estão dispostas a cometer em relação aos membros de outros grupos.

Nos Estados Unidos, a distância ideológica entre os simpatizantes de um ou outro partido se acentuou nos últimos vinte e três anos. Mas isso não é uma regra em relação aos demais países europeus; segundo as pesquisas analisadas por Przeworski (2020, p. 142), o centro diminuiu em sete países, aumentou em três e permaneceu do mesmo tamanho em oito.

No entanto, a imigração segue um tema que conduz a uma forte polarização, sendo "a questão mais patente e contenciosa na Europa" (PRZEWORSKI, 2020, p. 143). A imigração ingressa no discurso da direita juntando duas questões em uma só. Uma é o controle do fluxo de estrangeiros nas fronteiras; outra é a ameaça dos imigrantes e seus descentes, mesmo aqueles naturalizados, ao o mito da cultura nacional. Aqui, o termo imigrante seria apenas "um código para racismo" (PRZEWORSKI, 2020, p. 145).

Aqui, Przeworski propõe uma investigação sobre a "relação conceitual entre racismo e multiculturalismo". Inicialmente ele aponta duas diferenças. Primeiro, o racismo reivindica a desigualdade entre grupos, classificando-os como superiores ou inferiores. Depois, as raças são definidas pelos próprios racistas, enquanto que, no multiculturalismo, cabe aos próprios indivíduos escolherem suas identidades culturais.

Ainda assim, é possível destacar a similaridade entre os conceitos, especialmente quando justapostos ao republicanismo, ou seja, a ideia de que, ao entrar na esfera pública, todos perdemos nossas qualidades e precisamos ser tratados com igualdade, por sermos indistinguíveis. Conforme indica Przeworski (2020, p. 146), "tanto o racismo quanto o multiculturalismo são ideologias que fracionam a sociedade em grupos".

O relativismo cultural implica no estabelecimento de uma "multiplicidade de verdades", todas igualmente válidas. Constitui-se "um mundo que permite diferenças mas impede divergências", na medida em que permite a qualquer um ter sua própria verdade.

Desse modo, “as notícias alheias são sempre *fake news* e não há procedimento para determinar sua verdade ou falsidade: é um mundo ‘pós-verdade’” (PRZEWORSKI, 2020, p. 146).

Há também um crescente grau de inimizade entre grupos divergentes, com dados demonstrando que “o nível geral de raiva e hostilidade está subindo”. Crimes de ódio, influenciados por questões de raça ou de orientação sexual, crescem cada vez mais, tanto nos Estados Unidos como na Europa ocidental. As divisões, portanto, não são apenas políticas, mas “refletem alguma coisa mais profunda, que se esconde no dia a dia da sociedade” (PRZEWORSKI, 2020, p. 149).

Przeworski (2020, p. 159) admite que se limitou a expor fatores e descrever as transformações recentes no campo da economia, da cultura e da política, que podem ser as causas da atual situação política. No entanto, modestamente, assume que sua “conclusão é fraca porque diz que não podemos saber se eles estão relacionados e quais são os que mais importam”.

O fato é que há uma crescente insatisfação em relação às democracias representativas. Parte dessa insatisfação é resultado inerentes a um “sistema em que as pessoas decidem, como coletividade, quem as governará” (PRZEWORSKI, 2020, p. 223). Como destaca Przeworski (2020, p. 225):

> A democracia é um sistema no qual pessoas decidem, como coletividade, quem vai governá-las pelo menos por um período. Mas mesmo que os governantes sejam escolhidos por eleições, nós somos governados, o que significa que às vezes somos proibidos de fazer o que queremos e obrigados a fazer o que não queremos. [...] Numa sociedade com interesses conflitantes e valores heterogêneos, ser governado significa ter que ceder à vontade dos demais, muitas vezes contra o que você realmente gostaria.

Como todo arranjo político, as democracias possuem limites em relação ao que podem alcançar. Na medida em que os governos democráticos passam a não mais garantir segurança material, ordem pública ou a implementação de valores culturais, é natural que aumente o grau de insatisfação dos cidadãos (PRZEWORSKI, 2020, p. 226).

Outro ponto considerado por Przeworski, que está intrinsicamente ligado à ascensão do populismo, que estudaremos a seguir, é o *design* elitista das instituições democráticas. A democracia representativa foi projetada para proteger o *status quo* e “as relações de propriedade contra maiorias passageiras” (PRZEWORSKI, 2020, pp. 227-8).

Przeworski (2020, p. 228) admite que as eleições são um mecanismo elitista, aristocrático, que parte do pressuposto de que nem todos estão aptos a governar. Os eleitores elegem aqueles candidatos que lhes parecem mais bem preparados, mas, ao que

parece, "quase todos querem votar em pessoas diferentes de si mesmos". Assim, nenhum país consegue representar, em suas instituições políticas, a composição real do eleitorado.

Ainda assim, Przeworski (2020, p. 160) vê poucas chances de a democracia colapsar em países economicamente desenvolvidos. A probabilidade de que um governo como o dos Estados Unidos não realizar eleições ou realizar um pleito que torne a vitória da oposição impossível é de 1 em 1,8 milhões de países-anos[220]. A história, no entanto, "pode não ser um guia confiável: algum evento catastrófico, sem precedentes, pode silenciá-la" (PRZEWORSKI, 2018, p. 131).

O risco maior para o cientista político polonês é a possibilidade de deterioração da democracia. Ele conclui que "o melhor diagnóstico da situação atual em muitas democracias seja 'partidarismo intenso com partidos fracos'" (PRZEWORSKI, 2020, p. 232). As raízes da crise que vivemos são muito mais sociais e econômicas do que políticas e dificilmente o descontentamento dos eleitores será aplacado pelas vias democráticas.

As observações de Urbinati, Manin e Przeworski demonstram que a democracia representativa passa por um processo de metamorfose. O aumento da desigualdade social e escalada da ambição política das elites, somadas ao discurso tecnocrata e à transfiguração das formas tradicionais de fazer política desafiam a ordem democrática atual. Esses fatores criaram um terreno fértil para o ressurgimento de um fenômeno que o pensamento liberal do século XX acreditava ter sido extinto ou pelo menos banido para as democracias periféricas: o populismo.

4.2 POPULISMOS: PERCURSO HISTÓRICO

As raízes do conceito populismo podem ser identificadas, segundo Rosanvallon (2020), no cesarismo de Luís Bonaparte, no período imediatamente anterior ao Segundo Império francês[223]. Para o cientista político francês, o bonapartismo constituiu um modelo

[220] Segundo nota do tradutor, um país ano compreende a relação entre um determinado país e um ano em particular (PRZEWORSKI, 2020, p. 160 – nota do tradutor).

[223] Em fevereiro de 1848 a monarquia constitucional liberal, conhecida como a Monarquia de Julho, comandada por Luís Felipe de Orleans foi derrubada pela Revolução de Fevereiro, "um atropelamento que pegou de *surpresa* a antiga sociedade" (MARX, 2011, p. 29). Em seguida, foi instaurada a Segunda República francesa, que adotou o sufrágio universal (o que significou um aumento do eleitorado de 250 mil para 9 milhões de pessoas) e uma nova constituição que consagrava um sistema presidencialista e que não admitia emendas, senão pela aprovação de uma maioria de ¾ dos deputados em três sessões seguidas, o que tornava praticamente impossível a reforma (a vedação de emendas foi criticada por Tocqueville (2011, pp. 236-7) com um comentário bastante irônico e profético: "Há muito tempo pensava que, em vez de procurar tornar nossos governos eternos, era preciso contribuir para renová-los de uma maneira fácil e regular. Isso me parecia, em todo caso, menos perigoso que o sistema contrário; e eu pensava que convinha tratar o povo francês como a esses loucos que não se devem amarrar, por temor de que a coação os torne furiosos"). Para evitar que o chefe do executivo concentrasse muito poder, a assembleia constituinte adotou

político original, apoiado em duas referências contraditórias: a fé no racionalismo administrativo e o culto da soberania do povo (ROSANVALLON, 2000, p. 199).

O primeiro Napoleão tentou reconciliar esses dois elementos a partir de uma compreensão intuitiva que ele tinha dos fatos, sem uma teoria que acompanhasse iluminasse seu empreendimento. O mesmo não pode ser dito de seu sobrinho: Luís Bonaparte procurou inscrever o bonapartismo em uma elaborada teoria democrática moderna, que se pode chamar de *cesarismo*[224] (ROSANVALLON, 2000, p. 199).

Para Rosanvallon (2020, pp. 97-8), a base do cesarismo reside em uma abordagem da soberania popular inscrita em um triplo contexto: 1) uma concepção da expressão popular que privilegia o plebiscito; 2) uma filosofia da representação com

---

dois mecanismos: 1) se um candidato não alcançasse a maioria absoluta dos votos (cerca de quatro milhões e meio de votos), o presidente seria escolhido pela assembleia; e 2) estava vedada a possibilidade de reeleição (FURET, 1992, p. 411). Em 10 de dezembro, Luís Bonaparte, sobrinho de Napoleão, foi eleito com 5.434.226 votos, superando o general Cavaignac, que havia sido investido de poderes ditatoriais após as jornadas de junho (Cavaignac obteve apenas 1.448.107 votos). Bonaparte não pertencia a nenhum partido político importante e tinha poucos apoiadores entre a elite política. Seu poder derivava diretamente da sua popularidade com as massas, uma popularidade decorrente do fato de que seu nome invocava lembranças de uma época mais gloriosa (TRUESDELL, 1997, p. 12). As eleições legislativas de 13 de maio de 1849 consagraram uma maioria de deputados monarquistas, divididos apenas por lealdade dinástica entre legitimistas e orleanistas, na Assembleia Nacional. Eram republicanos apenas por falta de opção, na medida que não poderiam substituir a constituição pelo rei de sua preferência (FURET, 1992, p. 430). Essa mesma Assembleia aprovou, em 31 de maio do ano seguinte, uma lei que restringiu o sufrágio universal. Bonaparte não era um entusiasta do governo parlamentar, mas não se opunha a república, como a maior parte da Assembleia. Assim, ele manobrou para requerer junto à Assembleia a revogação da lei e, ao mesmo tempo, a revisão da constituição para poder concorrer a mais um mandato. A rejeição dessas propostas pelos parlamentares em 17 de novembro de 1851 por 400 votos a 338, deu "o sinal verde" para o *coup d'état*. Em 2 de dezembro, aniversário da coroação do primeiro Napoleão, o exército ocupou Paris e Luís Bonaparte promulgou um decreto dissolvendo a Assembleia e restaurando o sufrágio universal. Entre 21 e 22 de dezembro foi realizado um plebiscito que consultava o povo francês sobre delegar à Luís Bonaparte os "poderes necessários para estabelecer uma constituição"; a imensa maioria da população (mais de 7 milhões de eleitores) se manifestou favoravelmente, contra apenas 592 mil votos contrários. A segunda república chegava ao seu fim (FURET, 1992, p. 437).

[224] Segundo Antonini (2021, p. 1), Auguste Romieu (1800-1855) foi o primeiro a usar o neologismo em um texto de 1850 intitulado *L'ère des césars*. Como ele, Romieu pretendia designar o "domínio do sabre", uma forma de dominação baseada no apoio da força militar, que em tempos de crise assume a monarquia hereditária, sem ser hereditária. Originalmente, portanto, o termo tinha uma acepção distinta do bonapartismo. No entanto, em pouco tempo o conceito sofreu uma rápida evolução. Enquanto o historiador suíço Jacob Burckhardt (1818-1897) o utilizava em sua discussão sobre as designações militares imperiais da época de Constantino, o socialista francês Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) fez do cesarismo um dos polos de sua concepção teleológica e dilemática da história. Para ele, o cesarismo seria a única alternativa à anarquia e a única possibilidade de produzir uma situação revolucionária. Ao mesmo tempo, Proudhon transformou de forma significativa o significado do conceito ao atribuir a ele um caráter democrático. Em polêmica aberta com Proudhon (e também com Victor Hugo), Marx (2011, p. 19) considerava o cesarismo uma "analogia histórica superficial", um "chavão [...], que se tornou corrente em especial na Alemanha". Reafirmando sua interpretação baseada na especificidade dos eventos de 1848-1852 e sua inserção no contexto histórico da época, Marx (2011, p. 18) critica Proudhon e Hugo por ignorarem "como a luta de classes na França criou circunstâncias e condições que permitiram a um personagem medíocre e grotesco desempenhar o papel do herói". Apesar das críticas de Marx, o cesarismo foi adotado pelos intelectuais marxistas, especialmente após o fim da Primeira Guerra Mundial, por conta da emergência de novos regimes autoritários (ANTONINI, 2021, p. 7).

encarnação do povo em um líder; 3) uma rejeição dos corpos intermediários que são um obstáculo ao poder popular. Portanto, o cesarismo consiste naquilo que definimos como *democracia iliberal*:

> Ao mesmo tempo que consagra o poder de legitimação e sanção do povo (graças a eleições livremente organizadas), as liberdades públicas (de imprensa, de organização partidária, etc.), não são reconhecidas, ao pretexto de que elas parasitariam a expressão livre e imediata da vontade geral, e o povo é unicamente apreendido como sob a espécie de uma totalidade que não pode ser decomposta (ROSANVALLON, 2000, p. 201).

Para os partidários de Luís Bonaparte, o plebiscito oferecia "uma alternativa às formas clássicas do governo representativo", um modo de opor "as virtudes do face-a-face direto entre o povo e o poder" às verborragias e mentiras "inevitavelmente deformantes" da democracia parlamentar. Ele não era uma simples consulta ao povo, pelo contrário, o plebiscito se inscrevia em uma "visão política global e uma nova compreensão da história da democracia" (ROSANVALLON, 2020, pp. 97-9).

O plebiscito permitia uma "personalização aumentada do poder"; consagrado pelos eleitores, Bonaparte se tornava o "homem-povo", destinado a apagar a distância entre representante e representados (ROSANVALLON, 2000, p. 210). Para reforçar essa concepção de representação-encarnação, ele se valia de uma "política de proximidade", com deslocamentos pelo país que tinham por objetivo estabelecer uma comunicação política direta e uma encenação democrática da soberania[225] (ROSANVALLON, 2020, pp. 100-1).

Segundo Rosanvallon (2000, p. 213):

> As viagens de Napoleão III se apresentavam como um "plebiscito continuo". Tratava-se de ressaltar que eles participavam de uma espécie de democracia direta. Mas também sugeria uma outra de suas características materiais: a redução da participação do povo a uma forma de adesão festiva, na qual ele se manifestava em uma espécie de massa unanime. O advento do homem-povo está, portanto, implicitamente na celebração do povo-uno. Assim, o bonapartismo se reconecta com uma visão unanimista do político.

[225] Truesdell (1997, pp. 3-4) observa que: "Entre os anos de 1850 e 1860, o tema do meu estudo – cerimônias e celebrações apoiadas oficialmente, realizadas pelo menos parcialmente em público ou amplamente, se indiretamente experimentadas por meio da imprensa – ocorreram com frequência deslumbrante. Um feriado anual por conta do aniversário do primeiro imperador, visitas espetaculares às províncias, inaugurações elaboradas, desfiles militares enormes, duas Exposições Universais, um casamento imperial, visitas da realeza estrangeira e uma variedade de outros eventos de gala compreendiam aquilo que se tornou conhecido como a *fête impériale*. Mas esses eventos eram mais do que simples diversão; eles também estavam entre as ferramentas-chave de Luís Napoleão para projetar imagens fortes diante de uma audiência de massa, imagens que o retratavam como o líder ideal para aquele período – o salvador providencial do país e o garantidor de um futuro pacífico, próspero e glorioso".

Se os liberais concebiam a representação como reflexo de uma diversidade que tomaria uma forma coerente por meio do debate parlamentar, "os bonapartistas queriam que ela exprimisse imediatamente uma unidade pressuposta" (ROSANVALLON, 2020, p. 102). O plebiscito, portanto, justapõe os elementos de uma cultura democrática "moderna", o voto e a representação política, "com resíduos de uma cultura social 'arcaica' da comunidade" (ROSANVALLON, 2020, p. 103).

O cesarismo vai introduzir também uma ruptura com a cultura política revolucionária, que havia declarado guerra a todos os corpos intermediários[226]. Luís Bonaparte permitirá seu reestabelecimento parcial nas ordens econômica e social, encorajando o desenvolvimento de cooperativas e associações mutualistas e colocando fim à interdição do sindicalismo. Ao mesmo tempo, promoveu um projeto de descentralização administrativa, inclusiva aumentando as competências dos conselhos municipais (ROSANVALLON, 2000, p. 222).

Todavia, essa concepção positiva e liberal da sociedade civil era acompanhada de "um iliberalismo democrático não menos perceptível" (ROSANVALLON, 2020, p. 104). Será com base nessa concepção particular de democracia que Bonaparte justificará a supressão dos partidos políticos e diversas restrições à liberdade de imprensa. Esses corpos intermediários eram vistos com suspeitas porque introduziriam "um viés na expressão da vontade geral" (ROSANVALLON, 2000, p. 224).

Os partidos serviam para a corrupção do sufrágio universal, ao substituírem o bom senso das massas pela influência de alguns líderes. Eles pressupunham uma hierarquia entre os "principais" e o "povo menu", no qual os primeiros têm a tarefa de guiar e esclarecer, reduzindo a participação eleitoral a uma escolha entre candidatos pré-fabricados, relegando aos cidadãos o papel de meras máquinas de votar (ROSANVALLON, 2020, p. 107).

A alternativa era o "candidato oficial", o representante do regime supostamente instituído democraticamente, não o homem de um partido. Os eleitores, nesse caso, não eram convidados a escolher uma pessoa, mas a apoiar ou censurar uma política. As eleições eram despersonalizadas e, por consequência, políticas, isto é, inscritas

[226] Um dos principais exemplos dessa batalha foi o decreto de 14 de junho de 1791, que passou para a história com o sobrenome de seu elaborador, Isaac Le Chapelier. Esse decreto bania as guildas e sindicatos, sob a premissa de que não deveriam existir outras corporações que não o Estado. Segundo Rosanvallon (2000, p. 219), o fundamento do repúdio revolucionários aos corpos intermediários era a intenção de estabelecer uma separação radical entre a esfera privada e a esfera pública, sendo que essa última só poderia existir aos auspícios do reino absoluto da generalidade, confinando-se as diferenças no privado.

exclusivamente na esfera pública e, portanto, livres de qualquer "parasitagem" de ordem privada (ROSANVALLON, 2000, p. 226).

A justaposição entre Estado e sociedade política corresponde a uma politização total das eleições. Como resultado dessa polarização do político, não pode haver nenhum espaço público entre o Estado e a esfera privada, o que conduz a uma dissociação entre liberalismo e democracia. Há, portanto, a constituição imediata e global do político que não necessita de nenhum suporte intermediário para se exprimir, o que permite desqualificar os partidos políticos e tonar sua ausência indiferente (ROSANVALLON, 2020, p. 109).

Uma crítica semelhante é feita a liberdade de imprensa. Para Bonaparte (*apud* ROSANVALLON, 2020, p. 109), "a primeira garantia de um povo não consiste no uso imoderado da tribuna e da imprensa; ela é o direito de escolher o governo que lhe convém". O imperativo democrático é colocado em primeiro lugar em relação ao imperativo liberal e é dele dissociado (ROSANVALLON, 2000, p. 229).

Apesar de reconhecer as liberdades individuais clássicas, o cesarismo de Bonaparte coloca as liberdades públicas, como a liberdade de imprensa, como secundárias. Os jornais eram vistos como poderes, mas poderes privados, exercidos sem delegação ou responsabilidade. Eles correspondiam a "centenas de pequenos Estados no meio do Estado" e a uma potência pública em mãos particulares (ROSANVALLON, 2020, pp. 110-1).

Assim, o controle da imprensa parecia plenamente justificável aos bonapartistas. Os jornais representam apenas interesses particulares e, portanto, devem estar subordinados ao interesse geral. Na medida em que era impossível submeter os jornalistas a uma eleição, convinha manter sobre eles vigilância constante, inclusive opondo a eles a palavra dos poderes eleitos (ROSANVALLON, 2020, p. 113).

Rosanvallon (2020, p. 113) conclui sua análise do cesarismo de Bonaparte afirmando:

> É toda uma concepção de público que está em questão na visão cesarista do político. O público nunca é compreendido como o espaço da inteiração e da reflexão entre os grupos e os indivíduos; ele é apreendido apenas sob as formas fixas das instituições legitimadas pelas eleições.

Na perspectiva do cientista político francês, não obstante o cesarismo não ter reivindicado a denominação "populismo", foi nele que se teorizou pela primeira vez "uma democracia autoritária, imediata e polarizada, que chamaríamos comumente hoje de

‘iliberal’”. Seus defensores o enxergavam como uma forma mais autentica de democracia do que aquela oferecida pelo modelo liberal-parlamentar (ROSANVALLON, 2020, p. 17).

Assim, o cesarismo de Bonaparte pode ser considerado uma espécie de *protopopulismo*, na medida em estabelece alguns dos traços que encontraremos posteriormente associados a esse conceito. Todavia, o termo populismo aparece mesmo no final do século XIX naquelas que, curiosamente, seriam as grandes potências do século seguinte: Rússia e Estados Unidos da América (CANOVAN, 1981; TORMEY, 2019; MUDDE; KALTWASSER, 2017; URBINATI, 2019).

Mudde e Kaltwasser (2017, p. 22) afirmam que os Estados Unidos “tem uma longa história de mobilização populista”, mobilização que, segundo Canovan (1981, p. 17), “durou tempo suficiente para dar um choque severo no *establishment* político americano”. Lá o movimento se consolidou especialmente entre os agricultores do sul e oeste, pressionados pelas grandes ferrovias[227] e por credores, que “lhes faziam se sentir impotentes diante de poderes que não tinham o direito de controlar suas vidas” (CANOVAN, 1981, p. 18).

Assim, os pequenos proprietários rurais e fazendeiros “consideravam que seus interesses tinham sido fortemente negligenciados por partidos metropolitanos, concentrados nas necessidades dos cidadãos das novas cidades” (TORMEY, 2019, p. 28). Os partidos foram acusados de confiscar a soberania do povo e a democracia de ter traído suas promessas originais. É em meio a esse desencanto democrático que, em 1892, é criado o *People’s Party*, chamado por seus membros de *The Populist Party* (ROSANVALLON, 2020, p. 116).

O discurso político do partido não podia ser outro se não aquele fundado na polarização entre o “povo” e a “elite”. De um lado, os agricultores e pequenos proprietários, pessoas puras, que trabalham com a terra e produzem os bens necessários à sobrevivência da sociedade. Do outro, uma elite formada por banqueiros e políticos, que nada produzem e, ainda por cima, exploram quem o faz (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 23).

[227] As ferrovias submetiam os agricultores do Oeste ao pagamento de taxas abusivas para o transporte das colheitas, recusavam-se a fornecer vagões de carga para pequenas quantidades de grãos e, algumas vezes, inclusive deixavam a produção parada até que o preço no mercado caísse. Além disso, as ferrovias tratavam de controlar as legislaturas estaduais por meio de suborno e corrupção, garantindo a salvaguarda de seus interesses (CANOVAN, 1981, p. 19).

Deste modo, não causa surpresa que a plataforma política do partido se assentasse em demandas tais como empréstimos com juros baixos, imposto de renda progressivo e a propriedade estatal das ferrovias e dos sistemas de telégrafos e telefones, bem como a distribuição das terras em poder das ferrovias e outras corporações para os colonos. O partido exigia ainda a restrição do trabalho dos imigrantes, a eleição direta dos senadores e a adoção de referendos (LACLAU, 2005, pp. 250-1).

Apesar de ter obtido um certo sucesso eleitoral durante os anos de 1890[228], o *People's Party* e o populismo em si acabaram por perder seu apelo nos anos seguintes, especialmente por parte de seus anseios ter sido incorporado no sistema partidário tradicional norte-americano. Canovan (1981, p. 44) observa que os:

> [...] democratas roubaram as roupas dos populistas. No curso de sua luta para manter o Sul longe das mãos dos populistas, eles se desviaram para a direção populista. Eles não apenas [...] adicionaram a sua plataforma diversos itens populistas, tais como imposto de renda e o controle federal sobre as ferrovias; acima de tudo, eles escolheram um candidato com estilo e simpatia populista.

O candidato era William Jennings Bryan. Justamente por conta dessa afinidade, o partido resolveu apoiar a candidatura de Bryan à presidência em 1896, o que, ao final, levou à derrocada da agremiação partidária por conta das divergências entre os integrantes que queriam uma candidatura própria e aqueles que defendiam a fusão entre os partidos. Ironicamente, no ano seguinte o País conheceu um período de prosperidade econômica possibilitada por uma das demandas do partido: o aumento do volume de moeda (CANOVAN, 1981, p. 46).

O *Progressive Moviment* é outro movimento populista que tinha por objetivo sanear a vida pública dos interesses privados e aprofundar as instituições democráticas. Apesar de não ser organizado e nem realizar congressos, ele terá, segundo Rosanvallon (2020, p. 116), um papel muito mais importante e mais global que o *People's Party*. O movimento contribuiu com a renovação de diversas instituições democráticas, como as primárias, os referendos de iniciativa popular e a revogação de mandatos, plataformas que foram incorporadas na campanha de 1904 de Theodore Roosevelt.

Durante o século XX, vez por outra se formavam novas ondas de populismo, agora intimamente ligadas ao discurso reacionário, anticomunista e segregacionista[229]

---

[228] Em 1892, o candidato do partido, James B. Weaver, recebeu mais de um milhão de votos, o correspondente a 8,5% dos votos populares. Além disso, durante aquela década, o partido elegeu vários governadores e legisladores estaduais (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 23; CANOVAN, 1981, p. 38).

[229] Os principais expoentes desse novo perfil populista foram o senador Joseph McCarthy, que durante os anos 1950 comandou a caça às bruxas anticomunista, e o governador do Alabama George Wallace, que

(TORMEY, 2019, p. 28). Canovan (1981, p. 46) destaca que a historiografia sobre o populismo foi "dramaticamente afetada pelo macarthismo e pelo choque que ele causou no mundo acadêmico". Até a Segunda Guerra esses movimentos eram vistos com simpatia pelos acadêmicos; foi o "reinado de terror" conduzido por McCarthy no início dos anos 1950 que levou os intelectuais norte-americanos a separar seu próprio meio cultural liberal das massas crédulas e ignorantes.

Na Rússia, no entanto, o populismo não foi um movimento do "povo", dos camponeses, como nos Estado Unidos, mas de um pequeno grupo de intelectuais radicais, que não contava com apoio popular (CANOVAN, 1981, p. 60). Os *narodniks*[230], como eram conhecidos, acreditavam, a partir de uma representação romântica da vida no campo, que a comuna rural era uma forma de socialismo que devia ser protegida do capitalismo, das elites e da autocracia (TORMEY, 2019, p. 25). Berlin (1960, pp. viii-ix) sumariza o pensamento dos populistas russos do seguinte modo:

> As metas centrais dos populistas eram justiça e igualdade social. A maior parte deles estava convencido [...] que a essência de uma sociedade justa e igualitária já existia na comuna camponesa russa – a *obshchina*, organizada na forma de uma unidade coletiva denominada de *mir*. A *mir* era uma associação livre de camponeses que periodicamente redistribuía a terra agrícola a ser lavrada; suas decisões vinculavam todos os seus membros e constituíam a pedra angular sob a qual, assim defendiam os populistas, uma federação de unidades socializadas e autônomas [...] poderia ser erguida. Os líderes populistas acreditavam que essa forma de cooperação oferecia a possibilidade de um sistema social livre e democrático na Rússia, originado dos mais profundos instintos morais e tradicionais da sociedade russa [...]. Como corolário disso, os populistas acreditavam que o desenvolvimento de uma indústria centralizada de larga-escala não era "natural" e, desse modo, levaria inexoravelmente à degradação e desumanização de todos que caíssem em seus tentáculos: o capitalismo era um mal terrível, destruidor do corpo e da alma, mas não era inevitável.

O Estado, para eles, era o símbolo, o resultado e a principal fonte da injustiça e da desigualdade, uma arma empunhada, de forma cada vez mais brutal e destrutiva, pelos governantes para defender seus próprios privilégios. Partidos e direitos políticos, eleições, parlamentos, formas republicanas de governo eram coisas inúteis e sem sentido para pessoas ignorantes, seminuas e famintas, eram programas que "apenas zombavam de sua miserabilidade" (BERLIN, 1960, p. X).

---

durante a década seguinte conseguiu grande visibilidade eleitoral ao se posicionar contra as exigências de acabar com a segregação em escolas e universidades (cf., MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 24; TORMEY, 2019, p. 28; ROSANVALLON, 2020, p. 117; CANOVAN, 1981, p. 47).

[230] Segundo Tormey (2019, p. 25) *narod* "significa 'pessoas'; quando adicionado a termos como *volya*, ou 'vontade', dá a essência do que muitos querem captar no termo populismo: a ideia de um movimento do povo como um todo, não apenas de uma parte dele".

Todavia, a Rússia, diferentemente dos Estados Unidos, não possuía um sistema político que permitisse que as demandas dos *narodniks* fossem incorporadas por movimentos de massa. Do mesmo modo, não obstante o esforço desses intelectuais de "ir ao povo"[231], o populismo russo foi incapaz de alcançar os camponeses, que se mantiveram alheios às suas ideias. Conforme afirma Müller (2016, p. 18):

> Como muitos outros intelectuais urbanos, eles descobriram que "o povo' nem lhes dava boas-vindas como eles esperavam, nem reconhecia as prescrições políticas deduzidas pelos intelectuais de seu suposto "modo puro de vida".

Por essa razão, acabou degenerando em uma organização terrorista, responsável pelo assassinato do *Czar* Alexandre II[232] (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 33). Mesmo tendo fracassado, os *narodniks* criaram um padrão para os movimentos populistas. Eles não apenas consagraram a oposição entre o "povo" agrário e a "elite" urbana, mas também, e principalmente, instituíram "o padrão para um movimento que [...] tem uma relação direta e não mediada com o povo". Um movimento pronto para liderar o povo virtuoso "para os planaltos ensolarados de uma sociedade em que os atuais antagonismos são eliminados" (TORMEY, 2019, p. 27).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e com a queda do nazi-fascismo, o populismo ressurge, mas num contexto diferente[233]. O seu palco será os países latino-americanos, detentores da "tradição populista mais duradoura e predominante" (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 27). Nesse período surge um conjunto de políticos denominados de "populista" porque o que "encaravam não se encaixava em nenhuma das categorias políticas habituais da época, sejam as distinções entre direita e esquerda ou entre capitalismo e socialismo"[234] (ROSANVALLON, 2020, p. 132).

---

[231] *Khosdenie u narod,* ir ao povo, foi uma campanha organizada por milhares de universitários russos que, entre 1873 e 1874, foram viver no campo para tentar organizar os camponeses para a revolução.

[232] Curiosamente, inspirado por essa ação, Alexandre Ulianóv, irmão mais velho de Vladimir Lenin, um grande crítico do populismo *narodnik*, foi envolvido em uma conspiração que visava o assassinato do czar Alexandre III, sucessor de Alexandre II, tendo, por conta disso, sido condenado à pena de morte por enforcamento.

[233] "Antes da queda do fascismo, existiram algumas ideologias e movimentos pré-populistas em países tão diferentes como a França, a Rússia e os Estados Unidos, mas em um contexto completamente distinto. Foi depois de o fascismo ter abandonado o palco mundial que o populismo se tornou, pela primeira vez, um regime. [...] Depois do fascismo, o campo político ficou livre e o populismo tornou-se completo. Tornou-se um paradigma político autoritário definitivo – isto é, uma maneira influente de dominar o Estado na ausência de poderes fascistas" (FINCHELSTEIN, 2019). Em sentido idêntico, Urbinati (2019, p. 19) afirma que o "populismo somente se tornou o nome de uma forma de governo após o colapso do fascismo, incialmente na América Latina".

[234] Mais adiante, Rosanvallon (2020, p. 140) vai afirmar que que a "noção de populismo não começa a ser utilizada pelos analistas da realidade latino-americana senão a partir dos anos de 1960, esse neologismo traduzia a dificuldade de colocar no quadro conceitual comum da ciência política o tipo de ideologia e de regime que marcaram o continente após a Segunda Guerra Mundial".

Líderes como Perón e Vargas representaram, nas palavras de Rosanvallon (2020, p. 133), "uma estranha aliança entre a afirmação de ideais democráticos e um tom totalitário". Eleitos em eleições relativamente livres[235], eles não hesitavam em recorrer à força e eram apoiados por um povo pouco acostumado à participação política (CANOVAN, 1981, p. 151). Mas é enganoso acreditar que se tratava de pura repressão e simples manipulação: o "populismo foi, sem dúvida, manipulação de massas, mas manipulação nunca foi absoluta" (WEFFORT, 2003, p. 70).

Assim, no contexto das então incipientes economias latino-americanas, a adesão do povo ao líder dependia da "ampliação do consumo e da participação política" (WEFFORT, 2003, p. 183). Nesses termos, Gomes (1998, p. 546) observa que:

> [...] a "manipulação" populista não é de maneira simplista, uma estratégia urdida por políticos espertos para enganar o povo ingênuo. É bem mais complexa, pois dotada de uma ambiguidade intrínseca: é tanto uma forma de controle sobre as massas, como uma forma de atendimento de suas reais demandas. Embora seja muito mais enfatizada a dimensão do "mascaramento" existente neste atendimento, a política "populista" é avaliada também como um caminho de acesso e de reconhecimento dos interesses dos setores populares[236].

E mencionamos o contexto econômico justamente para destacar em que condições surge o populismo latino-americano: no início do século XX, as economias da região eram eminentemente agrícolas. A crise de 1929, entretanto, quebra o monopólio das classes agrárias exportadoras e dá início ao processo de industrialização e de urbanização desses países. Daí então, a cidade se constitui no "centro básico da ação

---

[235] Na verdade, conforme observa Ianni (1975, pp. 121-2) "na América Latina, os governos populistas instalaram-se por vários meios. Lázaro Cárdenas, em 1934, e Juan Domingo Perón, em 1946 e 1951, assumem o poder por via eleitoral, nos quadros institucionais da democracia representativa. Getúlio Vargas, por seu lado, assumiu o poder em 1937 por meio do golpe de Estado e em 1951 por intermédio de eleições, segundo as normas da democracia representativa. Em 1961, na qualidade de vice-presidente da Revolução (*sic*), João Goulart deveria assumir o governo, devido à renúncia do presidente Jânio Quadros. Mas os interesses contrários ao populismo puseram em andamento um golpe de Estado, para impedir a posse regular do vice-presidente. Diante dessa situação, as forças populistas e de esquerda organizaram um amplo movimento popular, impedindo o desfecho do golpe e garantindo a posse de Goulart. Em 1952, na Bolívia, Victor Paz Estensoro alcança o poder por via da revolução organizada e chefiada pelo *Movimiento Nacionalista Revolucionário* (MNR). Velasco Ibarra, nas cinco vezes em que governou o Equador, entre 1934 e 1972, tanto venceu eleições democráticas como deu golpes de Estado. Apesar de ter sido deposto por um golpe militar, em 1955, em 1973 Perón foi eleito democraticamente e reassumiu a presidência da República Argentina com o beneplácito de antigos adversários e amplo apoio das massas peronistas. Assim, não há um modo característico de conquista do poder por parte das forças populistas".

[236] "Assim, toda política populista paga um preço pela adesão popular, qualquer que seja a amplitude de sua capacidade de manipulação. Ela deve assumir no plano político responsabilidades com a democratização do Estado, e no plano econômico um compromisso com a expansão das possibilidades de consumo, o que impõe no mínimo uma política de crescimento do emprego. Em outras palavras, ela deve ser capaz pelo menos de garantir a preservação e intensificação do ritmo do desenvolvimento econômico e social e anteriormente propiciaram o surgimento das classes populares e que agora mantêm a vigência das alianças populistas" (WEFFORT, 2003, p. 183).

política" (WEFFORT, 2003, p. 18). Weffort (2003, p. 18), falando especificamente do caso brasileiro, ressalta que:

> [...] desde a crise 1929, que desarticulou o velho capitalismo agrário voltado para a exportação, e desde a Revolução de 1930, que rompeu com a hegemonia das oligarquias rurais, a cidade vem progressivamente oferecendo as condições econômicas e políticas para a proposição do conjunto dos problemas do país.

Esse deslocamento do campo para a cidade consiste um importante fator de diferenciação do populismo latino-americano em relação aos fenômenos anteriores, verificados sobretudo na Rússia e nos Estados Unidos. Enquanto esses últimos tinham por foco, como vimos, a população rural, ameaçadas pela emergência do capitalismo, o populismo latino-americano tem um "caráter eminentemente urbano, relativo ao momento da transição, da decolagem para o desenvolvimento, quando uma ponderável massa de egressos do campo, ao concentrar-se nas cidades, torna-se disponível à mobilização política"[237] (DULCI, 1986, p. 19).

Ianni (1975, p. 9) aponta que o populismo latino-americano corresponde 1) a etapa específica das contradições entre a sociedade nacional e a economia dependente; e 2) a etapa final do processo de dissociação entre os trabalhadores e os meios de produção. A essência do governo populista estaria em uma tentativa de uma combinação entre "as tendências do sistema social e as determinações da dependência econômica". Nesse contexto, as massas assalariadas são "um elemento político dinâmico e criador" que possibilita a reelaboração das atribuições do Estado:

> [...] na época do populismo, o Estado revela uma nova combinação dos grupos e classes sociais, em âmbito nacional e nas relações externas. O colapso das oligarquias liberais ou autoritárias constituídas no século XIX, juntamente com as crises do imperialismo europeu e norte-americano, abrem novas possibilidades à reorganização do aparelho estatal, isto é, do Estado com a

[237] Cf., no mesmo sentido, Canovan (1981, p. 138). Essa distinção entre urbano e rural permite também uma diferenciação do populismo em relação a outra forma política da história social brasileira: o "coronelismo". Em um breve resumo, podemos definir coronelismo "como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada", que implica em "uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terra" (LEAL, 2012, pp. 43-4). Assim, não há como separar o coronelismo da estrutura agrária e do pequeno município. O populismo, por sua vez, "é fenômeno das regiões atingidas pela intensificação do processo de urbanização" (WEFFORT, 2003, p. 28). Segundo Weffort (2003, p. 28): "As diferenças são várias. No 'coronelismo' as relações entre o senhor rural e a base (quase sempre seus empregados e dependentes) dão-se nos limites sociais e econômicos sob domínio do senhor rural; no populismo, a adesão da massa ao líder supõe, pelo contrário, que os indivíduos que a compõem são livres daquelas formas tradicionais de coerção social e econômica. No 'coronelismo' as relações são quase políticas: a dependência eleitoral da base é apenas uma dimensão de sua dependência social em geral; no populismo, a relação política é frequentemente a única. Enfim, o 'coronelismo' expressa um compromisso entre o poder público e poder privado do grande proprietário de terras; já *o populismo é, essencialmente, a exaltação do poder público, é o próprio Estado colocando-se por meio do líder, em contato direto com os indivíduos reunidos na massa*" [Grifos no original].

> sociedade nacional. Aí as massas aparecem com um elemento político importante e às vezes decisivo (IANNI, 1975, p. 9).

Ao mesmo tempo, ele é uma etapa da constituição de um mercado de trabalho formal decorrente das relações de produção de tipo capitalista avançado. As massas trabalhadoras começam a abandonar os laços comunitários e, pouco a pouco, a substituí-los por valores criados no ambiente urbano e industrial. Assim, o populismo é um processo no "qual se dá a plena formação das relações de classes nas nações da América Latina" (IANNI, 1975, p. 10).

Nesse sentido, é possível localizar o populismo em dois níveis distintos. Há, em primeiro lugar, um "populismo das cúpulas, isto é, dos governantes, políticos burgueses profissionais, burguesia nacional, burocratas, pelegos, demagogos". É o populismo das elites, que instrumentaliza as massas e manipula "as manifestações e as possibilidades de suas consciências" (IANNI, 1975, p. 10).

Por outro lado, existe também o populismo das próprias massas, isto é, dos operários, dos migrantes de origem rural, dos grupos sociais pertencentes à baixa classe média, etc. Em situações normais esses grupos se mantêm em harmonia, no entanto, em situações críticas, as contradições políticas e econômicas fazem com que as elites abandonem as massas à própria sorte e pode encaminhar essas últimas a formas revolucionárias (IANNI, 1975, p. 11).

O Estado populista então será resultado de uma combinação *sui generis* entre os sistemas de mobilização e controle das massas assalarias urbanas com o aparelho estatal, em especial, com o Executivo. Ao contrário do que ocorre nas formas clássicas de democracia representativa, "no populismo ocorre uma combinação singular entre o Estado, o partido governamental e o sistema sindical" (IANNI, 1975, p. 125).

Ao contrário do que acontece nos Estados socialista e fascista, o sistema de poder Estado-partido-sindicato se apoia, sobretudo, "na aliança de classes, sob a égide direta ou mediatizada da burguesia"[238]. O Estado populista, ao contrário de suas contrapartes socialista e fascista, não é resultado de um agravamento das contradições entre as classes, mas de contradições surgidas dentro da classe dominante por conta da industrialização tardia (IANNI, 1975, p. 126).

---

[238] Ianni (1975, p. 125) reconhece que também os Estados socialista e fascista procuram harmonizar, por meio do partido, o apoio político das massas assalariadas com o aparelho estatal. Mas em ambos essa mediatização ocorre de forma distinta. No estado socialista, "essa ligação é feita segundo as exigências da ditadura do proletariado e da socialização dos meios de produção", enquanto que, no Estado fascista, "a combinação se realiza de acordo com as exigências da ditadura da burguesia e do capitalismo monopolista".

Ianni (1975, p. 126), citando Weber, afirma que as massas não podem ser tratadas como simples objeto passivo; pelo contrário, o governo populista é obrigado a garantir uma série de condições institucionais mínimas para o exercício da cidadania. Aumento da participação política, direitos trabalhistas e políticas de bem-estar social "são alguns dos direitos mínimos aos quais as massas passam a ter acesso, ainda que de modo desigual e incompleto". Como coloca o autor:

> No populismo, pois, os humilhados e ofendidos, os homens simples, ou *los olvidados*, no regime oligárquico, adquirem alguns direitos. É obvio que esses direitos e deveres são também as condições e os limites da participação política dos assalariados urbanos nas campanhas e lutas relativas tanto aos problemas de classe como aos assuntos nacionais. Mesmo assim, esses direitos adquiridos, juntamente com a participação efetiva das massas nas questões políticas, impressionam os remanescentes da oligarquia e os vários setores do imperialismo, levando-os a levantar a bandeira da luta contra a "república sindicalista" e o "comunismo" (IANNI, 1975, pp. 127-8).

Se é verdade que o populismo é um movimento totalizante, não menos verdadeiro é o fato de que ele envolve uma aliança tática entre a burguesia industrial e o proletariado industrial. O seu paradoxo resulta do fato de que ele se assenta em um pacto de classes sociais que "continuam a desenvolver-se como tais ao longo da duração do pacto". Essa aliança, portanto, quando se rompe é por conta das contradições desenvolvidas entre as classes que compõem o próprio populismo (IANNI, 1975, pp. 137-8).

Com o populismo "ocorre provavelmente o último ato da dissociação entre os trabalhadores e a propriedade dos meios de produção, em especial no nível da mentalidade das pessoas". O processo de ressocialização do trabalhador no ambiente urbano-industrial reforça a importância do valor de troca em detrimento do valor de uso. O consumismo, incentivado pela ação da indústria cultura, impacta na mercantilização da força de trabalho e na formalização das relações de produção (IANNI, 1975, p. 139).

Ao mesmo tempo, a disseminação de uma política monetária baseada na poupança forçada como instrumento de redução do déficit público, conjugada com o aumento vertiginoso da inflação, criou uma situação de verdadeiro confisco salarial. Quando muito, o poder aquisitivo dos salários apenas se mantém, "caindo com frequência para vários setores operários". Ainda assim, segundo Ianni (1975, p. 140):

> As ilusões do consumo crescente, bem como da mobilidade social apagam ou obscurecem, na consciência operária, as contradições entre os seus interesses e os da burguesia. Muitas coisas confundem-se em suas mentes, em especial nas ocasiões de maior sucesso do governo populista.

Essa harmonia aparente, no entanto, é ameaçada sempre que "a taxa de desenvolvimento cai demasiado ou quando os trabalhadores avançam bastante em suas reivindicações e organizações políticas". Nessas circunstâncias, a massa operária pode se radicalizar e é logo abandonada pelas lideranças burguesas, que buscam se apoiar em outros grupos em benefício de suas próprias razões estratégicas (IANNI, 1975, p. 143).

Assim, foi a incapacidade dos regimes populistas em atender as demandas econômicas e políticas das massas e o garantir a estabilidade esperada pelas elites que gerou o seu ocaso[239]. Ao não conseguirem manter o compromisso sobre o qual se assentavam, a harmonia dos interesses das classes sociais mediante a tutela estatal[240], os governantes populistas foram substituídos, um a um, por ditaduras militares. Era a hora de uma "modernização conservadora", que excluísse da cena política e social as classes trabalhadoras e populares (TOLEDO, 1997, p. 44).

Com o advento da terceira onda de democratização[241], o termo populismo foi relegado a segundo plano, perdendo sua importância prática e até mesmo teórica. Em um mundo eufórico com o triunfo da democracia liberal, não se supunha que haveria espaço para uma forma política tão arcaica[242]. E, no entanto, já se percebiam algumas fraturas no

---

[239] Tanto Perón quanto Goulart, herdeiro político do populismo varguista, foram apeados do poder em momentos de grave crise econômica, com pressão inflacionária e nenhum crescimento econômico. Assim, os ganhos de produtividade que eram, ainda que desigualmente, distribuídos entre classe trabalhadora e os detentores do capital, deixaram de ser redistribuídos. Isso aumentou a pressão das massas por reformas estruturais de base. Como enfatiza Weffort (2003, pp. 87-8), "a importância política das massas dependera sempre da existência de uma transação entre os grupos dominantes, e esta transação agora se encontrava em crise. Se as massas serviram como fonte de legitimidade para o Estado, isto só foi possível enquanto estiveram contidas dentro de um esquema de aliança policlassista, que as privava de autonomia. [...] O grande compromisso social em que apoiava o regime se viu, assim, condenado por todas as forças que o compunham. Condenado pela direita e pelas classes médias que se aterrorizavam ante a pressão popular crescente [...]".

[240] Cf., nesse sentido, Prado (1981, pp. 62-3).

[241] O conceito de ondas de democratização é essencial para a obra de Huntington (1994). Segundo o autor, "uma onda de democratização é um grupo de transição de regimes não-democráticos para democráticos, que ocorrem em um período de tempo específico e que significativamente são mais numerosas que as transições opostas durante tal período. Uma onda normalmente envolve também liberalização ou democratização parcial nos sistemas políticos que não se tornaram completamente democráticos" (HUNTINGTON, 1994, p. 23). Huntington identifica três ondas de democratização e duas ondas reversas, em que alguns países reverteram para uma ordem não democrática. A primeira onda de democratização ocorreu entre 1828 até 1926, seguida de uma onda reversa entre 1922 até 1942 (período em que foi escrita a obra de Schmitt supracitada); a segunda onda ocorreu entre 1943 até 1962, a partir daí, tem-se um período de refluxo entre 1958-1975. Por fim, a terceira e última onda de democratização começa com a Revolução dos Cravos em Portugal (1974) e alcança o seu auge com o fim da União Soviética, na década de 1990 (HUNTINGTON, 1994, p. 25).

[242] Na verdade, Mudde e Kaltwasser (2017, pp. 28-9) sustentam que a América Latina sofreu ainda mais duas ondas de populismo, além daquela narrada acima. A segunda onda adotava o ideário neoliberal contra a "classe política" e o Estado, que se opunham ao estabelecimento de um mercado livre, cujos representantes são Carlos Menem na Argentina (1989-1999), Fernando Collor de Mello no Brasil (1990-1992) e Alberto Fujimori no Peru (1990-2000). A terceira onda, por sua vez, consiste no triunfo eleitoral da esquerda, com uma retórica anti-imperialista semelhante àquela utilizada na primeira onda. Nesse caso,

mundo idealizado dos liberais que apontavam para o renascimento do fenômeno populista, mas sob uma nova roupagem, travestido nos partidos políticos de extrema-direita europeus.

Resultado inconveniente do processo de globalização econômica, esses partidos, baseados em um discurso fortemente nacionalista e xenófobo, começam a década de 1990 com pífios resultados eleitorais. No entanto, já no final daquele milênio podemos observar uma expressiva melhora no seu desempenho eleitoral dessas agremiações, o que os coloca como importantes *players* no sistema político, inclusive compondo governos.

O mais famoso, o *Front National* francês, quando foi fundado, em 1972, não passava de uma confederação de pequenos grupos radicais que compartilhavam uma ideologia populista de extrema-direita (MUDDE, 2007, p. 41). Naquela época, o partido liderado por Jean-Marie Le Pen era, na melhor das hipóteses, irrelevante; em 1981, Le Pen não conseguiu assegurar as 500 assinaturas necessárias para que ele pudesse concorrer nas eleições presidenciais daquele ano (DAVIES, 2001, p. 3).

No entanto, alguns anos depois obteve 10 por cento de votos nas eleições para o parlamento europeu de 1983. Esse resultado eleitoral deu notoriedade nacional ao partido: em 1986, ele obteve 35 assentos na Assembleia Nacional e, dois anos depois, Le Pen conseguiu 14 por cento dos votos nas eleições presidenciais. Trinta anos após a fundação do partido, Le Pen alcançou o segundo turno das eleições presidenciais, sendo derrotado por Jacques Chirac[243] (GAUTIER, 2017, p. 496).

No início, a plataforma eleitoral do partido não passava de uma declaração de intenções baseada no eixo trabalho, família e nação, com fortes tons antissemitas e anticomunistas (GAUTIER, 2017, p. 498). O componente racista é marcante; a propaganda fazia referência à "sobrevivência das nações brancas" e à "especificidade biológica e histórica do povo francês" (DAVIES, 2001, p. 21).

---

temos como exemplos os governos de Hugo Chávez e Nicolás Maduro na Venezuela (1999-), Rafael Correa no Equador (2007-2017) e Evo Morales na Bolívia (2006-2019). A opinião é compartilhada por Rosanvallon (2020, p. 82).

[243] A eleição presidencial francesa de 2002 era encarada como um duelo muito aguardado entre o presidente Jacques Chirac e o primeiro-ministro socialista Lionel Jospin. Portanto, a passagem de Le Pen ao segundo turno, com 16,8 por centos dos votos contra 16,2 por cento de Jospin, foi recebida como um terremoto político na França. Mas revelou também o teto da candidatura de Le Pen; no segundo turno ele obteve apenas 17,8 por cento dos votos contra 82,2 por cento em favor de Chirac. Ou seja, Le Pen recebeu apenas cerca de 700 mil votos a mais no segundo turno (CARVALHO, 2014, p. 101). Cinco anos depois, Le Pen amargurou seu pior resultado eleitoral desde o início dos anos 1980, apenas 10,4 por cento dos votos, perdendo, desse modo, um de cada dois eleitores que votaram nele em 2002 (CARVALHO, 2014, pp. 121-2).

Aos poucos, no entanto, as menções à raça e à cor se tornam menos contundentes; a hostilidade contra a imigração passa a ser expressa em termo de diferenças culturais, políticas e econômicas (DAVIES, 2001, p. 21). Para Le Pen (*apud* GAUTIER, 2017, p. 499), a vida social se baseia na exclusão: "não há vida social sem discriminação, sem diferenciação". Os cidadãos são iguais entre si, não os homens.

Às múltiplas inseguranças sociais e econômicas modernas, Le Pen oferece uma causa comum: a globalização. A sua cura é simples, basta expulsar os imigrantes, liberando os franceses de seus medos e tabus, e reverter a imigração estrangeira responsável pela delinquência. Em 1996, o conselho científico do partido declarou:

> Defendemos uma certa ideia da França. Ela não é de esquerda, nem de direita, nem de ontem, nem de amanhã. Ela é consubstancial ao nosso futuro. Ela está ligada indissociavelmente ao nosso sangue, ao nosso solo, à nossa memória [...]. Para que haja política, é necessário que três elementos estejam combinados: um povo homogêneo, vivendo no território que herdou de seus pais e vivendo segundo sua tradição (GAUTIER, 2017, p. 502).

Desde 2011 sob o comando da filha de Jean-Marie, Marine[244], o *Front National,* agora denominada *Rassemblement National*[245]*,* tornou-se uma das principais forças políticas na França. Adotando uma política de "desdiabolização" do partido, Marine afastou do partido aqueles elementos mais radicais na tentativa de obter o apoio dos eleitores desiludidos com a esquerda e direita tradicionais (GAUTIER, 2017, pp. 553-4).

Além de abandonar o discurso abertamente racista e antissemita[246], Marine promoveu uma ruptura com a visão ultraliberal defendida por seu pai[247]. O Estado se

---

[244] A transferência da liderança se deu em 2011. Na ocasião, Marine teve 64 por cento dos votos dos militantes do *Front National* contra 36 por cento direcionados à Bruno Gollnisch, que liderava a facção católica do partido. Marine era extremamente popular entre os militantes do partido tanto pela sua hostilidade ao islamismo quanto por sua defesa da feminização do partido, defendendo o aborto e a utilização de meios contraceptivos (CARVALHO, 2022, p. 132)

[245] A alteração do nome da agremiação partidária ocorreu em junho de 2018 após um plebiscito interno. Ela refletia não apenas a suavização dos elementos mais xenofóbicos da propaganda partidária, como especialmente uma mudança quanto ao seu posicionamento em relação à integração europeia, "uma vez que a saída do euro foi abandonada em favor da construção da construção de uma 'Europa das Nações'" (CARVALHO, 2022, p. 137).

[246] Em contraste com o pai, que constantemente fazia declarações de cunho racistas ou antissemitas, tal como descrever o Holocausto como "um detalhe na história da Segunda Guerra", Marine aderiu a uma retórica republicana, expulsando do partido quem promove comentários desse tipo. Aliás, em 2015 o próprio Jean-Marie foi expulso do partido que criou, por ter reiterado comentários e piadas antissemitas (STOCKEMER, 2017, p. 47). A campanha anti-imigração permanece, mas agora travestida de um discurso em favor de um secularismo (*laïcité*) que "cheira a uma política apito de cachorro (*dog-whistle politics*) e a uma agenda política discriminatória disfarçada de defesa de valores liberais e direitos pessoais" (MILLINGTON, 2020, p. 141). Ou seja, ela instrumentaliza um discurso de secularização para promover uma propaganda e uma retórica anti-islâmica (STOCKEMER, 2017, p. 40).

[247] Na década de 1980, o *Front National* adotou um programa econômico que pretendia realizar uma "revolução liberal" na França, transformando Jean-Marie em um "Reagan francês". Entre as medidas defendidas estavam a o aumento da jornada de trabalho para 45 horas semanais, remuneradas por 40 horas,

tornou onipresente: sua função é proteger "os invisíveis e os esquecidos" dos vícios do neoliberalismo e da imigração, como o desemprego, a perda do poder aquisitivo, etc. (GAUTIER, 2017, p. 561). Essa nova plataforma econômica ressaltou o aspecto nacional-populista e nacional-protecionista do partido (ROSANVALLON, 2020, p. 87).

Essa mudança é reflexo da crise de 2008, que acentuou o processo de ascensão de partidos e líderes com perfil populista, tanto à direita quanto à esquerda. Movimentos de esquerda como o espanhol *Podemos* ou o grego *Syriza*, assim como os de direita, tipo o *Tea Party* norte-americano ou o *Movimento 5 Stelle* italiano, tomaram conta do espaço público[248], ressuscitando o termo populismo e tornando-o "o *slogan* político do momento" (VOβKUHLE, 2020, p. 23).

A própria Le Pen, após amargar uma terceira colocação nas eleições presidências de 2012[249], conseguiu por duas vezes consecutivas alcançar o segundo turno nas eleições francesas de 2017 e 2022. Apesar de derrotada em ambos por Emmanuel Macron, seu crescimento junto ao eleitorado francês é evidente já que sua votação passou de 33,9 por cento no segundo turno de 2017[250] para 41,45 por cento no segundo turno de 2022[251] (CARAVALHO, 2022).

---

a redistribuição das férias remuneradas ao longo do ano, a abolição do imposto de renda, a privatização de tudo que não fosse função soberana do Estado, a redução do número de servidores públicos, a regulamentação estrita do direito de greve e a revogação de leis trabalhistas (as leis *Auroux*) (GAUTIER, 2017, p. 499).

[248] Além desses movimentos, é preciso apontar o caso da Europa central, que até os anos 2010 era considerada um sucesso na transição do pós-comunismo para democracias constitucionais. No início dos anos 2010, a Hungria sofreu uma "virada iliberal". Em 2012, foi a vez da Polônia, seguida em 2018 pela República Tcheca. Curiosamente, a Eslováquia, considerada por muito tempo como uma retardatária no processo de democratização, subitamente se tornou o único país da região que não está diante de um movimento de regressão. Cf., Kosar; Baros; Dufek, 2019, pp. 427-8.

[249] Nessas eleições, Marine disputou contra o então presidente Nicolas Sarkozy, um candidato de centro-direita que nas eleições anteriores havia incorporado o discurso anti-imigração do *Front National* em seu programa político. Apesar disso, a candidata do *Front National* obteve 17,9 por cento, ou seja, cerca de seis milhões e meio de votos, o melhor desempenho de um candidato do partido até então; Sarkozy ficou em segundo lugar com 27,2 por cento dos votos, disputando o segundo turno com o candidato socialista François Hollande, que acabou vitorioso (CARVALHO, 2019, p. 377).

[250] No primeiro turno dessa eleição, Marine obteve 21,3 por cento dos votos, acumulando assim mais de 1,25 milhões de eleitores em relação ao resultado de 2012. Além disso, ela foi a candidata mais votada em 47 distritos eleitorais, enquanto que Macron, candidato de centro, foi o mais votado em 43 distritos. No segundo turno, ela fez o dobro da votação obtida pelo pai em 2002 (CARVALHO, 2022, pp. 135-6).

[251] Essas eleições foram marcadas pelo surgimento de um novo competidor de extrema-direita, o partido Reconquête, liderado por Eric Zemmour, que assumia posições claramente islamofóbicas e afirmava a existência de um plano secreto das elites europeias para substituir a população branca por indivíduos provenientes dos continentes asiático e africano, por meio de uma política de migração internacional. Essa candidatura ajudou a suavizar a imagem de Marine Le Pen e provavelmente contribuiu para que ela obtivesse um percentual ligeiramente maior de votos no primeiro turno, 23,15 por cento, o correspondente a 8,13 milhões de votos, contra 27,85 por cento de Macron. O segundo turno foi disputado com um alto índice de abstenção eleitoral, 28,01 por cento, e consagrou a reeleição de Macron com 58,55 por cento dos votos. Ainda assim, os 13,28 milhões de votos alcançados por Marine Le Pen representam o pico histórico de votação da extrema-direita francesa (CARVALHO, 2022, pp. 137-9).

Mas a grande surpresa sem dúvidas, veio com o sucesso da campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos com uma plataforma eleitoral com cores populistas. Não que a democracia mais antiga do mundo estivesse imune a ímpetos populistas; apesar dos esforços manifestos dos *Foundig fathers* em proteger sua república da "tirania das maiorias", políticos denominados populistas obtiveram sucesso em alcançar cargos eletivos, sendo o mais famoso deles Andrew Jackson[252].

Ainda assim, esses movimentos pareciam superados ou, ao menos, relegados à pequenas facções ou agremiações partidárias com pouca relevância. Trump, por outro lado, elegeu-se por um partido *mainstream*, o Partido Republicano, conhecido como o *Grand Old Party*. Fundado em 1854, o partido tinha se mantido, pelo menos até meados da década de 1950, como uma "coalizão de interesses mais do que um veículo ideológico"[253], e mesmo após aquele período, a fração conservadora representava apenas uma minoria do partido (KABASERVICE, 2012, p. 23).

Aliás, Nash (2006, p. xx) destaca que antes de 1945 não havia qualquer força intelectual conservadora relevante na política norte-americana, apenas algumas vozes de protesto insatisfeitas com o futuro do país. O conservadorismo enquanto movimento político aparece como uma reação contra aquilo que era entendido como uma apropriação pelos movimentos progressistas de diversos espaços públicos, como a academia, as artes e a mídia.

---

[252] Andrew Jackson, nascido em 1767 e herói militar da guerra de 1812, ocupou a presidência dos Estados Unidos por dois mandatos entre 1829 e 1837. Nas eleições de 1824 ele havia 43 por centos dos votos populares e 99 votos no colégio eleitoral, mais do que qualquer um dos seus concorrentes. No entanto, por não ter obtido a maioria necessária para vencer a eleição, a escolha foi remetida ao Congresso, que elegeu John Quincy Adams, ex-Secretário de Estado e filho de John Adams, o segundo presidente norte-americano. Jackson se destacou por uma defesa do povo, "os humildes membros da sociedade – os fazendeiros, os mecânicos e operários", contra uma elite corrupta, "os ricos e poderosos que frequentemente desviam os atos do governo para seus propósitos egoístas" (VOSS, 2021, p. 11). Suas vitórias eleitorais o convenceram de que ele, e somente ele, poderia falar pela nação como um todo (PARSONS, 2009, p. 190). Curiosamente, o estudo de Voss (2021) analisando os discursos presidenciais conclui que Jackson utiliza sim uma linguagem populista, mas apenas de forma moderada. Segundo a autora, seguindo uma escala que vai de 0 a 2 proposta por Hawkins *et al* (2019) e desenvolvida pelo grupo *Team Populism*, um grupo de acadêmicos europeus dedicados ao estudo do populismo, o nível de populismo dos discursos de Jackson é relativamente baixo (entre 0 e menos que 1). Apenas seu discurso de despedida alcançou um nível superior (1,.6). Como parâmetro, enquanto presidente da Venezuela, Hugo Chavez, um conhecido populista latino-americano, alcançou a pontuação geral de 1.9 (VOSS, 2021, p. 7).

[253] Kabaservice (2012, pp. 39-40) destaca que na década de 1950 a política era marcada pelo consenso, sendo a identidade política américa determinada por outros fatores que não a ideologia. Tanto o partido Republicano quanto o partido Democrata tinham em suas fileiras uma diversidade de ponto de vistas e opiniões, com debates não apenas entre os partidos, mas dentro deles mesmos. Ao pragmatismo dos partidos, mais interessados em obter o poder do que sustentar posições ideológicas, era atribuído o sucesso da democracia norte-americana em evitar o fascismo, o comunismo e o caudilhismo que marcavam a política tanto na Europa quanto na América Latina.

Nash (2006, p. xx) identifica três tradições distintas de conservadores. Primeiro, os "libertários", que resistiam as ameaças de um Estado em expansão contra a liberdade individual, a propriedade e o empreendedorismo. Depois, os "novos conservadores", que, chocados com o totalitarismo e com o desenvolvimento de uma sociedade de massas secular, propunham um retorno à tradição religiosa e o abandono do "relativismo". Por fim, os militantes "anticomunistas", que estavam convictos de que o ocidente estava engajado em uma cruzada contra o comunismo pelo controle do mundo.

Essas correntes se uniam em torno de uma rejeição da sociedade liberal e na luta contra a ameaça comunista. As tensões e polarizações da década de 1960 permitiram que o conservadorismo se consolidasse como uma força emergente, ainda que marginal, na política norte-americana[254]. Nas décadas seguintes, porém o conservadorismo foi determinante para a eleição de candidatos republicanos, especialmente Ronald Reagan e George W. Bush.

No interior do partido conviviam duas facções do movimento conservador. De um lado, os neoconservadores, um grupo de ex-democratas e ex-esquerdistas que ganharam destaque durante os anos 1970, sendo os responsáveis pela adoção pelo partido de posições mais ideológicas e militaristas. Do outro, os paleoconservadores, que representavam um conservadorismo mais tradicional, céticos em relação à intervenção militar em países estrangeiros, protecionistas na economia e abertamente contrários a políticas estatais de igualdade racial[255] (HAWLEY, 2017, pp. 29-30).

Essas duas facções disputaram espaço político no partido durante as décadas de 1980 e 1990. Após o 11 de setembro de 2001, no entanto, havia poucas dúvidas sobre qual das facções prevaleceria. A política de intervenção militar, em especial as invasões ao Iraque e ao Afeganistão, foi comandada por neoconservadores, o que estabeleceu a condição de *outsiders* para os paleoconservadores (LYONS, 2018, p. 57).

No entanto, o fracasso da estratégia da "Guerra Contra o Terror" e o desastre econômico de 2008 colocou em descrédito as lideranças tradicionais do partido

[254] Na convenção de 1960, o grupo dos conservadores representava a menor das quatro facções que compunham o partido Republicano da época, que, tal como os bolcheviques na Rússia revolucionária, alegava que falava pela maioria do partido. No entanto, a plataforma defendida por Richard Nixon naquela convenção, que foi aprovada pela maioria do partido, conjugava temas de assistência social e de direitos civis, que eram combatidos pelos conservadores.

[255] Nas primárias de 1992 e 1996, os paleoconservadores foram representados pela candidatura de Patrick J. Buchanan, um republicano que serviu às administrações de Nixon, Ford e Reagan. Sua plataforma política era baseada no protecionismo econômico, na restrição à imigração, em uma política de não-intervenção militar no exterior e no tradicionalismo cultural (HAWLEY, 2017, p. 31).

Republicano e provocou um cisma entre Bush e a base conservadora[256]. Nessa esteira, surge um novo ator político, o *Tea Party*, cujo principal bandeira era combater a política expansionista de gastos promovida pela administração Obama para estimular a economia (MICHAEL, 2015, p. 313).

Michael (2015, p. 314) destaca que o *Tea Party* é um movimento guarda-chuva, composto por milhares de grupos locais e nacionais, agrupados pelo lema "governo limitado, responsabilidade fiscal e livre mercado". Ao mesmo tempo, paradoxalmente, o movimento afirmava ser um sucessor ideológico da visão jeffersoniana de democracia, apelando constantemente ao povo para legitimar suas demandas[257] (MUDDE, 2018, p. 10).

O *Tea Party* se beneficiou de duas transformações nos meios de comunicação. Em primeiro lugar, há o inegável declínio do jornalismo tradicional. Ao contrário dos antigos jornais, que evitavam a todo custo emitir opiniões partidárias para construir um consenso, o novo jornalismo é carregado de partidarismo. Entre a maior parte dos norte-americanos se consolidou a ideia de que a mídia tradicional é simpática à esquerda, o que aumentou a demanda por cada vez mais apresentadores de direita, que figuram com destaque na televisão[258] (MICHAEL, 2015, pp. 313-4).

---

[256] Em setembro de 2008, o *Federal Reserve* se recusou a prestar socorro ao Lehman Brothers, um dos maiores e mais tradicionais bancos de investimento dos Estados Unidos. O colapso do banco levou a um efeito em cadeia que em poucos dias provocou uma série de falências e transformou uma crise localizada no mercado hipotecário americano em uma crise mundial sem precedente desde 1930. Assustados com o tamanho do impacto da sua medida, o *Fed*, junto com o Tesouro, organizou uma operação de resgate que foi imposta mesmos aos bancos mais fortes e prudentes, que não estavam em risco. Nesse ínterim, foi aprovado no Congresso, com apoio dos então dois candidatos à presidência, Barack Obama e John McCain, uma lei (*Troubled Asset Relief Program – TARP*) autorizando a administração federal a gastar a quantia astronômica de setecentos milhões de dólares em empresas com dificuldades. Desse valor, Bush destinou dezessete bilhões para tentar resgatar, sem sucesso, a Ford e a GM, o que causou indignação na base conservadora republicana. Para eles, era absurdo gastar bilhões em dinheiro público para salvar alguns bancos irresponsáveis e seus executivos milionários enquanto a classe média sofria duras perdas. Se já havia insatisfação entre os conservadores por conta dos gigantescos déficits fiscais e da política de imigração da administração Bush, o pacote de resgate consumou o divórcio (VELASCO E CRUZ, 2019, p. 37).

[257] Ao listar algumas características do movimento, Velasco e Cruz (2019, p. 38) também observa esse paradoxo. Segundo ele, o *Tea Party* tem as seguintes feições: "*i)* o perfil social de seus ativistas – na maioria, homens brancos e religiosos, de idade relativamente avançada, com renda superior à média nacional; *ii)* a discrepância entre a retórica formal antiestatal dos representantes do *Tea Party* e a importância dada a outros temas, como o endurecimento das políticas de imigração; *iii)* a intensa rejeição incitada por Barack Obama, expressada nos discursos de seus apoiadores em conotações claramente xenofóbicas e racistas [...]; *iv)* uma retórica radical característica dos republicanos, mas agora direcionada não apenas contra os adversários democratas, mas também aos traidores que controlavam o partido Republicano".

[258] Segundo Rosenthal e Trost (2012, p. 3), o *Tea Party* gozava de uma relação especial com a rede de notícias *Fox News*, que não poupou esforços em divulgar e organizar o movimento. A *Fox News* dava especial relevância às questões levantadas pelos militantes do *Tea Party*, tratando-as com a maior importância. Os apresentadores do canal indicavam quem era o verdadeiro inimigo, o liberalismo americano, e definiam os militantes do *Tea Party* como os "americanos reais".

Ao mesmo tempo, a tecnologia tornou mais fácil a comunicação entre grupos com ideias semelhantes. A internet barateou o custo da entrada no mercado da opinião política, permitindo o surgimento de blogs e sites que passaram a disputar audiência. O *Tea Party* abraçou com entusiasmo esse ativismo digital, utilizando-se dessas ferramentas para alcançar novos seguidores, promover suas manifestações políticas e divulgar petições digitais (VELASCO E CRUZ, 2019, p. 34).

Essas duas transformações estruturais tiveram duas consequências. Primeiro, o fim dos filtros editorias que permitiam a checagem dos fatos divulgados e a moderação dos conteúdos comentados. Depois, a formação de bolhas, ou seja, circuitos um tanto fechados que veiculam informações dirigidas a um consumidor específico, que os compartilha com pessoas com ideias semelhantes (VELASCO E CRUZ, 2019, p. 34).

O resultado é ampla divulgação de desinformação, conjugada com teorias conspiratórias. Esses dois elementos serão preponderantes para a estratégia de crescimento do *Tea Party*. "A indignação com a resposta do governo Obama à crise econômica [...] e a questão sobre a legitimidade da presidência Obama [...] forneceram o principal ingrediente para o caldo político conhecido como *Tea Party*" (ROSENTHAL; TROST, 2012, p. 9).

Dúvidas acerca da nacionalidade de Barack Obama surgiram tão logo ele foi sondado como um possível candidato às eleições presidenciais de 2008. Em agosto daquele ano, por exemplo, um ativista democrata, apoiador de Hillary Clinton, ingressou com uma ação requerendo que o nome de Obama fosse retirado das urnas da Pensilvânia sob a alegação de que ele teria nascido no Quênia e, portanto, seria inelegível (KLINKNER, 2014, p. 3).

Logo após a posse, o movimento, autodenominado *Birtherism*, tornou-se muito popular entre ativistas de direita e alcançou a mídia *mainstream* quando o apresentador Lou Dobbs questionou a cidadania de Obama em um programa na CNN. É aqui que o *Tea Party* e Trump se encontram. O bilionário norte-americano foi, segundo Da Empoli (2020, p. 92), o bruxo "capaz de mobilizar a base oculta mais significativa dos eleitores racistas", justamente com base nessa teoria da conspiração.

Em 2011, Trump fez do *Birtherism* uma plataforma para conquistar a simpatia dos eleitores conservadores mais radicais[259]. Já vislumbrando disputar a presidência,

[259] Libby (*apud* VELASCO E CRUZ, 2019, p. 4) afirma que desde 2011 Trump já se dirigia a grupos do *Tea Party* de todo o país. Além de discursar para esses grupos, ele buscou cooptar as lideranças das organizações de base para mobilizar os eleitores do *Tea Party* em apoio a sua candidatura presidencial.

Trump passou a levantar dúvidas sobre a cidadania de Obama em uma série de entrevistas. A campanha que ele promoveu teve tanta repercussão que a Casa Branca se viu obrigada a divulgar a certidão de nascimento do presidente[260] (KLINKNER, 2014, p. 5).

Assim, muito antes do início de sua candidatura, Trump já evidenciava "os principais ingredientes daquilo que iria ser o trumpismo". Primeiro, o sinal de fumaça para o eleitorado tradicional branco, carregado de preconceito e racismo. Depois, a teoria da conspiração de um grande complô promovido pelas elites globais contra o bom povo americano. Por fim, a ampla divulgação de *fake news* (DA EMPOLI, 2020, p. 94).

Apesar da similaridade entre os discursos, o *Tea Party* não parecia disposto, num primeiro momento, a apoiar a candidatura de Trump. Ted Cruz, Rand Paul e Marco Rubio, senadores eleitos com forte apoio de eleitores ligados ao *Tea Party*, eram os preferidos para concorrer à sucessão de Obama em 2016. Trump era visto com um *outsider* e seu desejo de investir em infraestrutura, seu pouco caso com o déficit público e seu apoio à tributação o afastavam do perfil ideal de candidato do partido (CROSSMAN; RAPOPORT, 2021, p. 1).

Trump, no entanto, era extremamente popular entre os eleitores republicanos e quando oficializou sua candidatura às primárias do partido, em junho de 2015, já despontava como líder nas pesquisas. No mês seguinte, sua taxa de aprovação entre os republicanos em geral pulou de 20 para 52 por cento[261]. Com esses números, Trump garantiu o apoio do Tea Party, que foi selado com a escolha do candidato a vice-presidente, Mike Pence, um membro de primeira hora do partido (CROSSMAN; RAPOPORT, 2021, p. 15).

Mudde (2018, p. 48) destaca que o trumpismo não constitui uma ideologia particularmente coerente ou desenvolvida, mas que possui certos traços ideológicos. Seu núcleo é formado por uma combinação de nativismo, autoritarismo e sentimento anti*establishement*, bem próximo dos partidos de extrema-direita europeus. No entanto,

---

[260] Segundo Klinkner (2014, pp. 5-6), as buscas no *Google* sobre a certidão de nascimento de Obama disparam durante a campanha de outono e a eleição de novembro. Logo em seguida, houve um pequeno declínio, que foi seguido por um novo aumento, por conta da posse de Obama em janeiro de 2009 e das declarações de Lou Dobbs, em julho e agosto daquele mesmo ano. Mas foi só quando Trump iniciou sua campanha difamatória contra o presidente que as buscas alcançaram o patamar de 2008, chegando, inclusive, a superá-lo. A cobertura da mídia sobre o tema foi em geral relativamente baixa durante muito tempo, mas teve um "surto" em abril de 2011, quando Trump começou sua campanha.

[261] Isso apesar de se envolver em polêmicas como definir os imigrantes mexicanos como estupradores e afirmar que o senador republicano John McCain não era um herói de guerra, já que foi capturado: "Eu gosto de pessoas que não se deixam capturar" (DA EMPOLI, 2020, p. 110).

apesar de condenar as elites corruptas, Trump evita se colocar como um homem simples do povo, o que torna sua caracterização como populista problemática:

> Um populista de verdade é a *vox populi* (voz do povo) porque ele ou ela é alguém do povo. Pense em Sarah Palin, que refere a si mesma como uma "mãe superprotetora comum" (*average hockey mom*).
> Não há nada comum em Donald Trump, conforme Donald Trump. Seus discursos são repletos de anedotas com autoelogios e referências a si mesmo em terceira pessoa. A mensagem não é um humilde "eu sou como você", mas sim um grandioso "torne-se outro Trump". Ele sequer precisa do "povo" para "fazer a América grande de novo" (seu *slogan* de campanha). The Donald irá fazer a América grande de novo porque, como afirma o seu site de campanha, "Donald J. Trump é a própria definição da história de sucesso americana, estabelecendo continuamente os padrões de excelência (MUDDE, 2018, p. 33).

O ineditismo de Trump está no método, não nas ideias. Ele entendeu que as campanhas eleitorais atuais eram espetáculos de tédio e monotonia, "produzido por diletantes e pondo em cena personagens tristes e sem vida". Assim, em seus discursos improvisados, Trump empregava uma linguagem brutal, carregada de provocações, com piadas injuriosas e fanfarronices ingênuas. É um modo de demonstrar sua autenticidade, uma qualidade cada vez mais valorizada numa sociedade de *reality shows* (DA EMPOLI, 2020, p. 114).

Essa postura lhe garantiu um imenso espaço na escandalizada mídia tradicional[262]. Comentaristas políticos e intelectuais raivosos foram fundamentais para transformar Trump no porta-estandarte daqueles que se sentiam abandonados pelo sistema. Se esse homem espontâneo é duramente atacado pelas elites urbanas, é provável que ele realmente represente o cansaço do americano rural com "tudo que vem de Washington". Ao cair em suas provocações, a mídia faz publicidade para ele e dá credibilidade à sua alegação, inverossímil a princípio, de que é ele o candidato anti*establishement* (DA EMPOLI, 2020, p. 112).

A estratégia de Trump permitiu que ele fizesse sua campanha com uma fração do dinheiro utilizado pelos outros candidatos para promover suas candidaturas. Enquanto Hillary empregava mais de mil pessoas em sua campanha, o candidato republicano empregava dez vezes menos. Se os estrategistas da candidata democrata trabalhavam para

[262] Sides, Tesler e Vavreck (2018, p. 48) consideram que a atenção que Trump recebia da mídia não tinha nada de incomum: "Trump dominou a cobertura jornalística no momento em que entro na corrida presidencial e essa cobertura ajudou a fazer dele o favorito entre os eleitores republicanos – ainda que ele fosse execrado pela maioria dos líderes do partido. Trump fez isso providenciando aquilo que as empresas de notícia e os consumidores queriam. Ele evitou conversas medíocres e anedotas banais, substituindo-as pela fanfarronice, pelas brigas verbais e pelas posições políticas controversas. Tudo isso fez Trump consistentemente noticiável".

que ela pudesse parecer "mais espontânea"; Trump só precisa ser ele mesmo para "catalisar a atenção da mídia e do público" (DA EMPOLI, 2020, p. 112).

Ao mesmo tempo, Trump consolida uma aliança com uma vasta comunidade de *gamers* e blogueiros de direita, unidos pela convicção de que o "politicamente correto" está acabando com a liberdade de expressão[263]. Serão eles responsáveis pela criação de *slogans* e pela campanha virtual. Mas mais importante, eles irão inserir uma série de opiniões extremas no debate público e enquadrar os comentaristas ou jornalistas com posturas divergentes a partir de uma série de insultos e ameaças *on-line* (DA EMPOLI, 2020, p. 115).

A inesperada vitória de Trump em 2016 foi resultado de uma operação política e cultural que mobilizou uma minoria intolerante que não estava disposta a se moderar e se aproximar do centro. Seu triunfo sedimentou as bases estratégicas em que candidatos e partidos populistas de extrema-direita organizariam suas campanhas eleitorais. Uma política que se organiza, sobretudo, por emoções negativas[264] e faz uso amplo das redes sociais para divulgação de teorias conspiratórias e *fake news*.

Assim, desde as eleições de Trump nos Estados Unidos, a democracia mais antiga do mundo, o populismo deixou de ser encarado como um distúrbio lateral da crise da democracia. Se países com democracias consolidadas podem sucumbir aos populistas, então existe uma chance concreta de que as democracias possam morrer, como advertia

---

[263] Essa comunidade emergiu no início de 2013, em uma polêmica sobre um jogo de videogame com uma protagonista feminina e com uma temática que abordava a depressão. Jogadores puristas, autodenominados *gamers*, não aprovaram a novidade, sustentando que os "videogames eram aventuras violentas, reservadas essencialmente aos homens", e submeteram a criadora do jogo a uma série de ataques digitais, com ameaças e com a divulgação de suas informações pessoais nas redes sociais. O estrategista de Trump, Steve Bannon, conjuntamente com Milo Yiannopoulos, viram aí uma oportunidade de engajar esses milhões de individuais que vivem à margem da sociedade em sua luta anti*e**stablishement*. A partir de uma plataforma no site de Bannon, o Breitbart, Milo integra a batalha dos *gamers* em um contexto bem mais amplo. Para ele, os *gamers*, e não aqueles que eles assediam e intimidam, é que são as verdadeiras vítimas, só porque ousaram contestar a ortodoxia liberal dominante. A ameaça real reside nos ativistas do feminismo e do politicamente correto, que com suas pautas censuram aquilo que é mais sagrado: a liberdade de expressão. A mensagem que resta é "unam-se a nós e a Trump para combater o *establishment,* as mídias e a política tradicional, para defender seus direitos e sua identidade" (DA EMPOLI, 2002, p. 108).

[264] Iasulaitis e Vieira (2019) analisaram 1.659 *tweets* de Donald Trump entre 1º de junho e 8 de novembro de 2016, ou seja, entre o final das prévias ao dia da eleição. As autoras constataram que 34 por cento das publicações correspondiam à campanha negativa, com ataques contra a mídia e aos adversários. Para se ter uma ideia da dimensão, a promoção da agenda propositiva do candidato ficou em segundo lugar, com 19 por cento. Situação semelhante aconteceu com Jair Bolsonaro, um inegável discípulo da estratégia de Trump, na campanha de 2018. As autoras analisaram 803 *tweets* de Bolsonaro entre 22 de junho, quando o PSL oficializou a chapa presidencial, e 26 de novembro, a data do segundo turno. No primeiro turno, 19 por cento das publicações correspondiam a campanha negativa, enquanto 18 por cento foram dedicadas aos pedidos de voto. No segundo turno, por sua vez, a campanha negativa chegou a 35 por cento das publicações, tendo o candidato dedicado apenas 9 por cento dos seus *tweets* ao pedido de votos.

um livro sobre o tema, rapidamente transformado em *best-seller*[265]. O populismo, então, pode resultar em um "retrocesso democrático" (PRZEWORSKI, 2020, p. 17).

4.3 POPULISMO: AS TENTATIVAS DE CONCEITUALIZAÇÃO

Mas o que é o populismo? Urbinati (2014, p. 128) adverte que se trata do "nome de um fenômeno complexo". Bobbio *et al* (2010, p. 981) ressaltam sua "ambiguidade conceptual". Rosanvallon (2020, p. 9) destaca que é "um termo paradoxal, porque na maioria das vezes tem uma conotação pejorativa e negativa, enquanto deriva daquilo que sustenta positivamente a vida democrática". Outros afirmam sua total falta de utilidade para compreensão da política moderna[266].

Sem qualquer dúvida, uma das razões da dificuldade de um conceito analítico do populismo é o fato de que ele ainda é utilizado como um *nom de battaille*, um *Kampfbegriff* para estigmatizar oponentes políticos (URBINATTI, 2019, p. 2; MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 1). Os agentes políticos sabem as vantagens de rotular seus adversários de populistas, o que acaba por dificultar o trabalho de distinguir os verdadeiros populistas daqueles que são apenas qualificados como populistas (MÜLLER, 2016, p. 10).

Rosanvallon (2020, pp. 8-9) aponta algumas armadilhas subjacentes ao termo "populismo". Antes de tudo, a expressão sofre de uma "flutuação semântica"; é uma "palavra-borracha", utilizada desordenadamente com base na evidência intuitiva, sem uma teoria que lhe explique. É também, por isso mesmo, uma "palavra-tela", que serve para etiquetar "um conjunto de mutações políticas contemporâneas" que precisam ser identificadas e compreendidas. Por fim, é uma "noção duvidosa", que serve para estigmatizar adversários e legitimar uma suposta superioridade dos instruídos sobre a plebe furiosa.

Ainda assim, o autor francês admite que não se deve renunciar ao seu uso, por duas razões. Em primeiro lugar, ele se mostrou incontornável, não obstante sua confusão; a expressão respondeu, sem competição, à necessidade de qualificar "uma nova dimensão do ciclo político que se abriu na virada do século XXI". Em segundo lugar, porque ela foi

---

[265] Trata-se da obra *Como as democracias morrem* de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, que em 2018 foi a obra mais vendida da Amazon no Brasil, repetindo o sucesso editorial que teve no Estados Unidos.

[266] Segundo Miguel (2017, p. 68), ""populismo' é 'um conceito a arquivar', por ter se tornado 'um instrumento de reação'. [...] [É] rótulo usado para anatematizar qualquer política redistributiva e qualquer apelo retórico às classes populares. Num registro mais acadêmico, o conceito serviu, muitas vezes, para contrastar a atuação política cooptada e reativa dos trabalhadores à ação consciente e classista que eles 'deveriam' apresentar".

reivindicada com orgulho por aqueles a quem ela servia como crítica. À esquerda, e principalmente, à direita, cada vez mais personalidades assumem sem medo para si o epíteto de populista (ROSANVALLON, 2020, p. 9).

Rosanvallon (2020, p. 11), no entanto, pondera que a maior parte da literatura, seja na sociologia eleitoral, seja na ciência política, limitou-se a indicar suas causas, sem se preocupar com a sua natureza. Fazer referência aos "perdedores da globalização", pessoas com renda baixa e pouco escolarizadas, ou às "massas furiosas", ressentidas com um sistema que elas pensam que as despreza, ajuda a entender qual o eleitorado populista, mas limitam a compreensão do fenômeno, tratando-o como simples sintoma.

Para Rosanvallon (2020, p. 12), é preciso resgatar o populismo enquanto "uma verdadeira proposição política, que tem sua coerência e sua força positiva". Não basta apenas estabelecer uma tipologia das diversas formas de populismo, mascarando "uma incapacidade de apreender a essência das coisas". Enquanto correntes políticas como o liberalismo, o comunismo e o conservadorismo encontraram suas obras fundadoras, o populismo segue como uma "teoria ausente" (ROSANVALLON, 2020, p. 14).

Ele se propõe então a constituir um tipo-ideal do populismo, expondo sua anatomia a partir de cinco elementos: 1) uma concepção do povo; 2) uma teoria da democracia; 3) uma modalidade de representação; 4) uma política e uma filosofia da economia; e 5) um regime de paixões e emoções. A partir desse tipo-ideal é possível catalogar a diversidade de populismo, especialmente aqueles de esquerda e de direita (ROSANVALLON, 2020, p. 15).

Inicialmente, é de se observar que todos os populismos reivindicam o "povo enquanto figura central da democracia" (ROSANVALLON, 2020, p. 27). Mas quem seria esse povo soberano? Tradicionalmente, o povo aparece ou como uma figura da generalidade política, o povo-corpo cívico, ou como uma parte específica da população, o povo social. O primeiro ocupava a mente dos *Founding Fathers* e dos revolucionários franceses em suas declarações públicas. Ele derivava de um princípio constitucional ou filosófico, sem assumir uma existência concreta.

Já o povo social tinha existência concreta, ele era aquela multidão com rosto que tomou a Bastilha, que ergueu as barricadas nas ruas de Paris em 1830 e 1848. São as pessoas pobres, aqueles que serão denominados posteriormente de proletários, classe trabalhadora ou classes populares. Esses dois povos não coincidiam, mas coexistiam em uma mesma narrativa e em uma mesma visão de uma democracia que se entendia ao

mesmo tempo enquanto regime político e forma de sociedade (ROSANVALLON, 2020, p. 28).

Dois fatos obscureceram essa perspectiva na virada do século XXI. Primeiro, a atrofia do corpo eleitoral, caracterizada por taxas cada vez maiores de abstenção, que evidenciaram uma insatisfação com os partidos profissionais e um sentimento de má-representação. Depois, a individualização do social e "a transformação das condições de vida e de trabalho que desenham modalidades inéditas da exploração, da relegação e da dominação". O povo teria se tornado inalcançável aos modos tradicionais de representação política (ROSANVALLON, 2020, p. 28).

O populismo pretende refundar a democracia justamente abandonando a análise do mundo social em termos de classe. Citando Laclau e Mouffe, Rosanvallon (2020, p.29) destaca que a questão da propriedade dos meios de produção não é mais o que ordena a divisão social na atualidade. Os conflitos sociais alcançaram novos campos, tais como as questões de desigualdades de gênero e territoriais, questões identitárias e de discriminação.

No projeto populista, a nova fronteira política é aquela que opõe "o povo" e "a oligarquia" (ROSANVALLON, 2020, p. 30). Assim, todas as reivindicações e conflitos sociais podem ser ordenados "de acordo com o eixo de oposição entre os detentores do poder político, econômico, social ou cultural, que fariam bloco [...], e o resto da sociedade (o povo)". Esse reconhecimento de uma linha divisória entre "eles" e "nós" permite a agregação de todas as demandas sociais, dividindo o social em dois campos separados e antagonistas. Rosanvallon (2020, p. 31) observa que essa visão:

> [...] é, portanto, antípoda de uma compreensão "liberal" dos conflitos e das reivindicações sociais, compreendidas como estando sempre suscetíveis de serem objeto de compromissos e arbitragens. Assim, [...] existe com o projeto populista uma radicalização da política como processo de construção e de ativação de uma relação amigo/inimigo.

A palavra "povo" faz eco a um sentimento compartilhado por muitos cidadãos. Ela exprime um corte entre o "alto" e o "baixo" que é vivido de forma existencial; as elites são acusadas de viverem em um mundo que ignoram e o povo, definido de forma reflexa, é o conjunto "dos homens e das mulheres sem nome aos olhos dessa elite". "Povo", então, não se refere mais a uma abstração política ou a uma multidão sem rosto; "em sua própria indeterminação, ele aparece como aberto a uma vida sensível e concreta de cada um" (ROSANVALLON, 2020, p. 32).

Em outra perspectiva, o povo assume também uma face de Janus. Ele invoca uma ideia de grandeza moral, ao mesmo tempo que justifica os ódios mais perturbadores. Os privilegiados são os estrangeiros à nação, são os agentes do exterior, auxiliares do capitalismo internacional, do multiculturalismo globalizado. São corruptos e indiferentes. O povo, por outro lado, é a sua imagem invertida; "é virtuoso, sensível aos sofrimentos do outro, trabalhando para sobreviver" (ROSANVALLON, 2020, p. 33).

A partir dessa recontextualização, o populismo procura dar uma consistência sensível àquele povo-uno, antes inalcançável. Apesar das inúmeras críticas que essa concepção de povo possa apresentar[267], é inegável que ela ajuda a reduzir o que Rosanvallon (2020, p. 34) chama de "fratura" entre o povo-corpo cívico e o povo social; ambos "coincidem com a identificação dos governantes e dos diferentes tipos de elite ou de oligarquia a uma mesma categoria, a de casta, por exemplo".

Rosanvallon (2020, pp. 37) aponta outro elemento: a busca populista por "uma regeneração democrática". Daí porque ele afirma que o populismo se inscreve em uma teoria da democracia com três características: 1) o privilégio a uma democracia direta; 2) a defesa de uma democracia polarizada; e 3) uma concepção imediata e espontânea da expressão popular (ROSANVALLON, 2020, pp. 37-8).

A democracia direta permite um apelo direto ao povo, um instrumento para afastar as elites corruptas e incapazes e montar guarda contra o perigo da imigração dos inassimiláveis. Assim, regimes populistas apelam com frequência aos referendos com aspectos plebiscitários para afirmar sua legitimidade e aumentar as prerrogativas do executivo (ROSANVALLON, 2020, p. 40).

Populistas também afirmam uma visão polarizada da democracia. As eleições são o único meio de expressão democrática, o que não permite uma dimensão substancial que permita considerar a qualidade de uma instituição e ou de seu funcionamento. Por isso eles buscam enquadrar ou mesmo suprimir autoridades não-eleitas independentes, como tribunais constitucionais. Essas autoridades não teriam mais lugar em uma democracia onde "o povo se tornou verdadeiramente soberano" (ROSANVALLON, 2020, p. 42).

---

[267] Rosanvallon (2020, p. 293) entende que a visão populista demonstrou que as classes já não possuem mais "o papel estruturante que lhes era próprio". No entanto, ao reduzir o mundo social em conflito entre 99% da sociedade, o "povo", contra 1%, a "elite", "desenha uma apreensão empobrecida das tensões, das divisões e das solidariedades que devem ser levadas em conta para constituir uma comunidade política efetiva e uma sociedade de iguais".

Outro ponto destacado pelo autor é que a participação política para o populismo é definida em termos de participação na comunidade e não em termos de formulação de opiniões e confronto de pontos de vistas. Essa democracia imediata convida a uma "adesão a uma oferta política já constituída", não admitindo a existência de corpos intermediários[268]; a comunidade deve ser forjada à imagem do povo-Um, do qual o populismo "quer ser a parteira e o revelador" (ROSANVALLON, 2020, p. 44).

Essa exaltação do povo-Um expressa uma rejeição aos partidos políticos; os populistas preferem um tipo diferente de organização: o movimento. Enquanto os partidos se definem como "a expressão orquestrada de grupos específicos", os movimentos pretendem reunir a sociedade como um todo. O líder é quem terá o papel fundamental de produzir o comum nessa sociedade fragmentada, é ele quem reduz o déficit de representação característico das democracias contemporâneas (ROSANVALLON, 2020, p. 47).

Trata-se de uma "representação-espelho" ou uma "representação encarnação", em que o líder é apreendido como o "homem-povo", alguém que "só existe se incorpora efetivamente a vida e as demandas dos representados". Idealmente, ele é despersonalizado, é um puro órgão do povo, um "líder-órgão", não apenas o eleito ou o delegado; "é ele quem *torna o povo presente*, no sentido figurado do termo, que lhe dá forma e rosto" (ROSANVALLON, 2020, p. 51).

O populismo implica também uma perspectiva política e filosófica da economia baseada na defesa do protecionismo. Mas não é uma defesa pragmática, que procura corrigir o desequilíbrio de trocas inerentes ao livre comércio e fomentar o desenvolvimento industrial. Ela é de uma dimensão mais ampla, que faz referência a uma concepção de soberania, uma filosofia de igualdade e uma visão de segurança (ROSANVALLON, 2020, p. 56).

Em primeiro lugar, "o reino do livre comércio e a globalização que o acompanha" são vistos como responsáveis pela "destruição da vontade política". Eles subordinam os governos a mecanismos anônimos, a um mundo regido objetivamente, que põe em questão qualquer alternativa à ordem existente[269]. A situação é agravada pela

[268] Rosanvallon (2020, p. 44) vê aí a razão da indisposição dos populistas com os meios de comunicação; eles são "os perturbadores da expressão da vontade geral e não os colaboradores necessários à sua formação".

[269] O auto faz referência ao *slogan* "*there is no alternative"*, ou, de forma abreviada, TINA, comumente utilizado pela ex-Primeira Ministra da Grã-Bretanha, Margaret Thatcher, durante a década de 1980 para dispensar qualquer alternativa a seu projeto neoliberal.

imposição de autoridades independentes, que são acusadas de implementar um "governo por números" as custas da soberania popular (ROSANVALLON, 2020, p. 57).

A defesa do nacional-protecionismo é, sobretudo, uma tentativa de "refundação democrática". Essa noção se liga diretamente com ao discurso populista contra a imigração, que é descrita "como um processo imposto aos países às classes dominantes em busca de mão-de-obra barata", que não foi validada por nenhuma decisão popular. Portanto, a noção política da soberania é indissociável da visão social e econômica do populismo (ROSANVALLON, 2020, p. 58).

Há também na perspectiva populista da economia uma filosofia específica da igualdade, que se polariza na distância entre os 1 por cento e os 99 por cento em termos de igualdade distributiva. Essa polarização acaba por diluir todas as demais manifestações de desigualdade entre os 99 por cento e acentuar uma dimensão cívica da igualdade, valorizando as noções de identidade e homogeneidade para descrever o que constituiria uma "boa sociedade", que deve ser protegida (ROSANVALLON, 2020, p. 60).

Protegida de quem? Do estrangeiro, evidentemente, mas também dos indesejáveis e dos inimigos que a eles se assemelham. O sentimento de igualdade então se define negativamente e depende sempre da necessidade de preservar essa distância daquilo que supostamente é exterior a essa comunidade concebida enquanto entidade homogênea. Isso contribui para relativizar as desigualdades internas, atribuindo-as essencialmente à globalização (ROSANVALLON, 2020, p. 60).

Por fim, o protecionismo serve como um instrumento de segurança, como uma fronteira que possibilita o "distanciamento das populações julgadas perigosas para a manutenção da coesão nacional". A insegurança cultural serve de prolongamento a essa abordagem, permitindo a rejeição de ideologias estrangeiras, que ameacem a coesão identitária do povo homogêneo. Como destaca Rosanvallon (2020, p. 61), "independência, portanto, significa também a defesa em todas as suas formas da identidade e da homogeneidade".

O último elemento da anatomia efetuada por Rosanvallon é o regime de paixões e de emoções típico do populismo. O autor vai falar de um *emotional turn* nas ciências políticas, em que as paixões e os afetos são reabilitados "em um contexto de complexificação e difração do social". Em uma sociedade em que a ideia de progresso se diluiu e onde reina a incerteza, as determinações pessoais são decisivas para caracterização da vida dos indivíduos (ROSANVALLON, 2020, p. 65).

Rosanvallon (2020, p. 66) distingue três tipos de emoções, que têm consequências políticas diferentes: 1) as emoções de posição; 2) as emoções de intelecção; e 3) as emoções de ação. O mérito dos movimentos populistas, ao seu ver, foi ter identificado, de forma explícita ou intuitiva, "o papel exercido por essas diferentes categorias de emoções". A sua originalidade foi enxergar a capacidade de mobilização e de identificação dos afetos e como eles exprimem a distinção entre "nós" e "eles".

As *emoções de posição* são aquelas que exprimem a raiva do não-reconhecimento, do abandono ou do desprezo aos olhos das elites. Elas correspondem a um "ressentimento democrático", alimentado pela distância entre a realidade compreendida de maneira global e como ela é percebida individualmente. Além disso, elas podem proceder "do que é diferente, da referência aos registros contáveis distintos"[270] (ROSANVALLON, 2020, pp. 67-8).

Por sua vez, as *emoções de intelecção* são aquelas responsáveis pela difusão de visões conspiracionistas, formas de racionalização imaginária que visam compensar o sentimento de impotência e opacidade públicas. Num mundo tido por "indecifrável e ameaçador", são as teorias conspiracionistas as responsáveis por oferecer alguma coerência. Segundo Rosanvallon (2020, pp. 69-70):

> Essas teorias da conspiração pretendem demonstrar que atrás da opacidade e da complexidade aparentes do mundo político ou econômico real se esconde em uma ordem do poder que seria, na realidade, perfeitamente simples e racional. [...] Elas reordenam o caos do mundo e propõem uma forma de reapropriação do curso da coisas denunciando seus mestres escondidos.

Nesse sentido, Rosanvallon (2020, p. 70) destaca que as teorias da conspiração têm uma dupla função. Primeiro, uma função cognitiva e política, já que reverte o sentimento difuso de desapropriação e de imputação da origem dos males da humanidade. E tem também uma função psicológica, uma vez que permite encontrar respostas simples aos problemas de cada um, em um mundo cada vez mais imprevisível e ameaçador.

Em um mundo onde a informação é amplamente difundida, especialmente por conta da internet, as "racionalidades conspiracionistas" têm sua credibilidade reforçada porque permitiu o surgimento de "caminhos interpretativos opostos". Dados objetivos verificáveis são tratados da mesma forma que opiniões e rumores, difundidos por grupos

[270] Rosanvallon (2020, p. 68) cita o exemplo de uma legislação que impõe a redução de velocidade nas estradas; provavelmente, ela será justificada pelo governante pelo número global de vidas salvas, mas os condutores individuais levarão em conta penas a modificação do tempo diário no trajeto, de modo que a estatística de mortos não passa de uma abstração.

sociais menos educados, que encontram nelas um meio de compreender o mundo (ROSANVALLON, 2020, p. 72).

Por fim, *emoções de intervenção,* cujo motor é o desafio, que objetivam, em última ordem, dar fim aos governos vigentes. Trata-se de uma política negativa baseada na radicalização da vigilância e do monitoramento dos poderes. O populismo, afirma Rosanvallon (2020, p. 72), só fala a linguagem da recusa. Ele instaura uma soberania destituinte, que reduz o povo a uma comunidade de repulsão e frustração. Uma *moral de desgosto,* que livra a crítica de qualquer precisão e torna inútil a argumentação.

As raivas e os medos, o registro das paixões e emoções, são os motores que estimulam a adesão ao populismo. Ele parece ser uma oportunidade para "armar o ressentimento, de ser a possibilidade de uma vingança". Como destaca Rosanvallon (2020, p. 75):

> Em uma época onde as promessas emancipadoras do progresso afundaram, é sobre esse novo terreno que se enraízam a coragem do presente e a fé de um futuro melhor no universo populista. A política assume, ao mesmo tempo, um caráter religioso, com a capacidade de reescrita do mundo que deriva dessa forma de afirmação da verdade da fé.

Na perspectiva de Urbinati (2019, p. 5) a ambiguidade do termo "populismo" decorre do fato de que ele não é uma ideologia ou um regime político específico, mas sim um processo de representação, "em que um sujeito coletivo é construído para alcançar o poder". Por isso, ele seria incompatível com formas não-democráticas, já que pretende construir esse sujeito coletivo a partir do consentimento popular e contestar a ordem existente em nome do povo[271].

A construção representativa do populismo, para a autora, é retórica e independe de classes sociais e ideologias tradicionais, situando-se, portanto, acima da divisão entre direita e esquerda. Ele ocorre em público, com o consentimento voluntário da audiência, daí porque se pode afirmar que se trata de uma expressão da ação popular. Eles competem

[271] Urbinati (2019, p. 10) contesta aqueles que entendem que o populismo pode ser mais bem definido como uma democracia "iliberal". Para ela, uma democracia que usurpa direitos políticos básicos, como liberdade de expressão e de associação, e sistematicamente impede o surgimento de novas maiorias não é uma democracia de fato. Uma definição mínima de democracia exige mais do que eleições, exige esse conjunto de direitos que permite a participação política. Nesses termos, a oposição entre uma democracia "liberal" e um democracia "iliberal" não faria qualquer sentido porque presumem algo que não pode existir: uma democracia sem direitos políticos e uma democracia em que uma maioria que impede a formação de futuras maiorias. Assim, a democracia liberal é um pleonasmo enquanto a democracia iliberal é uma contradição em termos, um oximoro. Por motivos semelhantes, Müller (2016, pp. 55-6) sugere que a expressão democracia iliberal deve ser abandonada. Invocá-la para criticar líderes como Victor Orbán é contraproducente; confrontado com essa acusação, ele simplesmente afirmará que é justamente o que ele é: um opositor do liberalismo e não da democracia.

com outros atores políticos buscando a vitória eleitoral "para demonstrar que 'o povo' que *eles* representam é o povo 'certo' e eles devem governar para o seu próprio bem" (URBINATI, 2019, p. 6).

A premissa defendida por Urbinati (2019, p. 7) é a de que o populismo surge dentro da democracia representativa e quer construir seu próprio povo e governo representativo. Por isso, ele não restringe a existência eleições, mas lhes dá uma nova conformação ao transformá-las em uma celebração da maioria e de seu líder. Elas servem para confirmar, e não selecionar, os vencedores e apenas afirmar a correção de uma decisão tomada antecipadamente.

Citamos anteriormente que Urbinati concebe a democracia a partir de uma teoria diárquica, em que a opinião e a vontade exercem entre si uma influência mútua, ainda que mantidas sempre separadas. Essa diarquia pressupõe uma distância e uma diferença entre os soberanos e o governo, garantidas, respectivamente, pela eleição e pela representação. A representação populista questiona e transforma essa distância e diferença apelando para uma representação direta (URBINATI, 2019, p. 8).

O líder populista procura falar diretamente com e para o povo, sem a necessidade de intermediários, como partidos políticos e a imprensa independente, que são essenciais em uma democracia representativa convencional. São eles que permitem a comunicação entre o interior e o exterior do Estado ao mesmo tempo que impedem que eles se fundam. A democracia representativa populista, por sua vez, procura superar esse obstáculo (URBINATI, 2019, p. 8).

Seu objetivo, ao opor o "povo comum" às "elites dominantes", é convencer o povo de que ele pode ser governado por representantes sem a necessidade de uma classe política separada. Enquanto é oposição, o populismo acentua esse dualismo. Ele também ressalta o fracasso da democracia constitucional em garantir que todos os cidadãos desfrutassem de igual poder político. Daí porque é tão importante a relação direta entre o líder populista e o povo.

Mas, uma vez no poder, ele busca demonstrar que é a encarnação da voz popular e, por conta disso, deve estar acima de todos os demais representantes políticos, como parlamentares e tribunais. O populismo pretende se afastar da democracia partidária, livrando-se da maquinaria que gera a elite política e impõe compromissos e transações que fragmentam a homogeneidade do povo. O princípio governante do populismo é a unidade do coletivo (URBINATI, 2019, p. 12).

Urbinati (2019, p. 12) destaca um outro aspecto, que na sua visão é comumente negligenciado, do populismo no poder: tratar os procedimentos políticos, em especial os direitos, como uma questão de propriedade e posse. Isso explica sua natureza faccional e sua impaciência com normas constitucionais, expondo seu caráter paradoxal: "o populismo no poder está condenado a ser desequilibrado (como em uma campanha permanente) ou se tornar um novo regime".

O líder populista não rejeita as liberdades individuais e os direitos políticos, mas lhes dá uma dimensão que subverte sua função típica. Ele utiliza a linguagem do direito para afirmar o poder absoluto da maioria sobre sua "civilização" e sobre os direitos, que são um poder concedido apenas aos membros daquela comunidade. Ao perderem sua dimensão procedimental e universal, os direitos se tornam privilégios, um meio de proteger o *status* que apenas uma parcela da polução obteve (URIBINATI, 2019, p 13).

Assim, embora seja um fenômeno democrático, o populismo leva a democracia aos seus limites, de onde pode surgir um novo regime, seja ele autoritário, ditatorial ou fascista. Apesar disso, ele não é um movimento subversivo, é apenas um processo que se apropria das normas e ferramentas da política representativa, explorando as disfuncionalidades da democracia constitucional:

> [...] o populismo é marcado estruturalmente por uma *parcialidade radical e programática* na interpretação do povo e da maioria. [...] Como tal, se o populismo chega ao poder, ele pode ter um impacto desfigurante nas instituições democráticas que constituem a democracia constitucional – o sistema partidário, o Estado de direito e a separação de poderes. Ele pode esticar tanto a democracia constitucional que abre a porta para o autoritarismo ou mesmo para a ditadura. O paradoxo, é claro, é que se essa mudança de regime eventualmente acontecer, o próprio populismo deixa de existir. Isso significa que o destino do populismo está ligado ao destino da democracia [...]. Por isso, alguns acadêmicos comparam o populismo com um parasita para explicar essa relação. Não tendo seus próprios fundamentos, o populismo se desenvolve dentro das instituições democráticas que ele transforma (mas que nunca substitui por inteiro). Democracia e populismo vivem em morrem juntos e por essa razão faz sentido argumentar que o populismo é a fronteira extrema da democracia constitucional, de onde os regimes ditatoriais estão preparados para emergir (URBINATI, 2019, p. 15).

Como se pode observar, Urbinati faz uma distinção entre o populismo *como movimento popular* e *como poder governante*. Movimentos populares podem se utilizar de uma retórica populista, mas isso não significa que eles tenham um projeto de poder que procuravam consolidar. Nesse ponto, eles são apenas movimentos democráticos de

contestação contra uma orientação social percebida como violadora de certos princípios básicos[272].

Esses movimentos não podem ser comparados com abordagens que pretendem conquistar as instituições representativas e obter uma maioria eleitoral para modelar a ordem social de acordo com sua própria ideologia. Governos populistas, ainda que não tenham sucesso em modificar a ordem constitucional, transformam o teor do debate público "ao empregar uma propaganda que injeta a inimizade na esfera pública, que zomba de qualquer oposição ou de princípios seminais, tais como independência judicial" (URBINATI, 2019, p. 16).

Urbinati nota que os governos populistas não só dependem de como também amplificam uma audiência teimosa, que exige a tradução direta de suas opiniões em decisões políticas. Essa audiência se torna intolerante ao pluralismo e exige transparência, "uma 'virtude' que supostamente expurga a 'hipocrisia' da política pragmática". As ofensas do líder populista aos adversários e às minorias é, portanto, uma demonstração de sua "sinceridade contra a duplicidade do politicamente correto" (URBINATI, 2019, p. 16).

A cientista política italiana vai afirmar que o "populismo é parte de fenômeno 'gigante' e global chamado de democratização". Ele é uma tentativa de resposta à crise da democracia moderna e aparece justamente quando o governo representativo atinge o estágio da democracia de audiência. A "democracia de audiência é a forma de governo representativa na qual o populismo pode, e as vezes encontra, oxigênio" (URBINATI, 2019, p. 24).

A ascensão recente do populismo deve muito a revolução imprevisível das redes digitais. A internet é capaz de fundir participação e representação e o faz de modo barato e rápido para qualquer cidadão. Ela provou que o povo pode estar diretamente envolvido na elaboração de suas reivindicações representativas, na identificação de seus líderes e na coleta de informações e notícias; os smartphones e as redes sociais são o único intermediário (técnico) (URBINATI, 2019, p. 178).

---

[272] Urbinati (2019, p. 16) cita os casos dos *Girotondini* na Itália em 2002, do *Occupy Wall Street* nos Estados Unidos em 2011 e dos *Indignados* na Espanha, também em 2011 (podemos adicionar também os *Gilets jaunes* na França de 2018). Todos eles se valeram do discurso dualista do "nós, o povo" contra "vocês, o sistema", mas não possuíam uma narrativa organizada, nem buscavam a aspiração de garantir alguns assentos no parlamento ou mesmo tinham um líder clamando que aquele povo era a verdadeira expressão do povo como um todo.

Outro ponto a ser considerado é que as redes sociais borram a distinção entre a esfera pública e a esfera privada. Encontros físicos exigem que os participantes deixem seus lares e assumam um papel público, que eles usem uma linguagem que não é expressão direta de suas emoções e não tomem decisões de forma pessoalizada. Os movimentos virtuais, por outro lado, permitem que o participante permaneça em sua casa e que ele se comunique de forma subjetiva.

As redes sociais oferecem aos populistas um modo de conceber uma democracia sem partidos sem avançar em direção a uma democracia direta. As antigas revoltas populares reivindicavam autonomia política e participação ativa nas decisões. Os movimentos de contestação modernos, no entanto, desejam apenas um tipo de poder negativo, para monitorar as instituições e os governantes. "A aspiração desses cidadãos é a participação ocular e crítica: em geral, eles almejam fiscalizar mais do que governar diretamente" (URBINATI, 2019, p. 180).

Assim, essa forma de governo representativo exige transparência; os cidadãos querem saber o que o líder está fazendo e imediatamente reagir a essas ações do conforto de suas casas, como uma audiência faz com os atores em um palco. Já o líder, assim como os atores em uma peça, tenta ajustar sua performance de acordo com a reação dos espectadores. A publicidade é o preço cobrado daqueles que desejam exercer o poder (URBINATI, 2019, p. 181).

A internet reforça o espírito endógeno do populismo e sua rejeição de qualquer intermediário que separe o povo da política e do seu líder. A representação política tradicional envolve um governo de temporalidade e distância, que opera por ciclos eleitorais e pela relação entre os partidos, cidadãos e instituições públicas. Em oposição a essa política "diferida", o populismo propõe uma política de presentismo e proximidade, manifestada de uma forma visual (URBINATI, 2019, p. 181).

Para Urbinati (2019, p. 35), o populismo é uma nova forma de governo misto em que uma parte da população alcança a preeminência em relação aos restantes através de uma forma de representação direta, baseada na relação direta, não mediada, entre o líder e o povo. A autora aponta quatro tendências ou cenários diante do populismo:

> 1. O populismo se caracteriza com refratário da tradicional divisão partidária (multipartidarismo) e salienta apenas um dualismo básico – aquele entre os muitos ordinários e o *establishment*. [...] 2. O populismo aspira alcançar o poder por meio da competição eleitoral. Mas ao invés de usar as eleições para avaliara s diversas reivindicações dos representantes, usa-as como plebiscitos que servem para provar a força do vencedor diante do público. [...] 3. O populismo alcança essa transformação depois de rejeitar a ideia de que a

> representação é uma tradução eleitoral das reivindicações e visões partidárias, em favor da ideia de que a representação é uma encarnação de todas as reivindicações em um líder, que se torna a voz do povo "correto". [...] 4. O populismo reinterpreta a democracia como majoritarismo radical (URBINATI, 2019, pp. 191-2).

O populismo, então, é um movimento político de contestação contra a ordem existente, mas que busca a maioria para governar sem restrições e permanecer no poder por um longo período, sem recorrer a privação de liberdades políticas ou eliminar opositores. Ele celebra o relativismo, exalta o voluntarismo e confunde legitimidade com o triunfo eleitoral ou com a aprovação popular (URBINATI, 2019, p. 192).

Urbinati (2019, p. 20) recusa a opinião de quem pretende associar o populismo com o fascismo. Indubitavelmente, é possível apontar algumas semelhanças: ambos são, ao mesmo tempo, um regime e uma ideologia, e os dois rejeitam as organizações partidárias. Mas o fascismo é tirânico e antidemocrático; não aceita que a legitimidade surge livremente da soberania popular e de eleições competitivas. Ele busca o consenso, mas não aceita o dissenso, por isso abole as eleições e reprime a liberdade de expressão.

Ainda assim, é possível antever no populismo uma semelhança familiar com o fascismo, assim como com a democracia. Por isso, o declínio para o fascismo está sempre no horizonte do populismo. Na democracia, o "povo" é tanto um critério de legitimidade quanto uma marca de uma generalidade inclusiva, que não se confunde com nenhuma maioria. Essa é a sua principal ruptura com o fascismo.

Partidos e líderes populistas estão sempre buscando alcançar a maioria absoluta, mas enquanto não suprimirem eleições e manterem sob controle o desejo de limitar a liberdade de expressão, isso permanecerá um desejo não realizado. É por isso que o populismo fica no meio do caminho entre democracia e fascismo. "O populismo permanece uma forma democrática enquanto seu fascismo latente permanece não realizado, uma sombra" (URBINATI, 2019, p. 23).

Müller (2016, p. 2) argumenta que não dispomos de algo como uma teoria do populismo que nos possibilite estabelecer um critério que permita identificar se um agente político é populista em um sentido significativo. Afinal, salienta o autor alemão, todo político, especialmente nas democracias, pretende se dirigir ao povo e ser sensível ao que as pessoas ordinárias sentem. O objetivo de sua obra, então, é ajudar a reconhecer e lidar com o populismo.

Em primeiro lugar, ele quer saber o que qualifica um agente político como populista. Uma condição necessária, mas não suficiente, é um posicionamento crítico

contra as elites. Além do antielitismo, o populista se caracteriza pelo antipluralismo, ao reivindicarem que somente eles representam o povo. Essa reivindicação, observa Müller (2016, p. 3), não é de ordem empírica, mas sim, moral.

Na perspectiva oferecida por Müller, o populismo é uma "*imaginação moralista da política,* um modo de perceber o mundo político que define uma moralidade pura e totalmente unificada". Durante as eleições, os demais competidores políticos são, para os populistas, parte de uma elite imoral e corrupta; quando no poder, os populistas não os reconhecem como parte de uma oposição legitima (MÜLLER, 2016, pp. 19-20).

Assim, o populismo parte do pressuposto de que apenas parte do povo é realmente o povo. Desde a Antiguidade, a expressão "o povo" é utilizada em pelo menos três sentidos. Em primeiro lugar, é o povo como totalidade, todos os membros da comunidade política. Em segundo lugar, é o "povo comum", os excluídos e esquecidos. Por fim, o povo é "a nação como um todo, entendida como um sentido cultural distintivo" (MÜLLER, 2016, p. 22).

O apelo ao "povo" não caracteriza, por si só, o populismo. O mesmo se pode dizer da defesa do "povo comum" ou dos excluídos, mesmo quando envolve crítica explicita às elites. Um político ou movimento só pode ser classificado de populista quando reivindica que apenas *parte* do povo *é* o povo. Müller exemplifica utilizando a história romana: lutar pelos interesses da plebe não é populismo; afirmar que apenas a plebe, em oposição aos patrícios, é o *populus Romanus*, sim (MÜLLER, 2016, p. 23).

Outro aspecto do populismo é uma concepção moralista da política, geralmente em termos de trabalho e corrupção. O populista opõe o povo puro trabalhador às elites corruptas que não trabalham e também, no caso dos partidos de extrema-direita, aos grupos marginalizados, parasitas que vivem às custas dos trabalhadores[273]. O populismo, desse modo, depende de um critério distintivo para diferenciar o moral do imoral, o puro do corrupto e o povo que importa daquele que não significa nada (MÜLLER, 2016, p. 24).

Müller (2016, p.20), assim como Urbinati, constata que o populismo é uma sombra da democracia representativa. Inclusive, ele pode endossá-la positivamente, desde que "os representantes corretos representem o povo correto e por consequência tomem a

[273] Müller (2016, p. 23) destaca que o presidente Andrew Jackson denunciava tanto os aristocratas quanto os nativos americanos e escravos. Nos Estados Unidos do século XX, esses grupos são a elite liberal, de um lado, e as minorias raciais, de outro. Isso explicaria a obsessão da extrema-direita norte-americano com a certidão de nascimento de Obama. Afinal ele personificava tanto essa elite liberal das duas costas, quanto o outro afro-americano, que não pertencem apropriadamente aos Estados Unidos.

decisão e façam a coisa correta". Isso implica que os populistas devem também definir o conteúdo da vontade do povo autêntico, um bem-comum singular.

A necessidade de um bem comum facilmente identificável, capaz de ser articulado em uma agenda política correta, é uma das razões do porque o populismo é geralmente "associado com a ideia de uma simplificação excessiva dos desafios políticos" (MÜLLER, 2016, p. 26). O que precisa ser feito é óbvio, não há necessidade qualquer debate sobre valores ou ponderação de evidências empíricas.

Diante disso, nenhuma oposição pode ser legitima enquanto o populismo ocupa o governo. E se ele não está no governo é porque a maioria permanece silenciosa. O populismo depende de uma representação simbólica do povo. O povo é uma entidade fictícia, um corpo homogêneo e moralmente unificado, que permanece fora dos procedimentos eleitorais e pode ser usado para contestá-lo (MÜLLER, 2016, p. 27). Ainda assim, não se trata da *volonté générale* de Rousseau:

> [...] estamos agora em condições de esclarecer a maior diferença entre a representação populista do povo e a vontade geral de Rousseau. A formação da última exige participação real dos cidadãos; o populista, por outro lado, pode adivinhar a vontade apropriada do povo com fundamento do que significa, por exemplo, ser um "americano de verdade". Mais um *Volkgeist*, se você preferir, do que uma *volonté générale* –uma concepção da democracia na qual a "substância", o "espírito" ou, para colocar de modo mais direto, a "verdadeira identidade" decide e não o número maior (MÜLLER, 2016, p. 29).

Ou seja, o populismo sem participação é uma proposição inteiramente coerente. A rigor, Müller (2016, p. 30) afirma que o populismo pode dispensar até mesmo seu caráter antielitista, desde que sejam eles a elite que governa o povo. Populistas como Trump, bem como seus apoiadores, sabem que fazem parte da elite, mas eles são a verdadeira elite porque não trairão a vontade popular e executarão fielmente a agenda política do povo.

Como o povo fala com "uma só voz", os populistas acreditam em um mandato imperativo, em que o povo diz ao político exatamente como ele deve governar. Isso torna todo debate desnecessário, ao mesmo tempo em que enfraquece a reponsabilidade democrática. Afinal, se o político implementou exatamente o que o povo queria, ele não é responsável caso algo dê errado. Um mandato livre, por outro lado, impõe ao representante a responsabilidade constante de justificar suas decisões políticas (MÜLLER, 2016, p. 31).

Ou seja, também como Urbinati, Müller (2016, p. 34) enxerga no populismo uma espécie de representação política direta, em que o representante apela diretamente "com

a ‘substância’ do povo e, ainda melhor, com cada indivíduo singular”. Assim, o populista busca cortar o atravessador e desconfia das organizações partidárias e dos meios de comunicação como corpos intermediários entre o povo e os políticos.

Diante desses elementos, pode parecer à sabedoria convencional que partidos e políticos populistas são apenas movimentos de protesto, incapazes de governar, pois “ninguém pode protestar contra si mesmo”. Aparentemente, é impossível que eles mantenham seu discurso ant*iestablishement* uma vez que sejam eles a elite no poder. No mínimo, eles teriam que se conformar com a rotina parlamentar, o que apagaria parte de seu carisma e encanto.

Müller (2016, pp. 41-2) adverte que essa visão de que governos populistas estão destinados a fracassar, apesar de reconfortante, não passa de uma ilusão. O populismo e o governo não são contraditórios. Eventuais fracassos sempre podem ser atribuídos às elites nacionais e estrangeiras, que atuam contra os desejos do povo. Daí porque permanece a necessidade de polarizar e preparar o povo para a “confrontação apocalíptica”.

Governar para eles é uma campanha permanente, em que se combina uma “criação constante de pressão com uma produção estética da ‘proximidade ao povo’” (MÜLLER, 2016, p.43). Pode-se argumentar que essas práticas são estratégias de relações públicas adotadas por qualquer político em uma era de democracia midiática ou de audiência. Mas os populistas, adverte Müller (2016, p. 44), empregam essas técnicas dentro da lógica populista, para reafirmar sua exclusividade enquanto os legítimos representantes morais do povo.

Essa lógica se manifesta em três distintos modos de governar: uma espécie de colonização do Estado, clientelismo em massa combinado com um “legalismo discriminatório” e a repressão sistemática da sociedade civil. Apesar dessas práticas não serem exclusividades de governos populistas, eles as justificam em nome de sua representação moral: elas serviriam para implementar uma concepção adequada de democracia (MÜLLER, 2016, p. 44).

Populistas buscam colonizar o Estado ocupando posições burocráticas tradicionalmente não-partidárias com apoiadores leais. Também procuram limitar a independência dos tribunais remodelando sua composição e indicando novos juízes. Onde essas alterações se mostram muito difíceis, a paralisia do judiciário é a segunda melhor opção. Os meios de comunicação são cooptados e quem critica as ações governamentais é logo apontado como contrário aos interesses da nação (MÜLLER, 2016, p. 45).

Obviamente, essas práticas são relativamente comuns em regimes democráticos. O que distingue os populistas é que eles assumem essa colonização abertamente e a justificam moralmente. O Estado pertence ao povo por direito e, portanto, não pode se opor a ele como um aparato estrangeiro. Cabe ao povo tomar posse dele para si, por meio de seus representantes legítimos (MÜLLER, 2016, p. 46).

Populistas também tendem a se engajar no clientelismo de massa, ou seja, a troca de favores em troca de apoio político. Trata-se de um fenômeno comumente associado a formas mais primitivas de democracia, "o clientelismo estabelece uma reciprocidade política significativa e permite um mínimo de *accountability*". O que é distintivo no populismo é a sua justificativa moral de que somente parte do povo é o povo e que ele merece o apoio daquele que é o seu Estado legitimo.

Ao mesmo tempo, já que apenas parte da população é o povo, somente ela desfrutará da proteção legal. Os demais, aqueles que não pertencem ao povo, devem ser tratados severamente. Müller (2016, p. 46) denomina essa tendência de "legalismo discriminatório", utilizando uma frase que é bastante conhecida no anedotário político brasileiro: "para meus amigos, tudo; para os meus inimigos, a lei".

Por fim, os populistas são avessos as organizações não-governamentais que os criticam. A oposição interna, dentro da sociedade civil, cria um problema moral e simbólico ao enfraquecer a reivindicação populista de uma representação moral exclusiva do povo. Ao silenciar e desacreditar os dissidentes, o populismo tenta construir o povo unificado e passivo em nome de quem ele fala. Aqueles que desse "povo" divergem são controlados por poderes externos, por agentes estrangeiros (MÜLLER, 2016, p. 48).

Mas por que os populistas continuam disputando eleições, por que eles simplesmente não mudam o regime? Müller (2016, p. 49) admite que pode apenas especular sobre uma resposta a essa questão. Provavelmente, os populistas entendam que os custos de uma solução autoritária seriam muito altos, com a perda da sua reputação e do apoio material internacional. Ainda assim, o populismo, aos poucos, distorce o processo democrático.

Assim que adquirem uma maioria, os governantes populistas procuram promulgar uma nova constituição, justificada como um esforço para devolver o Estado ao povo "real", que foi apropriado pelos interesses econômicos das elites. Isso apesar da hostilidade do populismo com aqueles valores comumente associados ao constitucionalismo, como separação de poderes, proteção às minorias e direitos fundamentais (MÜLLER, 2016, p. 60).

A verdade é que, uma vez no poder, os populistas buscam perpetuar aquilo que eles consideram ser "a imagem adequada do povo moralmente puro" e, portanto, constitucionalizam políticas que supostamente estão em conformidade com esse povo. Ademais, essas constituições podem servir à aspiração de manter os governantes populistas no poder (MÜLLER, 2016, p. 63).

Esse fenômeno foi denominado por Landau (2020, p. 205) de "constitucionalismo abusivo", ou seja, o uso de mecanismos de mudança constitucional para debilitar a democracia[274-275]. Ao empregar ambiguamente a linguagem da democracia constitucional, esses regimes mantêm credenciais suficientemente democráticas para evitar sanções internacionais (LANDAU, 2020, p. 211). Assim, trata-se de uma ameaça mais difícil de detectar do que os meios autoritários tradicionais, como golpes de estado.

A competição eleitoral, por exemplo, é mantida, permitindo-se inclusive a participação da oposição. Mas são criados vários obstáculos que tendem a manter o governante no poder, tais como controle dos meios de comunicação, clientelismo, ameaças à oposição e, por vezes, até fraudes eleitorais. As instituições independentes de

---

[274] Importa reconhecer que o conceito de Landau não se aplica apenas a líderes populistas, mas a qualquer governo com tendências autoritárias. Desse modo, o autor coloca sob o mesmo guarda-chuva o neoliberal Alvaro Uribe, o Fidesz, o partido de extrema-direita húngaro, e os populistas de esquerda Hugo Chavez e Rafael Correa (LANDAU, 2020, p. 221).

[275] Tushnet (2015, p. 396) se refere a um constitucionalismo "autoritário". Segundo o jurista norte-americano, estudiosos do constitucionalismo, enquanto conceito normativo, costumam distinguir entre o constitucionalismo liberal, comprometido com direitos humanos e em implementar o autogoverno por uma variável de mecanismos institucionais, e o autoritarismo, que rejeita os direitos humanos e atribui poderes irrestritos aos governantes. Tushnet considera a possibilidade da existência de outras formas de constitucionalismo, diferentes do constitucionalismo liberal. Há o constitucionalismo absolutista, onde um monarca toma as decisões, sempre motivado pelo interesse no bem-estar da nação, mas permite que essas decisões sejam precedidas de uma ampla discussão e críticas públicas, ainda que ele mantenha para si a exclusividade na tomada da decisão, sem qualquer tipo de controle. Aqui, o monarca absoluto exercita sua vontade, mas não despoticamente, e não governa arbitrariamente, mesmo que não seja limitado pela lei (TUSHNET, 2015, p. 416). Existe também o constitucionalismo de "mero estado de direito" (*mere rule of law constitutionalism*), em que o governante adota determinados procedimentos formais (que levem em consideração a publicidade, prospectividade e generalidade) para implementar suas decisões, inclusive com tribunais independentes, mas não está restringido por nenhuma regra substantiva a respeito de, por exemplo, liberdades civis (TUSHNET, 2015, p. 417). Por fim, Tushnet defende a existência do constitucionalismo "autoritário", no qual as liberdades civis são protegidas em um nível intermediário e as eleições são razoavelmente livres e justas. Tushnet, portanto, antevê a possibilidade de regimes híbridos, que estão em algum ponto entre o constitucionalismo liberal e o autoritarismo puro. Apesar das proximidades dos conceitos de constitucionalismo "abusivo" e constitucionalismo "autoritário", pois ambos são reflexos de práticas autoritárias realizadas pelo uso das instituições e mediante a utilização de mecanismos formais de alteração constitucional, Tushnet (2015, p. 438) também aponta suas diferenças; no constitucionalismo "autoritário", os líderes políticos ainda estão comprometidos a alguma forma de constitucionalismo, tanto que admitem a existência de tribunais independentes, já no constitucionalismo "abusivo" não há compromisso com qualquer tipo de limitação ao poder, de modo que as formas constitucionais são usadas apenas para obter resultados contrários à constituição.

controle, como tribunais, são controladas pelo governo, o que resulta no enfraquecimento dos direitos das minorias (LANDAU, 2020, p. 211).

Os mecanismos internos e externos que tradicionalmente eram usados para evitar a erosão democrática são amplamente ineficazes contra a ameaça posta pelo constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2020, p. 222). A adoção de uma democracia "militante"[276], a imposição de limites formais e materiais ao poder de reforma constitucional ou mesmo a imposição de cláusulas democráticas no plano internacional não resistem ao caráter ambíguo do constitucionalismo abusivo. Segundo Landau (2020, pp. 250-1):

> [...] o constitucionalismo abusivo pode seguir uma variedade de rotas diferentes para alcançar a mesma finalidade – a substituição da constituição pode ser usada se as tentativas de reforma constitucional forem bloqueadas e pretensos autoritários podem recorrer ao enfraquecimento de diversas instituições, de diferentes formas, para atingir seus fins. O exemplo húngaro é talvez o melhor exemplo desse problema de fungibilidade: o Fidesz reformou e substituiu a constituição e usou diversas técnicas, tanto constitucionais quanto legais, para debilitar o poder das instituições de controle e entrincheirar os partidos políticos. [...] Encontrar respostas efetivas a esse tipo de enfraquecimento estrutural é um empreendimento complexo.

Müller também cita a Hungria como exemplo do que ele denomina "constitucionalismo populista". A Lei Fundamental (*Alaptörvény*), adotada em 2011, foi precedida de uma consulta nacional facultativa, que foi respondida por cerca de novecentas e vinte mil pessoas. O resultado foi interpretado livremente como a ratificação da vitória eleitoral do partido governista nas eleições de 2010 e, portanto, como um mandato imperativo para estabelecer uma nova constituição (MÜLLER, 2016, p. 64).

A Lei Fundamental húngara "constitucionalizou uma imagem muito particular do povo húngaro como uma nação comprometida a sobreviver em um mundo hostil", um grupo étnico que poderia ser claramente distinguido das "minorias". Não é por acaso que Victor Orbán afirmou que as críticas da União Europeia à Lei Fundamental eram, na realidade, um ataque ao povo húngaro e à própria Hungria (MÜLLER, 2016, p. 64).

Do ponto de vista da técnica constitucional, o objetivo de perpetuar o populismo no poder ficou claro. Buscou-se fortalecer o executivo e diminuir o judiciário,

[276] A expressão foi utilizada por Loewenstein em um artigo de 1937, em que ele defendia um conjunto de medidas legislativas para reduzir a participação de grupos extremistas do processo eleitoral. Segundo ele, "se o fascismo não saiu do controle em nenhum país democrático que tenha adotado uma legislação antifascista, é porque a democracia finalmente se tornou militante" (1937, p. 431). Seu aspecto mais conhecido é a proibição de partidos que são essencialmente antidemocráticos, como acontece na Lei Fundamental alemão, que permite que o Tribunal Constitucional proscreva agremiações partidárias que tenham por objetivo enfraquecer ou abolir a ordem democrática livre.

estabelecendo-se limites de idade e de qualificação para remover juízes não alinhados e a corte constitucional foi submetida a uma reestruturação. Inclusive, os mandatos dos juízes nomeados pelo partido do governo foram alongados, visando, aparentemente, limitar governos futuros.

Essa Lei Fundamental pode ser classificada como uma constituição "exclusiva" ou "partidária", que dá forma constitucional à agenda política do governo e a retira do debate político cotidiano. Ela excluiu os partidos de oposição de duas formas: primeiro, ao impedi-los de participar de sua elaboração; depois, ao limitar a implementação de suas metas futuras, já que a maior parte das escolhas políticas adquiriu natureza constitucional. Assim, o partido do governo se perpetua no poder, mesmo perdendo as eleições (MÜLLER, 2016, pp. 65-6).

Müller (2020, p.101), no entanto, adverte que essas considerações não devem servir para se adotar um discurso antipopular, deslegitimando qualquer reivindicação em favor do povo. Pelo contrário, pode-se afirmar inclusive que é próprio da democracia multiplicar essas reivindicações e permitir a contestação dos representantes políticos, que "pode envolver o argumento de que os representantes falham em representar". Ainda assim, isso é bem diferente da tentativa de falar pelo povo como um todo.

A maior parte das constituições é produto de uma luta por inclusão; no entanto, esses excluídos não clamavam que apenas eles eram "o povo". Pelo contrário, eles frequentemente exigiam que apenas serem reconhecidos como "parte" do povo. A questão de quem é esse povo continua constantemente aberta a questionamento, sua "identidade permanecerá para sempre latente". Como coloca Müller (2020, p. 104):

> São os populistas que quebram a cadeia de reivindicações ao afirmar que "o povo" pode agora ser firmemente e conclusivamente identificado – e que o povo agora é real, e não mais latente. É uma espécie de chamado final. Nesse sentido, populistas *de facto* querem uma espécie de fechamento (incluindo e especialmente um *fechamento* constitucional), bem diferente daqueles que, ao exigir inclusão, estão comprometidos com ampliar a inclusão, ou, colocando de modo diferente, a continuação da cadeia de reivindicações.

Tushnet (2020, p. 76), por sua vez, entende que nem todas as reformas constitucionais implementadas pelos regimes populistas contemporâneos são incompatíveis com o constitucionalismo liberal. Ele começa descrevendo as duas abordagens mais difundidas do populismo. A abordagem *estipulativa*, comum na imprensa, que rotula como populistas regimes com líderes carismáticos que reivindicam representar o povo em oposição à elite. Já a abordagem *definicional*, mais acadêmica, oferece um critério geral para definir regimes populistas como aqueles que dividem a

sociedade em dois grupos homogêneos e antagônicos. Ambas as abordagens tratam o "populismo como um modo de atividade política, sem um conteúdo substantivo específico" (TUSHNET, 2020, p.77).

O seu conteúdo é definido ou por alguma versão de neoliberalismo nacionalista (populismo de direita) ou então por algo similar a um socialismo nacionalista (populismo de esquerda). O debate acadêmico, portanto, obscurece essa distinção na dimensão da substância. Em um ou em outro sentido, o populismo transforma sujeitos em cidadãos antes de ser substituído pela política ordinária. Essa transformação vem acompanhada de uma redução efetiva do poder das elites, o que, por si só, não pode ser condenada como iliberal[277] (TUSHNET, 2020, p. 78).

Os populismos de esquerda e de direita compartilham do mesmo diagnóstico em relação a situação atual do Estado: o programa oferecido pelas elites governantes, desde 1945 até a década de 1990, que Tushnet (2020, p. 79) denomina de constitucionalismo de bem-estar social internacional. Diferentes partidos nacionais concorrem eleitoralmente em volta de uma agenda política que pretende alcançar essa mesma meta. Como a própria definição indica, essa agenda política é composta de três elementos.

O primeiro elemento é o bem-estar social que promete o aumento regular do bem-estar econômico em todos os níveis, com recessões ocasionais que podem ser contornadas pelas elites por técnicas macroeconômicas e uma rede de segurança social. O segundo elemento é a integração das economias nacionais na economia global, que garantiria os recursos para manter o componente de bem-estar social. Por fim, o elemento constitucional, ou seja, o sistema político que é capaz de entregar todos esses elementos de bem-estar social (TUSHNET, 2020, p.79).

O populismo é resultado da incapacidade da elite em implantar esse constitucionalismo de bem-estar internacional. O Estado falha ao responder com a flexibilidade necessária as demandas sociais na dinâmica das condições econômicas. Assim, as elites são corruptas em três dimensões: primeiro, no sentido venal, ao usar seu poder para aumentar sua riqueza; depois, no sentido político, para se proteger; mas também por obter com exclusividade os benefícios da globalização, deixando todos os fardos aos trabalhadores (TUSHNET, 2020, p. 79).

[277] Tushnet (2020, p. 78) afirma que a transformação pode ser acompanhada de uma redução formal do poder e da liberdade das elites. Um exemplo é a imposição de limites à liberdade de imprensa para desencorajar a mobilização das elites contra os novos cidadãos.

O diagnóstico, em grande parte correto, é o de que as elites quebraram a promessa que fizeram; isso cria uma oportunidade para que *outsiders* se sintam especialmente atraídos à cargos no executivo "por conta de sua crescente independência em relação às legislaturas". O que é comum a todas as formas de populismo contemporâneas é o ataque, em certo grau justificado, às elites políticas, corruptas e fracassadas. Mas para que esse ataque seja bem-sucedido, é preciso extirpar as elites da posição que ocupam (TUSHNET, 2020, p. 80).

É nesse contexto que se insere grande parte das tentativas dos regimes populistas em modificar os textos constitucionais; são, sobretudo, tentativas de eliminar pontos de veto (*veto points*). Como destaca Tushnet (2020, p. 81):

> Tratar os esforços de transformar as cortes como um ponto forte contra o populismo – criticar o populismo por atacar a independência judicial – e críticas similares de outras alterações constitucionais apoiadas por populistas podem ser frequentemente uma defesa de um *status quo* fracassado mais do que uma defesa politicamente neutra de um componente central do constitucionalismo em si.

Nesses termos, Tushnet defende que a independência judicial deve ser enfraquecida sempre que ela reproduz as falhas das elites políticas em atingir as promessas do constitucionalismo neoliberal. Ainda assim, as reformas populistas correspondem, quase sem exceção, aos mesmos desenhos institucionais defendidos em algumas "inquestionáveis políticas liberais"[278]. Ou seja, determinar se uma reforma constitucional proposta por populistas é incompatível com o constitucionalismo liberal exige uma análise acurada de como as novas instituições irão de fato interagir[279] (TUSHNET, 2020, p. 83).

De qualquer modo, o autor não deixa de reconhecer que existem diferenças entre o populismo de esquerda e o populismo de direita. Esse último consegue conviver com um programa econômico comprometido com o livre-mercado; parte de seu diagnóstico é que as políticas governamentais se expandiram demais, beneficiando aqueles que não fazem parte do "povo". Já o populismo de esquerda é diferente: ele está comprometido

[278] Os exemplos citados por Tushnet (2020, p. 82) são regras contra o financiamento estrangeiro de organizações domésticas da sociedade civil ou, o exemplo mais extremo, o tribunal plurinacional criado pela constituição boliviana de 2009, composto por juízes escolhidos por eleições nacionais.

[279] Tushnet (2020, pp. 85-6) não nega que existem deformações antiliberais em algumas formas de populismo de esquerda ou direita. No entanto, algumas desssas deformações são meramente retóricas. Ele cita o exemplo de Orbán; que constantemente se refere ao seu próprio regime como iliberal, com uma ênfase na herança católica da Hungria que beira o iliberalismo. No entanto, as políticas de governo de Orbán importam mais que sua retórica; nesses termos, não está claro se a retórica do cristianismo do governo húngaro foi capaz de implantar políticas de discriminação contra os não-cristãos.

em realizar o Estado de bem-estar social prometido pelas elites políticas, o que exige alterações nos arranjos institucionais existentes (TUSHNET, 2020, p. 85).

A realização do ideal do Estado de bem-estar social interfere nos direitos liberais clássicos; primeiro, porque mudanças econômicas irão alterar a distribuição de riquezas; depois, porque as elites econômicas se sobrepoõe às elites políticas, ou estão em condições de comprar a oposição. Assim, para os populistas de esquerda, é essencial que as elites econômicas e políticas que ocupam posições estratégicas (detentoras de poder de veto) sejam superadas pela limitação de seus poderes (TUSHNET, 2020, p. 85).

Isso exige, por vezes, eliminar esses pontos de veto, suprimindo câmaras altas ou controlando práticas de *judicial review* de atos legislativos e administrativos. Esses ajustes constitucionais podem modificar o conteúdo dos denominados direitos de primeira geração (direitos civis e políticos). No entanto, afirmar que isso, por si só, representa um afastamento do modelo liberal necessitaria de uma verificação empírica. Essa verificação consistirá em observar se ainda permanecem existindo eleições relativamente livres, em que a oposição pode disputar cargos com razoável competitividade (TUSHNET, 2020, p. 86).

A última definição proposta de populismo é aquela de Mudde e Kaltwasser (2017, p. 5). Eles propõem uma "abordagem ideacional" (*ideational approach*) do populismo, concebendo-o enquanto "um discurso, uma ideologia ou uma visão de mundo". Apesar da falta de consenso entre os acadêmicos, os autores definem o populismo como uma "ideologia esvaziada"[280] (*thin-centered ideology*) que considera que a sociedade é dividida em dois campos homogêneos e antagonistas, "o povo puro" e "a elite corrupta". Além disso, ela afirma que a política deve corresponder a vontade do povo (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 6).

Segundo Mudde e Kaltwasser (2017, p. 6), essa definição ajuda a escapar da frequentemente alegada maleabilidade do conceito. Ao contrário das ideologias "cheias", como o fascismo e o comunismo, que têm uma concepção total de como o mundo deve ser, uma ideologia "esvaziada" tem uma "morfologia restrita", que a faz se associar a outras ideologias para promover projetos políticos que são atraentes para uma grande audiência. Assim, o populismo, por si mesmo, é incapaz de responder as questões complexas das sociedades modernas.

[280] Adotamos a tradução proposta por Cunha e Cassimiro (2022, p. 221). Outras traduções possíveis são "ideologia delgada" (AMADEO; DE PAULA, 2021, p. 387), "ideologia frágil" (MENDONÇA; RESENDE, 2021, p. 4), ou mesmo "ideologia fina".

Por isso o populismo pode assumir diversas formas, contingentes à medida em que ele se relaciona com outras ideologias, forjando interpretações diversas, que podem ser mais ou menos atraentes para sociedades diferentes. Mudde e Kaltwasser (2017, p. 6) sublinham sobretudo o fato de que o populismo, mais do que uma ideologia tradicional, é um "mapa mental" que permite que os "indivíduos analisem e compreendam a realidade política".

Antecipando a crítica que lhes fará Urbinati (2019, p. 29) de que sua definição ideacional é tão ampla que pode se aplicar a qualquer agente, movimento ou partido político, Mudde e Kaltwasser (2012, p. 9) afirmam a validade de sua posição contrapondo-a a duas direções opostas ao populismo: o elitismo e o pluralismo. Afinal, eles argumentam, um conceito só é útil quando não apenas inclui aquilo que deve ser definido como também exclui todo resto.

O populismo e o elitismo compartilham a distinção maniqueísta da sociedade em dois grupos, mas com uma visão contrária das virtudes de cada um desses grupos. No caso do elitismo, é "o povo", desonesto e vulgar, que representa uma ameaça à "elite", superior moral, cultural e intelectualmente. Assim, a política deveria ser um domínio exclusivo das elites, em que o povo não tem lugar. Michels e Ortega, já mencionados no início desse capítulo, são representantes dessa corrente.

Em uma perspectiva diretamente oposta, o pluralismo rompe com essa visão dualista, sustentando que a sociedade é dividida em diversos grupos, com opiniões e interesses diferentes. O poder deve ser distribuído de modo a se evitar que qualquer desses grupos tenha hegemonia e possa impor sua vontade sobre os demais. A política, portanto, deve corresponder ao compromisso e consenso capaz de integrar esses diversos interesses.

Para os autores, são três os conceitos nucleares do populismo: o povo, a elite e a vontade geral. Comecemos com o primeiro. Mudde e Kaltwasser (2017, p. 9) destacam que "o povo" é uma construção bastante flexível, que pode adquirir três significados: o povo soberano, o povo comum e o povo nação[281]. Em cada um desses sentidos, percebe-se uma relação entre a distinção entre "o povo" e "a elite" e uma característica secundária: poder político, *status* socioeconômico e nacionalidade, que geralmente se entrelaçam.

O "povo soberano" corresponde à ideia democrática que concebe "o povo" como fonte última do poder político e "governante", tradicionalmente ligada às revoluções

[281] Esses três significados foram ressaltados por Müller (2016, p. 22), como vimos acima.

norte-americana e francesa. Essa concepção ingressa no discurso populista como um lembrete de que o poder político deriva do povo e que, se ele não for levado em consideração, haverá mobilizações e revoltas.

O "povo comum" se refere a um conceito abrangente de classe que combina o *status* econômico com valores culturais populares. No discurso populista, ele reivindica a dignidade de um grupo que é sistematicamente excluído do poder por conta de sua condição econômica ou cultural. Essa concepção do povo tende a ser, conforme os autores, tanto integrativa quanto divisiva, porque tenta unir a maioria raivosa e silenciosa, mobilizando-a contra um inimigo comum ("o *establishment*")[282].

O "povo nação" diz respeito à comunidade nacional, ao povo definido tanto em termos cívicos quanto étnicos, onde todos os "nativos" estão incluídos em uma comunidade. Esse sentimento de pertencimento é reforçado por mitos fundadores. Os contornos dessa nacionalidade, porém, não são claros; não há como identificar "o povo" com a população de um determinado Estado porque vários grupos étnicos distintos convivem em um mesmo território.

"A elite", por sua vez, é uma categoria pouco desenvolvida entre os estudiosos do populismo. Em primeiro lugar, propõem os autores, "a elite" é definida em termos de poder e incluiu figuras proeminentes na política, economia, na mídia e nas artes, sempre excluindo os próprios populistas. Ela também pode ser descrita em termos nacionais e econômicos[283], ainda que os populistas defendam que as divisões de classe são artificialmente criadas para manter o povo desunido (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 13).

Para os populistas no poder, a elite é a razão do insucesso de suas políticas públicas; "eles são sabotados pela elite, que pode ter perdido o poder político, mas continua com o poder econômico". A elite também é acusada não apenas de agir em contrariedade aos interesses do povo, mas do próprio país. Quando a distinção entre "o povo" e "a elite" é tanto moral quanto étnica, o populismo se mescla com o nacionalismo,

---

[282] Para Mudde e Kaltwasser (2017, p. 11), esse "ímpeto antielitista é acompanhado de uma crítica à instituições como partidos políticos, grandes organizações e burocracias, que são acusadas de distorcer o vínculo "de confiança" entre os líderes populistas e o "povo comum".

[283] Esse tipo de discurso é mais comum entre os populistas de esquerda, que tentam fundir o populismo com alguma forma vaga de socialismo. No entanto, mesmo populistas de extrema-direita acusam as elites econômicas de um conluio com as elites políticas. Mudde e Kaltwasser (2017, p. 13) afirma que essa crítica não é em si anticapitalista, como demonstra o *Tea Party*, cujos membros, ainda que ferrenhos defensores do livre mercado, denunciam que o grande capital, junto com os políticos, elimina a concorrência e esmaga os pequenos negócios, "os verdadeiros motores do capitalismo e parte 'do povo'", estabelecendo uma legislação protetiva.

de modo que não é incomum que os movimentos populistas acusem as elites nacionais de serem agentes externos (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 14).

O terceiro conceito nuclear do populismo é a vontade geral. A distinção moral entre um povo puro e a elite corrupta pressupõe a "capacidade do povo de se reunir em uma comunidade e em legislar em nome de seu interesse comum". Dessa forma, a tarefa do político é antever qual é essa vontade geral e, por meio de seu carisma[284], "formar cidadãos individuais em uma comunidade coesa com a qual se possa contar" (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 16).

É essa noção de vontade geral que dá suporte à rejeição, por parte dos populistas, do governo representativo, considerado como uma forma aristocrática de poder, em que os cidadãos são tratados como passivos, mobilizados apenas durante o período eleitoral. Por isso, os populistas apelam aos mecanismos de referendos e plebiscitos; os autores afirmam que entre o populismo e a democracia direta existem "afinidades eletivas"[285]:

> [...] uma das *consequências* práticas do populismo é a promoção estratégica de instituições que permitem a construção da vontade geral presumida. De fato, os adeptos do populismo criticam o *establishment* por sua incapacidade e/ou desinteresse em considerar a vontade popular. E essa crítica geralmente não é sem razão. Por exemplo, partidos populistas de esquerda e de direita na Europa condenam a natureza elitista do projeto da União Europeia (EU), enquanto os populistas de esquerda contemporâneos criticam as (antigas) elites por ignorarem os problemas "reais" do povo (MUDDE; KALTWASSER, 2017, pp. 17-8).

No entanto, essa vontade geral não é formada por nenhum processo racional desenvolvido no espaço público, sendo baseada exclusivamente no "senso comum", que pode agregar demandas diferentes a partir da identificação de um inimigo comum. Isso permite uma forma específica de articulação, já que "possibilita a formação de um sujeito popular com uma identidade forte ('o povo'), que pode desafiar o *status quo* ('a elite')".

---

[284] Os autores destacam que carisma é "um vínculo específico entre o líder e seus seguidores que é definido tanto pelas expectativas e percepções dos seguidores quanto pelas características individuais do líder" (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 66). Isso torna difícil apontar características universais do carisma, já que ele é culturalmente determinado.

[285] A expressão "afinidade eletiva" deriva do alemão *Wahlverwandtschaft* e sua origem pode ser rastreada na alquimia medieval, onde era utilizada para explicar a atração e a fusão dos corpos. No entanto, ela se tornou popular por ser o título de uma das obras mais famosas de Goethe, *Die Wahlverwandtschaften*, de 1809, onde servia como uma metáfora para designar o movimento passional pelo qual um homem e uma mulher são atraídos um pelo outro, a partir da afinidade íntima entre suas almas. Foi Weber o responsável por lhe dar relevância nas ciências sociais, utilizando-a para analisar a relação complexa e sutil entre duas formas sociais (no caso dele, a ética protestante e o espírito do capitalismo). Nas palavras de Löwy (2011, p. 141), o "conceito dá conta de processos de interação que não são revelados nem pela causalidade direta, nem pela relação 'expressiva' entre forma e conteúdo (por exemplo, uma forma religiosa sendo a 'expressão' de um conteúdo político ou social), nem, tampouco, pela 'função' de uma parte em meio à totalidade social".

Nesse sentido, o populismo é uma força democratizante (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 18).

Ainda assim, Mudde e Kaltwasser (2017, p. 18) destacam que o populismo também tem "um lado sombrio", uma vez que sua noção de vontade geral pode servir de apoio a tendências autoritárias. Como a vontade geral é delimitada pela ideia de unidade, aqueles que não pertencem ao "*demos*" não merecem ser tratados com iguais; desse modo, "ela pode legitimar ataques autoritários e iliberais a qualquer um que (supostamente) ameaça a homogeneidade do povo".

Com apontamos anteriormente, Urbinati (2019, 28) critica a abordagem "ideacional" de Mudde e Kaltwasser, que ela define como uma teoria *minimalista* do populismo. Após observar que essa perspectiva dispensa inclusive a existência de um líder populista específico[286], o que é uma característica sublinhada tanto por ela como também por Rosanvallon e Müller, a autora italiana promove três observações críticas.

As duas primeiras críticas dizem respeito à inabilidade da teoria minimalista em distinguir o populismo de outras formas políticas. Primeiramente, a contraposição ideológica entre os muitos "honestos" e os poucos "corruptos" não é exclusiva da retórica e dos partidos populistas. Pelo menos desde república romana existe algum tipo de dualismo desse tipo e pode, inclusive, se argumentar que ele é um tema central do republicanismo (URBINATI, 2019, p. 29).

O mesmo pode ser dito sobre o dualismo moral entre "nós, que somos bons", e "eles, que são maus", que é "o motor de todas as formas de agregação partidária, ainda que com diferentes intensidades e estilos". A desconfiança e a crítica são componentes inerentes à democracia; partidos de oposição constantemente descrevem os partidos governantes como corruptos e elitistas. Para Urbinati (2019, p. 29), não há nada próprio nessa firmação que permita estabelecer a peculiaridade do foco antie*stablishement* do populismo.

---

[286] Urbinati (2019, p. 28) cita a seguinte passagem de Mudde e Kaltwasser: "Uma afinidade eletiva entre populismo e líderes fortes parece existir. No entanto, o primeiro pode existir sem o último". Na sequência da passagem citada, os autores afirmam que "algumas vezes os líderes populistas são muito bem-sucedidos em termos de vencer eleições e transformar a agenda política, mas sua própria existência irá se tornar supérfluo assim que uma nova clivagem vier à tona: populismo versus antipopulismo. [...] Isso significa que sobre certas circunstâncias o surgimento de atores populistas pode contribuir não só para o colapso, mas também para o realinhamento e a reconfiguração do sistema partidário" (MUDDE; KALTWASSR, 2104, p. 300). Em outra obra, Mudde e Kaltwasser (2017, p. 62) apontam que "na medida em que o populismo é, em primeiro lugar, um conjunto de ideias que pode ser empregado por atores muito diferentes entre si, não algo como *o* protótipo do líder populista. O homem forte carismático, o líder populista estereotipado na escrita acadêmica e popular, descreve alguns dos mais conhecidos líderes populistas, mas tal indivíduo é mais bem-sucedido em sociedades específicas".

A terceira crítica de Urbinati (2019, p. 30) diz respeito às implicações normativas da teoria. Ao se recusar em definir o populismo do ponto de vista normativo, ou seja, em rotulá-lo como benéfico ou prejudicial, Mudde e Kaltwasser pressupõem uma distinção entre a democracia, a combinação entre regra da maioria e soberania popular, e a democracia *liberal*. Assim, o populismo manteria "uma relação ambígua com a democracia liberal, não com a democracia em si", que pode ser direta, indireta, liberal ou iliberal.

No entanto, Urbinati (2019, p. 30) afirma que essa perspectiva descritiva não é livre de viés porque tem necessariamente um efeito normativo: é o liberalismo que tem a função de assegurar que a democracia proteja e promova a liberdade. A teoria minimalista pressupõe que a "democracia não é uma teoria de liberdade, apenas uma teoria de poder: o poder da maioria exercido em nome da soberania popular". A tensão verdadeira do populismo, então, não é com a democracia, mas com o liberalismo.

Apesar das críticas, Mudde e Kaltwasser (2017, p. 19) defendem sua abordagem "ideacional" e apontam pelo menos quatro de suas vantagens. Em primeiro lugar, ao definir o populismo como uma ideologia esvaziada, com um núcleo conceitual e ideológico restrito, que precisa recorrer a outras ideologias, seja nacionalismo, neoliberalismo ou socialismo, é possível compreender por que ele se adapta tão bem ao mundo real.

Em segundo lugar, ao não limitar o populismo a um determinado tipo de mobilização ou liderança, a concepção de Mudde e Kaltwasser permite acomodar um grupo mais amplo de agentes políticos. A mobilização populista pode ocorrer de diversas maneiras, por meio de movimentos sociais organizadas ou partidos políticos, de diferentes formatos e tamanhos. Em comum eles possuem apenas uma coisa: "uma imagem cuidadosamente trabalhada da *vox populi*".

Como terceira vantagem, Mudde e Kaltwasser (2017, p. 20) indicam que sua abordagem é a que oferece a melhor resposta à questão sobre a relação entre populismo e democracia. Como destacam os autores:

> O populismo é parte da democracia. Ao invés de uma imagem espelhada da democracia, no entanto, o populismo é a (má) consciência da democracia liberal. Em um mundo que é dominado pela democracia e o liberalismo, o populismo essencialmente se tornou uma resposta democrática iliberal ao liberalismo antidemocrático. Os populistas levantam questões desconfortáveis sobre aspectos antidemocráticos das políticas e instituições liberais, como cortes constitucionais e instituições financeiras internacionais, e dão suas respostas iliberais a elas, que são geralmente apoiadas por grande parte da população [...] (MUDDE; KALTWASSER, 2017, pp. 116-7).

Portanto, os autores ressaltam que o populismo mantém uma relação de amigo e inimigo com a democracia, podendo tanto corrigi-la quanto ameaçá-la, dependendo do estágio de democratização. Diversos pesquisadores mencionam as credenciais democráticas do populismo, destacando sua importância durante as primeiras fases da democratização ao dar "voz ao povo", combater o *status quo* autoritário e garantir a realização de eleições livres e competitivas (MUDDE; KALTWASSER, 2012, pp. 16-7).

É possível também destacar seu papel positivo em relação à democracia representativa; ao contrário do que tradicionalmente se pensa[287], afirmações de que o populismo se opõe a representação são exageros. As críticas de líderes, partidos ou movimentos populistas ao sistema representativo são manifestações contrárias não à representação em si, mas ao tipo de representação que ele produz (representantes da elite, não do povo) (MUDDE; KALTWASSER, 2012, p. 17).

Mudde e Kaltwasser assumem a crítica que lhes faz Urbinati e afirmam que o populismo tem uma relação "*much more complicated"* com a democracia liberal. A democracia liberal carrega consigo uma "tensão entre a promessa democrática do governo da maioria e a realidade da proteção constitucional dos direitos das minorias". Já o populismo está claramente ao lado da regra da maioria e é intensamente hostil ao pluralismo e à proteção de minorias (MUDDE; KALTWASSER, 2012, p. 17).

O populismo, então, poderá ameaçar a qualidade da democracia liberal, ao marginalizar grupos específicos da sociedade, enfraquecer as instituições políticas e, por consequência, debilitar as garantias e direitos das minorias[288]. Por outro lado, é inegável que o populismo, especialmente quando é oposição[289], pode gerar efeitos positivos na

---

[287] E já vimos isso nos autores que citamos no decorrer desse tópico.

[288] Mudde e Kaltwasser (2012, pp. 21-2) listam os seguintes efeitos negativos do populismo na democracia: 1) o populismo pode usar a noção e a práxis da soberania popular para violar os "pesos e contrapesos" e a separação de poderes da democracia liberal; 2) o populismo pode usar a noção e a práxis da regra da maioria para contornar e ignorar os direitos das minorias; 3) o populismo pode promover o estabelecimento de uma nova clivagem política (populistas vs. não populistas), que impede a formação de coalizões políticas estáveis; 4) o populismo pode levar a uma moralização da política, dificultando extremamente, ou mesmo tornando impossível, o compromisso e o consenso; 5) o populismo pode fomentar uma transformação plebiscitária da política, que debilita a legitimidade e o poder das instituições políticas (i.e., parlamentos e partidos) e de corpos não-eleitos (i.e., organizações como bancos centrais e agências reguladoras) que são indispensáveis para uma "boa governança"; e 6) ironicamente, ao defender uma abertura da vida política para o povo comum, o impulso majoritário e antielitista da populismo pode facilmente promover o encolhimento do "político" e causar uma contração do espaço democrático efetivo.

[289] Os autores propõem as seguintes hipóteses: 1) o populismo na oposição em democracias consolidadas terá efeitos positivos modestos na qualidade da democracia; 2) o populismo na oposição em democracias ainda não consolidadas terá efeitos positivos moderados na qualidade da democracia; 3) o populismo no governo em democracias consolidadas terá efeitos negativos moderados na qualidade da democracia; e 4) o populismo no governo em democracias ainda não consolidadas terá efeitos negativos significantes (MUDDE; KALTWASSER, 2012, p. 25).

democracia liberal, notadamente ao permitir a incorporação de grupos marginalizados no processo político[290] (MUDDE; KALTWASSER, 2012, p. 21).

Por fim, a quarta vantagem da abordagem ideacional é permitir uma análise das demandas e ofertas das políticas populistas. As pesquisas geralmente consideram o segundo aspecto, as ofertas, ao definir o populismo como uma estratégia, mas pouco tratam da questão das demandas populistas, ou seja, o apoio das massas às ideias populistas. Segundo os autores, seu modelo permite desenvolver uma melhor compreensão tanto das causas como dos custos e benefícios das respostas democráticas ao populismo (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 20).

Uma parte significativa da população mundial apoia parte do conjunto de ideais populistas, especialmente ao que diz respeito à corrupção e ao auto-interesse das elites políticas e econômicas. Ainda assim, esse sentimento permanece latente até que as circunstâncias permitam sua manifestação; é aqui que entra o contexto socioeconômico e sociopolítico. As recessões econômicas e a corrupção sistêmica são alguns dos principais "catalizadores para atitudes populistas entre a população"[291] (MUDDE; KALTWASSER, 2017, pp. 99-100).

Outro fator determinante para a ascensão populista é o sentimento generalizado de indiferença do sistema político. Quando os eleitores se sentem abandonados por seus representantes, quando eles sentem que os partidos políticos tradicionais e o governo não os ouve, eles ficam propensos "a interpretar os eventos políticos por meio mapa mental do populismo", onde as elites são egoístas e corruptas e não ligam para o povo real[292] (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 101).

---

[290] Mudde e Kaltwasser (2012, p. 21) apontam os seguintes efeitos positivos do populismo sobre a qualidade da democracia, ressaltando, entretanto, que eles não são sempre distinguíveis na prática: 1) o populismo pode dar voz a grupos que não se sentem representados pelas elites, ao debater assuntos que são relevantes para uma "maioria silenciosa" (i.e., temas como a imigração na Europa ou a integração econômica na América Latina); 2) o populismo pode mobilizar setores excluídos da sociedade (i.e., "a subclasses"), aprimorando sua integração política; 3) o populismo pode representar setores excluídos da sociedade ao implementar políticas de sua preferência; 4) o populismo pode fornecer uma ponte ideológica que dê suporte a construção de coalizações sociais e políticas importantes, proporcionando uma evolução do sistema partidário e dos modos relacionados de representação política; 5) o populismo pode aumentar a responsabilidade democrática ao debater temas e políticas em nível político, e não apenas econômico ou judiciário; e 6) o populismo pode resgatar a dimensão conflituosa da política e assim ajuda a revitalizar tanto a opinião pública quanto os movimentos sociais a fim de fomentar a "democratização da democracia".

[291] Como veremos no próximo capítulo, a recessão econômica que se seguiu à eleição de Dilma Rousseff e as revelações dos esquemas de corrupção da operação Lava-Jato foram determinantes para a vitória eleitoral de Jair Bolsonaro. Fenômenos semelhantes podem ser verificados no surgimento dos partidos *Podemos* e *Syriza* na Espanha e Grécia, respectivamente, no contexto que se segue à crise econômica de 2008, e na ascensão de Silvio Berlusconi após o escândalo de corrupção revelado pela operação *Mani Pulite* na Itália dos anos de 1990.

[292] Mudde e Kaltwasser (2017, p. 101) pontuam que não é coincidência que uma parte importante do eleitorado dos partidos de extrema-direita europeus seja formado pela classe trabalhadora "nativa", "que

Além disso, a transformação social permitiu o surgimento de um "novo cidadão emancipado", mais bem informado e muito menos disposto a aceitar acriticamente a "dominação das elites políticas". Em um mercado incrivelmente competitivo, onde concorrem não só entre si, mas também com um número crescente de fontes de informação *on line,* a corrupção da classe política é exposta de forma cada vez mais abrangente e espetacularizada pelos meios de comunicação (MUDDE; KALTWASSER, 2017, pp. 103-4).

O sucesso do populismo está em conseguir mobilizar o sentimento anti*establishement,* combinando uma ampla gama de queixas sociais em um discurso de "nós, o povo bom" e "eles, a elite corrupta". Isso é possível associando seu discurso a outras ideologias, "que abordam outros aspectos-chave dessas indignações sociais". Na Europa, o nativismo é utilizado para denunciar a corrupção da elite pró-imigração; na América Latina, o socialismo serve apara acusar a elite de pilhar os recursos naturais do povo pobre.

Não obstante o contexto econômico e político, os populistas se destacam por politizar temas que não são abordados pelos partidos políticos tradicionais. Como mencionamos acima, esses partidos, na tentativa de conquistar um amplo eleitorado, tendem a convergir e adotar plataformas programáticas genéricas, o que facilita o discurso populista que afirma que eles são todos uma coisa só. A inação dos partidos em responder às demandas políticas do eleitorado marginalizado é determinante para o sucesso das forças populistas[293].

Todavia, não podemos considerar que os populistas são simplesmente "produtos infelizes de seu ambiente". Eles agem ativamente para criar um sentimento de crise, que injeta urgência e importância à sua mensagem. Por exemplo, na Finlândia, atingida apenas moderadamente pelos efeitos da recessão de 2008, o *True Finn* obteve 19 por cento de votos nas eleições de 2011 ao difundir, com o auxílio de parte da mídia, uma sensação de crise ao afirmar que o Estado de bem-estar seria ameaçado pelos programas de resgates da União Europeia e pela invasão de imigrantes.

---

não mais se sente representada pelos partidos socialdemocratas que abraçaram a globalização econômica, a integração europeia e o multiculturalismo".

[293] Os autores citam os exemplos da Espanha e da Áustria. Na Espanha, o *Partido Popular* (PP), o partido de extrema-direita convencional, assumiu grande parte das pautas que atrairiam eleitores em potencial de partidos populistas radicais, como, por exemplo, valores católicos, segurança pública e unidade nacional, de modo que não há partido populista relevante. Por outro lado, na Áustria, o *Freiheitliche Partei Österreichs* (FPÖ) se beneficiou muito da convergência entre os dois partidos principais, que inclusive costumavam formar coalizões para governar e mantinham assuntos potencialmente divisivos, como a integração europeia e a imigração, fora da agenda política (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 105).

Ao final, por mais que o populismo possa assumir diversas formas e estratégias, a depender do contexto cultural e político, sua principal característica é a moralização do debate político, geralmente oferecendo soluções simples para problemas complexos. Essa abordagem ideacional proposta por Mudde e Kaltwasser, por conta de seu minimalismo, possibilita estudar manifestações de populismo para além dos líderes e movimentos políticos. Ela permite identificar retóricas e estratégias populistas no discurso de outros agentes políticos como, por exemplo, magistrados, como analisaremos no capítulo seguinte.

5 A RETÓRICA POPULISTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em sua história, uma das maiores características da política brasileira foi o apaziguamento. Como indica Avelar (2021, p. 72), salta aos olhos de qualquer observador como os antagonismos políticos brasileiros são tão "pouco explícitos, sólidos ou duradouros" em comparação com nossos vizinhos latino-americanos. Não importa quão grave fosse o conflito político, as partes envolvidas sempre encontravam espaço para restabelecer seus vínculos, em nome de um ideal de governabilidade.

Na ciência política brasileira, o arranjo político correspondente a essa política de apaziguamento recebeu o nome de presidencialismo de coalização, termo cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches em um artigo científico publicado em 1988. Visto inicialmente como um dilema institucional, resultado de um sistema partidário fragmentário com um presidente com poderes imperiais, logo ele passou a ser exaltado como um modelo ideal de como as democracias maduras deveriam funcionar.

E então aconteceu o junho de 2013. Ainda que o movimento tivesse seguido um padrão verificável em outras partes do mundo, manifestações espontâneas, uso das redes sociais, palavras de ordem difusas, a elite política brasileira não soube lidar com ele. É como se de repente todo aquele antagonismo que vivia camuflado na sociedade estourasse de uma só vez. Junho de 2013 chacoalhou a vida política nacional; dali em diante, nada mais seria igual.

Para a finalidade do nosso estudo, a consequência mais relevante das jornadas foi colocar em descrédito todo o sistema político da República Nova. O gigante finalmente havia acordado, mas ainda não tinha ideia de que caminho seguir. Nesse vácuo, um grupo de agentes públicos, ligados ao aparato judicial, tomou para si a função de reconstruir sobre novas bases o arranjo político que sustentou a república brasileira até então. Para tanto, usaram e abusaram da retórica populista.

O objetivo desse capítulo é demonstrar como o discurso populista foi incorporado às manifestações dos ministros do STF na tentativa de legitimar sua atuação cada vez mais incisiva nas prerrogativas dos demais poderes, em especial, o Poder Legislativo. Aspirava-se concretizar, por intermédio da intervenção judicial, aquilo que eles consideravam ser a ordem normativa de valores consagrada na Constituição de 1988.

Na primeira parte do capítulo, faremos um resgate histórico dos acontecimentos de junho de 2013 no Brasil. Traçamos, em primeiro lugar, seus antecedentes. As manifestações brasileiras somente podem ser compreendidas quando inseridas em um

contexto geral. A crise econômica de 2008 gerou em países desenvolvidos ou em desenvolvimento um alto grau de insatisfação na população. No Brasil, a repressão violenta da polícia militar contra manifestantes que protestavam contra o aumento de tarifas de transporte público, divulgada nas redes sociais, fez com que a classe média se solidarizasse com o movimento.

Na medida em que as ruas foram ocupadas por um número cada vez maior de pessoas, as reivindicações se multiplicavam. Não tardou para que a exigência de tarifas mais baratas se transformasse em reclamação contra a qualidade dos serviços públicos prestados e daí para o combate à corrupção. O resultado é uma percepção difusa quanto à ilegitimidade do arranjo político de 1988, representado pelo já mencionado presidencialismo de coalizão.

Em seguida, demonstraremos que no rescaldo das manifestações surge uma "vanguarda modernizadora", ou seja, agentes políticos, ligados às carreiras judiciárias, que assumem para si a tarefa messiânica de regenerar um sistema corrompido pela classe política. Esse movimento, denominado por Lynch como revolução judiciarista, é encabeçado incialmente pelos integrantes da força-tarefa da Lava Jato, mas logo atinge a mais alta cúpula do Judiciário e da PGR.

Uma revolução, no entanto, precisa da sua ideologia. No caso, a inspiração da revolução judiciarista são a doutrina da efetividade e o neoconstitucionalismo. Ao conceber a constituição como uma ordem normativa de valores e exigir a sua aplicação direta, em detrimento do legislador, o neoconstitucionalismo coloca o Judiciário em um papel de destaque entre os demais poderes. Diante da omissão desses, cabe ao juiz concretizar as promessas constitucionais.

No terceiro tópico, efetuamos um resgate da história do Supremo Tribunal Federal durante o período republicano. Concebido incialmente como um potencial substituto do Poder Moderador do Imperador, o tribunal foi seguidamente escanteado pelos governos de turno. Na maior parte de sua historiografia, jamais atingiu a plenipotência que desejara Rui Barbosa. Foi, quando muito, coadjuvante da luta política brasileira por quase um século.

Quis a fortuna que esse quadro se alterasse. Um pouco por receio de um Executivo que tinha se tornado mais robusto depois do regime militar, um pouco talvez para se adaptar aos modismos jurídicos do velho continente, o constituinte da Assembleia Nacional de 1987-8 resolveu inflar as competências daquele órgão. Se em um primeiro momento a corte não soube, ou não quis, o que fazer com essas atribuições, a alteração

de sua composição ao longo do tempo deu ao tribunal um destaque inimaginável poucos anos atrás.

No último tópico, trataremos de analisar alguns precedentes do STF em que a retórica populista, com apelo à moral e ao sentimento público, serviu de suporte para decisões que impactaram no sistema político nacional. Sob o argumento de concretizar os valores constitucionais, os ministros do tribunal, em decisões colegiadas ou monocráticas, interferiram em prerrogativas parlamentares, substituindo a deliberação democrática por suas concepções individuais (ou corporativas) de moral.

5.1 ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: JUNHO DE 2013 E O ESFACELAMENTO DO PACTO DE GOVERNABILIDADE BRASILEIRO

São Paulo, primeira quinzena de junho de 2013: jovens ligados ao Movimento Passe Livre (MPL) organizam uma série de manifestações contra o aumento da tarifa de transporte público. A estratégia definida era "realizar, num curto intervalo de tempo, atos de impacto em vias mais centrais da cidade a fim de pressionar o poder público" (MELO; VAZ, 2018, p. 31). As manifestações são reprimidas com brutalidade pela Polícia Militar, com ampla cobertura da mídia.

A repercussão da virulenta ação policial, no entanto, acabou por atrair a atenção e a simpatia do grande público. Novas manifestações são organizadas, agora em escala nacional, com um número cada vez maior de participantes. A pauta se diversifica; no lugar da revogação do aumento da tarifa, surgem cartazes exigindo "hospitais padrão FIFA", "Fora Dilma! Fora Cabral!", ou pedindo a união de "Todos contra a corrupção".

Esses acontecimentos devem ser contextualizados em âmbito internacional. Nas palavras de Castells (2015, p. ix), "o Brasil não era exceção, mas um acréscimo a uma galáxia em expansão de novas formas de movimentos sociais". Seu *big bang* pode ser identificado nos movimentos contrários à globalização econômica dos anos de 1990, em especial os protestos contra a Organização Mundial de Comércio (OMC) ocorridos em Seattle em novembro de 1999 (HARDT; NEGRI, 2004, p. 215).

Em uma situação semelhante a que ocorreria em São Paulo mais de uma década depois, a polícia de Seattle estava despreparada para lidar com a multidão e passou a atacar de forma indiscriminada manifestantes e cidadãos com gás lacrimogêneo e balas de borracha. Então, um grupo pequeno de manifestantes revidou, enfrentando a polícia e

depredando propriedades privadas, em especial de corporações globais como *Mcdonalds* e *Starbucks* (HARDT; NEGRI, 2004, pp. 286-7).

Vários integrantes do movimento criticaram duramente essa postura, que para eles monopolizava as manchetes jornalísticas e eclipsava as pautas defendidas na manifestação. No entanto, é inegável que a mídia somente se focou nos protestos por causa da violência; sem ela não havia uma história a ser contada. Existia, portanto, uma certa cumplicidade entre a mídia e aquele pequeno grupo violento de manifestantes (HARDT; NEGRI, 2004, p. 287).

Todavia, o fato mais surpreendente desse movimento, que se repetirá nos movimentos subsequentes, é que grupos com interesses diferentes ou até mesmo contraditórios conseguiram agir em comum: sindicalistas e ambientalistas, anarquistas com religiosos e homossexuais com pessoas protestando contra o sistema prisional. Eles não eram unificados sob nenhuma autoridade, mas se relacionavam entre si em uma estrutura de rede (HARDT; NEGRI, 2004, p. 86 e p. 217).

Por conta disso, esses ativistas antiglobalização adotaram com entusiasmo a linguagem das redes, com "uma ênfase libertária na auto-organização e na ação direta". A internet se mostrou como uma ferramenta útil para definir formas organizacionais flexíveis e anti-hierárquicas. *E-mails, listservs*, sítios de mídia alternativa e *web-forums* se tornaram o "estojo de ferramentas" comunicativas do "novo modo de fazer política", calcado na lógica das redes (GERBAUDO, 2012, p. 23).

Essa mentalidade de rede possibilitou o surgimento de uma nova mídia, o *Independent Media Center* (IMC ou *Indymedia*), sediada sobretudo na internet. Criado por organizações e ativistas da mídia independente para oferecer uma rede alternativa para cobertura jornalística dos protestos de novembro de 1999, o IMC se propunha a transmitir as manifestações minuto a minuto:

> [...] usando um democrático sistema de edição aberta (*open-publishing*) e atuando como uma câmara de compensação de informações para jornalistas, recolhendo e disponibilizando, ao mesmo tempo, reportagens, áudios, fotos e vídeos em um regime de *copyleft* através de seu *website* (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 137).

Nesses termos, há uma fusão entre mídia e ativismo; cobrir um acontecimento é participar ativamente de sua elaboração e não apenas a transmissão passiva da notícia (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 137). O *slogan* do IMC – "não odeie a mídia, torne-se a mídia" – não é apenas uma crítica ao monopólio da mídia corporativa, mas principalmente

um apelo a um envolvimento ativo na produção e distribuição da informação (HARDT; NEGRI, 2004, p. 305).

Qualquer pessoa podia submeter uma notícia ao IMC. Acesso isonômico e a expressão ativa eram considerados como essenciais para democratização da comunicação e da informação. Não se tratava de "fixar a verdade em alguma versão global de correção, mas, ao contrário, garantir as diferentes expressões de uma multidão em um processo democrático de comunicação" (HARDT; NEGRI, 2004, p. 305).

A cobertura das manifestações de Seattle mudou os rumos não só desse tipo de movimento, mas também da própria mídia. Ao final, o sítio do IMC atingiu cerca de dois milhões de conexões e suas matérias foram retransmitidas pela mídia tradicional, como CNN e BBC *on line*. Seu modelo logo se espraiou por vários continentes; centenas de ativistas criaram seus próprios IMC, acompanhando protestos contrário à globalização no mundo todo (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 138).

O espírito de Seattle, no entanto, ficou adormecido por algum tempo, até ter sido despertado bruscamente pelos efeitos da crise econômica de 2008. Sua primeira manifestação ocorreu na Islândia. Em 2007, a renda média de um cidadão islandês era a quinta maior do mundo, 160% maior do que a dos norte-americanos. A fonte dessa riqueza repentina era "o rápido crescimento do setor financeiro na esteira da expansão global do capitalismo financeiro especulativo" (CASTELLS, 2015, p. 31).

Entre 2000 e 2007, os três maiores bancos islandeses (Kaupthing, Landsbanki e Glitnir) passaram de bancos de serviços locais a grandes instituições financeiras e aumentaram o valor de seus ativos de 100% do PIB para 800%. Esse crescimento só foi possível por um esquema fraudulento, em que eles utilizavam suas ações como garantia para tomar empréstimos em grande escala uns dos outros usando-os para financiar a compra de outras ações dos três bancos, elevando artificialmente seu valor[294] (CASTELLS, 2015, p. 31).

Em 29 de setembro de 2008, o Glitnir solicitou um socorro imediato ao Banco Central islandês, que comprou 75% de suas ações. Essa iniciativa, no entanto, ao invés de tranquilizar o mercado financeiro teve efeito contrário. Logo, o mercado de ações e o preço dos imóveis tiveram uma queda vertiginosa e os três bancos entraram em colapso.

[294] Além disso, essas instituições financeiras estimulavam que seus clientes tomassem cada vez mais empréstimos, entregando-se a um consumo ilimitado que estimulava artificialmente a demanda doméstica e, por conseguinte, o crescimento econômico. Para disfarçar essas operações, os bancos concediam empréstimos favoráveis a políticos e contribuíam com generosas doações aos partidos políticos durante o período eleitoral.

O PIB do país caiu de 6,8% em 2009 para 3,4% no ano seguinte; a renda pessoal e o valor dos ativos dos islandeses sofreram uma redução substancial (CASTELLS, 2015, p. 33).

Foi nesse contexto que foi gestada a "Revolução das Panelas". Em 11 de outubro, o cantor Hordur Torfason sentou em frente ao parlamento islandês com sua guitarra e manifestou toda sua fúria contra os banqueiros e os políticos. O protesto foi gravado e divulgado na internet e, dentro de alguns dias, milhares de pessoas se uniram pedindo a renúncia do governo, a realização de novas eleições e a promulgação de uma nova constituição[295] (CASTELLS, 2015, p. 34).

O governo cedeu à pressão social e antecipou a data das eleições enquanto que o primeiro-ministro conservador Geir Haarde anunciou que, por motivos de saúde, não concorreria a reeleição. O resultado foi a derrota dos dois maiores partidos, ambos conservadores, para uma coalizão formada pelos sociais-democratas e verdes que tinha à frente Johanna Sigurdardottir, primeira pessoa assumidamente homossexual a assumir o cargo de primeira-ministra (CASTELLS, 2015, p. 35).

A eleição de um conselho constitucional (CAC), que funcionária concomitantemente com o parlamento, foi convocada em 2010, composto por 25 membros do povo. Apesar da eleição ter sido anulada por um ato da Suprema Corte[296], o parlamento nomeou os 25 eleitos, encarregando-os preparar a minuta da nova constituição. Para permitir uma ampla participação popular, o conselho se utilizou largamente da internet:

> O CAC buscou a participação de todos os cidadãos via internet. O *Facebook* foi a plataforma básica do debate. O *Twitter* foi o canal utilizado para relatar o progresso do trabalho e dirimir dúvidas dos cidadãos. *YouTube* e *Flickr* foram usados para estabelecer uma comunicação direta entre cidadãos e membros do Conselho, assim como para propiciar a participação nos debates que ocorriam por toda a Islândia (CASTELLS, 2015, p. 39).

Foram recebidas 16 mil sugestões e o conselho aprovou uma minuta com 114 artigos que foi remetida ao parlamento em julho de 2011. Em seguida, o texto foi

---

[295] A constituição então vigente, promulgada em 1944, era uma carta temporária assinada quando o país dissolveu seus laços com a monarquia da Dinamarca, que à época se encontrava sob domínio alemão, e se tornou uma república. O documento, que era quase uma cópia da constituição dinamarquesa, deveria viger somente até o final da guerra, mas foi mantido em vigor porque favorecia os interesses das classes políticas ao atribuir um peso desproporcional às províncias rurais conservadoras (CASTELLS, 2015, p. 35). Cf., também, MELO; BURCKHART, 2021.

[296] Uma ação movida por um grupo de indivíduos ligados ao Partido da Independência, de centro-direita, questionava o modo como a eleição para a assembleia constituinte foi conduzida. Pelo voto de seis ministros, cinco indicados pelo Partido da Independência, a Suprema Corte anulou a eleição (MELO; BUCKHART, 2021, p. 338).

submetido a um referendo popular, sendo aprovado por 67% dos votos[297]. No entanto, a oposição dos políticos tradicionais e o arrefecimento das consequências da crise econômica transformaram essa constituição em um "*unfinished project*", já que até o momento não foi formalmente aprovada pelo parlamento nacional[298] (MELO; BUCKHART, 2021, p. 340).

Mas a verdadeira onda de manifestações espontâneas iria se iniciar em um lugar improvável, a pequena cidade de Sidi Bouzid na Tunísia. Foi nesse vilarejo, com cerca de 40 mil habitantes, que, em 17 de dezembro de 2010, o vendedor Mohamed Bouazizi, de 26 anos, ateou fogo ao próprio corpo, em protesto contra o confisco de suas mercadorias porque ele tinha se recusado a pagar o suborno exigido pelas autoridades. Em poucas horas, centenas de jovens organizaram uma manifestação em frente a um edifício governamental que logo se espalhou pelo país, após ser divulgada pela internet (CASTELLS, 2015, p. 22).

Os protestos prosseguiram no início de janeiro, sempre enfrentando a dura repressão das forças policiais, que mataram 147 pessoas e deixaram centenas de feridos. Entretanto, em 12 de janeiro, o general Rachid Ammar, chefe do Estado Maior das forças armadas, recusou-se a abrir fogo contra os manifestantes. Dois dias depois, Ben Ali, que comandava a Tunísia desde 1987, fugiu com sua família para Arábia Saudita após perder o apoio da França, seu principal patrocinador.

A substituição de Ben Ali por um governo provisório liderado por Mohamed Ghannouchi, primeiro-ministro entre 1999 e 2011, não foi suficiente para aplacar os manifestantes. A convocação de novos protestos veio acompanhada da difusão de vídeos com imagens dos manifestantes e da repressão policial. "A conexão entre comunicação livre pelo *Facebook*, *YouTube* e *Twitter* e a ocupação do espaço urbano criou um híbrido espaço público de liberdade que se tornou uma das principais características da rebelião tunisiana" (CASTELLS, 2015, p. 23).

No dia 22 de janeiro os manifestantes começaram a acampar na praça central da capital e formaram um fórum permanente de debates que eram transmitidos pela internet. Uma organização informal ficou responsável pela logística e vigilância do local contra

[297] Cabe destacar, no entanto, que apenas metade do eleitorado participou da consulta não obrigatória (CASTELLS, 2015, p. 44).

[298] Castells (2015, p. 44) informa que, segundo a legislação islandesa, a reforma da constituição exigiria duas votações parlamentares sucessivas, com uma eleição entre elas. Na eleição subsequente, a coalizão reformista perdeu metade dos votos e dos assentos e o poder voltou aos partidos de direita tradicionais. Assim, "o novo parlamento engavetou o projeto de forma constitucional, e um dos experimentos mais audaciosos em matéria constitucional se tornou mais um sonho frustrado".

ameaças internas ou externas. Os debates giravam em torno de pautas como a corrupção do governo, a necessidade de se estabelecer novo regime eleitoral, um sistema político com mais autonomia regional e, especialmente, clamavam por empregos (CASTELLS, 2015, p. 24).

A maior parte dos manifestantes eram jovens desempregados com educação superior[299]; segundo Castells (2015, p. 25), "essa mistura de educação e falta de oportunidade foi um terreno fértil para a revolta na Tunísia". O êxito deles em "subverter uma ditadura estável com uma fachada de democracia institucional" foi possível pela existência de uma cultura da internet, constituída de blogueiros, redes sociais e ciberativismo[300]. Para Castells (2013, p. 27):

> Essas vozes cada vez mais livres que se espalhavam pela internet, a despeito da censura e da repressão, encontraram um aliado poderoso na televisão por satélite fora do controle governamental, em particular na *Al Jazeera*. Houve uma relação simbiótica entre jornalistas, cidadãos utilizando seus celulares para carregar imagens e informações no *YouTube*, e a *Al Jazeera*, usando *feeds* por eles enviados e depois transmitindo-os à população em geral (40% dos tunisianos de áreas urbanas assistiam à *Al Jazeera*, já que a televisão oficial fora reduzida a uma primitiva ferramenta de propaganda). Esse elo entre *Al Jazeera* e internet foi essencial durante as semanas das revoltas, tanto na Tunísia quanto em todo o mundo árabe. A *Al Jazeera* chegou a ponto de desenvolver um programa de comunicação para permitir que celulares fossem diretamente conectados a seu satélite sem necessidade de equipamentos sofisticados.

Os movimentos sociais em rede da Islândia e da Tunísia guardam "semelhanças acentuadas, a despeito de seus contextos culturais e institucionais profundamente contrastantes". Ambas as revoltas se deram em uma conjuntura de crise econômica e de desilusão com a política tradicional. Nas duas, os celulares e as redes sociais tiveram um papel importante como plataformas de discussões e de mobilização popular. Era a internet que pautava as mídias tradicionais, alimentando-as com imagens e informações (CASTELLS, 2015, p. 46).

Apesar de iniciados no ciberespaço, logo esses movimentos passaram para o espaço público, ocupando "praças públicas simbólicas" para debater e protestar, para entoar slogans ou batucar panelas e frigideiras. Uma esfera pública híbrida, constituída

---

[299] Castells (2015, p. 25) aponta que enquanto a taxa de desemprego geral na Tunísia era de 13,3 por cento, entre os jovens com diplomas universitários ela chegava em 21,1 por cento.

[300] A Tunísia, à época do evento, era um dos países árabes com as mais altas taxas de penetração da internet e de celulares. Em novembro de 2010, 67 por cento da população urbana tinha acesso a um celular e 37 por cento estavam conectados à internet. No início de 2011, 20 por centos dos usuários da internet possuíam perfil no Facebook, um percentual duas vezes maior do que o Marrocos, três vezes maior do que no Egito e cinco vezes maior do que na Argélia e na Líbia (CASTELLS, 2015, p. 28).

por redes sociais e que tinha em seu núcleo a afirmação do poder popular. É nesse empoderamento que reside a semelhança entre os movimentos: "seu significativo sucesso em provocar a mudança institucional" (CASTELLS, 2015, p. 46).

Não tardou para que os acontecimentos na Tunísia alcançassem outros países árabes. Os egípcios foram os primeiros a receber com entusiasmo as notícias sobre a revolução tunisiana; mesmo antes dela, já havia se formado no país uma rede de ativistas que se estabeleceu especialmente após a greve de 6 de abril de 2008. Dessa luta surgiu o Movimento da Juventude 6 de abril, que criou um perfil no Facebook com 70 mil seguidores (CASTELLS, 2015, pp. 54-5).

Outra página importante na mesma rede social era "Somos Todos Khaled Said", em homenagem a um jovem ativista que foi espancado até a morte pela polícia egípcia depois dele ter distribuído vídeos denunciando a corrupção policial. Esses dois grupos, junto com muitos outros, convocaram uma manifestação em frente ao Ministério do Interior para protestar contra a violência policial[301]. O dia escolhido foi 25 de janeiro de 2011, dia nacional da polícia (CASTELLS, 215, p. 55).

Para a surpresa tanto das forças de segurança quanto dos próprios organizadores, dezenas de milhares de pessoas, de todas as idades e gêneros, vindas de todos os bairros do Cairo, incluindo os mais pobres, lotaram a icônica Praça *Tahrir*. O governo tentou reprimir a multidão usando gás lacrimogêneo e cacetes e bloqueou o *Twitter* e a internet. Ainda assim, o número de manifestantes aumentou nos dias seguintes e eles agora revidavam os ataques da polícia e queimavam edifícios do governo, sob gritos de "pão, liberdade, justiça" (BAYAT, 2017, p. 9).

Assim como na Tunísia e na Islândia, as redes sociais foram preponderantes para o sucesso do movimento. Os protestos eram planejados pelo *Facebook*, coordenados pelo *Twitter*, divulgados pelo SMS e transmitidos ao mundo pelo *Youtube*[302]. A ocupação do espaço público também foi um fator determinante. A praça Tahrir foi repetidamente atacada para retirar os manifestantes e inúmeras vezes reocupada por eles. Nela se

[301] Inicialmente, a manifestação foi convocada por Asmaa Mafhouz, uma estudante de 26 anos da Universidade do Cairo e também uma das fundadoras do Movimento da Juventude 6 de Abril, por meio de um vídeo em sua página do *Facebook*, que ela pediu para os seguidores compartilhar. O vídeo foi parar no *Youtube* e atingiu milhares de pessoas.

[302] Gerbaudo (2012, p. 49), no entanto, afirma que houve uma superestimação do papel das redes sociais como plataforma de comunicação nos protestos. Segundo ele, em 2011, apenas 25 por cento dos lares egípcios possuíam acesso à internet, somente 4 por cento dos egípcios adultos eram membros do *Facebook* e 10,15 por cento tinha uma conta no *Twitter*. Pesquisas entre os manifestantes apontaram que apenas 16 por cento deles usava o *Twitter* e 42 por cento o *Facebook*; a mobilização da massa de manifestantes, portanto, ocorreu por meios mais tradicionais como comunicação oral e a mídia.

construiu um sentimento de solidariedade comunal, que ia do autogerenciamento logístico da vida cotidiana à gestos como a proteção conjunta de diferentes grupos de manifestantes (CASTELLS, 2015, p. 60).

Após essa intensa pressão popular, em 11 de fevereiro de 2011, Hosni Mubarark, que governava o país desde 1981, renunciou, transferindo o poder para o Conselho Supremo das Forças Armadas. As Forças Armadas pretendiam realizar apenas "mudanças cosméticas" no regime, mas as manifestações seguiram, com confrontos cada vez mais sangrentos[303]. Por fim, os militares cederam e eleições livres foram realizadas, consagrando a vitória de Mohamed Morsi, candidato ligado a Irmandade Mulçumana[304].

Do Egito, conhecido na imaginação árabe como *um al-duny* ("mãe do mundo"), as manifestações se espalharam para outros países árabes, seguindo sempre o mesmo modelo de "convocações pela internet, constituição de redes no ciberespaço e apelos pela ocupação do espaço urbano" (CASTELLS, 2015, pp. 96-7). Curiosamente, esse conjunto de sublevações, conhecido como "Primavera Árabe", depois de uma parada na Espanha[305], acabou alcançando o centro do capitalismo mundial com o movimento *Occupy Wall Street* (CASTELLS, 161).

---

[303] Castells (2015, p. 70) afirma que, até a realização das eleições parlamentares de 28 de novembro de 2011, 12 mil civis foram sentenciados por cortes militares, cerca de mil manifestantes foram mortos e dezena de milhares ficaram feridos.

[304] O Partido Liberdade e Justiça, ala política da Irmandade Mulçumana, conquistou uma vitória confortável nas eleições parlamentares de 2011 e nas eleições presidenciais de 2012. Isso garantiu uma concentração de poder pouco comum nas mãos de Morsi, especialmente depois de um decreto que lhe concedia poderes absolutos e imunidade plena. Essa decisão gerou uma polarização decisiva na sociedade egípcia que bloqueou o diálogo entre os setores islamitas e seculares. Não bastasse isso, a deterioração da situação econômica fez com que parcelas cada vez maiores da população exigissem a intervenção militar para deposição de Morsi, que ocorreu em 3 de julho de 2013. O líder do golpe militar, general Abdel Fattah al-Sisi, candidatou-se à presidência, sendo eleito para o cargo por uma maioria de 97 por cento dos votos (ÁLVAREZ-OSSORIO, 2017, pp. 59-60).

[305] Em fevereiro de 2011 a Espanha sofria os efeitos da crise econômica de 2008. O desemprego alcançava 22 por cento dos espanhóis, atingindo 47 por cento entre os jovens. Pressionado pelo FMI e pela União Europeia, em especial, pela Alemanha, o governo socialista realizou um amplo corte orçamentário em áreas como saúde, educação e serviços sociais. Os sindicatos estavam desorganizados e os partidos políticos eram desprezados pela maioria da população. Nesse contexto, um grupo de cidadãos de cidades como Madri e Barcelona criaram um grupo de debates no *Facebook* denominado *Democracia Real Ya* que denunciava a ausência de democracia representativa na Espanha; os partidos políticos eram vistos com subservientes aos interesses dos banqueiros e indiferentes aos interesses dos cidadãos. Inspirados no exemplo árabe, os integrantes desse grupo resolveram "tomar as ruas", convocando pelas redes sociais manifestações para o dia 15 de maio, alguns dias antes das eleições municipais. Sem o apoio de qualquer partido político, sindicato ou associações da sociedade civil ou mesmo uma liderança ou programa formal, o movimento conseguiu reunir pacificamente dezenas de milhares de pessoas em Madri, Barcelona, Valencia e em outras cinquenta cidades. No final do dia, alguns manifestantes de Madri resolveram se reunir em uma praça da cidade, a *Puerta del Sol*, para debater o significado de "democracia real" até que chegassem a um consenso. Acampamentos do mesmo tipo surgiram em diversas outras cidades espanholas nos meses subsequentes, o que chamou a atenção da mídia, que começou a trata-los como *Indignados*. Entre maio e outubro de 2011, estima-se que 2,2 milhões de pessoas participaram das manifestações (CASTELLS, 2015, 113-9).

As raízes do movimento podem ser associadas com o aumento na desigualdade de renda nos Estados Unidos a partir da era Reagan. Se em 1976 a parcela da renda americana apropriada pelo 1% mais rico era de 9%, esse percentual passou a 23,5% em 2007[306]. Enquanto o crescimento da produtividade durante os anos 1998 e 2008 alcançou cerca de 30%, o aumento do salário real foi de apenas 2%. Ao mesmo tempo, o deslocamento da economia do eixo industrial para o financeiro, permitiu aos 5% mais ricos aumentar sua renda em 42% (CASTELLS, 2015, p. 160).

A crise econômica de 2008 e especialmente a operação do governo para salvar o sistema financeiro do colapso despertou a indignação da opinião popular. A sua primeira expressão, com vimos no capítulo anterior, foi o surgimento do *Tea Party*. Sua contraparte à "esquerda"[307] surgiu alguns anos depois, inspirada pelos acontecimentos da praça Tahrir. Ela era formada principalmente por jovens que, apesar de desiludidos com a gestão de Barack Obama, acreditavam na possibilidade de uma mudança real[308].

Em julho de 2011, o blog da revista *Adbuster*, dedicada à crítica cultural, postou uma convocação, seguida de *#occupywallstreet*, para uma manifestação em Lower Manhattan, bairro nova-iorquino onde fica o famoso centro financeiro da cidade, no dia 17 de setembro. Citando expressamente o exemplo egípcio, a publicação estimulava que os manifestantes montassem barracas, cozinhas, barricadas pacíficas e ocupassem Wall Street em busca de uma nova dinâmica social nos Estados Unidos (CASTELLS, 2015, pp. 162-3).

A data das manifestações não foi escolhida ao acaso, era o dia do aniversário da assinatura da constituição norte-americana. À manifestação, seguiu-se a ocupação do Zuccotti Park, um espaço público que pertence ao banco de investimentos Goldman Sachs. Daí então o movimento seguiu a dinâmica que já nos é familiar: a polícia buscou desocupar o espaço recorrendo à prisões e violência, essas imagens eram divulgadas nas

---

[306] Não por acaso, um dos slogans utilizados pelos manifestantes do *Occupy Wall Street* era "nós somos os 99%".

[307] As aspas se justificam porque não é tão simples identificar o movimento com a esquerda tradicional. Grande parte dos manifestantes se identificava com o anarquismo, mas em geral havia uma pluralidade de perfis ideológicos: democratas, independentes, liberais, inclusive republicanos, e até mesmo ex-militantes desencantados do *Tea Party* (CASTELLS, 2015, p. 170).

[308] Ao analisar o perfil dos participantes, Kumkar (2018, pp. 74-5) apontou que eles majoritariamente se identificavam como "brancos" e aproximadamente 50% deles tinham menos que 35 anos de idade. 90% deles possuía um diploma universitário ou estava matriculado em alguma faculdade ou universidade e 33% trabalhavam nas áreas de artes, educação e entretenimento.

redes sociais, engajando mais manifestantes e mais simpatia da opinião pública. Logo as ocupações espontâneas se espalharam por diversas outras cidades do país[309].

O movimento era predominantemente não-violento, mas combativo na sua tática de ocupar espaços sempre que confrontado com a repressão policial. Essa variava, indo por vezes da tolerância em relação à ocupação à violência brutal, com as forças de segurança sempre "prontas a agredir e a prender ante a menor possibilidade jurídica de fazê-lo". Do lado dos manifestantes, havia alguns grupos radicais (os *black blocs*) disposto a atacar policiais, prédios públicos, bancos e lojas, mas apenas onde "a polícia provocou uma atmosfera violenta" (CASTELLS, 2015, p. 193).

Uma característica distintiva do *Occupy* em relação aos seus predecessores no Egito, Tunísia e Islândia é a "ausência de demandas precisas que pudessem ser alcançadas ou negociadas". Sem um catalizador específico para a indignação coletiva, o "movimento exigia tudo e nada ao mesmo tempo", ainda mais quando se considera seu caráter generalizado, de modo que "cada ocupação tinha uma especificidade local ou regional". Parte da sua atração era precisamente permanecer aberto a todo tipo de propostas e não apresentar posições políticas (CASTELLS, 2015, pp. 187-9).

Essa ausência de objetivos específicos parecia à alguns, especialmente à esquerda tradicional, como "uma falha fundamental do movimento", o que explicaria por que ele se esvaiu sem apresentar resultados concretos. Mas ela era a consequência de um movimento capilarizado, "formado por múltiplas correntes que convergem num desafio diferente da ordem atual". Ademais, existia um sentimento forte de qualquer abordagem pragmática exigiria a mediação do sistema político, o que acabaria por legitimá-lo (CASTELLS, 2015, p. 190).

Ainda assim, Castells (2015, pp. 196-9) cita algumas conquistas do movimento *Occupy* no campo da moradia e do incentivo ao cooperativismo de crédito. Houve também, e principalmente, um impacto sobre a consciência das pessoas acerca da questão da desigualdade social. Entre os norte-americanos ordinários, cresceu a percepção de que

[309] Castells (2015, pp. 165-6) destaca que nos primeiros dias de outubro já eram registradas ocupações em Chicago, Boston, Washington, São Francisco, Oakland, Los Angeles, Atlanta, Fort Lauderdale, Tampa, Houston, Austin, Filadélfia, Nova Orleans, Cleveland, Las Vegas, Jersey City, Hartford, Salt Lake City, Cincinnati, Seattle e até mesmo nas redondezas da Casa Branca. O autor estima que o número de ocupações em todo país pode ter chegado a 600; na Califórnia, por exemplo, foram registradas 143 ocupações em um total de 482 municípios.

existe um conflito entre ricos e pobres, especialmente entre jovens adultos, mulheres, democratas e afro-americanos, e que o sistema favorece injustamente os primeiros[310].

O que aconteceu no Brasil em junho de 2013 está estreitamente ligado, pelo menos em sua forma, aos movimentos que relatamos acima. Apesar disso, manifestações políticas não eram novidades no país. No período posterior ao regime militar, em pelo menos outras duas ocasiões, a população brasileira foi em massa às ruas: em 1984, para reivindicar a realização de eleições diretas para a presidência da República, e em 1992, para exigir o *impeachment* do primeiro presidente eleito diretamente depois da redemocratização, Fernando Collor de Mello.

No entanto, esses dois movimentos se diferenciavam daquilo que se verificou em junho de 2013 em dois aspectos. Em primeiro lugar, eles possuíam pautas nacionais definidas, capazes de unir as ações em simples slogans ou palavras de ordem: "Diretas Já!" e "Fora Collor!". Existiam outras pautas, como, por exemplo, a crítica ao "arrocho salarial" em 1984 e a exigência de "ética na política" em 1992, mas elas eram secundárias em relação à demanda principal (TATAGIBA, 2014, p. 40).

Outro ponto diferencial é a mediação institucional promovida por partidos políticos de oposição, organizados em frentes suprapartidárias que contavam com a participação de sindicatos e outras entidades da sociedade civil, tais como a OAB, UNE e a CNBB. Eles foram responsáveis tanto por levar adiante a tarefa de mobilização popular quanto para garantir os recursos financeiros necessários. Os próprios slogans citados acima foram parte de um trabalho de negociação e articulação política, ao encargo das lideranças partidárias (TATAGIBA, 2014, pp. 44-5).

A história de junho de 2013 é diferente e o detalhamento dos acontecimentos o demonstrará. Como aconteceu no restante do mundo, os anos que seguiram à crise de 2008 foram marcados por uma ascensão significativa do número de manifestações e protestos políticos no Brasil. Tatagiba e Galvão (2019, p. 72) estimam que entre 2011 e 2012 ocorreram cerca de 368 protestos com objetos tão diversos quanto a redução do valor das tarifas de transporte público, aumentos salariais de servidores e manifestações de grupos religiosos contra o aborto e direitos das minorias.

Ainda assim, nada indicava o que aconteceria em junho de 2013. Afinal, ao contrário do que ocorria nas demais manifestações ao redor do mundo, aos olhos do

[310] O autor, entretanto, afirma que a maioria dos que apoiavam o movimento *Occupy* não eram abertamente críticos ao capitalismo em si; a crítica se concentra no capitalismo financeiro e em sua influência sobre o governo (CASTELLS, 2015, p. 199).

exterior e do próprio *establishment* político, "o Brasil desfrutava de um pacto social estável. Até que uma parcela significativa de seu povo decidiu que não" (AVELAR, 2021, p. 186). O "ponto de ancoragem" dessa insatisfação foi o transporte público:

> Governos locais corruptos, baseados no apadrinhamento político e em conexões informais com empresas do ramo imobiliário e voltadas para a infraestrutura urbana, submeteram-se a um padrão de desenvolvimento especulativo que se conforma aos interesses das empresas de construção civil e de transportes, em detrimento da qualidade de vida dos moradores das cidades. Uma média de três a quatro horas diárias gastas no deslocamento de ida e volta para o trabalho é a norma. Esse é um tempo de vida perdido em benefício dos especuladores e com a complacência de uma burocracia irresponsável. A única reação que as empresas de transporte público apresentaram aos custos crescentes derivados de sua ineficiência foi aumentar as tarifas para os usuários, que se veem indefesos num mercado monopolizado (CASTELLS, 2015, p. 230).

A discussão sobre a mobilidade urbana no Brasil data pelo menos da década de 1980 e "se conecta a um conjunto de fatores vinculados à própria organização (da apropriação) do espaço público". No entanto, os problemas do setor permaneciam praticamente os mesmos porque não havia disposição de os enfrentar. Até que um grupo estudantil formado por secundaristas e universitários, inserido no contexto do movimento antiglobalização internacional, trouxe a questão para o centro do debate nacional (BRANCALEONE, 2014, p. 8).

O MPL foi formado, enquanto movimento nacional, durante os anos de 2004 e 2006 a partir de um encontro ocorrido em Florianópolis e uma reunião de articulação no Fórum Social Mundial em Porto Alegre. Sua gênese, no entanto, já estava evidenciada em duas grandes rebeliões urbanas ocorridas em Salvador e em Florianópolis contra o reajuste das tarifas de transporte público, em que houve mobilização de massas e enfrentamento com as forças policiais (BRANCALEONE, 2014, p. 9).

Em 6 de junho, quando o MPL realizou sua primeira manifestação contra o aumento da tarifa na cidade de São Paulo, a estratégia estava delineada. Seu objetivo era "asfixiar o poder executivo" promovendo atos grandes e sucessivos em intervalos curtos, com o bloqueio do tráfego nas Avenidas 9 de Julho, 23 de maio e a Avenida Paulista, vias centrais da cidade. Cerca de 2 mil manifestantes[311] atenderam à convocação feita pelas redes sociais. A resposta da polícia militar foi a esperada: cassetete, gás lacrimogênio e balas de borracha.

[311] Castells (2015, p. 232) fala em 20 mil manifestantes, mas não foram encontradas fontes diretas que confirme essa informação. A maior parte das obras que tratam do tema apontam que o número de manifestantes que participaram do primeiro dia de protestos era de aproximadamente duas mil pessoas

Por sua vez, para evitar a ação da polícia, os manifestantes ergueram barricadas com cones, sacos de lixo e fogo. Prédios e ônibus foram pichados. Ao final, cinquenta pessoas ficaram feridas e 15 foram presas. A cobertura da mídia tradicional desqualificou os protestos alegando que os manifestantes eram vândalos "movidos por interesses político-partidários" que desrespeitavam o direito de ir e vir do cidadão paulistano. O MPL em nota pública atribuiu o início da violência à polícia e indicou que as depredações eram uma resposta à repressão policial (JUDENSNAIDER *et al*, 2013, p. 29-33).

Seguindo a estratégia traçada, novos atos foram realizados nos dias seguintes. A cada nova manifestação, mais pessoas se juntavam ao movimento. A imprensa continuava a acusar o vandalismo das manifestações e exigia "mais rigor na ação policial"[312]. Arnaldo Jabor qualificou os manifestantes de desocupados, não trabalhadores, "garotões da classe média, bancando primavera paulista", ou seja, tentando emular a primavera árabe, que estariam protestando somente "por causa de vinte centavos"[313] (JUDENSNAIDER *et al*, 2013, pp. 81-2).

As manifestações chegaram ao seu ápice no dia 13; a repressão policial, que atingiu inclusive pessoas que não faziam parte do protesto[314], é transmitida pelos manifestantes instantaneamente pelo *Facebook* e o *Twitter*. Fotos, vídeos e relatos da postados nas redes sociais pelos próprios manifestantes ou pela mídia independente, como o grupo Mídia Ninja[315], evidenciavam que o cenário de guerra era decorrente da brutalidade da intervenção policial (JUDENSNAIDER *et al*, 2013, pp. 83-5).

---

[312] Diante da convocação do MPL para uma nova manifestação em 13 de junho, o jornal *Folha de São Paulo* publicou um editorial exigindo a "retomada" da Avenida Paulista e classificando o MPL como "um grupelho de bandeira irrealista". No texto, o jornal declara: "É hora de pôr um ponto final nisso. Prefeitura e Polícia Militar precisam fazer valer as restrições já existentes para protestos na Avenida Paulista". O *Estado de São Paulo* se manifestou em sentido semelhante, afirmando em um editorial que era a "Hora do basta", alegando que até aquele momento a polícia militar havia agido com moderação e exigia que agora ela agisse com o "máximo de rigor para conter a fúria dos manifestantes". Essa linha editorial serviu como um "sinal verde" para recrudescimento da repressão policial (ESPÍRITO SANTO *et al,* 2016, p. 148 e REYS, 2014 [*Ebook*]).

[313] Para uma análise do discurso do comentarista durante as "jornadas de junho", cf. Bezerra (2016).

[314] Nesse dia, a polícia militar recebeu ordens para impedir que os manifestantes chegassem ao seu destino. Antes mesmo do início do protesto, 40 manifestantes já haviam sido presos. O simples fato de um indivíduo carregar consigo vinagre, que alivia o efeito do gás lacrimogênio, já justificava a detenção, inclusive de jornalistas. Daí porque alguns denominarão essas manifestações como a "Revolta do Vinagre" (ESPÍRITO SANTO *et al,* 2016, p. 149 e REYS, 2014 [*Ebook*]).

[315] O grupo Mídia Ninja – Narrativas Independentes, Jornalismo e Ação – era ligado ao coletivo Fora do Eixo e transmitia as manifestações pelo país em tempo real, com câmeras de celulares ligados ao *site* Pós-TV. Ao propor uma forma diferente de televisão, o grupo permitiu a construção de uma narrativa alternativa à da mídia tradicional (ESPÍRITO SANTO *et al*, 2016, p. 149).

Ainda que nesse dia prevalecesse o discurso de "depredação e vandalismo" na mídia, a opinião pública começou a simpatizar com as manifestações[316]. Após uma enquete demonstrar que a maioria dos telespectadores era favorável às manifestações, o apresentador José Luiz Datena, que até então chamava os protestos de "baderna", passou a se referir a eles como "um show de democracia". "Entre bandido e polícia, prefiro a polícia; entre povo e polícia, prefiro o povo", afirmou (JUDENSNAIDER *et al*, 2013, p. 100).

Em seu comentário na manhã do dia 14, Jabor faz um *mea-culpa*, desculpando-se das críticas que havia feito ao movimento até o dia anterior. Agora os "desocupados" eram uma "força política original", cuja energia deveria ser canalizada para a melhoria das condições de vida dos brasileiros. Ele então faz referência a eventos como a votação da PEC nº 37, o Mensalão, o assassinato do prefeito de Santo André, Celso Daniel, a corrupção na Petrobrás e a volta da inflação (BEZERRA, 2016, p. 132).

No dia seguinte, 15 de junho, estava prevista a abertura da Copa das Confederações, um evento que serviria como um "laboratório" da Copa do Mundo que seria realizada no país em 2014. Para evitar protestos, o governo federal instituiu um regime especial de policiamento em torno dos estádios-sede; tal medida não impede uma monumental vaia da arquibancada no momento em que o nome da presidente Dilma foi anunciado (REYS, 2014 [*Ebook*].

Enquanto a coberta da imprensa, em especial a televisiva, concentra-se no evento desportivo, a atenção do público em geral está nos protestos. A partir dessa data, o movimento adquire caráter nacional e a questão da tarifa de transporte público passa a ser secundária. Nas redes sociais as pautas se diversificam, mas é possível identificar dois temas correlatos: os gastos com as obras públicas, em especial aquelas ligadas com a Copa do Mundo e a Olimpíada, e a corrupção[317].

Assim, a demanda por serviços públicos de qualidade e acessíveis à toda população foi incorporada pelo combate à corrupção, um discurso que que permitiu a

---

[316] Segundo Melo e Vaz (2018, p. 32), no dia 13 de junho, enquanto os editoriais dos grandes jornais paulistas exigiam uma atuação mais incisiva da polícia militar, uma pesquisa do Datafolha apontava que 40% da população condenava a atuação da instituição.

[317] No dia 14 de junho, a publicação mais compartilhada no *Facebook* afirmava: "Não são 20 centavos, é uma geração acordando e exigindo melhorias! Hoje é transporte público, amanhã saúde e educação...". A segunda publicação mais compartilhada daquele dia trazia a imagem de um manifestante com um cartaz com a seguinte frase: "Copa FIFA = 33 bilhõe$, Olimpíada = 26 bilhõe$, Corrupção = 50 bilhõe$, Salário Mín. = 678 reai$, e você ainda acha que é por 20 centavos???". Outra publicação bastante compartilhada naquele dia foi do grupo Anonymus Brasil que dizia: "O povo acordou, o povo decidiu, ou para a roubalheira, ou paramos o Brasil!".

massificação das manifestações (MELO; VAZ, 2018, p. 31). Segundo Melo e Vaz (2018, p. 27), o conceito de corrupção sofreu duas mudanças no decorrer da década de 1990, mudanças que explicariam por que o tema do combate à corrupção entrou "sub-repticiamente" nas reinvindicações de junho.

Até 1990, acreditava-se que era impossível generalizar a corrupção e, portanto, ela era estudada a partir do conhecimento local de casos pela antropologia, sociologia e ciências políticas. Em meados daquela década, no entanto, surgem índices comparando quantitativamente os países segundo seu nível de corrupção. Estabeleceu-se então uma relação de causalidade entre corrupção e subdesenvolvimento: a desigualdade e a ausência de serviços públicos de qualidade são resultado da imoralidade dos políticos e funcionários públicos (MELO; VAZ, 2018, p. 28).

A segunda mudança diz respeito ao foco da indignação. O tipo penal que trata da corrupção no Código Penal diferencia o crime de quem corrompe (corrupção ativa) do crime de quem é corrompido (corrupção passiva), de modo que a ênfase da indignação estava claramente localizada no primeiro tipo. A partir da década de 1990 ela passa a recair sobre quem é corrompido; corrupção, conforme definição do Banco Mundial, é o "abuso de cargo público para benefício privado" (MELO; VAZ, 2018, p. 28).

Esse conjunto de crenças foi responsável por incluir a classe média nas manifestações e permitiu que ela projetasse nelas grande parte do "seu incômodo com as políticas de desigualdades promovidas pelos governos do PT"[318]. "A inquietação com a redução de desigualdades foi racionalizada como apelo à moralidade" (MELO; VAZ, 2018, p. 29). Assim, as críticas do MPL ao Estado por gastar na Copa e não com transportes públicos foram apropriadas e ressignificadas conservadoramente.

No dia 19 de junho, por exemplo, um vídeo divulgado no *Facebook* e atribuído ao grupo *Anonymus Brasil* enumerava as cinco causas defendidas pelos manifestantes: 1) o arquivamento da PEC nº 37/2011; 2) saída de Renan Calheiros da presidência do Congresso Nacional; 3) investigação e punição das irregularidades nas obras da Copa; 4)

[318] Melo e Vaz (2018, p. 29) apontam como exemplos a aprovação da PEC das domésticas, em abril de 2013, que dificultou o acesso da classe média à mão de obra de baixo custo para auxiliar nos trabalhos domésticos, e a regulamentação de cotas, com a destinação de 50% das vagas de universidades federais para alunos negros ou oriundos de escolas públicas. No plano simbólico, os autores apontam o desconforto da classe média com a ocupação por pessoas de classes mais baixas de espaços antes considerados elitizados, como aeroportos e shopping centers.

criação de uma lei que considerasse a corrupção como crime hediondo; e 5) o fim do "foro privilegiado"[319].

Nesse mesmo dia, o governo e a prefeitura de São Paulo anunciaram a redução das tarifas de ônibus e metro, atendendo à principal reivindicação do MPL, no que foram seguidos pelo governo do Rio de Janeiro. Em comemoração, o movimento convocou uma nova manifestação para o dia seguinte. Agora milhões de pessoas ocuparam as ruas de diversas cidades brasileiras, inclusive as médias e pequenas. Na cena mais emblemática dos acontecimentos, milhares de manifestantes tentam invadir o Congresso Nacional (REYS, 2014 [*Ebook*]).

Daí em diante, o MPL perdeu definitivamente o controle das manifestações e houve uma ascensão de movimentos com pauta abertamente conservadora, como o Movimento Contra a Corrupção Acorda Brasil. A hostilidade contra o governo do PT logo se generalizou e atingiu o sistema político como um todo. Sob o lema "Meu partido é o Brasil!", manifestantes agridem militantes de partidos políticos, especialmente os de esquerda, e do próprio MPL. Ciente da sua perda de protagonismo, o movimento anuncia que não participará de novas manifestações e afirma ser contra a hostilidade aos partidos de esquerda (AVRITZER, 2016 [*Ebook*]).

Acuado e incapaz de dar uma resposta inovadora ao movimento, o governo conseguiu apenas balbuciar a solução tradicional: uma assembleia constituinte exclusiva para discutir a reforma política, um tema que por muitos anos foi pauta eleitoral do Partido dos Trabalhadores[320]. Não é surpresa que a proposta seria esquecida alguns dias depois; para uma multidão que gritava "Vocês não me representam!", a oferta do governo de "financiamento público de campanha" parecia muito pouco[321] (AVELAR, 2021, p. 208).

---

[319] Disponível em https://www.otempo.com.br/brasil/grupo-anonymous-brasil-divulga-video-defendendo-cinco-causas-para-manifestacoes-1.666650

[320] Avelar (2021, p. 206) afirma que a reivindicação por uma reforma política se consolidou no Partido dos Trabalhadores a partir da década de 1990 com um discurso que associava a corrupção às campanhas eleitorais, de modo que ela só poderia ser extirpada da vida política brasileira quando se estabelecesse o financiamento público de campanhas.

[321] Esse atordoamento do governo pode ser observado nas reações erráticas do Partido dos Trabalhadores diante da crise que junho representou. Em um primeiro momento, considerava ser impossível de atender a demanda limitada dos manifestantes contra o aumento da tarifa, porque ela era dirigida à prefeitura de São Paulo, encabeçada por Fernando Haddad, enquanto condenava a repressão policial, que podia ser creditada ao governo estadual, comandado pelo PSDB. Depois, quando a luta assumiu a forma de uma multidão contrária ao sistema político representativo, a posição dos líderes do partido e de parte da base foi desqualificar os manifestantes como "coxinhas" ou mesmo vândalos, esperando que a multidão se acalmasse e que o pacto político vigente pudesse ser reestabelecido. Por fim, quando ficou claro que a multidão não recuaria, o partido decidiu por se juntar ao movimento e apoiá-lo, incentivando seus filiados a levar suas bandeiras e usarem vestimentas com a cor do partido (AVELAR, 2021, p. 202).

Por outro lado, outras duas pautas que surgiram na segunda fase das manifestações lograram algum êxito no Congresso Nacional. No dia 25 de junho, a Câmara dos Deputados rejeita a PEC nº 37/2011 por uma maioria de 430 votos contra apenas 9. No dia seguinte, o Senado Federal aprovou em votação simbólica o projeto de lei que tornava hediondo o crime de corrupção (MELO; VAZ, 2018, p. 35).

Mendes (2018, p. 250) identifica duas vertentes de junho. A primeira, produtiva e libertária, identifica-se com um movimento emancipatório, caracterizado por uma mistura democrática e inédita de enfretamentos de rua, proliferação de assembleias e autoinstituição de redes de comunicação. A segunda, por sua vez, tinha "tom unicamente reivindicatório" e "depositou suas fichas nas instituições que seriam responsáveis pela organização de punição". Como coloca Mendes (2018, p. 252):

> [...] A segunda vertente de junho, e falamos com aqueles de boa-fé, quer enfrentar a corrupção com a transferência completa de sua potência para as autoridades judiciais, acusatórias e policiais. A figura do juiz-herói é tão somente o reconhecimento da corrupção total de nossa capacidade de agir politicamente, de tomarmos as rédeas da situação.

É essa postura que colocou a PEC nº 37/2011 no centro das pautas políticas da segunda fase do movimento. A PEC foi proposta pelo deputado Lourival Mendes (PT do B-MA) e tinha por objetivo atribuir privativamente às policiais federal e civil a apuração de infrações penais. Nesses termos, o projeto retiraria do Ministério Público o poder de instalar inquéritos para a investigação em casos criminais. No início do ano de 2013, sua aprovação era dada como certa (LEMOS; BARROS, 2016, p. 706).

Avaliando sua posição minoritária no Congresso Nacional, os integrantes do Ministério Público viram como única possibilidade de impedir a aprovação da PEC obter o apoio da imprensa e da opinião pública. Diante disso, as associações de membros do Ministério Público decidiram agir como agentes midiáticos e recorreram a uma campanha publicitária denominada de "Brasil contra a impunidade", onde a proposta era apelidada de "PEC da impunidade" (LEMOS; BARROS, 2016, pp. 712-3).

A campanha criada por uma agência contratada pela CONAMP e pela ANPR foi veiculada gratuitamente pelas empresas de comunicação. A instituição contou com o apoio generalizado da imprensa, na medida em que há uma convergência de interesses. Os promotores e procuradores são uma fonte confiável para o jornalismo investigativo. Essa simbiose é possível, segundo Lemos e Barros (2016, p. 720), porque:

> Investigar remete a uma ordem simbólica cujas representações sociais já consolidadas no imaginário social estão relacionadas a um compromisso com

> a "verdade dos fatos", com operações cujo objetivo é trazer luz sobre situações de suspeita, sobre casos de denúncia e de desvio de conduta e falta de decoro dos agentes públicos. Essa é a base da atuação do MP e do jornalismo investigativo. Ambos operam sob a lógica de trabalho moral, que se expressa na organização temporal de uma narrativa que se apresenta ao público como sendo objetiva e imparcial, ou seja, "colada aos fatos, apresentada como não posicionada e pluralista, naturalizando recortes e sentidos na exposição dos fatos" [...].

A estratégia se mostrou acertada. Em poucos meses, a ampla cobertura da mídia contrária à emenda obteve sucesso em difundir a ideia de que ela favorecia a impunidade e a corrupção, "traduzindo uma questão corporativa e institucional para o campo do interesse público". Assim, quando as manifestações começaram em junho de 2013, "a bandeira contra a PEC 37 estava disponível, em circulação nas mesmas redes sociais que haviam catalisado o início dos protestos e na imprensa que os amplificou" (LEMOS; BARROS, 2016, pp. 718-9).

Ao depositar sua confiança em instituições não eleitas, a multidão de manifestantes demonstrava sua insatisfação com o arranjo político que se consolidou no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Esse desenho institucional foi denominado por Abranches (1988, p. 21) de "presidencialismo de coalizão". Para o cientista político, o Brasil é um caso atípico entre as democracias liberais estáveis modernas por estabelecer a "associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo" (ABRANCHES, 1988, p. 19).

Esse arranjo nasceu em 1945, durou dezessete anos, foi interrompido pelo golpe militar e ressurgiu revisado na nova ordem constitucional (ABRANCHES, 2018, pp. 9-10). A Constituição de 1946 ainda atribuía ao legislativo o "papel político estratégico" de representante das forças dominantes estaduais e "conduto institucional" para o atendimento de suas clientelas pelo orçamento público e acesso aos cargos federais. No entanto, o presidente deixou de ser um mero síndico sem poder, adquirindo poderes próprios, herdados da Era Vargas[322] (ABRANCHES, 2108, p. 39).

---

[322] A Primeira República (1889-1930) "nasceu sem povo e oligárquica". Nelas, os partidos não passavam de condomínios que agrupavam facções estaduais que se associavam para eleger o presidente da República "como um síndico sem poder". A oposição, ou seja, o conjunto daqueles colocados na periferia do poder, formava outro condomínio para ter presença no parlamento nacional, tendo por síndico a liderança mais expressiva. "Mas o poder real e os partidos que o expressavam politicamente localizavam-se concreta e historicamente nos Estados, não na União" (ABRANCHES, 2018, p. 24). Assim, "o Executivo e o Judiciário tinham seu campo de ação limitado ou fiscalizado por não representarem a vontade plural dos estados. O Legislativo assumia o papel central de controla-los em nome do poder nos estados. O Executivo era o responsável pelo governo, mas necessitava da sanção do Legislativo para governar" (ABRANCHES, 2018, p. 26). A estabilidade do regime era mantida enquanto não houvesse cisão entre as forças oligárquicas.

A significativa expansão do eleitorado teve por consequência o multipartidarismo. Somente nos três primeiros anos da Segunda República, 31 partidos obtiveram o registro provisório[323]. Nesse quadro de progressiva competição eleitoral, era improvável que "um partido elegesse seu candidato à Presidência e, ao mesmo tempo, conquistasse a maioria necessária para poder governar". O Presidente eleito, para garantir a governabilidade, deveria negociar "uma coalizão interpartidária, que representasse o interesse mediano do Congresso" (ABRANCHES, 2018, pp. 40-1).

A eleição nacional do presidente da República estabelecia uma dificuldade de ajuste entre a agenda presidencial e a agenda parlamentar. Enquanto o presidente tinha incentivos para promover políticas de abrangência nacional, com tendências reformistas, o Congresso, eleito em âmbito estadual, manteve-se como guardião dos interesses das oligarquias. As tensões eram resolvidas pelo poder de veto, ora pelo presidente, ora pelo congresso (ABRANCHES, 2018, pp. 41-2).

Tratava-se de um arranjo institucional muito mais complexo do que o da Primeira República, que exigia muita capacidade de articulação do presidente e habilidade em manter as relações com o parlamento e o apoio popular. As pressões reformistas do populismo e os impulsos golpistas dos conservadores criaram um clima de instabilidade constante, gerando uma radicalização polarizada que paralisou o Congresso e incendiou a sociedade, resultando no golpe militar (ABRANCHES, 2018, p. 43).

Para Abranches (1988, p. 31), o dilema institucional do presidencialismo de coalizão é que ele não estabelecia uma força constitucional que pudesse intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo, definindo parâmetros políticos para resolução de conflitos e impedindo a ruptura do regime. Escrevendo à época em que a Constituição ainda não havia sido promulgada, o autor considerava que projeto constituinte parecia destinado a repetir a dinâmica de 1946, incapaz de impedir crises políticas cíclicas (ABRANCHES, 1988, p. 22).

Na sua análise, no entanto, Abranches (2018, p. 10) se referia à experiência da Segunda República e não considerou algumas de suas diferenças fundamentais em relação ao novo ciclo constitucional que se abria. Na década de 1990, Limongi e Figueiredo (1998, p. 82) reestruturaram a concepção de Abranches afirmando que "o

[323] Posteriormente, a Justiça Eleitoral indeferiu o registro de 15 deles, incluindo o Partido Comunista Brasileiro.

quadro institucional que emergiu após a promulgação da Constituição de 1988 está longe de reproduzir aquele experimentado pelo país no passado"[324].

A nova Constituição manteve grande parte das prerrogativas que a constituição autoritária de 1967 atribuiu ao Executivo. É nele que se concentra o poder de agenda do processo legislativo. Em primeiro lugar porque possui inciativa privativa para propor leis em determinadas áreas; como apontam os autores, por mais paradoxal que possa ser, em certas matérias (matérias tributárias ou administrativas, por exemplo) a iniciativa do Legislativo é vedada, não podendo sequer apresentar emendas que impliquem em ampliação dos gastos previstos (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 87).

Depois, o presidente da República detém inclusive o poder de forçar, unilateralmente, a apreciação das matérias de sua iniciativa ao solicitar que elas sejam analisadas em regime de urgência. Se o Congresso não se manifestar sobre a proposição no praz de quarenta e cinco dias, todas as deliberações legislativas serão interrompidas, até que se ultime a votação. "A solicitação de urgência impede que as minorias possam, por seu controle de *veto points*, 'engavetar' as propostas presidenciais" (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 88).

Mas o principal poder conferido ao Executivo pela Constituição de 1988 é a "prerrogativa de editar decretos com força de lei", em casos de relevância e urgência, por meio do instituto da medida provisória. Ela é um instrumento poderoso porque altera imediatamente o *status quo*. No entanto, ela não pode ser usada contra a maioria, já que exige aprovação legislativa para sua conversão definitiva em lei. Ainda assim, a minoria não tem como impedir que o presidente a edite (LIMONGI, 2006, p. 33).

Outro ponto salientado pelos autores é o aumento dos recursos disponibilizados pelos regimentos internos das casas parlamentares aos líderes partidários para comandar suas bancadas. São eles que monopolizam a distribuição dos direitos parlamentares e dos assentos nas comissões. São eles que determinam a pauta e controlam o fluxo dos trabalhos. Assim, os parlamentares individualmente "têm escassa capacidade de influenciar o curso dos trabalhos legislativos" (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 92).

Ainda que a legislação possa "alimentar estratégias individualistas e antipartidárias" por parte de parlamentares, visando seus interesses eleitorais específicos, a liderança da bancada tende a solapar tais inciativas, derrubando-as "em votações simbólicas em que o que conta são os líderes". Os líderes partidários, portanto, possuem

[324] As considerações de Limongi e Figueiredo foram ratificadas por Abranches (2018, pp. 75-6) quando ele reelaborou sua teoria em uma obra mais ampla, publicada trinta anos depois do artigo original.

poderes capazes de manter a coesão partidária, permitindo que o partido atue de maneira disciplinada no interior do Congresso Nacional, a despeito das conveniências eleitorais do momento (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, pp. 94-5).

Além das eventuais sanções eleitorais impostas pela agremiação partidária, a disciplina partidária é garantida pelo monopólio do Executivo sobre a distribuição de cargos e dinheiro, por meio das emendas[325]. Formada a coalizão, o governo distribui aos seus membros os benefícios políticos em troca dos votos que necessita no Legislativo. Limongi e Figueiredo (1998, p. 97) descrevem essa dinâmica da seguinte forma:

> Digamos que um parlamentar é membro de um partido que apoia o governo. Como membro desta coalizão, ele obtém a nomeação de um correligionário para dirigir uma delegacia regional em seu curral eleitoral. O político em questão, portanto, recebeu sua quota de patronagem. O Executivo e o líder de seu partido esperam que ele vote a favor do governo. Uma vez que o parlamentar já recebeu sua parte, quando chega a hora de votar ele pode ameaçar o governo: "Ou bem eu recebo algo mais" – digamos, uma nova nomeação – "ou eu não voto a favor do governo". Em vez de ceder, como quer o folclore político nacional, o Executivo também pode ameaçar o parlamentar: "se você não votar a favor da proposta governamental, o correligionário nomeado será exonerado". Afinal, não será demais lembrar o óbvio: a caneta que nomeia é a mesma que demite.

A ameaça do parlamentar, portanto, só terá eficácia se ele for capaz de antecipar a ação de seus pares e mobilizá-los coordenadamente em número suficiente para formar uma maioria contra o governo. Assim, não é preciso que os parlamentares sejam altruístas ou ideologicamente motivados para seguirem a linha partidária, basta apenas que eles ajam como membros de um grupo capaz de cumprir promessas e ameaças (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 99).

Por fim, como o Poder Legislativo tem baixa autonomia para a formulação de políticas públicas, a participação no governo adquire especial importância para parlamentares que buscam garantir retorno eleitoral. A participação no governo, portanto, é um mecanismo eficiente para controlar a disciplina partidária. O parlamentar pode votar favoravelmente a medidas contrárias ao seu interesse imediato desde que ele possa antecipar os ganhos auferidos com a participação na coalizão (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 103).

---

[325] Em 2015, um importante fator que permitiu o rompimento do presidente da Câmara, Eduardo Cunha, com o governo da então presidente Dilma Rousseff foi justamente a aprovação, alguns meses antes, do chamado "orçamento impositivo das emendas parlamentares individuais" pela Emenda Constitucional nº 86/2015. Cf., NOBRE, 2022, p. 115. Antes ainda, houve a aprovação da Emenda Constitucional nº 32/2001, que alterou o tempo de validade e limitou o número de reedições das medidas provisórias, o que, em tese, significaria uma recuperação do poder de agenda do legislativo.

As considerações de Limongi e Figueiredo levam a uma conclusão diversa de Abranches; para os autores "o diagnóstico da paralisia decisória, aplicado à democracia de 1946, dificilmente se adequaria à atual situação" (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 104). Dados apresentados por Carazza (2018, pp. 116-7) corroboram as afirmações de Limongi e Figueiredo:

> Levando em consideração 1602 votações de projetos de normas (propostas de emenda constitucional [PECs], medidas provisórias e projetos de lei ordinária e complementar) realizadas na Câmara dos Deputados entre 1999 e 2017, comparamos como cada parlamentar se posicionou individualmente com a orientação dada pelo líder do seu partido antes da votação. Essa disciplina partidária revela que os partidos brasileiros conseguem assegurar uma elevada fidelidade partidária de seus membros nas votações. Dos nanicos aos todo-poderosos MDB, PSDB e PT, das legendas ideológicas aos oportunistas do Centrão, os partidos brasileiros apresentam mais de 80% de disciplina partidária nas votações realizadas nas últimas cinco legislaturas [...].

A análise de Carazza (2018, p. 117) aponta ainda que a alta disciplina partidária dos partidos brasileiros, somada com a capacidade do governo de construir uma base heterogênea de sustentação, permite que o Executivo obtenha um elevado percentual de adesão, não só dos partidos que compõem a base como também, eventualmente, de alguns parlamentares de oposição[326]. Isso explica a taxa de sucesso dos governos posteriores a 1988 na aprovação dos projetos de sua iniciativa alcançar 70,7%, enquanto no período entre 1949-1964 o sucesso do Executivo "foi um magro 29,5%" (LIMONGI, 2006, p. 23).

O presidencialismo de coalizão é capaz de explicar a estabilidade política vivida no país entre 1994 e 2014, mesmo diante de um quadro de fragmentação partidária inédita no mundo[327]. Para Avelar (2021, p. 72), nele também podemos encontrar a explicação do por que não encontramos no sistema político brasileiro antagonismos políticos explícitos e duradouros, como nos nossos vizinhos latino-americanos. No entanto, não se pode

---

[326] Segundo Carazza (2018, p. 117), no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, em 50,7% dos casos os parlamentares do PT, partido de oposição, votaram na direção do que desejava o governo. Nos dois mandatos de Lula, por sua vez, o PSDB votou com o governo, respetivamente, 55,2% e 37,1% dos casos. Entre 1999 e 2017, com exceção dos partidos mais ideológicos como o PRONA e PSOL, todos os demais partidos votaram majoritariamente com o governo, independente do ocupante da presidência fosse tucano, petista ou emedebista.

[327] Apesar da legislação eleitoral ter criado requisitos mais exigentes para a criação de partidos políticos desde 1995, decorridos mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição, são 31 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, a maior parte registrado depois de 1988. Destes, 23 contam com representação na Câmara dos Deputados. Nicolau (2017, p. 89) compara o parlamento brasileiro com o de outros três países conhecidos por terem muitos partidos no legislativo: Itália, Israel e Bélgica. "Nos pleitos para a *Camara di Diputati da* Itália, em 2013, quinze partidos elegeram representantes. Em Israel, nas eleições de 2015, apenas dez legendas fizeram deputados para o *Knesset*, o tradicionalmente fragmentado Legislativo do país. Na Bélgica, treze partidos elegeram deputados em 2013".

ignorar o custo crescente da governabilidade no presidencialismo de coalizão, especialmente durante os governos petistas.

Avritzer (2016, p. 37) destaca que a governabilidade pode ser entendida a partir de dois aspectos. O primeiro é aquele defendido por Limongi: a governabilidade é, sobretudo, a capacidade de tomar decisões. É uma definição suficiente quando se toma a paralisia decisória como um problema do sistema político, que estava no cerne da discussão sobre o presidencialismo de coalizão. Mas existe uma segunda dimensão, que consiste na legitimidade do processo decisório em relação à opinião pública.

Como havia uma convergência entre a base do governo e sua agenda política no Congresso, o período da presidência de Fernando Henrique Cardoso contornou com maior facilidade os problemas advindos dessa segunda dimensão da governabilidade sob o presidencialismo de coalizão. As alianças partidárias eram aceitas pela opinião pública e seu custo era relativamente baixo. Os diversos problemas com má-gestão e corrupção foram facilmente assimilados pela base política e amplamente ignorados pelo Ministério Público e pela imprensa (AVRITZER, 2016, p. 37).

O Partido dos Trabalhadores chegou ao governo com o problema clássico do presidencialismo de coalizão; apesar de Lula ter obtido 46,44% dos votos válidos no primeiro turno, o partido conseguiu eleger apenas 91 deputados federais, número insuficiente para obter a maioria. Em um primeiro momento, o partido evitou uma aliança com o PMDB, optando por "uma coalizão com partidos menores para a base do governo e a cooptação pouco ortodoxa de uma base maior no Congresso"[328] (AVRITZER, 2016, p. 38).

Essa decisão deixou o governo vulnerável, ainda mais quando a sua base partidária não é montada a partir do alinhamento ideológico. Nesses termos, "as negociações precisam ser feitas no varejo, sempre que uma matéria importante tem que ser votada no Congresso" (CARAZZA, 2018, p. 119). Essas circunstâncias elevam de sobremaneira os custos do Executivo com a manutenção das coalizões partidárias no Legislativo. Ademais, estabelece-se uma relação perniciosa entre agentes públicos e interesses privados. Essa dinâmica é assim ilustrada por Avritzer (2016, pp. 41-2):

> As alianças que o governo realiza com a cessão de importantes cargos públicos, em geral na área de infraestrutura, provocam casos de corrupção. A lógica desses casos é quase sempre a mesma. O financiamento de campanha dos

[328] O autor aponta que o acordo foi rejeitado pelo PT especialmente pela falta de intenção de lotear cargos em áreas como saúde, assistência social e o recém-criado Ministério das Cidades. Esses ministérios eram vistos pelo partido como essenciais para implementar suas políticas públicas (AVRITZER, 2016, p. 39).

> principais partidos da base aliada no Congresso – PL, PR, PTB, PP e PMDB – se dá pela via da cobrança de porcentagens sobre grandes contratos públicos realizados com algumas das grandes empreiteiras do país. Por sua vez, tais empresas transferem recursos para partidos e membros do sistema político de forma indiscriminada e sem nenhum controle, tornando esses fundos tanto a fonte de caixa dois como também de casos individuais de apropriação prova, que pode ser denominada de caixa três [...].

No seu segundo mandato, após a crise do mensalão, Lula institucionaliza o presidencialismo de coalizão ao estabelecer o PMDB como o principal partido da base aliada. Ministérios centrais como saúde, agricultura e integração nacional são cedidos ao partido. Essa mudança aumentou a capacidade decisória do governo: nesse período, Lula conseguiu aprovar em torno de 90% de suas propostas legislativas. Porém, para Avritzer (2016, p. 45), é nesse momento que "fica evidente a disjunção entre capacidade decisória e legitimidade política".

Assim, para garantir a governabilidade, o Executivo arcou com um alto preço, que comprometeu tanto sua capacidade administrativa quanto a reputação do Congresso Nacional. Há, portanto, uma perda da legitimidade do processo decisório em relação à opinião pública, que atinge sua plena configuração nas manifestações de junho. Na percepção dos manifestantes e daqueles que com eles simpatizavam, existia uma relação direta entre a forma de governo (presidencialismo de coalizão) e a incidência da corrupção (AVRITZER, 2016, p. 45).

Essa percepção difusa de ilegitimidade do sistema político foi o solo fértil de onde surgiria uma "nova direita", profundamente *antiesblishment* e reacionária, que irá comandar as futuras manifestações. Eventualmente, ela encontrará sua frente única na Operação Lava-Jato, alçando juízes e procuradores à condição de novos atores políticos, uma vanguarda capaz de "'regenerar' as estruturas político-partidárias corrompidas" (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 31).

5.2 A NOVA VANGUARDA ILUMINISTA: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÀO JUDICIARISTA BRASILEIRA

A Constituição de 1988 foi promulgada sobre grande expectativa. Após quase vinte cinco anos de um regime de exceção, ela representava "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" (BARROSO, 1998, p. 5). Sua pretensão transformadora era anunciada no discurso proferido por Ulysses Guimarães por ocasião da promulgação:

> Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.
> A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.
> Que a promulgação seja nosso grito: – Mudar para vencer!
> Muda, Brasil!

Como anota Piovesan (1995, p. 42), "o texto de 1988 não apenas é instituto de proteção das relações existentes, mas é Constituição de uma sociedade em devir". Na visão da autora, com a promulgação da Constituição, "o direito passa ater uma função promocional, utilizando-se de técnicas de estímulo, encorajamento e impulso". Ele passa a ser "um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas" (STRECK, 1999, p. 25).

Havia, no entanto, uma preocupação com a efetividade do texto constitucional. Bonavides e Andrade (2004, p. 17) apontam que o "problema constitucional do Brasil" advinha de uma contradição entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material. Reeditando a crítica de Schmitt à Constituição de Weimar, os autores denunciam a natureza dilatória de diversos compromissos constitucionais, que seriam regulados posteriormente por via de leis complementares e ordinárias (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 492).

Essas leis, segundo os autores, compunham a "outra metade" da Constituição, "sem a qual ela dificilmente se aplicará, com sua eficácia diminuída a um grau baixíssimo e insuportável" (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 492). A Constituição, portanto, só estaria "completa do ponto de vista formal" (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 496). Daí a importância que os autores dão ao instituto do mandado de injunção, saudado por eles como "uma das mais significativas e originais inovações introduzidas no constitucionalismo brasileiro" (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 505).

Para Bonavides e Andrade (2004, p. 516):

> O mandado de injunção outra razão de ser não tem senão a de proporcionar a plenitude dessa garantia [i.e, do exercício dos direitos e liberdades constitucionais], toda vez que a ausência de norma regulamentadora obstaculizar, ou seja, na linguagem mesma do legislador maior, fizer inviável o exercício daqueles direitos e liberdades, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como se pode observar, os autores veem no mandado de injunção o instrumento necessário para efetivar o sistema de direitos constitucionais diante da inércia do Legislativo e do Executivo. A ênfase que eles colocam na questão da autoaplicabilidade do instituto reside, sobretudo, na sua capacidade de superar a inefetividade que era marca

na história do constitucionalismo brasileiro. Só assim a Constituição poderia deixar de ser "o texto luxuosamente encadernado e esquecido nas estantes da oligarquia" (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 20).

O fato da Constituição ter sido promulgado poucos anos antes da queda da União Soviética e ascensão do chamado Consenso de Washington também lançava suspeitas acerca da efetividade do direito constitucional. Afinal, a "fustigante onda neoliberal" exigia um modelo de Estado que era de todo antagônico com aquele previsto na Constituição Federal, "o agente principal de toda política social" (STRECK, 1999, p. 24).

Num país que é caracterizado como um "monumento à negligência social", o *establishment* oferecia como solução um "retorno ao Estado (neo)liberal", a partir de políticas que visam minimizar o Estado (STRECK, 1999, p. 25). As reformas constitucionais da década de 1990, que visavam desonerar o Estado de uma série de obrigações sociais impostas pela Assembleia Constituinte eram um prenúncio desse retrocesso constitucional[329].

As promessas da modernidade que a Constituição visava concretizar eram desfrutadas apenas por um a elite; para os demais nada além do atraso! A dogmática jurídica se encarrega de manter o *status quo* ao adotar a "perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar direitos interindividuais, bem nítidos em nossos Código". Isso explica por que institutos jurídicos importantes, como o mandado de injunção, tinham sido redefinidos e tornados ineficazes pelo *establishment* jurídico-dogmático (STRECK, 1999, pp. 35-6).

Segundo Streck (2000, p. 112), o "novo modelo constitucional" estaria sendo compreendido através de uma "tradição inautêntica" que "obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição". Esse contexto de "baixa constitucionalidade" só é possível porque nossos "pré-juízos" estão ainda calcados em uma cultura liberal-individualista que relega a Constituição e o direito constitucional a um plano secundário e que promove uma "fetichização da lei" (STRECK, 2000, p. 128).

---

[329] Um dos melhores exemplos dessa dicotomia entre as emendas constitucionais e os compromissos constitucionais foi a criação da DRU (desvinculação das receitas da União) pela Emenda Constitucional n° 27. Esse mecanismo, que sob diferentes nomes (FSE – Fundo Social de Emergência, criado pela Emenda de Revisão n° 1; FEF – Fundo de Estabilização Fiscal; criado pela Emenda Constitucional n° 10) vigora no Brasil desde 1994, permitiu que sucessivos governos deixassem de aplicar, por tempo determinado (que era sucessivamente prorrogado), nas áreas de educação, saúde e assistência social os percentuais da arrecadação com impostos e contribuições estipulados constitucionalmente, destinando-os, ao invés, para o pagamento de juros da dívida e de gastos de custeio. Feria-se, expressamente, o comando do artigo 212 da Constituição, que impunha à União a aplicação anual de 18% das receitas oriundas de impostos "na manutenção e desenvolvimento do ensino". Assim, o governo federal teria deixado de aplicar na educação, anualmente, cerca de 16 bilhões de reais, segundo dados da época.

A Constituição, desse modo, permanece como o não descoberto, como aquilo que deve ser desvelado a partir da "desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica" (STRECK, 2000, p. 118). O "acontecer da Constituição", portanto, exige o reconhecimento de que:

> [...] uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extrai duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios senão que, muito mais que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico (STRECK, 2000, p. 139).

Outro jurista a quem o tema da efetividade constitucional vai interessar é Luís Roberto Barroso. Lynch e Mendonça (2017, p. 982) vão atribuir a ele a responsabilidade por fundar a "doutrina brasileira da efetividade". Segundo Barroso (2009a, p. 293), a "acidentada experiência constitucional brasileira" desde a independência foi marcada pela "insinceridade constitucional". Os textos das oito constituições anteriores a 1988 eram "uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas".

Essa indiferença com a distância entre o texto e a realidade é marcada por dois "exemplos emblemáticos". Em primeiro lugar, a carta imperial de 1824, que previa a igualdade de todos perante a lei, mas convivia sem constrangimento com a escravidão, os privilégios da nobreza e o voto censitário. Depois, a emenda constitucional de 1969, praticamente uma nova constituição, que estabelecia um "pitoresco elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam 'colônias de férias e clínicas de repouso'" (BARROSO, 2009a, p. 293).

Assim, a história constitucional brasileira era uma história de frustração. A inefetividade do constitucionalismo brasileiro poderia ser explicada a partir de três teses. A primeira denunciava a "inflação jurídica" dos textos constitucionais. Não obstante sua alternância, as constituições brasileiras sofreram uma "quantidade de emendas e remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-las a um figurino cada vez mais disforme". Essa "descontinuidade institucional" impede a formação de um *sentimento constitucional* capaz de gerar uma consciência comunitária de respeito e valorização da Constituição:

> A Constituição, como criação intelectual, pode ter um mérito intrínseco, apto a seduzir os espíritos iniciados em sutilezas doutrinárias. Mas ninguém, lucidamente, admitiria confiná-la a horizonte tão estreito. Para a generalidade dos indivíduos, ou ela se materializa em proveitos reais e visíveis – no amplo espectro que vai, *v.g.*, da probidade governamental ao direito de repouso

> remunerado – ou é simplesmente ignorada, em justificada incompreensão (BARROSO, 2009a, p. 48).

Não se pode esperar que países com escassa experiência democrática, como o Brasil, sejam capazes de "ter uma Constituição com foros de definitividade". Ainda assim, a "tentação permanente de reformar a Lei maior, sob inspiração de fatores contingenciais e efêmeros", permanece sendo a "tragédia do nosso constitucionalismo pouco amadurecido". Nossas constituições têm sido marcadas por um texto casuístico, com regras de "curto fôlego histórico", que logo as conduzem à obsolescência (BARROSO, 2009a, p. 56).

A segunda tese diz respeito à insinceridade normativa. Barroso (2009a, p. 60) pondera que, ao nível lógico, nenhuma lei é editada para não ser cumprida. No entanto, em nenhuma área o abismo entre a validade e a vigência de uma norma é maior do que no direito constitucional. Uma disposição constitucional pode deixar de ser cumprida porque 1) desde o início ela era irrealizável por conta de seu conteúdo; 2) o próprio poder constituído impede sua concretização[330]; ou 3) sua realização era obstaculizada por injunções de interesses econômica e politicamente relevantes (BARROSO, 2009, p. 61).

O autor cita a classificação de Loewenstein, que distingue as constituições, segundo um critério ontológico, em normativas, nominais e semânticas[331]. A constituição será normativa quando ela é juridicamente válida, mas que também se encontra "vivamente integrada na sociedade". No extremo oposto, temos a constituição semântica, simples "formalização da situação de poder político existente", sendo a existência de uma constituição formal irrelevante.

Entre elas, existe a constituição nominal. Ela se caracteriza por "uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional"[332].

---

[330] É o caso de normas que tratam de direitos fundamentais, sufrágio universal e dignidade da pessoa humana inscritas em constituições de regimes autoritários. No Chile de Pinochet, apesar do uso generalizado da tortura e do assassinato sistemático de opositores políticos, a constituição proclamava o caráter democrático da república e o respeito aos direitos essenciais da pessoa humana. A constituição paraguaia de 1967, outorgada durante a ditadura de Alfredo Stroessner, mencionava a liberdade de pensamento e opinião e a soberania do povo. O mesmo pode ser dito das constituições brasileiras no período do regime militar (1964-1985) (BARROSO, 2009, pp. 62-3).

[331] Para Loewenstein (1979, p. 216), tendo-se em conta a transformação fundamental a que foi submetido o papel da constituição escrita na realidade sociopolítica, é indispensável estabelecer uma nova forma de classificação, que o autor denomina de "ontológica", para evitar a palavra existencial. O critério da análise é a "concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder" (LOEWENSTEIN, 1979, p. 217). Segundo Loewenstein (1979, p. 217), uma constituição "não funciona por si mesma uma vez que foi adotada pelo povo, [...] [mas] é o que os detentores e destinatários do poder fazem dela na prática".

[332] Segundo Loewenstein (1979, p. 220), a "constituição nominal encontra seu terreno natural naqueles Estados nos quais o constitucionalismo democrático ocidental se implantou, sem uma prévia incubação espiritual ou amadurecimento político, em uma ordem social de tipo colonial ou feudal-agrário. Aqui joga

Espera-se que essa desarmonia, com o passar do tempo, desapareça. Nesse contexto, as constituições de 1891, 1934 e 1946 foram nominais, enquanto as constituições de 1937, 1967 e 1969 foram semânticas. A expectativa é de que a constituição de 1988 seja normativa, isto é, não apenas válida e vigente, mas também real e efetiva, "harmonizada com a História" (BARROSO, 2009a, pp. 64-5).

A última tese acerca da inefetividade do constitucionalismo brasileiro diz respeito à juridicização do fato político. Barroso (2009a, p. 67) destaca que o direito constitucional "expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta". Surge daí a "constituição política", que visa enquadrar juridicamente as relações e fenômenos políticos. Disso não se deve pretender que o direito deva abolir a política, o que certamente causará a instabilidade constitucional (BARROSO, 2009a, p. 71).

Após diagnosticar as causas da inefetividade das constituições brasileiras, Barroso (2009, p. 294) propõe a doutrina da efetividade, que serviria como um "mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição". O autor argumenta que uma das grandes mudanças de paradigma do século XX foi o reconhecimento do *status* jurídico das normas constitucionais, superando-se a visão da constituição como "um documento essencialmente político" (BARROSO, 2010, p. 219).

Barroso (2009a, p. 294) se remete a uma longa tradição linhagem de juristas brasileiros que lutaram pelo reconhecimento do caráter normativo da constituição. Ruy Barbosa, Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva, cada qual a o seu modo, foram os principais responsáveis pela divulgação da ideia de que as normas constitucionais, em maior ou menor intensidade, possuem eficácia jurídica, sendo "aplicáveis nos limites de seu teor objetivo" (BARROSO, 2009a, p. 297).

Não obstante esse reconhecimento, pouca atenção se deu "a um problema diverso e vital: o de saber se os efeitos potenciais da norma *efetivamente* se produzem". Tradicionalmente, a análise dos atos normativos se faz a partir de três planos distintos: o da existência (vigência), o da validade e o da eficácia[333]. A existência diz respeito ao

---

um papel importante a ausência de uma classe média consciente intelectualmente de si mesma e com independência econômica. [...] A América Latina continua sendo, tanto antes como agora, o terreno tradicional no que se assenta a constituição nominal".

[333] Essa tricotomia foi proposta por Pontes de Miranda, com base na doutrina civilista alemã, em especial Windscheid, Leonhard e Figge, no prefácio do seu *Tratado de direito privado*. Segundo Pontes de Miranda (2012, p. 23), o "fato jurídico primeiro é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível,

atendimento dos elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. A validade pressupõe a compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico (BARROSO, 2009a, pp. 79-80).

Por fim, a eficácia diz respeito à aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos. Essa eficácia *jurídica*, portanto, não se confunde com a eficácia *social* da norma, ou seja, "a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos". A efetividade, portanto, corresponde a essa "específica eficácia"; trata-se da "realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social", e "simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social" (BARROSO, 2009a, pp. 82-3).

A efetividade da norma, ordinariamente, resulta de seu cumprimento espontâneo. No entanto, pode haver resistência ou insubmissão ao preceito normativo, mesmo quando com hierarquia constitucional, seja por conta de um sentimento social arraigado contrário à disposição, seja porque ela contraria interesses particularmente poderosos. Nesses casos, deve haver uma "determinação política do poder público em sobrepor-se à resistência", já que "o Direito existe para realizar-se" (BARROSO, 2009a, p. 84).

Nesses termos, Barroso (2010, p. 222) entende que a efetividade da Constituição está assentada em alguns pressupostos indispensáveis. Primeiro, é necessário por parte do constituinte um *senso de realidade*, para que apenas o materialmente possível seja normatizado. Depois, é imprescindível uma *boa técnica legislativa*, que permita identificar os direitos, os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Também, é imperativo que o poder público tenha *vontade política* para concretizar os comandos constitucionais. Por fim, é indispensável o *exercício de cidadania* consciente, por via política ou judicial, para a realização dos valores constitucionais.

O ponto ressaltado por Barroso (2009a, p. 85) é o de que se deve rejeitar "a ideia de que o Direito Constitucional seria um 'Direito sem sanção'". Afinal, é a sanção que garante a eficácia da norma jurídica, "ensejando sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada". No direito constitucional, a sanção não corresponde a aplicação de uma pena ou a uma execução civil; ela é de outra categoria: a da responsabilidade política, ainda que o caráter jurídico da sanção seja decrescente.

---

resolúvel, tec., se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam".

Ao par dessa garantia política à efetividade da constituição, Barroso (2009a, p. 121) reconhece também a existência de garantias jurídicas, que "correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário". Essas garantias alteram o perfil do próprio Poder Judiciário, que não mais pode "ser caracterizado como um ramo do Estado em que predomina a passividade, diante das demandas que advém da sociedade brasileira" (BARROSO, 2009a, p. 123).

Nesse ponto, a doutrina de Barroso se encontra com a crítica hermenêutica proposta por Streck (1999)[334]. O jurista gaúcho também atribui ao Judiciário um papel ativo na concretização da Constituição; para ele, "no Estado Democrático de Direito há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário". A inércia e a falta de atuação dos demais poderes na concretização da Constituição podem ser supridas pelo Judiciário por meio dos mecanismos jurídicos previstos constitucionalmente[335] (STRECK, 1999, p. 38).

Portanto, o Poder Judiciário, valendo-se de instrumentos como o controle de constitucionalidade, pode servir como "via de resistência" contra ações ou omissões do Executivo ou do Legislativo que imponham "retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais". Poderá também se opor contra maiorias políticas eventuais que estiveram legislando na "contramão da programaticidade constitucional", "mediante a utilização da principiologia constitucional" (STRECK, 1999, p. 39).

---

[334] É importante destacar, no entanto, que posteriormente Streck (2013, p. 14) vai buscar se afastar da doutrina da efetividade e do neoconstitucionalismo, condenando-os como "um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos "verdadeiros valores" que definem o direito justo".

[335] Nos termos da nota anterior, é possível identificar como Streck tenta atenuar sua posição original com relação ao ativismo judicial comparando a edição original com a 10ª edição, revista e ampliada. Na edição original, o autor escreve: "Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito" (STRECK, 1999, p. 38). Na edição de 2011, o trecho é praticamente o mesmo, mas com um importante adendo: "Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – *em determinadas circunstâncias* – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2011, p. 63 – grifos do autor). Em outro trecho, Streck (1999, p. 38) afirma que "a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição". Na nova redação, o autor adiciona um "*por vezes*" (STRECK, 2011, p. 64).

E apesar disso, denuncia Streck (1999, pp. 41-2), ainda vigora a "ineficácia do sistema judiciário no Brasil", por conta de um descompasso existente entre a atuação do Poder Judiciário e as necessidades sociais. Segundo o autor:

> À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. A efetivação do Direito (e dos direitos) passa, necessariamente, por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário (STRECK, 199, p. 42).

Streck (1999, p. 43) reafirma que esse desiderato não iria ser alcançado enquanto não houvesse uma superação do paradigma positivista que ainda assombrava os juristas nacionais. Também Barroso (2009a, p. 123) argumenta que a timidez com que o Judiciário exercia seu papel após a promulgação da Constituição de 1988 decorria de "uma tradição que deita raízes no passado lusitano e na influência francesa, mais do que propriamente por limitações do direito objetivo, constitucional ou ordinário".

A Constituição de 1988 oferecia um ambiente propício à judicialização da política. O constituinte optou por um texto abrangente, com normas programáticas que abordam matérias que ordinariamente são relegadas ao processo político majoritário. Mais do que qualquer outra em nossa história[336], a Constituição atual tratou de constitucionalizar políticas públicas, diminuindo "a margem de governabilidade das maiorias futuras" (ARANTES; COUTO, 2019, p. 28).

Sem dúvida, constitucionalizar uma matéria significa "transformar Política em Direito" (BARROSO, 2009, p. 333). Ora, se toda matéria é constitucional, ela pode ser formulada como um pedido em uma ação judicial, o que gera "uma explosão de litigiosidade constitucional" (VIEIRA, 2008, p. 447). Assim, desde pedidos individuais por fornecimento de medicamentos até questões políticas fundamentais, como privatizações de empresas públicas e nomeações de cargos políticos, passaram a integrar a pauta dos tribunais brasileiros.

---

[336] Na realidade, Arantes e Couto (2019, p. 27) apontam que a Constituição brasileira de 1988 pode ser considerada "singular" mesmo quando comparada com constituições alienígenas que lhe serviram de base histórica, no que diz respeito à constitucionalização de políticas públicas (que eles denominam *Policy*): "De inspiração socialista, a pioneira Constituição mexicana de 1917 é a que mais se aproxima da brasileira de 1988 em termos de *Policy* constitucionalizada, mas em termos absolutos estamos falando de 103 dispositivos, enquanto a nossa dispõe de 499. Mesmo a Constituição portuguesa de 1976, tida como inspiração para brasileira, é mais tradicional do que se imagina, pois contém apenas 42 dispositivos de *Policy*, em meio a um total de 933. A brasileira não só é bem maior, como sua taxa de *Policy* constitucionalizada é quase sete vezes maior do que a da portuguesa".

Ao mesmo tempo, a Constituição estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade que é, certamente, "um dos mais abrangentes do mundo" (BARROSO, 2009, p. 333). Desde 1965, o Brasil passou a adotar um modelo concentrado de controle sem, no entanto, extinguir o difuso, existente a partir de 1891. Esse sistema "favorece a existência de políticas judicializadas, na medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da intepretação que os juízes fazem de seu sentido normativo" (VERBICARO, 2017, pp. 350-1).

Há de se destacar ainda a ampliação do rol dos legitimados para propor ações no controle concentrado de constitucionalidade. Até 1988, essa legitimidade era exclusividade do Procurador-Geral da República. O constituinte, no entanto, optou por conferir esse atributo a outros atores políticos e sociais, como a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos, governadores e entidades da sociedade civil. Na prática, portanto, uma centena de órgãos, pessoas e entidades estão autorizados a exercer fiscalização na elaboração e execução de políticas públicas (VERBICARO, 2017, p. 352).

A redemocratização garantiu a independência do Judiciário em relação aos demais poderes[337]. Ao Ministério Público foi concedido um grau de autonomia inédito, tão amplo que quase o coloca na condição de "quarto poder" da República. O interesse pelo direito constitucional enquanto disciplina jurídica foi renovado enquanto autores como Paulo Bonavides e José Afonso da Silva propunham lhe dar uma nova perspectiva "recorrendo ao novo constitucionalismo que se desenvolvera na Europa depois da Segunda Guerra" (CHALOUB; LYNCH, 2018, p. 266).

No entanto, tais causas, por si só, não foram suficientes para garantir a judicialização no Brasil[338]. Afinal, mesmo na vigência da Constituição de 1988, os tribunais brasileiros, e em especial o Supremo Tribunal Federal, optaram por adotar uma postura restritiva não só na interpretação de direitos constitucionais e controle dos demais

[337] Arguelhes e Ribeiro (2016, pp. 419-20) destacam eu a Constituição de 1988 ofereceu garantias para impedir ou dificultar retaliações, por parte dos outros poderes, contra o tribunal e suas decisões. Além dass garantias individuais de independência dos magistrados (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios), o texto constitucional garante ao Judiciário autonomia financeira e orçamentária, além de detalhar textualmente a composição, as competências e a forma de indicação dos membros do STF. Assim, apenas com uma emenda constitucional seria possível remover competências ou alterar a composição do tribunal de modo a a garantir maiorias de ocasião, de modo que "a retaliação contra as decisões do tribunal, seus ministros e a própria instituição parece ter um custo alto".

[338] Como observa Arguelhes (2009, p. 7), o "fato de que a predominância do Supremo é um fenômeno relativamente *recente*, ainda que o papel de "guardião" date de 1988, já mostra que a Constituição é variável insuficiente".

poderes, como também no reconhecimento de suas próprias competências[339] (CAMPOS, 2014, pp. 240-4). O "judiciarismo" era uma revolução esperando sua ideologia para acontecer.

E essa ideologia, que irá legitimar a atuação dos "novos atores judiciários", veio na forma de uma teoria elaborada na Europa continental, em especial na Espanha e Itália, na década de 1970: o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 43). A intima conexão entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo é destacado por Duarte e Pozzolo (2006, pp. 87-8):

> O neoconstitucionalismo, portanto, afirma o arcaísmo do positivismo jurídico, não por razões internas a esse, mas sim porque, como um antigo instrumento de revelação científica, uma vez aceita a maior complexidade do fenômeno que devia analisar, também aceita, portanto, sua imprecisão e ineficiência descritiva, e vem substituído por instrumentos mais atualizados e sofisticados, resultantes da evolução científica. Em suma, o argumento neoconstitucionalista sustenta que, dada a diversa natureza do objeto "direito positivo", a sua maior complexidade, no âmbito do Estado Constitucional (em relação ao Estado de Direito), o instrumento "positivismo jurídico" deve ser substituído porque obsoleto.

O neoconstitucionalismo pode ser definido como uma forma de descrever "uma série de fenômenos evolutivos que tiveram impactos evidentes no que se tem chamado de paradigma do Estado constitucional". Mas, ao mesmo tempo, ele é também uma "determinada teoria do direito", que não apenas defende essas transformações, propondo como o Estado constitucional deve ser, como também as têm em termos "bastante positivos e inclusive elogiosos" (CARBONELL, 2003, pp. 9-10).

A base do neoconstitucionalismo está na atribuição de valor normativo aos textos constitucionais. Quem lhe servirá como inspirador é Konrad Hesse, jurista alemão, que em 1959 proferiu uma conferência sobre "a força normativa da constituição" (*die normative Kraft der Verfassung*). Hesse (2009, pp. 123-4) buscou contestar a alegação de Ferdinand Lassalle de que "a Constituição de um país expressa as relações de poder nele

[339] O exemplo mais significativo desta postura talvez tenha sido a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao Mandado de Injunção. Previsto no artigo 5°, LXXI, o Mandado de Injunção tinha como função básica garantir o cumprimento de determinado comando constitucional. Em caso de omissão do Poder Público, seria possível que o magistrado, diante do caso concreto, suprisse a omissão, exarando mandado capaz de garantir o direito constitucionalmente previsto pleiteado. Todavia, a Corte Constitucional adotou um entendimento restritivo do uso do remédio constitucional. Sob a alegação de que não se podia desrespeitar o princípio da separação dos poderes, cabia ao Poder Judiciário apenas e tão somente recomendar ao poder omisso que elaborasse a legislação reguladora sem qualquer competência para concretizar o direito do impetrante. Esse foi o entendimento que passou a vigorar no Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção n° 107/DF, de relatoria do Ministro José Carlos Moreira Alves.

dominantes". Nessa perspectiva, para Lassalle, questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas, sim, questões políticas.

A partir dessa visão, a condição de eficácia de uma constituição jurídica está condicionada às forças determinantes das relações fáticas, de modo que entre a constituição jurídica e a constituição real haverá sempre uma situação de conflito na qual a primeira sempre sucumbirá perante a segunda. Assim, o direito constitucional não estaria comprometido com uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe apenas a "miserável função" de "justificar as relações de poder dominantes", a quem cabe constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik* (HESSE, 2009, p. 125).

Hesse (2009, p. 126) procura atribuir à constituição "uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado". Para ele, existe uma relação de condicionamento recíproco entre a ordenação jurídica e a realidade, de modo que a "norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade". Na sua essência, a situação regulada pela norma constitucional "pretende ser concretizada na realidade". A constituição, portanto, é apenas a expressão de um ser (*Sein*), mas também de um dever ser (*Sollen*) (HESSE, 2009, p. 128).

Ainda que a constituição, por si só, não possa realizar nada, ela pode impor tarefas, que podem ser realizadas desde que haja a "disposição de orientar a própria conduta segunda a ordem nela estabelecida". Para que a constituição adquira "força ativa" é necessário que se enraíze na consciência geral não apenas uma vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também uma vontade de constituição (*Wille zur Verfassung*). Segundo Hesse (2009, p. 133), essa vontade decorre de três vertentes diversas:

> Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

É preciso que "todos os partícipes da vida constitucional" compartilhem dessa vontade. Hesse (2009, p. 135) vai ressaltar que "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição". O parâmetro da interpretação constitucional é o princípio da excelente concretização da norma (*Gebot optiraler Verwirklichung der Norm*), que aponta que a interpretação adequada é aquela

que consegue concretizar, de forma excelente o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais (HESSE, 2009, p. 136).

Mudanças nas relações fáticas produzirão mudanças na interpretação da constituição. Ainda assim, essa alteração deve ser contida pelo sentido da proposição jurídica estabelecida na norma. É dentro desse horizonte de sentido que a interpretação construtiva deve se manter para preservar a força normativa da constituição e sua estabilidade. Apenas se esse sentido não puder mais ser realizado é que a revisão constitucional será necessária (HESSE, 2009, p. 136).

Assim, se a constituição jurídica possui um significado próprio em face da constituição real, é de se considerar que o direito constitucional não deve "abdicar de sua posição enquanto disciplina científica". Ele não é uma "ciência da realidade" e não é "mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista". Ao buscar dotar a norma da maior eficácia possível através da dogmática e da interpretação, o direito constitucional desperta e preservar a vontade de constituição que serve de garantia da sua força normativa (HESSE, 2009, pp. 139-40).

Nessas condições, "a política interna afigura-se, em grande medida, 'juridicizada'". O fato de que os princípios basilares da constituição não estarem sujeitos à alteração por via de emenda constitucional demonstra a predominância da constituição jurídica sobre a soberania popular. Essa superioridade se reflete na "quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais", que estão autorizadas a "proferir em última palavra sobre os conflitos constitucionais", inclusive quando envolvendo questões privadas[340] (HESSE, 2009, p. 141).

[340] Segundo Hesse (2009, p. 141), a "Constituição não ficou limitada a esses aspectos [i.e., questões fundamentais da vida do Estado]. Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegurasse-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo". A conferência de Hesse foi proferida pouco mais de um ano depois do Tribunal Constitucional alemão ter julgado o Caso Lüth (BVerfGE 7). O jornalista Eric Lüth promoveu um boicote nacional contra um filme do diretor Veit Harlan, que durante o período nazista dirigiu películas com conteúdo antissemita. Os produtores do filme processaram Lüth alegando, com base no § 826 do *Bürgerliches Gezetsbuch – BGB*, o código civil alemão, que o jornalista tinha praticado atos contra os bons-costumes ao intencionalmente infligir danos a outrem. Após ser derrotado no Tribunal de Hamburgo, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht - BVergfG*) que reformou a decisão. Segundo o tribunal, "os direitos fundamentais personificam também uma ordem de valores objetiva" que se estende ao direito privado, ainda que indiretamente. "A partir do momento em que o BVerfG afirma que a constituição não pretende ser uma ordem neutra em valores, sendo que sua influência se dá no direito civil sobretudo perante as prescrições de direito privado que contêm um direito imperativo e que, portanto, dão forma a uma parte da ordem pública em sentido amplo, ele está acentuando que as normas de direito civil aplicáveis ao caso têm que guardar sintonia com os valores inerentes aos direitos fundamentais" (DUQUE, 2013, pp. 233-4).

Na sua conferência, Hesse aponta, ainda que de forma incipiente, aquelas que serão as principais características do neoconstitucionalismo[341]. Sua verificação, segundo Guastini (2003, p. 50), depende de sete condições. Presentes essas condições, é possível afirmar que um ordenamento jurídico se encontra "'impregnado' pelas normas constitucionais". Para o autor, essas condições se dividem em condições necessárias, sem as quais sequer se pode cogitar de existir constitucionalismo, e suficientes, que estabelecem graus distintos de constitucionalização.

A primeira condição necessária é a existência de uma constituição rígida. Uma constituição será rígida quando 1) é escrita; e 2) está protegida contra o legislador ordinário na medida em que só pode ser alterada por um procedimento especial de revisão. Atualmente, quase todas as constituições são rígidas, mas a constitucionalização é mais acentuada quando existem princípios constitucionais que não podem ser modificados de forma alguma, nem por reformas constitucionais (GUASTINI, 2003, p. 51).

A segunda condição necessária é a existência de uma garantia jurisdicional de constitucionalidade. Para garantir a rigidez constitucional, seria imperativo adotar algum tipo de controle sobre a conformidade das leis com a constituição. Existem diversos sistemas de controle nos ordenamentos contemporâneos, destacando-se aqueles que delegam essa tarefa a um órgão jurisdicional ou semijurisdicional. São três os modelos fundamentais: 1) o norte-americano (*a posteriori*, difuso e por via incidental); 2) o austríaco (*a posteriori,* concentrado e por via direta); e 3) o francês (*a priori* e concentrado) (GUASTINI, 2003, p. 52).

As próximas cinco condições são denominadas por Guastini (2003, p. 50) como suficientes, sendo que algumas delas estão vinculadas entre si de modo muito estreito. A primeira dessas condições suficientes é a força vinculante da constituição. Trata-se, sobretudo, de uma ideologia difundida na cultura jurídica de um país que afirma que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é "uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos (GUASTINI, 2003, p. 53).

Outra condição indicada por Guastini (2003, p. 53) é a interpretação extensiva da constituição. Toda interpretação possui lacunas que exigem a interpretação do aplicador (juiz, juristas e órgãos do Estado); essa interpretação pode ser literal (restritiva) ou extensiva. Se a interpretação é literal, uma grande parte da vida social e política fica

[341] Sobre a influência de Hesse no neoconstitucionalismo e, em especial, no pensamento de Luís Roberto Barroso, cf. LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 49; e LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 985.

sem regulação. No entanto, se a interpretação é extensiva, o intérprete pode extrair numerosos normas jurídicas implícitas, capazes de regular qualquer aspecto da vida social e política[342] (GUASTINI, 2003, p. 54).

A quinta condição é a aplicação direta das normas constitucionais. Em sua concepção clássica, a constituição era entendida como uma limitação do poder estatal e somente estava apta a produzir efeitos jurídicos na vida social depois que fosse "concretizada" por leis. No constitucionalismo moderno, a constituição tem a função de modelar as relações sociais. Assim, as normas constitucionais, sejam princípios gerais ou normas programáticas, "podem produzir efeitos direitos e serem aplicadas por qualquer juiz diante de qualquer controvérsia", inclusive entre particulares (GUASTINI, 2003, pp. 55-6).

A sexta condição diz respeito a uma técnica de interpretação da lei, não da constituição. Um texto normativo pode ter múltiplos significados, de modo que pode acontecer da mesma disposição normativa poder ser interpretada em contradição ou em conformidade com a constituição. O intérprete então terá que decidir ou se a considera inconstitucional ou se a interpretará em conformidade com a constituição. Essa última interpretação é a que melhor harmoniza a lei com a constituição ao declarar a validade da lei que, de outra forma, seria declara inconstitucional (GUASTINI, 2003, p. 57).

A sétima e última condição diz respeito à influência da constituição sobre as relações políticas. Ela depende do conteúdo da constituição, que pode atribuir competência a órgãos jurisdicionais para resolverem conflitos políticos, e/ou da postura dos juízes e tribunais, que pode ser mais restritiva ou mais ativista. Outro ponto importante é a utilização das normas constitucionais na argumentação política dos órgãos constitucionais e agentes políticos para justificar suas ações e decisões (GUASTINI, 2003, pp. 57-8).

Barroso (2010, p. 262) sintetiza essas condições em três: a) reconhecimento da força normativa da constituição; 2) expansão da jurisdição constitucional; e 3) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Para o jurista carioca, essas foram transformações que, no plano teórico, "subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional". Mas Barroso (2010, p.

---

[342] Guastini (2003, p. 54) destaca que quando a interpretação é extensiva (*sobreinterpretación*) não existem espaços vazios; toda decisão legislativa estará pré-regulada por outra norma constitucional e, portanto, suscetível ao controle de constitucionalidade. Desse modo, não existe espaço para a discricionariedade legislativa, nem *political questions* que afastem a legitimidade do controle constitucional.

247) cita também uma alteração no paradigma filosófico para a consolidação do "novo direito constitucional".

As duas grandes correntes do pensamento jurídico que haviam se consolidado no século XIX, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, teriam sido superadas em meados do século seguinte "por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo" (BARROSO, 2010, p. 247). Para Torrano (2015, p. 85), o pós-positivismo pode ser utilizado em duas acepções diversas. A primeira, que não é antitética ao positivismo jurídico, consiste na valoração, do ponto de vista moral, dos dados recolhidos em uma pesquisa sistêmica.

Nessa acepção fraca, o pós-positivimo permite tanto a sistematização dos princípios morais que justificam a prática jurídica como um todo quanto a atividade de constrangimento crítico da produção legislativa ou jurisprudencial. Ainda que sejam campos relativamente independentes e não excludentes entre si, a jurisprudência analítica e a jurisprudência normativa são complementares; a primeira se encarrega de descrever o fenômeno jurídico, a segunda de buscar "uma sociedade mais justa e mais bem ordenada" (TORRANO, 2015, p. 86).

No Brasil, no entanto, vigora uma acepção forte do pós-positivismo, em que se enfatiza uma "nova realidade político-jurídica que *superou* a teoria do positivismo jurídico, tornando-a quase descartável". Aqui o pós-positivismo serve como um conceito que induz emotivamente a plateia a acreditar estar diante de "uma teoria jurídica sofisticada e insuperável", quando não passa de um "artifício retórico" que se assenta sobre o fantasma de um "termo tido como mau em si e por si: o positivismo jurídico" (TORRANO, 20015, pp. 86-7).

Barroso (2010, pp. 247-9) é um dos expoentes dessa acepção forte do pós-positivismo. Para ele, o positivismo teria sido o responsável por "empurrar" o direito natural "para a margem da história", por considerá-lo como metafísico e anticientífico. No entanto, ao buscar a objetividade científica, o positivismo equiparou o direito à lei, rompendo com qualquer pretensão de legitimação filosófica ou moral do ordenamento jurídico. Sua consequência seria a emergência dos regimes totalitários nos meados do século XX, "que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade" (BARROSO, 2010, p. 248).

Depois da Segunda Guerra, a ética e os valores voltaram a ser considerados no direito, de modo que ele "deixou de caber integralmente no positivismo jurídico". Assim, a "superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram

caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito" (BARROSO, 2006, p. 47). O pós-positivismo se apresenta como uma terceira via entre as duas correntes: "não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política" (BARROSO, 2010, p. 248).

Assim, o pós-positivismo promove uma reinserção dos valores na interpretação jurídica ao reconhecer a normatividade dos princípios, bem como sua distinção em relação às regras. Possibilita também uma retomada da razão prática e da argumentação jurídica, formando uma nova hermenêutica[343]. Por fim, ele implica no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana. "Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e Ética" (BARROSO, 2010, p. 250).

Torrano (2015, p. 91) observa que o pós-positivismo não possui, como o positivismo, uma tese mínima sobre a validade jurídica de uma norma. Diante da indagação sobre "o que é o direito?", o pós-positivista terá que recorrer ao exame de preceitos morais em si mesmos extremamente nebulosos. Existirá, portanto, a necessidade de recorrer a argumentos de justificação, a partir de reflexões filosóficas e fundamentos morais convincentes, "mediante fórmulas linguísticas do tipo: 'isto é direito *porque* segue o padrão de moralidade X, comunitária e tradicionalmente assumido'" (TORRANO, 2015, p. 92).

O positivismo concebe o direito como um ponto de chegada construído pela comunidade para assentar os conflitos políticos e morais controversos em um contexto pluralístico. Por sua vez, o pós-positivismo toma o direito como um ponto de partida argumentativo, que submete a questão da validade jurídica a discussões morais controvertidas que atraem "incertezas que a própria existência de um ordenamento jurídico objetiva resolver". Isso permite que as questões morais e políticas que foram objeto do processo legislativo possam ser novamente rediscutidas no momento da aplicação da norma (TORRANO, 2015, p. 93).

A inserção de conteúdos morais no exame da validade do direito e o apelo a padrões de moralidade que são jurídicos em razão do seu conteúdo, e não de sua forma,

---

[343] Em nota de rodapé, Barroso (2010, p. 249) comenta que o "pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos".

permite que o pós-positivista conceba um ordenamento jurídico que é formado tanto por normas positivadas quanto por normas que retratam algum mandamento de justiça e equidade. Duarte e Pozzolo (2006, p. 99) apontam que isso impõe uma dificuldade de ordem estrutural:

> [...] a interpretação moral da Constituição implica que essa não pode mais ser considerada como norma mais elevada do ordenamento jurídico. A Constituição não fecho o sistema, já que pressupõe ser interpretada à luz de princípios superiores, supraconstitucionais, cuja a natureza e dimensão não são claras.

Ao magistrado cabe construir argumentativamente as soluções para os problemas concretos com que se depara a partir desses princípios superiores. Assim, a integração de sentido desses princípios deve ser feita com base "nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição)". Depois, cabe ao intérprete atualizar o sentido da norma constitucional e produzir o melhor resultado possível para a sociedade. A interpretação é uma atividade concretizadora e construtiva, "porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa" (BARROSO, 2010, p. 288).

Dessa forma, a interpretação jurídica reserva ao magistrado "um papel muito mais proativo", atribuindo-lhe a tarefa de significar princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, inclusive com a realização da ponderação. O juiz "integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhado do dever de justificação". Ele não é mais apenas a boca da lei; sua atuação exige sempre uma "dimensão subjetiva" que não diz respeito à sua vontade política própria, mas que "decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época" (BARROSO, 2015, p. 33).

Para Barroso (2015, p. 33), portanto, essa dimensão subjetiva não implica que o juiz tenha escolhas livres, nem que suas decisões sejam estritamente políticas. O direito "é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca da justiça, da solução constitucionalmente adequada". Mas quem define qual o sentido dessa correção moral? Para Barroso (2015, p. 35):

> O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra.

Ainda assim, mesmo diante dessa indeterminação, o intérprete judicial não pode declinar do seu dever de oferecer uma solução ao caso concreto. Na medida em que não se pode supor a existência de uma "resposta objetivamente correta", é possível existir uma "resposta subjetivamente correta". Nesse ponto, Barroso vai admitir que o "dono da verdade" é o magistrado[344], que a partir dos deveres de integridade e coerência[345] é capaz de oferecer "uma "única solução correta, justa e constitucionalmente adequada" ao caso.

Ou seja, Barroso defende um modelo de Estado de direito fundado na ideia de supremacia judicial, da qual falamos anteriormente. Mas o jurista carioca vai além dos argumentos tradicionais em defesa desse modelo, geralmente baseados no papel contramajoritário desempenhado pelas cortes judiciais, que "tornou-se quase que universalmente aceito"[346]. Para ele, diante da crise de legitimidade política sofrida pelo Legislativo, o Judiciário pode ser, em certos contextos, o "melhor intérprete do sentimento majoritário" (BARROSO, 2015, pp. 36-9).

Segundo Barroso (2015, p. 38), a democracia representativa, por conta da disfuncionalidade, corrupção e captura por interesses privados, encontra-se em crise. A consequência é uma incapacidade "de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população". Além das falhas do sistema eleitoral e partidário, o *déficit* democrático é reforçado por práticas parlamentares, incentivadas pelo

---

[344] Segundo Barroso (2015, p. 34): "A discussão em torno da existência de uma única resposta correta remete à imemorial questão acerca da verdade, sua existência em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta — e não diferentes pretensões de resposta correta —, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Se houver força externa ao intérprete, com o poder de chancelar a verdade proclamada, será inevitável reconhecer que ela é filha da autoridade. Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser a de quem tem autoridade para proclamá-la. Cuida-se de saber, em última análise, quem é o dono da verdade".

[345] Barroso (2015, p. 35) se remete à teoria do direito como integridade de Dworkin. A integridade consistiria em não ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes da matéria, enquanto a coerência corresponde ao dever de segui suas próprias decisões anteriores, "bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes".

[346] Na visão de Barroso (2015, pp. 37-8), o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem exercido esse papel contramajoritário com "parcimônia", o que é demonstrado, segundo o autor, pelo número relativamente baixo de dispositivos de leis federais declarados inconstitucionais na vigência da Constituição de 1988. Em temas polêmicos como o dispositivo legal que autorizava pesquisas com embriões de células-tronco embrionárias, a lei que previa ações afirmativas em favor de negros nas universidades e o decreto presidencial que estabelecia a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a posição do tribunal "foi de autocontenção e de preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República". Barroso, no entanto, deliberadamente exclui os dados referentes à declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais. Segundo dados de 2022, o STF julgou 269 ações em sede controle direto de constitucionalidade de leis estaduais e municipais, sendo que 220 foram julgadas procedentes. Cf., https://www.conjur.com.br/2022-jul-07/indice-leis-julgadas-inconstitucionais-stf-volta-crescer

autointeresse do Legislativo, pelo *veto players* das minorias ou por interesses de certos agentes influentes, "que frustram o interesse popular" (BARROSO, 2015, p. 39).

Em um primeiro momento, essa crise de representação conduziu ao fortalecimento do Executivo. Mais recentemente, no entanto, com a expansão do Poder Judiciário, "o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais". Barroso (2015, p. 39) cita o exemplo do debate sobre o uso científico das células-tronco, que passou desapercebido no Legislativo, mas foi objeto de intensa discussão nacional quando chegou ao Supremo Tribunal Federal.

A primeira das razões enumeradas por Barroso (2015, p. 40) é a forma de recrutamento. Os magistrados são selecionados mediante concurso público, abertos a pessoas de "diferentes origens sociais", de quem se exige apenas ter cursado uma faculdade de direito. Essa forma de seleção conduziu a um "drástico efeito democratizador do Judiciário". Ao contrário, a campanha por uma vaga no Congresso Nacional exige gastos elevados, que obrigam o candidato a buscar o patrocínio de diferentes atores econômicos e empresariais. Além de elitizar a representação, tal situação pode gerar a submissão do parlamentar aos interesses privados (BARROSO, 2015, p. 40).

Ademais, os juízes possuem a garantia da vitaliciedade, o que indica que eles não estão sujeitos às "vicitudes" da política eleitoral e às tentações populistas. Eles também não podem instaurar de ofício procedimentos judiciais, devendo ser provocados pelas partes interessadas. Outro ponto importante é que eles estão adstritos aos pedidos formulados pelas partes, devendo ouvir sempre todos os interessados. Por fim, as decisões judiciais devem ser sempre motivadas, razão pela qual elas jamais serão "um ato de pura vontade discricionária"[347] (BARROSO, 2015, p. 40).

Ainda que o fato de as cortes não estarem sujeitas as mesmas "vicitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes" não seja por si uma garantia de que elas "se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade", a análise empírica supostamente demonstra o ponto. Barroso (2015, p. 41) cita como exemplos a vedação

[347] Nesse ponto, Barroso (2015, pp. 40-1) se socorre da concepção de Alexy, já mencionada no segundo capítulo desse trabalho, "que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele [i.e., Alexy], a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui legitimação discursiva, que é projeto de institucionalização da razão e da correção".

ao nepotismo nos três poderes[348]; a determinação da perda de mandato em caso de infidelidade partidária[349] e a proibição do financiamento de campanha por pessoas jurídicas[350].

Além desse papel representativo, o Poder Judiciário, em especial as cortes constitucionais, "desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra" (BARROSO, 2015, p. 42). Os juízes, em especial, os juízes constitucionais, na visão de Barroso, encarnariam uma espécie de "astúcia da razão" (*List der Vernunft*) hegeliana, capazes não apenas de compreender o Espírito de sua época e de seu povo, como também de fazer o Espírito do mundo avançar (HEGEL, 2008, pp. 32-3).

Para Barroso (2015, p. 42), essa condição de "vanguarda iluminista" é legitimada sempre quando estiver em jogo a "proteção de um direito fundamental à igualdade". O jurista afirma que em "alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário". Dessa forma, é "preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário" (BARROSO, 2018). É nesse contexto que se insere a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais e a permissão para a interrupção da gestão de fetos anencefálicos.

Arguelhes (2017, p. 83), em artigo crítico à exposição de Barroso, aponta que "uma instituição não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de modo a se legitimar por ignorar o clamor popular e por atender a esse mesmo clamor". Ao tentar superar a

---

[348] Em 2005, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou resolução, de nº 7/2005, que vedava a prática de nepotismo no Poder Judiciário, argumentando que ela violava os princípios da impessoalidade e da moralidade previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Em vários Estados, entretanto, os tribunais concediam liminares afastando a validade da resolução, sob a alegação de que o CNJ teria exorbitado sua competência regulamentar. Para pacificar a questão, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12. Ao julgar a ação, o STF reconheceu o poder normativo do CNJ e foi além, editou a Súmula Vinculante nº 13, que estendeu a vedação a todos os poderes, não apenas ao Judiciário.

[349] No segundo mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva (2007-2010), o governo buscou aumentar sua base parlamentar e criou incentivos para que diversos deputados federais migrassem de partidos de oposição para partidos da situação. O PPS, o DEM e o PSDB foram os partidos que mais sofreram com essa medida. Visando tomar de volta o mandato desses deputados, esses partidos impetraram, respectivamente, os Mandados de Segurança (MS) nº 26.602; nº 26.604 e nº 26.603, alegando que o partido pertencia ao partido e que os parlamentares teriam cometido um ato de infidelidade partidária. A maioria do tribunal decidiu que a troca de partido no decorrer do mandato constituía de fato infidelidade partidária e deveria implicar na perda de mandato do parlamentar, muito embora essa hipótese não estivesse prevista no art. 55 da Constituição Federal.

[350] O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650 questionando diversos dispositivos da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que permitiam a doação de pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais. O tribunal julgou procedente o pedido, afirmando que a prática violava os princípios da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

dificuldade contramajoritária a partir de suas "lentes tripartidas"[351], Barroso parece afirma que "o destino do STF é ser legítimo". Como coloca o autor:

> [...] o Supremo se torna um alvo móvel: estou contra o Congresso, mas a favor da opinião pública, então não há problema. Ou estou contra a opinião pública, mas a favor de direitos fundamentais – então, novamente, não há problema. Ou ainda: estou contra a opinião pública, e contra o Congresso, mas estou atuando como "vanguarda iluminista" (ARGUELHES, 2017, p. 89).

Os três modos de atuação da Corte "formam uma rede de segurança incontornável" (ARGUELHES, 2017, p. 90). Assim, apesar de Barroso admitir que o Judiciário pode errar, não há espaço em sua teoria para "incorporar os erros que uma instituição politicamente independente pode cometer em uma democracia" (ARGUELHES, 2017, p. 83). A teoria de Barroso aparece como um importante fator de risco porque oferece ao magistrado "vários caminhos possíveis, ainda que potencialmente contraditórios, para legitimar suas decisões" (ARGUELHES, 2017, p. 103).

Outro autor que teceu críticas a Barroso foi Limongi (2018). Quando Barroso afirma que o Judiciário é capaz de atender às "demandas sociais que não foram atendidas pelo Legislativo", ele atribui àquele poder um papel que "é enorme, quando não ilimitado". Afinal, não há critério para definir, a *priori,* quais sejam "as verdadeiras demandas sociais". Essa é matéria, por excelência, do debate político, não da função jurisdicional. Pensar de outro modo, é admitir que não há área da política que não esteja alheia ao controle judicial.

O papel iluminista dos tribunais proposto por Barroso é, segundo Limongi (2018), um estratagema que visa justificar a substituição da soberania popular, exercida pelos representantes eleitos pelo povo, pela supremacia judicial. Apesar de Barroso afirmar que essa função deve ser exercida com "parcimônia e autocontenção", existe aí uma contradição: afinal, "pode alguma instituição que acredita representar 'a razão humanista' se 'autoconter?'"

A retórica de Barroso "se baseia em diagnósticos correntes e disseminados sobre a natureza do conflito social e político que divide a sociedade brasileira". No fim, tudo se resumiria a um conflito entre o iluminismo e o obscurantismo, entre o moderno e o atraso. O lado que representa o progresso está sempre certo e se esse progresso não chega é porque contra ele existem "resistências oligárquicas". Ou seja, Barroso reduz o conflito

[351] O autor faz referência aos três papéis que Barroso atribui aos tribunais: contramajoritário, representativo e iluminista.

político a uma visão maniqueísta entre o moderno e o atrasado, apagando as divergências legítimas que existem em uma sociedade (LIMONGI, 2018).

Não obstante as críticas, o certo é que o discurso neoconstitucionalista, em especial na versão proposta por Barroso, focada na supremacia judicial, passou a ser dominante na academia. A partir da proliferação dos cursos jurídicos e a expansão da pós-graduação, ele ultrapassou o ambiente acadêmico e "obteve entusiástica repercussão dentro das corporações judiciárias" (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 54). A sua mensagem era evidente: cabe as elites jurídicas, através de um ativismo bem temperado, lutar pela efetividade dos princípios constitucionais, colocando o país no caminho da civilização (CHALOUB; LYNCH, 2018, p. 268).

Nas palavras de Oliveira (2022, p. 175), as duas premissas do neoconstitucionalismo, quais sejam, 1) a de que "toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional; e 2) de que o tribunal constitucional é um "representante político discursivo", conduzem a "uma ampla domesticação judicial da política. Não por acaso, ele será amplamente popular entre as elites judiciais demais integrantes do sistema de justiça, já que:

> [...] com fundamento nessa visão alargada de 'supremacia da Constituição', podem expandir seus próprios poderes políticos de normatização e gestão, protegidos sob a retórica da efetividade da Constituição" (OLIVEIRA, 2022, p. 175).

Lynch e Cassimiro (2022, pp. 38-9) destacam o papel que as "vanguardas modernizadoras" sempre ocuparam na cultura política brasileira. Sempre quando se acreditava que a classe política tinha se tornado um obstáculo à modernização do país, surgiam novos protagonistas, a quem se atribuía a tarefa de regenerar a república. Na história brasileira, esse papel já havia sido desempenhado pelos engenheiros e pelos bacharéis, pelos tecnocratas e, em especial, pelo militar positivista. Os heróis agora eram o juiz e o promotor, agentes estatais que atuariam contra a impunidade, "respondendo apenas à própria consciência iluminada pela Constituição".

O perfil ideológico e motivações desses "bacharéis ilustrados" certamente indicaria que eles ingressariam na carreira jurídica propriamente dita; no entanto, os obstáculos opostos pela atual massificação da política, incentivou-os a operarem dentro do próprio Estado, a partir das instituições e instrumentos judiciários estabelecidos pela nova Constituição. Segundo Lynch (2017, p. 163):

> Oriunda geralmente da classe média, legitimados intelectualmente pela aprovação em concurso público, e legalmente pelo papel de representantes funcionais da sociedade civil, esses promotores e juízes têm verdadeira ojeriza à política profissional, especialmente os ocupantes de cargos legislativos. Vistos como pragmáticos, incultos e mal-intencionados, os políticos profissionais viveriam exclusivamente da exploração de um eleitorado pobre e ignorante, desprezando as aspirações cívicas da sociedade civil, entendida como "classe universal". Imbuídos de um idealismo constitucional, os novos tenentes desejam regenerar a "pureza" das instituições constitucionais de 1988, corrompidas pelos políticos "carcomidos".

Essa confiança desmedida nos agentes judiciários não é recente. Lynch (2021, p. 84) aponta que na história republicana brasileira existe uma "disputa entre magistrados e militares em tonro da herança jacente do antigo poder imperial". Os primeiros republicanos, constituintes de 1891, enxergavam no Supremo Tribunal Federal o sucessor do "poder moderador" imperial, o "poder que", nas palavras de Rui Barbosa, "vela pela observância das divisas constitucionais entre os três poderes políticos do Estado"[352] (*apud* LYNCH, 2021, p. 90).

Para Rui Barbosa, o Poder Judiciário era um poder político, mas exercido sob as formas judiciais. Assim, ele julgava que a divisão tradicional entre questões políticas e questões jurídicas, levantada por aqueles que queriam limitar o controle do Judiciário sobre os atos dos demais poderes, não passava de artificialismo[353]. Secundando o jurista baiano, também Pedro Lessa comungava da ideia de que a autoridade superior par a interpretações da lei e do modo em que se deve interpretar a justiça reside nos juízes, jamais no presidente da república[354] (LYNCH, CASSIMIRO, 2022, p. 41).

---

[352] Em discurso perante o Supremo Tribunal Federal, proferido em abril de 1892, Rui Barbosa (1936, pp. 90-1) declarou: "Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão de Estado, resumimos-lhe a função específica dessa ideia".

[353] No corpo da petição inicial do *Habeas Corpus* nº 300, impetrado por Rui Barbosa contra prisões decretadas pelo Presidente Floriano Peixoto durante o estado de sítio, o jurista baiano consignou: "Nem se argumente contra o *habeas-corpus* com a consideração de que o estado de sítio é uma medida política, e deve pertencer, conseguintemente, ao número das que a jurisprudência dos Estados Unidos veda à competência do Supremo Tribunal. A evasiva não procede. O juiz COOLEY, enumerando as questões compreendidas nessa exceção à autoridade reparadora da justiça federal, classifica sobre este título: 'as questões relativas à existência da guerra e ao restabelecimento da paz, à ocupação do território estrangeiro, à autoridade dos embaixadores e ministros de outros países, à admissão de um Estado ao seio da União, à restauração das relações constitucionais entre o govêrno da República e o de Estados insurgentes, aos limites da jurisdição de potências estrangeiras, ao direito de agrupamentos de índios a serem considerados como tribos'. Como se vê, todas essas questões são *puramente* políticas. E só as questões *puramente* políticas são impenetráveis à defesa apoiada na justiça federal. [...] Mas os casos que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem *direitos individuais*, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo. [...] Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres" (BARBOSA, 1936, pp. 40-2).

[354] Na obra *O poder judiciário*, Lessa (2015, p. 2), em termos semelhantes aos de Barbosa, afirma que o Poder Judiciário se diferencia dos demais remos de poder "pela natureza da função por ele exercida, *ratione*

Essa visão, no entanto, não prevaleceu, tendo sido sufocada, primeiro pelo autoritarismo do governo de Floriano Peixoto, depois pelo pacto oligárquico entre as elites estaduais promovido por Campos Salles (a chamada "política dos governadores"). Aos conservadores republicanos, um presidente da república forte, apoiado pelas bancadas estaduais no Congresso, parecia mais adequado do que um tribunal que julgasse de forma imprevisível sobre "temas cruciais como intervenção federal, estado de sítio e eleições" (LYNCH, 2021, p. 90).

A instabilidade do governo Hermes da Fonseca, que durante seu quadriênio presidencial suspendeu a "política dos governadores", deu novo folego ao judiciarismo. À louvação do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, como o "poder moderador" republicano, somou-se um discurso de combate ao *establishment* da República Velha, que foi incorporado por Rui em sua "campanha civilista". Nessa condição, ele será essencial para legitimar os movimentos tenentistas durante a década de 1920 e, por conseguinte, a Revolução de 1932 (LYNCH, CASSIMIRO, 2022, p. 42).

Nas décadas seguintes, o judiciarismo se associou com o liberalismo conservador em contraposição, primeiro, ao Estado Novo, depois, à República "Populista". Afonso Arinos, Bilac Pinto e Alimar Baleeiro, os "bacharéis" da União Demcrática Nacional (UDN), mantiveram uma dura oposição ao getulismo sempre empunhando um discurso que denunciava a corrupção do governo. Mas o judiciarismo também encontrou lugar entre os "esquerdistas" moderados, como Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e San Tiago Dantas.

Porém, naquele momento o judiciarismo enfrentou uma concorrência desleal: as forças armadas colocaram a si mesmas no papel de "poder moderador" da República. O regime militar significou um duro golpe para a independência do Judiciário, sendo que o Ato Institucional (AI) nº 1, editado nos primeiros dias da "revolução", já suspendia as garantias de vitaliciedade e estabilidade e limitava o controle jurisdicional sobre os atos do Executivo que impunham sanções de demissão ou dispensa de servidores públicos.

O judiciarismo iria ressuscitar anos depois, com o ambiente favorável proporcionado pela redemocratização e pela Constituição de 1988. Mas seu impulso definitivo veio com o "terremoto político" decorrente dos acontecimentos de junho de 2013. As manifestações jogaram em descrédito toda classe política brasileira e fizeram

---

numeris, e não pela natureza da matéria, *ratione materiae*. Não há assuntos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem executiva, ou judiciária". Ademais, Lessa (2015, p. 3) enxergava o Judiciário como "igual, ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes".

ruir o edifício institucional construído durante a década de 1990. Nesse momento, muitos operadores jurídicos, já bastante habituados em interferir nas políticas públicas pela judicialização da política, assumiram para si a tarefa de refundar a república com base nos princípios republicanos consagrados na Constituição (CHALOUB; LYNCH, 2018, p. 272).

O estopim dessa "revolução judiciarista" foi a operação Lava-Jato. Independemente de seus resultados posteriores, a operação do Ministério Público Federal (MPF) revelou o esqueleto do financiamento de campanha eleitoral no Brasil. No íntimo, essas revelações não eram novidade para ninguém; como aponta Carazza (2018, p. 12-5), é possível estabelecer um nexo de continuidade entre as denúncias da Lava-Jato e outros casos de corrupção da década de 1990, como o esquema PC Farias e o escândalo dos "anões" do orçamento. O que mudou foi o *modus operandi* dos agentes judiciários.

Os procuradores federais responsáveis pelas investigações não apenas se valeram de uma série de instrumentos novos de combate à corrupção que foram aprovados no rescaldo das jornadas de junho, como também utilizaram uma estratégia de vazamentos constantes de informações para os órgãos de imprensa. E artigo publicado anos antes de ser encarregado da Lava-Jato, Moro (2004, p. 59), relatando a experiência italiana de combate à corrupção com a operação *mani pulite*, destacou a importância da imprensa para as investigações:

> A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. [...] As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*.

O juiz e procuradores envolvidos na operação Lava-Jato se atribuíam um papel messiânico; eles viram ali "uma oportunidade histórica de derrotar a corrupção num campo de batalha onde outras operações fracassaram" (NETTO, 2016). No panfleto em que narra sua perspectiva das investigações, Dallagnol (2017), o responsável pela força-tarefa do MPF, afirmou que até então sua carreira como procurador da República tinha "um ponto em comum com a história do Brasil: ambas são histórias de fracassos na luta contra a corrupção". Era chegada a hora de fazer justiça.

Dallagnol (2017) se comparava com Davi em seu embate com Golias. Era assim que, segundo ele, o brasileiro via a luta contra a corrupção: de um lado, cidadãos e

profissionais do combate ao crime; de outro, a gigantesca corrupção fortalecida pelo cinismo, por um sistema de Justiça ineficaz e um sistema político que estimula o conchavo. E para parcela da sociedade, era justamente isso que a operação representava, um desafio bem-sucedido do tenentismo togado contra as instituições corruptas.

Limongi (2023) anota que:

> Na concepção dos seus mentores, a operação deveria funcionar como um *showcase*, uma demonstração de que era possível punir corruptos. O objetivo era obter algo duradouro, uma reforma da legislação penal e processual que permitisse a institucionalização da força-tarefa. Em outras palavras, o projeto era dotar o MPF com as armas necessárias para fazer do combate à corrupção uma tarefa cotidiana[355].

A corrupção era resultado da impunidade e da inefetividade da aplicação da lei. Como sabem que não serão punidos, os corruptos tendem a elevar cada vez mais a aposta. O político desonesto sobrevive, o honesto desaparece. Era essencial, portanto, uma reforma de todo sistema de justiça; a lei processual e criminal era a verdadeira causa da corrupção generalizada que assola o País. "Reformas como as 10 Medidas são boas sementes para construirmos um ambiente desfavorável à corrupção" (DALLAGNOL, 2017).

Na imprensa, a imagem dos responsáveis pelas investigações, em especial a de Moro, começa a ser trabalhada com contornos heróicos. Nas revistas semanais, manchetes destacavam que "o juiz Sergio Moro empareda políticos e empresários poderosos – e lidera uma revolução que tem tudo para pôr fim à impunidade crônica dos corruptos brasileiros"[356]. Nas manifestações contra a corrupção, ele era retratado em bonecos infláveis como um super-herói, com capa e tudo[357].

A operação Lava-Jato teve participação importante no *impeachment* da presidente Dilma Roussef em 2016. Como demonstra Limongi (2023), no início daquele

---

[355] Não por acaso, o livro de Dallagnol (2017) é uma defesa aberta do projeto legislativo denominado por ele como "10 Medidas Contra a Corrupção": "O impacto que a corrupção representa na vida de milhões de brasileiros é fonte de constante indignação. Essa foi minha razão para escrever este livro. A diminuição dos índices de corrupção depende de reformas, como a do sistema político e a do sistema de Justiça Criminal. E a realização das reformas depende de nós. Nessa direção, para fechar as brechas da lei que proporcionam, em regra, a impunidade de corruptos e corruptores, estive à frente, junto com outros colegas do Ministério Público, da elaboração das propostas legislativas que ficaram conhecidas como 10 Medidas Contra a Corrupção. À medida que conto histórias de sucesso e fracasso na luta contra a impunidade, apresento ao fim de cada capítulo a ideia básica de uma medida que melhora a atuação da Justiça contra réus de colarinho branco".

[356] Capa da Revista Época, 4 de julho de 2015. A reportagem pode ser conferida no link: https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/o-juiz-sergio-moro-lidera-uma-revolucao-no-combate-corrupcao-no-brasil.html

[357] https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/delacoes-nao-premiadas/sergio-moro-ganha-boneco-de-12-metros-vestido-de-super-homem-em-mato-grosso/

ano a presidente tinha conseguido uma trégua com o Congresso Nacional e o principal partido de oposição, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), "passou a centrar fogo na 'agenda positiva'", fazendo cálculos mirando as eleições de 2018. O *impeachment* parecia um assunto retirado de pauta e a perspectiva era de "mais três anos com Dilma"[358].

A Lava Jato, no entanto, não aceitou essa acomodação política e declarou guerra a Dilma ao seu governo. Pela primeira vez as investigações envolviam fatos que ocorreram no governo Dilma Roussef e atingiram os marqueteiros de sua campanha eleitoral de 2014, João Santana e Mônica Moura. "Curitiba avisara à praça que não aceitaria compromissos, que iria até o fim". A pá de cal foi a a autorização que Moro concedeu para a divulgação do conteúdo de uma conversa entre a presidente e o ex-presidente Lula acerca de sua nomeação para o cargo de ministro da Casa Civil (LIMONGI, 2023).

Após o *impeachment* de Dilma, seguiu-se "a fase jacobina da Revolução" (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 56). Afastada a presidente e com Partido dos Trabalhadores (PT) fora do governo, a expectativa era de que as coisas "passariam a correr dentro dos trilhos" (LIMONGI, 2023). Michel Temer, o vice-presidente, assume com o apoio da maior parte dos partidos que apoiavam a presidente anterior[359]. O *impeachment* era visto pela classe política como uma "forma de impor controles à Lava Jato". Faltou combinar com o MPF, em especial com o Procurador-Geral da República (PGR) (LIMONGI, 2023).

Para Rodrigo Janot, ocupante da PGR à época, o alvo era a cúpula do PMDB; logo, o *impeachment* representou uma derrota para seu grupo. O ápice de sua estratégia foi o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, o até então todo-poderoso Eduardo Cunha. Em seguida, a PGR voltou suas cargas para o grupo do PMDB no Senado, formado pelos senadores Renan Calheiros (presidente da Casa Legislativa na época), Romero Jucá (principal articulador político do governo Temer) e José Sarney[360].

---

[358] Limongi (2023) cita a coluna da jornalista Eliane Castanhêde no jornal Estado de São Paulo de 21 de fevereiro de 2016: "Chegamos, então, à perspectiva de mais três anos com Dilma, num 2016 de dar medo. [...] As expectativas são desanimadoras na econômica, a política está para se livrar de Eduardo Cunha, mas nem por isso vai virar uma maravilha".

[359] Segundo Limongi (2023), mantiveram-se na base do governo o PMDB, o PSD, o PTB, o PRB, o PP e o PR. Três partidos de esquerda, o PT, o PCdoB e o PDT migraram para a oposição. Por outro lado, PSDB, DEM e PPS, que eram oposição a Dilma, passaram para asituação.

[360] A ofensiva da PGR contra esses senadores tinha por base gravações efetuadas por Sérgio Machado, presidente da Transpetro, de conversas que revelavam a intenção dos parlamentares de atrapalhar as investigações. Janot chegou a pedir a prisão de Renan e Jucá e a colocação de uma tornozeleira eletrônica em Sarney, mas os pedidos foram negados pelo Ministro Teori Zavascki (LIMONGI, 2023).

Com Renan Calheiros, o judiciarismo revolucionário teve seu primeiro revés. A pedido do Partido Rede, o Ministro Marco Aurélio de Mello determinou o afastamento do presidente do Senado, por entender que, por responder a uma ação penal, ele não poderia ocupar a linha sucessória presidencial[361]. A Mesa Diretora do Senado, no entanto, recusou-se a cumprir a decisão liminar[362]. Temendo que a ordem seria desobedecida, o plenário do STF revogou a decisão, ressalvando apenas que Renan não poderia assumir a presidência da República[363] (LYNCH; CASSIMIRO, 202, p. 57).

A última cartada de Janot contra o PMDB foi a divulgação das gravações entre o empresário Joesley Batista e Temer, em que o presidente sublinhava a necessidade de subornar Eduardo Cunha para demovê-lo de fazer uma delação premiada. O PGR esperava que os áudios forçariam a renúncia de Temer e assegurariam a continuidade do movimento revolucionário, que já sofria investidas por parte dos setores conservadores. Janot visava também assegurar que o próximo presidente escolhesse seu favorito, Nicolao Dino, para substituí-lo na PGR (LYNCH; CASSIMIRO, 202, p. 61).

A tática de Janot inviabilizou o governo Temer; dali em diante, "o presidente se ocupou exclusivamente de sobreviver" (LIMONGI, 2023). No entanto, ela foi incapaz de conter o esfriamento da revolução judiciarista. A sucessora de Janot no cargo de PGR, Raquel Dodge, tratou de domesticar o MPF e a Lava Jato. Somou-se a isso a nomeação de Alexandre Moraes, Ministro da Justiça de Temer, para a vaga aberta por conta da morte do Ministro Teoria Zavascki e a súbita mudança de postura do Ministro Gilmar Mendes, que passou a ser um detrator dos excessos do ativismo judicial (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 59).

A reação de Gilmar Mendes e a queda de Janot representaram o Termidor da revolução judiciarista. Ela incentivou o mito de que a sociedade civil virtuosa deveria se impor contra a elite política corrompida e nesse diapasão contribuiu para a desmoralização do sistema político. O resultado é conhecido: o discurso antissistema engoliu os partidos tradicionais e conduziu à presidência um "falso Bonaparte", um político profissional que sobrevivia até então da nostalgia do período militar (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 66).

---

[361] ADPF nº 402.
[362] https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/528771/noticia.html?sequence=1
[363] https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/07/stf-mantem-renan-calheiros-na-presidencia-do-senado

Mas apesar de seu ocaso atual, a revolução judiciarista gerou seus frutos. Durante o período de conturbação vivido entre 2013 e 2018, e mesmo depois, a crise serviu para que o Supremo Tribunal Federal se impusesse definitivamente como um agente político-populista. Como se verá a seguir, parte dos seus ministros buscou legitimar sua atuação em assuntos sensíveis da esfera pública, especialmente aqueles envolvendo a classe política, recorrendo, em seus votos e manifestações públicas, à retórica populista.

5.3 DO PASSIVISMO AO ATIVISMO JUDICIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ATOR POLÍTICO RELEVANTE

O Supremo Tribunal Federal nasceu acuado no meio dos conflitos políticos da primeira República. Suas funções haviam sido definidas pelo Decreto nº 848 editado pelo governo provisório comandado por Deodoro da Fonseca tendo por inspiração a Suprema Corte norte-americana e, portanto, com atribuições bem mais amplas do que aquelas concedidas ao extinto Supremo Tribunal de Justiça na Constituição de 1824[364]. Ainda assim, seus primeiros integrantes, a maioria oriunda da corte imperial, encontraram imensas dificuldades para se adaptar ao novo modelo.

A criação do Supremo Tribunal de Justiça, prevista no art. 163 da Carta Imperial, deu-se apenas em 18 de setembro de 1828. O tribunal era composto por 17 juízes letrados, escolhidos por antiguidade nas relações e suas atribuições eram conceder ou denegar revista; decidir conflitos de competência entre os tribunais de relação e julgar "delitos e erros de ofício" de certas autoridades judiciais, diplomatas e presidentes de província. Na medida em que a Constituição declarava que era competência do Legislativo a interpretação da lei, as decisões do Tribunal não possuíam eficácia *erga omnes*, não

[364] A Constituição Imperial de 1824 dedicou seu Título VI ao então chamado Poder Judicial. No entanto, muito embora o art. 10 prescrevesse que "os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial", na prática, o Judiciário não era um poder independente, já que sujeitava a vitaliciedade dos magistrados ao arbítrio do Imperador e lhes negava a inamovibilidade. O Executivo, portanto, podia aposentar juízes que agissem em desacordo com seus desígnios, como aconteceu no caso do "desembarque de Serinhaem", quando o Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, determinou a aposentadoria compulsória de dois magistrados e a transferência de um terceiro juiz da Relação de Pernambuco que, em julgamento da violação da lei que punia e suspendia o tráfico de escravos de 1850, absolveram os réus, pessoas importantes na Província, que o governo entendia serem culpados pelo desembarque clandestino de africanos. Alguns anos depois, o Visconde de Sinimbu, como Ministro da Justiça, tentou empregar o mesmo remédio amargo contra vários integrantes do Supremo Tribunal Federal; a iniciativa somente não logrou êxito por conta da reação intensa do Senado (NOGUEIRA, 2015, p. 27).

havendo, portanto, um tribunal que unificasse a jurisprudência (NOGUEIRA, 2015, p. 29).

Por outro lado, a Constituição republicana de 1891 dotou o Supremo Tribunal Federal de amplos poderes. Caberia a ele processar e julgar os crimes comuns do presidente da República, as causas e conflitos entre a União e os Estados e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União e os Estados. Além disso, julgaria, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes federais e, em última instância, as sentenças das Justiças dos Estados quando se questionasse a validade da aplicação de tratados e leis federais ou se contestasse a validade de leis ou de atos do governo ou do Estado em face da Constituição ou das leis federais.

Futuro integrante da Corte, Uchôa Cavalcanti (1902, p. 223) define a sua nova configuração do seguinte modo:

> Antes julgava ele [o judiciário] somente *secundum legem*, passou a julgar também *de legibus*, e eis tudo. Cabia-lhe, nos casos controversos que lhe eram levados, aplicar aos fatos a lei existente, fosse qual fosse, sem mais exame que o necessário para sua inteligência. Foi agora investido do poder de conhecer igualmente da *legalidade da lei*, isto é, se o ato legislativo está dentro dos limites do poder que o decretou, se não lhe excede as raias da competência, se não há nele *defectus potestatis*; e com essa faculdade deu-se-lhe a de, verificando esse defeito (e para o juiz *nullus est major*), pronunciar a nulidade do ato[365]. [Grifos no original]

A primeira composição do novo tribunal contou com 15 ministros, muitos dos quais septuagenários e sexagenários[366] e oriundos dos quadros do extinto Supremo Tribunal de Justiça. Apesar de extintos pela nova Constituição, quatro ministros mantiveram seus títulos nobiliárquicos; "o Supremo nasceu com um visconde e três barões em sua composição"[367]. O exercício de competências mais alargadas representou um desafio para os ministros, "que nunca deram provas de amor ao regime republicano" (RECONDO, 2018, p. 10).

O Tribunal foi instalado solenemente no dia 28 de fevereiro de 1891 na Rua do Lavradio, onde antes funcionava seu antecessor. Era um prédio que, segundo Boechat

---

[365] A redação foi adaptada pelo autor à regras ortográficas atuais.

[366] Venâncio filho (2011, p. 93) anota que, entre os nomeados, quase todos pertenciam à geração que nascera na década da independência. "O Visconde de Sabará nascera em 1817; Luis Correia de Queirós Barros, no mesmo ano; Inácio José de Mendonça Uchoa, em 1820 e Tristão de Alencar Araripe, em 1821. Outros estavam próximos dos sessenta: João Antônio de Araújo Freitas Henriques nascera em 1822; Antônio de Sousa Mendes, em 1823; João José de Andrade Pinto, em 1825; Joaquim Francisco de Faria, também em 1825 e Luis Antônio Pereira Franco, em 1826".

[367] Eram eles o Visconde de Sabará e os Barões de Sobral, Pereira Franco e Lucena (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 194).

Rodrigues (1991, p. 8), "primava pela pobreza e desconforto". A maioria dos nomeados pouco se demoraria no novo tribunal; entre 1891 e 1897, foram nomeados trinta e nove ministros, sendo que muitos tomavam posse e em seguida renunciavam, por não se adaptar às exigências republicanas ou porque lhes parecia que a política e a advocacia fossem carreiras mais atraentes, além de mais bem remuneradas.

Ademais, os ministros da época estavam pouco acostumados com o modelo de jurisdição calcado na experiência norte-americana. Recondo (2018, p. 12) narra o episódio do encontro entre o Ministro Joaquim da Costa Barradas e Rui Barbosa. Noticiava-se que o advogado baiano impetraria *habeas corpus* contra determinado ato do presidente Floriano Peixoto. O ministro então lhe perguntou se essas decisões do Executivo eram passíveis de sindicância pelo Judiciário. Rui lhe respondeu:

> É que no regime de agora, não só os atos administrativos, mas até os legislativos, em sendo contrários à lei constitucional, são nulos, e a Justiça é o poder competente para declarar a nulidade, pronunciando-lhes a inconstitucionalidade.

Barradas, apesar de versado nas letras jurídicas, com conhecimento da literatura alemã e francesa adquirido na Faculdade de Direito do Recife, percebeu que não estava preparado para o Supremo do novo regime. Solicitou à Rui obras de referência para lhe dar suporte. Esse, por sua vez, foi até uma livraria e comprou o livro *The Supreme Court of the United States: Its History*, escrito por Hampton Carson, para presentar o ministro.

Apesar de suas boas intenções, o ministro teria pouca oportunidade para colocar em prática a lição de Rui. É que naquele mesmo período o presidente da República, Floriano Peixoto, investia contra o Supremo, tentando encurralá-lo. Floriano havia sido eleito indiretamente para o cargo de vice-presidente em fevereiro de 1891[368]; em 23 de novembro assumiu a presidência, após a renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca depois de uma fracassada tentativa de fechar o Congresso e instaurar o estado de sítio no dia 3 daquele mesmo mês.

[368] Após a Proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, foi instituído, pelo Decreto nº 1/1889, o governo provisório, chefiado pelo Marechal de Campo Manoel Deodoro da Fonseca, que teve como subchefe Rui Barbosa, que era também Ministro da Fazenda. O Marechal, entretanto, em que pese sua trajetória valorosa como soldado e sua inegável probidade, era dotado de especial inépcia política, o que o indispôs com o legislativo logo nos primeiros dias de governo. Nas eleições indiretas de 25 de fevereiro de 1891, Deodoro foi eleito pelo Congresso Nacional em detrimento à candidatura de Prudente de Morais, provavelmente para evitar uma revolta militar em favor do Marechal. Ainda assim, seu candidato à vice-presidência, o Almirante Eduardo Wandenkolk, foi fragorosamente derrotado por Floriano Peixoto, para contrabalancear com esse o prestígio militar de Deodoro (BALEEIRO, 2015, p. 36).

Ao assumir a presidência, "Floriano não se julgou obrigado a convocar as eleições que, mesmo segundo os críticos mais isentos, a Constituição muito claramente determinava"[369] (PORTO, 2019, p. 57). Ao mesmo tempo que normaliza as relações com o Congresso, anulando o ato de Deodoro que determinou seu fechamento, Floriano apoia uma intervenção branca nos Estados, que impõe a derrubada dos governadores[370]. Instado a se posicionar sobre as deposições, o Supremo julga-se incompetente, por entender que se tratava de "matéria de natureza meramente estadual" (RODRIGUES, 1991, p. 15).

Em vários Estados há sublevação, o que aumenta a tensão no País; no dia de 6 de abril de 1982, 13 generais do Exército e da Armada assinam um manifesto exigindo a realização de eleições, como ditava a Constituição. No dia seguinte, Floriano edita decreto demitindo os generais de suas respectivas comissões e os reforma administrativamente. No dia 10, o estado de sítio é declarado e o presidente determina numerosas prisões e desterros, incluindo generais e parlamentares, que se estende inclusive após cessada a medida de emergência (RODRIGUES, 1991, p. 18).

É contra esse ato que Rui Barbosa impetra no STF o *habeas corpus* nº 300, que já mencionamos em nota no tópico anterior. A imprensa governista denunciava a medida como inoportuna, uma vez que os "atos enérgicos de repressão" se justificavam ao "bem da ordem social e da segurança pública" (RODRIGUES, 1991, p. 18). O tribunal se reuniu no dia 23 de abril em clima de tensão. Conta-se que Floriano fez chegar aos ministros a seguinte declaração: "Se os juízes do tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão" (RECONDO, 2018, p. 13).

O governo federal venceu por maioria, tendo prevalecido o voto do relator, justamente o Ministro Costa Barradas, que concluiu que o Supremo não poderia intervir em uma questão essencialmente política. Sua opinião foi seguida por outros dez ministros, com voto divergente do Ministro Pisa e Almeida; segundo ele, a lei imperial já determinava que o governo só poderia prender e conservar alguém preso, sem processo judicial, durante o estado de sítio. "Não se pode admitir que a Constituição republicana

[369] O art. 42 da Constituição dispunha: "Se, no caso de vago, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houveram ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á nova eleição".
[370] Carone (1983, p. 72) observa que a queda dos governadores decorre, em primeiro lugar, da dualidade existente entre as representações federais e os governos estaduais: a maioria desses havia sido nomeada por Deodoro, enquanto a maior parte dos deputados federais e senadores tinham sido eleitos antes da nomeação de diversos governadores. Acrescenta-se a isso o fato de que o governo federal não podia admitir a continuidade de governos estaduais que haviam apoiado o golpe ditatorial de Deodoro.

seja interpretada e executada de modo menos liberal, e menos garantidor dos direitos e liberdades individuais, do que o foi a do Império" (*apud* RECONDO, 2018, p. 11).

No ano seguinte, Floriano impôs uma nova humilhação ao tribunal: indicou para a vaga aberta com a aposentadoria do Ministro Barradas o médico Barata Ribeiro. A nomeação foi feita *ad referendum* do Senado Federal, de modo que ele foi empossado e exerceu a função entre novembro de 1893 e setembro de 1894. A confirmação da nomeação, no entanto, foi recusada pela Casa Legislativa, que entende que a Constituição, quando falava em notável saber, exigia que ele fosse, necessariamente, jurídico[371].

Poucos dias antes da recusa de Barata Ribeiro, nomeou, juntou com outros quatro nomes, o general Innocencio Galvão de Queiroz e o subprocurador da República Antônio Caetano Seve Navarro, que também não foram aprovados. Ao general, aplicou-se o entendimento que exigia o notável saber jurídico[372]. As razões para a recusa de Seve Navarro são mais obscuras; ele tinha atuado como advogado, juiz e promotor no Rio Grande do Sul, além de ter servido como deputado estadual em várias legislaturas, o que indica que a motivação tenha sido estritamente política[373] (CRUZ OLIVEIRA, 2009, p. 75).

Diante das constantes recusas, Floriano simplesmente deixou de efetuar as indicações necessárias para completar o tribunal e deixou de nomear o presidente do Tribunal. Assim, a corte ficou impedida por meses de realizar sessões, uma vez que não havia o quórum necessário para iniciar os julgamentos (RECONDO, 2018, p. 13). A situação da corte foi normalizada durante o governo de Prudente de Morais (1894-1898), que regularizou as nomeações para as vagas em aberto. A partir de 1897, a composição do tribunal atinge uma estabilidade; dos quinze ministros que tinham assento no final

---

[371] O parecer que embasou a recusa foi elaborado pelo senador João Barbalho Uchôa Cavalcanti, futuro ministro da corte. Nele consta: "Considerando que esse alto conselho nacional, conservador da Constituição, das leis, das garantias e direitos dos Estados e dos indivíduos não poderá desempenhar sua grandiosa missão, si em pessoas menos aptas recahir a nomeação dos que a devem compor, sendo que por isso exige a Constituição, art. 56, que os nomeados sejam pessoas de notável saber e reputação; Considerando que esse requisito de notável saber, exigido pela Constituição, refere-se principalmente á habilitação scientifica em alto grão nas matérias sobre que o Tribunal tem de pronunciar-se, jus dicere, o que supõe nos nomeados a inteira competência e sabedoria que no conhecimento de direito devem ter os jurisconsultos; [...] Considerando que mentiria a instituição a seus fins si se podesse entender que o sentido daquella expressão notavel saber, referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos independesse dos que dizem respeito á sciencia juridica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciario, v.gr. de astronomos, chimicos, architectos, etc., sem se inquerir da habilitação profissional em direito [...]" (CRUZ OLIVEIRA, 2009, pp. 71-2, nota 16).

[372] Apesar de bacharel, o general havia se dedicado a vida toda à carreira militar e ao comando de tropas e não às letras jurídicas (CRUZ OLIVEIRA, 2009, p. 75).

[373] Floriano teve ainda mais duas nomeações recusadas, mas ele não se encontrava mais no governo quando elas foram objeto de deliberação pelo Senado Federal (CRUZ OLIVEIRA, 2009, p. 76).

daquele ano, três ficaram no cargo por pelo menos mais quatro anos e oito permaneceram por pelo menos mais dez anos.

No período que se segue, são marcantes as decisões do STF que buscam consolidar e ampliar os poderes da corte. Seis anos após o julgamento do *habeas corpus* nº 300, o tribunal se deparou novamente com a questão das restrições das garantias constitucionais na decretação de estado de sítio[374]. Ao julgar o *habeas corpus* nº 1.073, a corte promove um ponto de viragem em relação a sua jurisprudência anterior. Não só admite que as imunidades parlamentares não podem ser suspensas no estado de sítio, como também afirma que as detenções decretadas durante a medida de emergência não se justificam após seu exaurimento.

O governo federal protestou contra a decisão do STF enviando mensagem ao Congresso Nacional, na qual o presidente Prudente de Morais afirmava que o tribunal tinha rompido com seus precedentes e que a decisão havia abalado "a harmonia indispensável entre os poderes". Ao contrário de Floriano, Prudente não ficou sem resposta; semanas depois da mensagem, parte dos ministros da corte emitiram nota em que rebatiam as críticas e acusavam o presidente de:

> [...] completo desconhecimento das relações que hão de existir entre os supremos agentes dos poderes públicos e a flagrante violação do respeito que o chefe de Estado deve a juízes competentes para julgá-lo (RECONDO, 2018, p. 14).

Essa mudança de postura foi impulsionada com a posse, em 20 de novembro de 1907, do Ministro Pedro Lessa. É ele o responsável por consolidar o que se convencionou chamara de a "doutrina brasileira do *habeas corpus*". Apesar de reconhecer que o fundamento do instituto era a liberdade de locomoção, ele admitia sua utilização para proteção de outros direitos, desde que relacionados com aquela liberdade (LESSA, 1915, pp. 287-8). Essa interpretação extensiva permitiu que o STF conhecesse, em sede de

[374] Em 5 de novembro de 1897, Prudente de Morais é alvo de um atentado, do qual o Ministro da Guerra, envia mensagem ao Congresso pedindo a decretação de estado de sítio, por conta de "uma conspiração contra a estabilidade do Governo da República". O parlamento sanciona o estado de sítio por 30 dias, para o território do Distrito Federal e Niterói, a partir de 12 de novembro. Em11 de novembro, ele é prolongado até 31 de janeiro de 1898 e depois até 23 de fevereiro (CARONE, 1983, p. 183).

habeas corpus, questões que tratavam da liberdade de profissão[375], de reunião[376], de imprensa[377], além da expulsão de estrangeiros[378].

No entanto, como Baleeiro (1968, p. 65) apontou, "como acontece sempre no Brasil, o exagero segue-se ao uso". De repente, o remédio constitucional passou a ser utilizado para os fins mais extravagantes, seja para reintegrar funcionários, permitir a publicação de artigos jornalísticos lidos na tribuna parlamentar durante o estado de sítio e até para que estudantes pudessem concluir seus cursos pelo regime anterior, quando a lei obrigava um novo currículo. Uma das mais graves distorções no seu uso foi para dar posse a governo ou legislativo que se dizia eleito, quando outra era reconhecida pelo órgão competente.

Esse exagero fez com que o parlamento e o governo buscassem meios de restringir a atuação do Supremo. Coube ao presidente Arthur Bernardes, eleito em 1922, a iniciativa de promover a reforma constitucional; seu objetivo "era reduzir o *habeas corpus* ao papel clássico de defesa da liberdade física, apenas, isto é, o direito de ir, vir e ficar, sem quaisquer elastérios". Depois de 1926, o § 22 do art. 72 da Constituição "passou a vigorar em termos que mataram a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*", de modo que ficaram sem guarida os "pedidos de resguardo judicial contra ilegalidades e abuso de poder, fora dos casos de atentado à liberdade física do paciente" (BALEEIRO, 1968, p. 68 e p. 78).

A Revolução de 1930 tratou de impor novas modificações ao tribunal. Durante a década anterior, o STF tinha sido responsável pelo julgamento dos militares revoltosos do movimento tenentista, que se estenderam até 1929. Ao final, restaram condenados mais de cento e setenta pessoas, todas perdoadas posteriormente, com o sucesso do

---

[375] No julgamento do *habeas corpus* nº 6.373, impetrado por motorista profissional que teve sua carteira de habilitação apreendida por ato de autoridade policial, o tribunal reconheceu que a apreensão por autoridade incompetente caracterizava coação ilegal, que afetava diretamente sua liberdade de locomoção e, por consequência, sua liberdade de profissão (HORBACH, 2007, p. 94).

[376] No *habeas corpus* nº 4.781, o STF garantiu o exercício das liberdades de reunião e de opinião para viabilizar a realização de comícios populares na campanha de Rui Barbosa à presidência da República em 1919 (HORBACH, 2007, p. 97). O episódio é relatado por Baleeiro (1968, p. 64) como uma memória da adolescência quando trata da "doutrina do *habeas corpus*".

[377] Nesse caso preponderou a opinião de que a liberdade de imprensa estava entre aquelas garantias constitucionais que poderiam ser restringidas pelo estado de sítio, vencido o Ministro Pedro Lessa nos *habeas corpus* nº 3.539 e nº 3.527. Ainda assim, o tribunal, a unanimidade, assentou o entendimento que, em tempos de normalidade, era vedada a censura prévia, conforme *habeas corpus* nº 3.609, de relatoria do Ministro Pedro Lessa (HORBACH, 2007, p. 102).

[378] No *habeas corpus* nº 2.972 o STF reconheceu o direito de estrangeiro na impetração de *habeas corpus* em face de abuso de poder de expulsão pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. O tribunal, entretanto, não admitiu essa prerrogativa aos anarquistas, por não "se fixarem em parte alguma", vencido o Ministro Pedro Lessa, nos *habeas corpus* nº 4.386 e nº 5.440 (HORBACH, 2007, pp. 104-5).

levante liderado por Getúlio Vargas. A desforra viria no ano de 1931: em 3 de fevereiro, o Decreto nº 19.656 reduziu de quinze para onze o número de ministros do STF[379] e revogou o artigo da Constituição que previa que o presidente do tribunal assumiria a presidência em caso de impedimento do presidente da República[380].

A Constituição de 1934 trouxe ainda novas alterações na conformação do STF, renomeado agora de Corte Suprema[381]. Em primeiro lugar, ela estipula a aposentadoria compulsória aos 75 anos ao invés da vitaliciedade prevista na constituição anterior, estabelecendo uma idade mínima (35 anos) e uma idade máxima para nomeação (65 anos). Também previa expressamente a vedação de que o Judiciário conhecesse de "questões exclusivamente políticas".

Ainda em matéria de organização, a Constituição trouxe uma novidade importante: agora o Procurador-Geral da República (PGR) não era mais escolhido pelo presidente da República dentre os ministros da Corte, mas "dentre os cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte", com aprovação do Senado Federal. Criou-se também um Tribunal Especial para julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros da Corte Suprema e dos Ministros de Estado, quando em conexão com os do presidente.

A Constituição também inovou em matéria de controle de constitucionalidade. O art. 179 estabelecia que a inconstitucionalidade de ato normativo só poderia ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, criando a cláusula de reserva de plenário, até hoje existente. Atribuiu competência para o Senado Federal conceder eficácia *ergam omnes* para as decisões da Corte Suprema que declaravam a

---

[379] Para chegar ao número de onze ministros, foi expedido o Decreto nº 19.711, em 18 de fevereiro de 1931, que aposentou o presidente do tribunal, Godofredo Cunha (que completaria 71 anos), Edmundo Muniz Barreto (prestes a completar 67), Pires e Albuquerque (66), Pedro Mibielli (64), Pedro dos Santos (64) e Geminiano da Franca (61). Não houve reação institucional do tribunal; apenas se marcou a sessão de eleição do novo presidente e, ao final daquela sessão, os presentes aprovaram um "voto de saudade" pela saída compulsória dos colegas. O único Ministro a protestar foi Hermenegildo de Barros, que acentuou que, a partir daquela data, a corte havia perdido sua independência (RECONDO, 2018, p. 15). O decreto alegava que a aposentadoria se dava em "motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante"; no entanto, permaneceram no tribunal o Ministro Carolino Leôni Ramos, com setenta e três anos de idade e que iria vir a falecer um mês após o decreto, e os Ministros Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros, Artur Ribeiro, Soriano de Sousa, Rodrigo Octávio e Firmino Whitaker, todos com mais de sessenta e quatro anos. Somente dois ministros contavam com menos de sessenta anos: Cardoso Riberio, com cinquenta e quatro anos, que morreu no ano seguinte, e Bento Faria, com cinquenta e cinco. Essa manobra permitiu que Getúlio indicasse, antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1934, seis dos onze ministros da corte.

[380] Como apontou Baleeiro (1968, p. 115), tratava-se da "punição que o vencedor da Revolução de 1930 resolveu infligir aos Ministros do Supremo, que, como Procurador-Geral da República – o caso do da nobilíssima figura de Pires e Albuquerque – ou como julgadores, condenaram, na forma da lei, os acusados de revoluções e conspirações em 1922, 1923, 1924 e 1926".

[381] Conforme art. 63 daquela constituição.

inconstitucionalidade de ato normativo no caso concreto, solucionando um dos problemas mais graves do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1891[382] (POLETTI, 2015, p. 38).

Ao mesmo tempo, foi introduzido um caso de controle por via principal e concentrado: a representação interventiva. Essa ação importava na provocação do PGR para que a Corte Suprema tomasse conhecimento de lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse a constitucionalidade. Desse modo, a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, estava condicionada à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (BONAVIDES, 2010, p. 328).

A Constituição outorgada por Getúlio em 1937 manteve, em sua essência, a estrutura organizacional do tribunal[383], recuperando sua denominação tradicional: Supremo Tribunal Federal. Impôs, no entanto, um significativo limite à sua atuação no controle de constitucionalidade ao prever que o presidente da República poderia, em razão do bem-estar do povo ou da promoção do interesse nacional, submeter a lei declarada inconstitucional a novo exame do parlamento, que por 2/3 dos votos poderia tornar sem efeito a declaração[384]. Foi um período de submissão do Judiciário ao Executivo[385].

---

[382] A ineficiência do sistema de controle durante a vigência daquela constituição repousava em uma simples consideração de ordem histórica. É que embora nosso sistema de controle de constitucionalidade fosse calcado no modelo americano, nossas instituições jurídicas tinham inspiração no direito romano-germânico. Assim, enquanto no direito norte-americano, baseado que é na doutrina do *stare decisis*, as decisões da Suprema Corte possuem efeito vinculante e *erga omnes*, as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal não possuíam qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal valia, portanto, apenas para as partes do litígio.

[383] As alterações mais relevantes eram a possibilidade de elevação do número e integrantes da corte para até 16 ministros, a diminuição da idade máxima de nomeação de 65 para 58 anos, a redução da idade de aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos, e a extinção do Tribunal Especial, sendo que agora os crimes de responsabilidade dos ministros do STF seriam de competência do Conselho Federal (que substituía o Senado Federal nessa Constituição).

[384] O ditador utilizou dessa prerrogativa pelo menos uma vez, e de modo diverso do previsto na Constituição. O Decreto nº 19.723 de 1931 estabeleceu que os rendimentos dos funcionários públicos estaduais e municipais estavam sujeitos à incidência de imposto de renda. Ao analisar a questão, entretanto, o STF entendeu pela inconstitucionalidade da medida. O governo federal então editou o Decreto-Lei nº 1.564/1939 que., considerando que a decisão do tribunal "não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto", tornou-a sem efeito. A opção pelo decreto-lei ao invés do procedimento estabelecido no parágrafo único do art. 96 da Constituição se deu por um motivo singelo: em 1937, Getúlio dissolveu o parlamento e até 1945 não foram realizadas novas eleições. Assim, o Executivo tinha o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias de competência legislativa da União, conforme art. 180.

[385] Em pelo menos três oportunidades o tribunal foi provocado para conter os arbítrios do governo federal; em todas elas, adotou uma postura de deferência com a decisão do Executivo. Ao julgar o mandado de segurança nº 111, impetrado pela Aliança Nacional Libertadora em 1935, a corte entendeu que não era inconstitucional ordem do Poder Executivo que determinava o fechamento, em todo território nacional, dos núcleos da associação sob alegação de que ela pretendia a alteração da ordem. No *habeas corpus* nº 26.178, impetrado por João Mangabeira, então deputado federal, em seu favor e em favor de outros deputados e um

Com Getúlio apeado do poder em 1945, o então presidente do STF assume interinamente a presidência da República[386]. Foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, que se reuniu em fevereiro de 1946. O novo texto constitucional restaurou a independência do Poder Judiciário e, pela primeira vez, consagrou um título ao Ministério Público (Título III), prevendo não só sua organização em carreira, com ingresso mediante concurso público, com também as garantais da vitaliciedade e inamovibilidade[387].

Nesse período, o tribunal se caracterizou por sua autocontenção. Já não havia no texto da nova constituição a disposição expressa, presente nas duas anteriores, que vedava a apreciação de questões políticas pelo Judiciário. Ainda assim, embora o tribunal constantemente reconhecesse sua competência para julgar essas questões, no mérito, evitava interferir nas deliberações do demais poderes[388]. No caso mais famoso julgado pelo STF naquela época, envolvendo o presidente afastado Café Filho, o tribunal adotou uma postura pragmática, decidindo nada decidir[389] (RECONDO, 2018, p. 20).

---

senador, o STF considerou legal a prisão dos pacientes, por entender que o ato havia sido ratificado pelas respectivas casas legislativas. Por fim, o caso mais famoso: o *habeas corpus* nº 26.155, impetrado por Heitor Lima tendo como paciente Maria Prestes, ou melhor, Olga Benário. No caso, o tribunal chancelou a ordem de expulsão da estrangeira, ainda que grávida, por entender que sua permanência no país comprometia a segurança nacional.

[386] As forças armadas impuseram a renúncia de Getúlio Vargas em 29 de outubro de 1945. A Constituição de 1937 dispunha que o substituto imediato do presidente da República, caso não houvesse vice-presidente, o que era o caso, seria o presidente do Conselho Federal até que se elegesse seu sucessor. O problema é que o Congresso permanecia fechado; dessa forma, as forças armadas convidaram o presidente do STF, José Linhares, para ocupar a presidência. Nos três meses em que ocupou o cargo, José Linhares editou uma série de leis constitucionais visando restabelecer a normalidade democrática e nomeou três magistrados de carreira para compor o STF: Lafayette de Andrada, Edgar Costa e Ribeiro da Costa.

[387] Outra alteração importante diz respeito à criação do Tribunal Federal de Recursos para julgar, em segunda instância, as causas em que a União tivesse interesse, o que significou uma redução da carga de trabalho que se abatia sobre o STF. Ao mesmo tempo, ao livrar a corte suprema dessa atribuição, a criação do TRF destacou a função do STF como "árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição, e o papel de guardião da Constituição" (ARANTES, 1997, p. 91).

[388] Foi o caso do mandado de segurança nº 1.423. A *writ* tinha por objeto anular convocação extraordinária da Mesa Diretora do Congresso para os meses de janeiro, fevereiro e março de 1951. A sessão preparatória, na qual seria dado posse aos novos parlamentares, estava marcada para o dia 10 de março. Portanto, os parlamentares convocados para as sessões extraordinárias seriam aquelas da legislatura anterior. Isso significava prorrogar o mandato de alguns parlamentares em detrimento dos eleitos para aquela legislatura. Apesar de reconhecer sua competência para julgar a matéria, a maioria dos ministros decidiu por denegar a ordem.

[389] Após o suicídio de Vargas, em agosto de 1954, Café Filho assumiu a presidência da República. No ano seguinte, foram realizadas eleições gerais, em que saiu vitorioso o candidato do PSD, Juscelino Kubitscheck, tendo como vice-presidente João Goulart, do PTB. O partido de oposição à época, a UDN, deflagrou, liderada por Carlos Lacerda, uma campanha contraria a posse dos eleitos, alegando que eles não haviam obtido a maioria absoluta dos votos, exigência que não constava na Constituição. O movimento chegou aos círculos militares: em um discurso no Clube Militar, o coronel Biarria Mamede, opositor de Vargas, tachou as eleições como uma "vitória da minoria". O Marechal Henrique Lott, Ministro da Guerra, estava determinado a efetuar a punição do militar por sua manifestação política; precisava, no entanto, de autorização do presidente. Foi quando foi informado que Café Filho havia sofrido um ataque cardíaco e se encontrava hospitalizado. O cargo foi transmitido então ao presidente da Câmara, Carlos Luz, que se

O regime militar instaurado em 1964 com a deposição de João Goulart se deu a tarefa de "restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas"[390]. Para atingir esse propósito, era inegável que deveriam ser promovidas profundas reformas visando a reformulação das instituições políticas. O STF não sairia incólume.

O presidente do tribunal, Ribeiro da Costa, não negava sua entusiástica adesão à deposição de Goulart e foi apoiador de primeira hora do golpe militar. Na visão do ministro, o movimento militar "veio a propiciar a estabilidade constitucional, legitima e incontestável", capaz de garantir a tranquilidade para a escolha do sucessor de Jango, que segundo ele, havia se evadido do território nacional[391] (*apud* KAUFMANN, 2012, p. 62). Quando o Congresso elegeu Castelo Branco, Ribeiro da Costa o afiançou pessoalmente e garantiu o suporte do tribunal (RECONDO, 2018, p. 30).

Em um primeiro momento, zelosos do verniz da legalidade, os militares evitaram alterar as competências da corte. Castelo Branco, em especial, tentou manter um paradoxal equilíbrio entre um regime de exceção e a manutenção de algumas garantias do Estado de direito, como, por exemplo, a plena vigência do *habeas corpus*. Como observou o Ministro Oswaldo Trigueiro, esse "malabarismo conciliador" era "inatingível"; no fim, prevaleceriam as circunstâncias as quais estava preso o presidente (*apud* KAUFMANN, 2012, p. 64).

O STF não apresentou oposição ao regime recém-instaurado; permaneceu aplicando o direito vigente. No entanto, ao exercer sua função precípua, acabou por

---

recusou a punir Mamede. Lott renunciou ao cargo e armou um contragolpe, convencido que a intenção de Luz era impedir a posse dos eleitos. Em 11 de novembro de 1955, Carlos Luz foi obrigado ase refugiar em um cruzador, renunciando ao cargo em seguida. Foi empossado então o presidente do Senado, Nereu Ramos. Ao receber alta, Café Filho pretendia retomar o cargo; foi impedido pelas tropas de Lott. Assim, impetrou mandado de segurança, de nº 3.557, no Supremo, alegando violação de direito líquido e certo. No tribunal, dois ministros marcaram os debates: Ribeiro da Costa e Nelson Hungria. O primeiro defendia que Café Filho deveria ser reconduzido ao cargo. O segundo, por sua vez, entendia que a decisão pelo afastamento era incontornável: o tribunal estava diante de uma "situação de fato criada e mantida pela força das armas", de modo que qualquer decisão do Supremo seria inexequível. Entre a posição de Ribeiro da Costa, que concedida a ordem, e a de Hungria, que a denegava, a maior parte do tribunal optou por uma saída extraordinária: suspender o julgamento até que cessasse o estado de sítio e as garantias constitucionais fossem restauradas. "Em termos práticos, o Supremo decidiu nada decidir" (RECONDO, 2018, pp. 18-20). Como o estado de sítio foi prorrogado até a posse do presidente Juscelino, quando o mandado de segurança foi colocado novamente em julgamento, seu pedido foi considerado prejudicado, porque a ação tinha perdido o objeto.

[390] Trecho retirado do preâmbulo do Ato Institucional (AI) nº 1, editado em 9 de abril de q1964 pelos Comandos em Chefe das três armas. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm

[391] Na realidade, quando o senador Auro de Moura Andrade, presidente do Senado, declarou vago o cargo de presidente da República, Jango ainda se encontrava em Porto Alegre.

contrariar, sem o querer, os interesses dos militares. A medida que o regime seguia prendendo e privando de suas funções seus desafetos, esses buscavam a guarida do tribunal. Se a corte decidia que uma prisão era ilegal[392] ou que os militares não tinham competência para investigar um governador[393], concedia o *habeas corpus*, gerando inconformidade entre a tropa (RECONDO, 2018, p.32).

A pressão da chamada "linha-dura" e a derrota dos candidatos do regime nas eleições de Minas Gerais e da Guanabara forçaram Castelo Branco a tomar medidas mais enérgicas. Em 27 de outubro de 1965, o governo federal edita o AI nº 2, que introduziu profundas alterações na organização do Poder Judiciário. A mais notável delas é a ampliação da composição da corte de 11 para 16 ministros[394] e a criação de uma terceira turma. Suspendeu-se também as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade.

---

[392] Foi o caso do *habeas corpus* nº 42.108, concedido ao governador de Pernambuco, Miguel Arraes. Eleito em 1962, ele foi um dos primeiros atingidos pelo golpe, tendo sido deposto e preso, permanecendo incomunicável por vários meses. Após denegada a ordem no Superior Tribunal Militar, a defesa do governador recorreu ao STF, argumentando que a Justiça Militar era incompetente para julgá-lo, já que essa função era da Assembleia Legislativa, nos casos de crime de responsabilidade, e do Tribunal de Justiça, nos crimes comuns. Os Ministros, por maioria, deram provimento ao recurso e determinaram que Arraes fosse solto. Os militares, para contornar a decisão do tribunal, soltaram Arraes só para prendê-lo em seguida novamente, sob a alegação de que ele respondia a outros dois inquéritos policiais-militares. A decisão dos militares gerou um atrito entre o presidente do tribunal, Ribeiro da Costa, e o presidente da República, Castelo Branco.

[393] Em novembro de 1964, a cúpula do regime estava convencida que precisava depor o governador de Goiás, Mauro Borges, que havia sobrevivido às primeiras cassações, apesar de ter participado ativamente da campanha da legalidade ao lado de Leonel Brizola. Foi instaurado então um inquérito policial-militar para apurar suas ligações com Jango. No curso das investigações, pessoas foram presas e torturadas, e auxiliares do governador tiveram seus direitos políticos cassados. O governador foi submetido a interrogatório no dia 6 de novembro e se noticiava que a prisão era iminente. Diante disso, os advogados Sobral Pinto e José Crispim Borges impetraram o *habeas corpus* nº 41.296, em que denunciavam a obstinação fértil dos adversários políticos do governador em afastá-lo do cargo. Novamente, a legação da defesa era a incompetência da Justiça Militar para tratar da matéria, reservada pela Constituição à Justiça Estadual. Havia risco de sublevação de tropas e de um conflito entre o Exército e a Polícia Militar de Goiás. Diante do risco de violência iminente, o relator do caso, Ministro Gonçalves de Oliveira, concedeu a primeira liminar em uma *habeas corpus* no STF. Posteriormente, a medida foi ratificada pelo pleno do tribunal. Existia dúvida se o governo iria acatar a decisão do tribunal, mesmo quando Castelo Branco afirmou sua "determinação de acatar as decisões judiciais". Para burlar a decisão sem desacatá-la, o presidente da República decretou a intervenção federal no Estado de Goiás, que foi referendada pelo Congresso Nacional.

[394] Os ministros nomeados para ocupar as novas cinco vagas foram Adalício Nogueira, Prado Kelly (filho de Octavio Kellly, que tinha sido ministro da corte entre 1934 e 1942), Oswaldo Trigueiro (até então PGR), Carlos Medeiros (redator dos dois primeiros atos institucionais) e Aliomar Baleeiro (deputado federal, integrante da "banda de música" da UDN). Baleeiro, dotado de notável saber jurídico, viu-se próximo de entrar para história junto com Barata Ribeiro e outros indicados por Floriano, no rol daqueles que tiveram sua nomeação recusada pelo Senado. Enquanto parlamentar, Baleeiro, junto com Bilac Pinto e Afonso Arinos, destacava-se na tribuna, empregando, sempre que possível, termos jocosos e ironias para se referir aos seus adversários, o que certamente não garantia a simpatia dos colegas. Foi necessário manobrar para garantir a nomeação; a sessão foi suspensa para que dos parlamentares que estavam no Hotel Nacional pudessem votar e permitir a vitória apertada de 22 votos a favor, 20 contrários e duas abstenções. Para se ter uma ideia, a nomeação de Prado Kelly, no mesmo dia, foi aprovada por 36 votos, com apenas 8 contrários (RECONDO, 2018, p. 118).

A Justiça Militar ganhou a competência para processar e julgar os crimes contra o Estado e a ordem política e social, prevalecendo sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias. Ao STM foi atribuída a função de processar e julgar os governadores e seus secretários. Ficaram excluídas de apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo governo federal e pelo Comando Supremo da Revolução e as resoluções do Poder Legislativo estaduais e municipais que tivessem declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores[395].

Alguns meses depois, em 26 de novembro, o Congresso Nacional aprova a Emenda Constitucional nº 16 que estabelecia a competência do STF para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, de iniciativa exclusiva do PGR. O que explicaria essa paradoxal ampliação de poderes do tribunal logo após o AI nº 2? Sarmento (2010, p. 61) traça a seguinte hipótese:

> É que "o diabo mora nos detalhes": a representação de inconstitucionalidade só podia ser promovida pelo Procurador Geral da República, que, à época, era funcionário de confiança, escolhido e exonerado livremente pelo Presidente. Assim, não havia qualquer risco de que as suas ações viessem a contrariar os interesses do regime [...]. Por outro lado, como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuíam eficácia erga omnes, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. E, além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição.

Note-se ainda que, por previsão expressa do AI nº 2, as questões políticas e os atos praticados em nome da "revolução" estavam excluídos do conhecimento judicial, o que impedia o controle do tribunal sobre essas matérias. Assim, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, exercido por um STF domesticado pelas novas nomeações, reforçava a possibilidade de intervenção do Poder Executivo na agenda legislativa, criando uma etapa do processo legislativo que apenas o presidente, via PGR, poderia acessar (KOERNER, 2012, p. 33).

Apesar dos esforços da "linha-dura" em empacotar a corte com o AI nº 2, os resultados ficaram bem aquém dos desejados. Como apontou Vale (1976, p. 138), "com os novos cinco ministros nomeados, predominantemente recrutados dentro da área udenista, a linha do Supremo continuou a mesma, isto é, de respeito às normas vigente". *Habeas corpus* seguiam sendo concedidos, inquéritos policiais militares continuavam a

[395] Texto disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm

ser anulados[396]. A "linha-dura" bufava e continuava a pressionar o governo; o tiro de misericórdia contra a corte viria três anos depois com o AI nº 5.

O novo ato institucional foi editado em 13 de dezembro de 1968 pelo presidente Costa e Silva, que ao contrário do seu antecessor, Castelo Branco, não nutria muito respeito pelo STF. A motivação da medida é prosaica: um discurso do deputado federal Márcio Moreira Alves no qual ele defendia um boicote à parada militar de 7 de setembro e que as "moças" recusassem a flertar os cadetes e jovens oficiais[397]. A imprensa não repercutiu o discurso, mas ele foi divulgado em todos os quartéis do país pelos militares da "linha-dura" (RECONDO, 2018, p. 126).

Apesar da inviolabilidade por suas opiniões e votos, o governo federal decidiu representar o parlamentar perante o STF por ter injuriado, difamado e caluniado as forças armadas. O tribunal, por entender que havia dúvida fundada sobre o alcance da imunidade material do deputado, remeteu o processo para deliberação do Congresso Nacional[398]. Apesar da intensa pressão do governo, no dia 12 de dezembro a casa legislativa rejeitou, por 216 votos a 140, a licença para que Moreira Alves fosse processado. Ato contínuo, o governo editou o novo ato institucional.

Com base no AI nº 5, no dia 16 de janeiro de 1969, o regime casou o mandato de diversos deputados e senadores e aposentou os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, por "ligação com elementos e entidades subversivas"[399].

---

[396] No *habeas corpus* n° 43.424, julgado em agosto de 1966 e de relatoria do Ministro Pedro Chaves, o tribunal por unanimidade concedeu a ordem para liberar pacientes que eram acusados de manter uma gráfica e uma escola de alfabetização de adultos com orientação supostamente comunista, sob o argumento de que os fatos narrados não podiam ser enquadrados na Lei de Segurança Nacional. No seu voto, o relator consignava: "Não podemos lançar mão dos métodos usados por nossos adversários. Nós, democratas, conservadores, republicanos, brasileiros amantes da ordem social-democrática, precisamos agir de acordo com as leis vigentes, com a Constituição vigente, com os Códigos vigentes". Em setembro de 1968, o Ministro Aliomar Balleiro foi relator do *habeas corpus* nº 46.024, em que se concedeu a ordem afirmando que "a realização de conferência ou só a presença em reunião, que se supõe comunista, não caracteriza crime previsto na Lei de Segurança Nacional. Noutra oportunidade, o mesmo ministro relatou Recurso Criminal, de nº 1.082, ao qual o tribunal deu provimento por entender que atividade de professor que expõe teoria marxista em recinto fechado e a grupo restrito não constitui crime contra a Segurança Nacional, já que estava abrigada pela liberdade de cátedra.

[397] A manifestação do parlamentar condenava uma invasão promovida pelos militares à Universidade Nacional de Brasília, ocasião em que vários estudantes e professores foram cercados e presos. Um dos estudantes foi alvejado na cabeça.

[398] Segundo Recondo (2018, p.134), o relator, Ministro Aliomar Baleeiro, podia arquivar o pedido monocraticamente se estivesse convencido da impossibilidade do tribunal julgar o parlamentar por conta da imunidade material.

[399] Além desses ministros, encontravam-se na mira do governo federal o presidente do tribunal, Gonçalves de Oliveira, que mantinha relação de amizade com o ex-presidente Juscelino Kubitscheck, Lafayette de Andrada, que já contava com setenta anos de idade e não estava em boas condições de saúde, e Adaucto Lúcio Cardoso, ex-parlamentar, integrante da "banda de música" da UDN, que tinha sido indicado pelo presidente Castelo Branco à vaga aberta pela aposentadoria de Ribeiro da Costa (RECONDO, 2018, p. 161).

Em solidariedade, o presidente do STF, Gonçalves de Oliveira, renunciou à presidência e solicitou aposentadoria, alegando precedente histórico[400]. Foi seguido pelo Ministro Lafayette de Andrada, que apenas teria se antecipado a uma provável aposentadoria forçada pelos militares. O tribunal voltou a ser composto por 11 ministros, o que foi oficializado com o AI nº 6, de 1º de fevereiro de 1969.

Relata Vale (1976, p. 166) que daí em diante "cessaram os conflitos, e o Poder Executivo passou a ter no Supremo um órgão administrativamente saudável, tecnicamente ágil [...], mas politicamente morto". Talvez a última manifestação de rebeldia no tribunal tenha sido aquela protagonizada por Adaucto Cardoso, no dia 10 de março de 1971. Destacamos o caso não por conta de seu conteúdo anedótico, mas porque ele serve para informar a razão da legitimidade estendida para a propositura da ação direta na Constituição de 1988.

Naquele dia estava pautado para julgamento a reclamação nº 849, movida pelo MDB em face do PGR. O partido havia encaminhado representação ao procurador Xavier de Albuquerque questionando a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.077/1970, que instituía a censura prévia no país. O procurador, no entanto, arquivou a petição, afirmando "não lhe acolher a fundamentação". Inconformado, o MDB ajuizou a reclamação alegando que se o PGR tivesse poder de discricionariamente decidir quais matérias devem ser objeto de controle de constitucionalidade, era ele, e não o Supremo, quem detinha a palavra final sobre a Constituição.

Por maioria, o tribunal decidiu seguir o voto do relator, Adalício Nogueira, pela improcedência da reclamação. Segundo ele, a legitimidade para a propositura da a representação de inconstitucionalidade era privativa do PGR. "Seria inconcebível que outrem se lhe sobrepusesse nesse procedimento, maiormente quando, como no caso vertente, se pretende declarada a inconstitucionalidade de uma lei, em tese" (*apud* RECONDO, 2018, p.222). Apenas Adaucto apresentou posição divergente:

> O nobre e douto procurador apreciou desde logo a representação, não para encaminhá-la, com parecer desfavorável, como lhe faculta o regimento, mas para negar-lhe a tramitação marcada na lei e na nossa Carta interna. Com isso, ele se substituiu ao tribunal e declarou, ele próprio, a constitucionalidade do decreto-lei nº 1.077/70. Essa é para mim uma realidade diante da qual não sei como fugir (*apud* RECONDO, 2018, p. 223).

[400] Na sua carta de renúncia, Gonçalves de Oliveira mencionou que seguia o exemplo do Barão de Montserrat, Joaquim José Pinheiro de Vasconcelos, que renunciara à presidência do Supremo Tribunal de Justiça em 1863, em solidariedade aos integrantes que haviam sido aposentados pelo Imperador Pedro II (RECONDO, 2018, pp. 176-7).

Na opinião do ministro, a decisão do STF suprimia a ação direta de declaração de inconstitucionalidade sempre que a matéria nela tratada contrariar interesse do governo. Incapaz de convencer o restante da corte, o magistrado arrematou sua fala afirmando: "tenho a dizer a vossa excelência que me retiro do tribunal, encaminhando hoje a vossa excelência meu pedido de aposentadoria". Então, retirou a toga e abandonou a sessão; no fundo, protestava contra a censura prévia e o cerceamento das liberdades públicas (RECONDO, 2018, p. 224).

A boa relação continuou sem outros sobressaltos até o final do regime. Quando ele se aproximou, o STF zelou para que a transição para democracia se desse no ritmo estabelecido pelo Planalto, de forma "lenta e gradual". Sempre que os litigantes buscaram o tribunal, tiveram suas pretensões barradas por um órgão "submisso à vontade dos militares". A atuação do tribunal foi essencial para soterrar de vez a Emenda "Dante de Oliveira" e garantir que o processo de sucessão de Figueiredo ocorresse no Colégio Eleitoral, como queriam os militares[401] (VIEIRA, 1994, p. 82).

Não por acaso, o Poder Judiciário e, em especial o STF vão ter papel de destaque nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) convocada pela Emenda

[401] Em abril de 1983, o deputado federal Dante de Oliveira, do MDB do Mato Grosso, apresentou projeto de emenda à constituição prevendo o restabelecimento das eleições diretas para o cargo de presidente. A PEC ganhou adesão no parlamento e logo ganhou o apoio das ruas, no movimento conhecido como "Diretas Já". O governo do presidente Figueiredo se opunha a proposta afirmando que ela "tinha caráter meramente perturbador". Quando colocada em votação, no dia 25 de abril de 1984, a emenda não teria alcançado os votos necessários para aprovação (298 votos dos 320 exigidos). Na ocasião, foram registradas 113 ausências, sendo 112 deputados do PDS, que tentava esvaziar a votação. Parte dos apoiadores da emenda, no entanto, entendiam de forma diversa. A Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, determinava que, para ser *apresentada*, uma proposta de emenda à constituição deveria contar com a assinatura de 1/3 *dos membros* da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; todavia, sua *aprovação* dependia da obtenção, "em ambas votações, de 2/3 *dos votos dos membros* de suas Casas". Pela interpretação proposta pelos defensores da Emenda Dante de Oliveira, o dispositivo exigia, literalmente, 2/3 dos presentes e não de todos os representantes de cada casa. Assim, bastariam 242 votos, e não 320, para que a emenda fosse aprovada. Citando precedente do STF datado do ano de 1926, quando houve a primeira reforma constitucional no Brasil, os parlamentares Severo Gomes e Ayrton Sandoval e o governador do Estado de São Paulo, Orestes Quércia, impetram o mandado de segurança nº 20.452. O STF indeferiu a ação por unanimidade. Segundo crítico da época, o STF errou porque seus ministros compreenderam "a Constituição de 1967 não como ela era, mas como pensam que deveria ser". Para os ministros, se prevalecesse a interpretação dos impetrantes, criar-se-ia o paradoxo de que seriam necessários mais parlamentares para apresentar a emenda do que para aprová-la. Porém, a interpretação do tribunal ignora o texto constitucional que fala expressamente em votos dos membros e não dos membros: "se não há voto no Congresso por procuração, então 2/3 dos votos tem qye ser 2/3 dos presentes". Na opinião de Arguelhes e Süssekin (2018, p. 13), "a forçada interpretação adotada pelo Tribunal não apenas ajudou a bloquear uma saída institucional possível para a transição para a democracia, como deu mais poder a um tipo de personagem político: o congressista ausente". Assim, a forma de contagem do quórum adotada pelo STF por meio de uma "interpretação criativa" alterou as regras do jogo, dando mais poder, no Congresso, aos blocos parlamentares minoritários que desejam bloquear mudanças com baixo risco de exposição. A solução apregoada pelo STF, portanto, não foi apenas uma "saída conveniente de um imbróglio político em favor do governo em um impasse pontual", mas foi também, "na prática, uma emenda à Constituição que aumentou o poder de veto do regime militar e seus apoiadores no Congresso".

Constitucional nº 26, de 27 de setembro de 1985. O primeiro debate girou em torno da estrutura e competência do tribunal. A primeira proposta, sugerida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), era transformar o STF em tribunal constitucional no modelo europeu; uma corte autônoma com atribuições exclusivas sobre questões constitucionais e com ministros com mandato temporário, escolhidos pelo Congresso ou pelos três poderes.

Outra proposta consistia na criação de uma seção especializada em questões constitucionais dentro do próprio STF. O tribunal manteria sua função unificadora da legislação federal, com ministros vitalícios. A proposta final era manter o STF como estava, atuando tanto como tribunal constitucional, federal e de cassação, também com ministros vitalícios. Apesar do relatório final da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público ter adotado a primeira proposta, a maioria se inclinou para a criação de uma seção especializada em matéria constitucional.

O segundo debate envolvia um tema ainda mais polêmico: a ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. O Ministro da Justiça, Paulo Brossard, entendia que deveria ser mantida a legitimação exclusiva do PGR. A OAB e a AMB defendiam a legitimidade de qualquer cidadão, bastando referir-se que era titular do direito. O relatório final da comissão elencou como legitimados, além do PGR, o presidente da República, as mesas do Senado, da Câmara, das assembleias legislativas e das câmaras municipais, partidos políticos, o conselho federal da OAB e os promotores-gerais.

As mudanças propostas foram vistas com desconfiança pelos ministros da corte e por eles combatidas expressamente. A composição do tribunal era formada, majoritariamente, por ministros nomeados pelo regime militar. O Ministro Oscar Dias Corrêa, nomeado em 1982 por João Figueiredo, havia considerado, em maio de 1985, injustificada a convocação de uma constituinte, “pois não havia ruptura da ordem jurídica”. Outros ministros também adotavam uma perspectiva de continuidade, lembrando que o tribunal poderia ser chamado para resolver questões relativas à constituinte (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 146).

Por influência direta do presidente do Supremo, Rafael Mayer, o presidente da Assembleia Constituinte descartou a criação da corte constitucional. O rol ampliado dos legitimados para a a propositura de ADI, no entanto, ficou consolidado, com algumas alterações. Na comissão de sistematização, a proposta que ampliava o número de ministros para 16 e estabelecia mandato de oito anos foi derrotada. Não logrou êxito, por

pressões corporativas do Judiciário, a criação de um órgão de controle externo. Ao fim, a maior parte da estrutura interna do Poder Judiciário permaneceu intacta na constituinte; o Supremo permaneceu como órgão de cúpula, com atribuição para o controle de constitucionalidade difuso e concentrado (CARVALHO, 2017, pp. 61-2).

Além da ampliação dos legitimados para propor ADI, a única outra derrota significativa do tribunal foi a criação do STJ, a quem caberia agora a função de garantir leis federais e a uniformização da jurisprudência. Assim, permaneceu entre os membros da corte uma perspectiva de continuidade política com o regime anterior. Promulgada a Constituição, o tribunal vai buscar limitar a eficácia imediata daqueles institutos mais polêmicos, como o *habeas data* e o mandado de injunção (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 180).

Desse modo, como apontamos anteriormente, muito embora estivessem presentes os elementos suficientes para a judicialização da política no Brasil, não havia por parte do tribunal uma "disposição ativista" (CAMPOS, 2014, p. 240). Pelo contrário, sempre que possível a corte buscava limitar seu poder. Citamos acima o caso do mandado de injunção; agora devemos apontar também a criação de requisitos objetivos e subjetivos, inexistente no texto constitucional, para restringir a legitimidade para a propositura de ADI (CAMPOS, 2014, p. 241).

No julgamento da ADI nº 2, o tribunal assentou posicionamento no sentido de que atos normativos anteriores à Constituição de 1988 não poderiam ser objeto de controle direto de constitucionalidade. Segundo constou na ementa do acórdão: a "Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as". A consequência dessa decisão era que as leis aprovadas durante a ditadura "teriam que ser discutidas no tempo mais longo e incerto" do controle difuso[402] (ARGUELHES, 2022, p. 1.541).

O tribunal também manteve sua postura de deferência com o Executivo, especialmente em dois campos: nos planos econômicos e no controle dos requisitos constitucionais para a edição de medidas provisórias. Em 16 março de 1990, o presidente

[402] Na época, a ADPF não tinha sido regulamentada e, portanto, não poderia ser usada para esse fim, como atualmente se admite. Ao fechar a possibilidade do ajuizamento de ADI contra leis pretéritas à Constituição de 1988, o tribunal ganhava tempo para não ter que julgar de imediato a constitucionalidade das leis do regime militar. Como aponta Arguelhes (2014, p. 33), essa renúncia de responsabilidade foi durante criticada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que junto com os ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, formaram a minoria dissidente: "Tenho a ousadia de dissentir, por força de uma firme convicção de que recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional seria demitir-se, o Supremo Tribunal Federal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas".

Fernando Collor de Mello pôs em prática um audacioso plano para estabilizar a economia brasileira, que padecia com a hiperinflação. A ideia era diminuir a pressão inflacionária retirando dinheiro de circulação. Para isso, o governo determinou, por medida provisória, o bloqueio de ativos financeiros, limitando o valor do saque dos correntistas a 50 mil cruzados novos.

Os prejudicados não tardaram para buscar o Judiciário para reverter a medida. Para evitar a sangria com ordens judiciais contrárias à medida, o governo editou nova medida provisória (nº 173, de 18 de março de 1990), proibindo a concessão de liminares em ações que tivessem por objeto o plano econômico. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) contestou a constitucionalidade da medida junto ao STF (ADI-MC nº 223). No tribunal prevaleceu a tese de esperar a implementação do pacote econômico para posteriormente decidir, de acordo com o seu resultado, se a medida tinha sido razoável ou não.

Desse modo, o Plenário, por maioria, seguindo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu a liminar, sem prejuízo do "exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da liminar". Como consequência, os juízes e tribunais federais ficaram sobrecarregados com a enxurrada de ações; no entanto, era-lhes possível "fazer justiça a conta-gotas, sem impactar o núcleo do pacote inflacionário". Alguns anos depois, quando o governo finalmente liberou o bloqueio, o tribunal julgou a ação extinta pela perda de objeto (RECONDO; WEBER, 2019, pp. 238-9).

A corte demonstrou a mesma passividade no exame dos pressupostos constitucionais de "relevância" e "urgência" para a edição de medidas provisórias por parte do Executivo. No início, a jurisprudência do tribunal apontava no sentido de que o controle dessas medidas só poderia ser feito no caso de "excesso de poder de legislar". Os requisitos teriam um caráter político, que só poderia ser analisado pelo presidente da República e pelo Congresso Nacional. Segundo o Ministro Carlos Velloso, "é urgente e relevante o que o Presidente entender como tal" (*apud* CAMPOS, 2014, p. 243).

O resultado desse "excesso de deferência" foi a edição sem limites das medidas provisórias, bem como a sua reedição indefinida quando elas não eram expressamente rejeitadas pelo Congresso. O tribunal também demonstrava uma postura de complacência no controle da constitucionalidade das leis orçamentárias e das medidas provisórias de abertura de créditos extraordinários, entendendo-os como verdadeiras opções políticas,

que correspondiam a efeitos concretos, logo, pouco afeitos ao controle abstrato (CAMPOS, 2014, p. 243).

O tribunal também serviu como um agente à serviço da governabilidade enquanto o governo Fernando Henrique Cardoso buscava implementar, em contraponto ao texto constitucional, medidas de abertura econômica e livre mercado. Um dos principais passos nesse sentido foi transformar sem efeito a previsão constitucional que limitava a taxa de juros anual a 12%. A eficácia do dispositivo seria limitada, dependendo de lei complementar regulatória de todo sistema financeiro nacional (ADI nº 4).

Na onda de judicialização que se seguiu ao plano de privatização de empresas estatais proposto pelo governo federal, o STF teve papel fundamental. Em um quadro de extrema descentralização do sistema de justiça (estamos falando de um período anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004), em que qualquer órgão do Judiciário poderia atuar com poder de veto, a "convergência entre a política do Executivo e a interpretação da Constituição dada pelo Supremo permitiu a continuidade do programa" (ALMEIDA, 1999, p. 439).

A liderança do tribunal nesse período era exercida pelo Ministro Moreira Alves. Nomeado em 1975 pelo presidente Geisel, o ministro permaneceu 28 anos na corte; se se adotasse aqui a prática, comum nos Estados Unidos, de nomear um determinado período da história do tribunal com o nome de seu magistrado mais ilustre, somente Moreira Alves seria digno dessa homenagem. Ele era uma "força conservadora", que costumava ditar o rumo dos debates no tribunal. O STF, no seu período, era regido por uma máxima que lhe era peculiar: "No Supremo, não se faz justiça quando se quer, se faz justiça quando se pode" (RECONDO; WEBER, 2019, p. 171).

Não por coincidência, o perfil do tribunal começou a mudar quando os últimos ministros do regime militar começaram a se aposentar, sendo substituídos por magistrados que "haviam desenvolvido suas carreiras sob a Constituição de 1988"[403] (ARGUELHES, 2022, p. 1.535). Foi a partir daí que ocorreu uma verdadeira "revolução silenciosa" no tribunal, conforme definiu o Ministro Gilmar Mendes em entrevista ao jornal Valor Econômico[404]. Essa revolução implicou em uma transformação "na própria

[403] Néri da Silveira, nomeado em 1º de setembro de 1981 pelo presidente Figueiredo, aposentou-se em 24 de abril de 2002, sendo substituído por Gilmar Mendes, indicado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, que tomou posse em 20 de junho do mesmo ano. Sydney Sanches, nomeado em 31 de agosto de 1984, aposentou-se em 26 de abril de 2003, substituindo-o Cezar Peluso, indicado pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, que tomou posse em 6 de junho de 2003. Por fim, o próprio Moreira Alves se aposentou em 20 de abril de 2003, sendo substituído por Joaquim Barbosa em 25 de junho de 2003.
[404] Disponível em https://www.conjur.com.br/2007-out-18/judiciario_passa_processo_reengenharia

visão dos ministros sobre o papel do STF" (ARGUELHES, 2022, p. 1.546). No seu centro estava o julgamento de um *habeas corpus* impetrado por um editor gaúcho em 2003.

Sigfried Ellwanger era um personagem carregado de polêmicas; sua editora, denominada Revisão, era responsável pela publicação de livros que negavam a existência do holocausto[405]. Por conta disso, foi condenado a pena de dois anos de prisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para contornar a prescrição, o caso foi tratado como racismo, crime imprescritível. A defesa então impetrou o *habeas corpus* nº 82.424 junto ao STF, alegando, em síntese, que o judaísmo não era raça, de modo que não se podia imputar ao paciente o crime de racismo[406] (RECONDO; WEBER, 2019, p. 219).

No decorrer do julgamento, duas teses se confrontaram. De um lado, o relator do caso, Ministro Moreira Alves, para quem o judaísmo não poderia ser considerado uma raça. O ministro sustentou sua posição com depoimento de rabinos que negavam ao judaísmo a condição de raça. Nesses termos a imprescritibilidade, sendo uma expansão do poder punitivo do Estado, deveria ser interpretada restritivamente, razão pela qual concedia a ordem. No seu voto, nenhuma palavra sobre liberdade de expressão ou sobre a tarefa do tribunal. "Moreira Alves era o mesmo de sempre, mas o tribunal, não" (ARGUELHES, 2022, p. 1.551).

Em contraposição ao voto do relator, levantou-se o Ministro Maurício Corrêa. Após apresentar critérios científicos que afirmariam a inexistência das raças em si, sendo elas apenas uma decorrência "de um processo político-social originado da intolerância dos homens", Corrêa traça um histórico dos sofrimentos que afligiram o povo judeu "desde a época em que Abraão saiu do Ur até hoje", dando especial ênfase ao período nazista. Em seguida enumera os tratados internacionais subscritos pelo Brasil que condenam o ódio racial, nacional e religioso.

Ou seja, o voto do Ministro Corrêa transformou uma questão técnica de aplicação da lei penal a um caso concreto em uma luta global pelos direitos humanos (ARGUELHES, 2022, p. 1.553). Corrêa vai além, mencionado inclusive que não via no caso violação à liberdade de expressão, mesmo não sendo esse o "fundamento do *writ*"[407].

---

[405] Entre os livros citados no voto do Ministro Moreira Alves encontramos títulos como "Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século", de autoria do próprio paciente; "O judeu internacional", de Henry Ford; "Hitler – culpado ou inocente?" de Sérgio Oliveira, entre outros.

[406] O *habeas corpus* no STF foi impetrado após o STJ ter indeferido *habeas corpus* (nº 15.155). Foi ali que a tese do antissemitismo não constituir racismo foi levantada pela primeira vez (ARGUELHES, 2022, p. 1.548).

[407] O ministro faz referência à necessidade de proceder "uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente".

Até então, o tribunal, seguindo a linha conservadora de Moreira Alves, evitava enfrentar frontalmente questões de direitos fundamentais[408] e nem se via como *locus* privilegiado para a promoção dos direitos humanos.

Confrontado com a narrativa de Corrêia, que implicitamente poderia passar a impressão de que seria ele "um inimigo do povo judaico", Moreira Alves retomou a palavra para ressaltar que repudiava as ideias de Ellwanger. Mantinha, no entanto, sua posição, que estava assentada em uma interpretação técnica da Constituição: para ela, discriminação é gênero, do qual o racismo é espécie mais agravada[409]. Terminou afirmando que, como juiz, sempre procurou "cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais".

A manifestação do Moreira Alves é um marco na história do Supremo porque demonstrava a preocupação com a repercussão externa de seu voto. O tribunal agora estava exposto à opinião pública, e dela nunca mais iria se afastar (RECONDO; WEBER, 2019, p. 222). O voto-vista de Corrêa foi um ponto de inflexão não só do julgamento como da própria corte. Os votos que se seguiram destacaram a necessidade da atuação do tribunal na proteção dos direitos fundamentais[410], ideia que é apropriada até mesmo pelos votos que concediam a ordem em favor de Ellwanger[411]. Mesmo entre a minoria, Moreira Alves ficou isolado (ARGUELHES, 2022, p. 1.560).

---

[408] Arguelhes (2022, pp. 1.542-3) cita dois exemplos que chegaram ao tribunal em 1995. No primeiro (Recurso Extraordinário nº 197.807), uma servidora pública, que tinha adotado uma criança, queria que fosse reconhecido o seu direito à licença da maternidade nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, uma vez que a legislação infraconstitucional garantia à gestante apenas 90 dias de licença. Em julgamento realizado em maio de 2000, o Ministro Octavio Gallotti negou seguimento ao recurso, entendendo que, por se referir textualmente à gestante, o dispositivo constitucional não se aplicaria às mães adotivas. O voto não menciona a proteção à infância, nem a aplicação do princípio da igualdade para equiparar gestante e mãe adotiva, o que implicaria na inconstitucionalidade da norma infraconstitucional. Também em 1995, a modelo Roberta Close, que havia se submetido anos antes a uma cirurgia de troca de sexo, ingressou com ação para alteração de seu nome no registro civil. No seu pedido, invocava o principal da dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos, sem preconcceitose vedação de qualquer forma de discriminação. Em decisão monocrática, o Ministro Sydney Sanches negou seguimento ao recurso.

[409] Na medida em que a Constituição não definia racismo, a ideia de raça, segundo Moreira Alves, deveria ser restrita a como ela é comumente entendida: a branca, a negra, a amarela e a vermelha. O ministro cita o teor da emenda que deu origem ao inciso XLII do art. 5º para afirmar que, para o legislador constituinte, "o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra".

[410] Em uma entrevista ao sítio eletrônico Consultor Jurídico, concedida poucos anos depois do caso Ellwanger, o Ministro Celso de Mello destacou a transformação sofrida pelo STF: "[Até então] O Tribunal orientava-se, então como assinala o ministro Sepúlveda Pertence, por uma visão retrospectiva, que o mantinha vinculado e condicionado aos padrões estabelecidos no passado, em face de anteriores ordens constitucionais. Hoje, o STF tem uma outra visão do processo constitucional. Possui uma nova percepção que põe em evidência o papel vital desta Corte nesse processo de indagação do texto constitucional". Texto disponível em https://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei

[411] Os dois outros votos favoráveis à Ellwanger foram de Marco Aurélio Mello e Carlos Ayres Britto. Ambos deixaram de lado as considerações técnicas do relator para fundamentarem seus votos na liberdade de expressão.

Segundo levantamento de Arguelhes (2022, p. 1.568), as decisões monocráticas e acórdãos do Supremo, de 2004 em diante, fazem cada vez mais referência à "dignidade humana" e "direitos fundamentais"[412]. O tribunal abandonou sua postura passiva e abraçou definitivamente o ativismo judicial. A doutrina da efetividade alcançou o seu auge. Em poucos anos, o STF aplicou diretamente a Constituição para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo; vedar a prática do nepotismo nos três poderes, estabelecer uma nova hipótese de aborto juridicamente permitido e, com as mesmas bases do caso Ellwanger, criminalizou a homofobia.

Como que tentando enterrar de vez a herança do período anterior, a corte deu novos contornos ao instrumento do mandado de injunção, dotando-o de eficácia tal que agora o próprio Poder Judiciário poderia produzir norma suficiente para garantir o exercício do direito inviabilizado pela omissão do legislador. Disposto a conquistar uma boa reputação judicial entre os especialistas, isto é, os juristas defensores da doutrina da efetividade, o STF abandonou definitivamente o seu papel de "legislador negativo", tão louvado por Moreira Alves (BACHA E SILVA; VIEIRA, 2022, p. 16).

Como dissemos anteriormente, essa mudança de postura dependeu de uma série de inovações institucionais decorrentes da Constituição de 1988. Um sistema de controle de constitucionalidade misto; uma diversidade de ações diretas, com ampla legitimação na propositura; um Ministério Público independente; e um texto constitucional abrangente e compromissário, criam as condições ideais para o ativismo judicial. No entanto, se essas mudanças fossem suficientes para explicar o protagonismo atual do Supremo, seria natural que estivéssemos prontos para celebrar 35 anos de ativismo, o que não é o caso.

A verdade é que os novos integrantes do Supremo chegaram a corte já municiados pela transformação jurídico-cultural que o neoconstitucionalismo representava. Em um primeiro momento, essa transformação foi representada pela ascensão do Ministro Gilmar Mendes, um defensor de práticas interpretativas e processuais ativistas (CAMPOS, 2014, p. 272); depois, ombreando-lhe, pela nomeação

[412] A pesquisa do autor indica que até 1º de janeiro de 2004, 72 decisões monocráticas e 162 acórdãos faziam menção à "dignidade da pessoa humana" (ou dignidade humana); a expressão "direitos fundamentais" era citada em 209 decisões monocráticas e em 1.013 acórdãos (sendo que 784 delas somente de 2003). Entre 1º de janeiro de 2004 e 31 de julho de 2020, a dignidade da pessoa humana foi referida em 7.490 decisões monocráticas e em 4.687 acórdão; por sua vez, 4.875 decisões monocráticas se reportam aos direitos fundamentais, contra 2.423 acórdãos (ARGUELHES, 2022, p. 1.570).

do Ministro Barroso, seu principal divulgador na academia brasileira[413]. "Não será lendo a Constituição do mesmo jeito que vamos mudar o país", costumava afirmar Barroso (RECONDO; WEBER. 2019, p. 80).

Com seu ativismo progressista, o Supremo conseguiu elevar sua reputação entre os especialistas e agradar grupos minoritários. Livros e artigos acadêmicos já não mais criticavam a inefetividade do tribunal, pelo contrário, louvavam-no como o garantidor das promessas da Constituição. No entanto, como argumentam Bacha e Silva e Vieira (2002, p. 18), a vaidade institucional do órgão não permitiu que ele se bastasse com esta audiência. Ele buscava agora "alcançar um papel de salvaguarda de nossa democracia".

5.4 FALANDO PELO POVO: A RETÓRICA POPULISTA NOS VOTOS E MANIFESTAÇÕES DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[414]

A partir do início da década de 2010, e especialmente depois de 2013, há uma passagem, movida pela revolução judiciarista[415], de uma judicialização da política para uma politização do Supremo. Se a judicialização é caracterizada por uma intervenção do Judiciário na agenda política através da formulação de políticas públicas, a politização vai além, pois, "este pretende, a pretexto de decidir questões jurídicas, influenciar de modo decisivo nas deliberações comunitárias" (BACHA E SILVA; VIEIRA, 2022, p. 18).

Para legitimar essa atuação, o tribunal não pode se contentar com uma audiência de especialistas; é preciso ir além e alcançar um público mais amplo e também a grande mídia. Para atingir essa nova audiência, a Constituição deixa de ser concebida como o a institucionalização da vontade democrática e passa a significar "um arcabouço de valores morais da sociedade em que o próprio Judiciário deve ser o único intérprete". O texto positivo passa a ocupar um papel secundário, o principal critério da decisão é a "justiça e moral de acordo com cada julgador" (BACHA E SILVA, 2022, p. 22).

---

[413] Muito embora esses ministros se destaquem entre os demais por suas posições intelectuais (ainda que se possa admitir que pelo menos desde 2015 o Ministro Gilmar Mendes tenha se tornado muito mais um adepto da *Realpolitik*), não é possível afirmar que eles exerçam um predomínio perante a corte, como acontecia com Moreira Alves. Atualmente, a liderana discursiva no tribunal é bem mais difusa, ainda que se possa admitir que todos os ministros, em maior ou menor grau, são partidários do ativismo.

[414] Esse tópico possui trechos que foram adaptados de OLIVEIRA; CONTI, 2021.

[415] Bacha e Silva e Vieira (2002, pp. 19-20) aponta que a substituição dos Ministros entre o final da segunda década do século XXI e os dias atuais não serve, por si só, para explicar essa viragem na postura do tribunal. Para eles, ela deriva da "sanha punitivista decorrente de manifestações populares que conclamavam reações institucionais contra a corrupção". Ao se tornar o centro das atenções políticas, o tribunal deu "uma guinada substancial na própria concepção que o órgão tem de si mesmo e qual a audiência que o mesmo quer atingir".

A Constituição deixa de ser o centro referencial e o único critério de legitimidade da decisão judicial passa a ser sua conformação com a vontade geral ou o senso comum. O STF já não tem mais a pretensão de manter a integridade do texto constitucional; sua missão é "ser o guardião da moralidade do 'povo de bem' contra a 'elite corrupta'". O tribunal incorpora a vontade popular, que se contrapõe à corrupção generalizada dos órgãos representativos, em especial, o Poder Legislativo. É a partir dessa lógica que ele passa a praticar um populismo judicial[416] (BACHA E SILVA, 2022, p. 26).

O populismo judicial se utiliza da retórica do populismo político, espelha suas características e possibilita suas práticas. Como acontece com sua contraparte política, ele insiste que existem respostas simples e corretas para problemas complexos, menosprezando a mediação e a negociação inerente ao processo democrático representativo. Na sua perspectiva, existe um conflito insuperável entre o povo puro e a elite corrupta (BERNSTEIN; STASZEWSKI, 20121, p. 284).

À primeira vista, pode parecer estranho associar o populismo com o Poder Judiciário. Afinal, os tribunais são tradicionalmente vistos e entendidos como o oposto do que preconiza o populismo. Em primeiro lugar, é sempre destacado seu papel contramajoritário: quando uma corte declara inconstitucional um ato do legislativo ou do executivo, costuma-se alegar que "ela exerce controle não em benefício da maioria, mas contra ela" (BICKEL, 1986, p. 17). Como vimos no capítulo precedente, o populismo é o exato oposto: prega sempre a supremacia da maioria sobre a minoria.

Depois, não é difícil perceber que os tribunais são "um alvo óbvio para líderes populistas em ascensão", justamente porque fazem parte da elite e terem sido indicados pelos governos anteriores[417] (ARGUELHES, 2017). Hungria, Polônia e Turquia são exemplos de democracias em que as cortes constitucionais se destacavam no desenho institucional, abrindo caminho para reformas liberais significativas. Quando políticos

---

[416] Segundo Galindo (2020, p. 291), o termo populismo judicial é derivado daquilo que alguns intitulam de *penal populism*, termo cunhado por Anthony Bottoms para "designar o ponto analítico de convergência entre os fenômenos do populismo e da expansão da normatividade jurídico-penal". Trata-se, sobretudo, de um estrategema político oportunista, voltado à manipulação da opinião pública, para a implementação de reformas penais com o intuito de obter dividendos eleitorais.

[417] Jaroslaw Kaczynski, fundador do partido polônes *Prawo i Sprawiedliwosc* (Lei e Justiça), afirmou, ao se referir a um julgamento da corte constitucional do país, que o direito é sempre uma expressão de uma "direção politica específica". Para ele, o legalismo representa um grande obstáculo à mudança social, em um discurso que tinha por título "A Polônia é um Estado de direito?", Kaczynski declarou que a Constituição de 1997 manteve a velha estrutura comunista, ao mesmo tempo que tonrou mais difícil alterar aquela estrutura. Assim, "a interpreação das normas constitucionais por instituições judiciais implicava na proteção de direitos adquiricos, protegendo *de facto* membros do antigo sistema" (BLOKKER, 2019, p. 537).

populistas chegaram ao poder, trataram de promover alterações nas suas estruturas e composições para domesticá-las e colocá-las a serviço dos seus interesses[418].

E, no entanto, abundam exemplos de magistrados apelando à opinião pública e à argumentos morais subjetivos em decisões relevantes para a política (SALGADO, 2018, p. 196). Diante de um quadro de desilusão geral com a política, alguns juízes têm ativamente se apresentado como portadores do sentimento popular e porta-vozes dos verdadeiros interesses do povo. Adotando um vocabulário populista, eles afirmam representar a vontade popular contra o sistema político corrupto (ARGUELHES, 2017).

Podemos apontar ao menos três razões para os tribunais adotarem táticas populistas: 1) o populismo pode servir como uma técnica de sobrevivência ou resistência judicial contra governos populistas; 2) a adoção de um discurso populista em tempos de crise pode se mostrar uma estratégia vencedora para aumentar a legitimidade de um juiz; e 3) ao assumir um vocabulário populista a autoridade judicial "pode reivindicar que representa e reclama para si o sentimento majoritário corrente contra políticos corruptos do *establishment*" (ARGUELHES, 2017).

É justamente nesses dois últimos sentidos que Jácome (2017) defende o populismo judicial na corte constitucional colombiana. Para o autor, o tribunal possuía uma importante agenda política que visava implantar, por vias judiciais, um *estado social de derecho* (ESD). Em uma Colômbia arrasada pela guerra civil e pelo narcotráfico, os juízes tinham que assumir o papel de líderes da reconstrução da nação. Esse papel político foi essencial para que a corte resistisse à pressão de políticos com alta popularidade, como Álvaro Uribe.

Uribe se elegeu em 2002 com o compromisso de assumir uma abordagem mais rigorosa no combate às Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e outros

[418] Arato (2017, pp. 5-7) faz um resumo das alterações promovidas nesses país. Na Hungria, a corte constitucional tentou frear a escalada autoritária do governo de Viktor Orbán declarando diversas leis politicamente motivadas inconstitucionais. O partido do governo, o FIDESZ, usou a estrutura d erefoma da antiga constituição e sua supermaioria forjada pelas regras eleitorais para disciplinar a corte com o aumento o número de juízes, limitar sua jurisdição e a alteração da forma de nomeação. Na Polônia, o partido governista, PiS, não tinha a maioria suficiente para reformas constitucionais. O ataque à corte foi possível por um movimento "infeliz" do governo derrotado que tentou substituir 5 juízes, sendo que 3 deles somente concluiriam seus mandatos depois das eleições. O novo governo, liderado pelo PiS, aproveitou para não só bloquear as 5 indicações como também para nomear seus próprios 5 indicados e modificar o quórum para declaração de inconstitucionalidade da maioria para 2/3 dos membros do tribunal. Na Turquia, as alterações promovidas por Erdogan vieram depois de uma decisão da Corte Constitucional, de 2008, que invalidou uma emenda à Constituição que proibia que as universidades banissem o uso do véu islâmico, sob a alegação de que ela violava a disposição constitucional do Estado secular. Em 2010 promoveu uma reforma constitucional reestruturando o judiciário e alternado a composição da corta constitucional, o processo de nomeação e as regras de votação.

grupos paramilitares. Sua estratégia, denominada de *seguridade democrática*, objetivava reconstruir a nação sob a noção de "segurança", que era considerada como uma pré-condição para garantir direitos e liberdades civis. O tribunal, por outro lado, defendia que a reconstrução nacional dependia da garantia de certos direitos sociais[419] (JÁCOME, 2017).

O antagonismo entre os projetos políticos durante o primeiro ano da gestão de Uribe gerou uma série de discussões acerca dos poderes da corte. Primeiro, o governo questionou a competência do tribunal em exercer o controle de constitucionalidade sobre decretos de emergência[420]. A segunda ameaça contra o tribunal consistia em um projeto de emenda constitucional que limitava o alcance da *acción de tutela*[421], excluindo da apreciação do Poder Judiciário questões sobre direitos sociais e econômicos, um elemento chave do projeto político da corte[422] (JÁCOME, 2017).

Na medida em que a popularidade de Uribe crescia, a corte se encontrava diante de um dilema complexo. Ainda que a sua agenda populista de promoção do *estado social de derecho* gozasse de grande popularidade entre a classe média e juristas e acadêmicos progressistas, o tribunal enfrentava um governo popular disposto a ameaçar sua existência. Diante disso, a corte adotou uma estratégia de assumir parte das críticas que lhe eram dirigidas e usá-las para reforçar a sua posição institucional. Essa estratégia ficou evidente em dois dos mais importantes julgamentos da história do tribunal.

---

[419] Antes da presidência de Uribe, a Corte havia declarado a inconstitucionalidade da *Ley de Defensa y Seguridad*, que ampliava os poderes das forças de segurança pública. Apesar de aprovada pelo Congresso, a lei contava com respaldo incondicional do governo, na época liderado por Andrés Pastrana, que, diante do fracasso das negociações de paz com a FARC e com a consequente deterioração da ordem pública, exigia mais poderes para estender seu controle sobre o território nacional. O tribunal, entretanto, julgou que a norma violava direitos fundamentais. Não obstante as diversas críticas de vários stores da sociedade, o governo se limitou a lamentar a decisão (GALVIS, 2009, pp.110-1)

[420] Na interpretação textualista do Ministro do Interior, Fernando Londoño, a corte não possuía poderes explícitos para revisar o decreto declarando o estado de exceção. Para ele, não fazia sentido que o tribunal pudesse enfraquecer a habilidade da sociedade de reagir às ameaças terroristas que colocavam em risco a existência do Estado. O conflito foi encerrado quando a corte finalmente revisou o decreto de forma bastante leniente, cedendo à pressão do governo. Ainda assim, a vitótia de Uribe não foi completa, na medida em que o tribunal manteve o poder de exercer controle sobre os decretos, ainda que os tenha usado com extrema cautela (JÁCOME, 2017). Posteriormente, quando Uribe pretendeu prolongar o estado de exceção, a corte considerou que era inconstitucional, decisão que causou mal-estar no governo (GALVIS, 2009, p. 113).

[421] A *acción de tutela*, prevista no art. 86 da Constituição colombiana de 1991, é um mecanismo de defesa judicial, mediante o qual qualquer pessoa pode reclamar perante o Judiciário, em todo momento e lugar, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando eles forem violados ou ameaçados por ação ou omissão de autoridade pública, ou mesmo de particulares em alguns casos.

[422] O tribunal reagiu publicamente contra o projeto, afirmando que ele procurava acabar com a corte constitucional, contando com amplo apoio da mídia e de juristas progressistas, de modo que ele não chegou a ser enviado ao Congresso. No entanto, ficou demonstrado que o governo estava empenhado em encurralar o tribunal (GALVIS, 2009, p. 114).

Em 2004, a corte declarou que a situação dos deslocados internos[423] na Colômbia era uma catástrofe humanitária e que as políticas governamentais eram absolutamente ineficazes para solucionar o problema. Respondendo aos seus críticos, reconheceu que o Executivo tinha restrições orçamentárias, mas colocou pressão sobre o governo, obrigando-o a decidir se ele estava comprometido com a proteção integral daquelas pesssoas ou se ia regredir nessa proteção. No ano seguinte, quando o governo afirmou seu compromisso com as pessoas deslocadas, o tribunal estabeleceu uma série de remédios estruturais que envolviam discussões periódicas sobre polítcas públicas para esse grupo de cidadãos (JÀCOME, 2017).

A outra decisão envolvia a discussão sobre uma emenda constitucional que garantia a Uribe a possibilidade de concorrer a um segundo mandato. Para o tribunal, a emenda era constitucional já que não afetava nenhuma característica do texto constitucional que só poderia ser alterado pelo próprio povo, mas avisou que a decisão só permitia uma reeleição. Essa decisão deve ser compreendida a partir da decisão anterior, que limitou o populismo de Uribe ao aprofundar o seu próprio projeto de direitos[424].

A conclusão de Jácome (2017) é que a agenda populista da corte constitucional colombiana, focada na ampliação dos direitos sociais e com amplo apoio da opinião pública, serviu de anteparo contra as investidas autoritárias de um governo populista. Segundo o autor, isso se mostrou verdadeiro em 2010, quando o tribunal considerou inconstitucional uma lei, de iniciativa popular, que possibilitaria um terceiro mandato à Uribe, após a realização de um referendo. Apesar das pesquisas demonstrarem que sua reeleição era apoiada por 66% do eleitorado, Uribe cumpriu a determinação judicial.

Outra corte que tem sido definida como populista é a Suprema Corte do Paquistão. Para ganhar popularidade, os juízes dessa corte têm tentado reformulá-la como "A Suprema Corte do Povo"; nesse contexto o presidente do tribunal tem tomado a iniciativa de construir represas e visitar de surpresa escolas e hospitais. Sob o argumento de que o Executivo não tem cumprido plenamente suas responsabilidades e de que a

[423] Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), os deslocados internos são pessoas deslocadas dentro do seu próprio país, pelos mesmos motivos de um refugiado, mas que não atravessaram uma fronteira internacional para buscar proteção. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/

[424] Galvis (2009, p. 118), por sua vez, destaca que a mudança de postura do governo de Uribe em relação à corte estava ligada à reforma constitucional que permitia a reeleição. Provavelmente, o governo fez um cálculo no sentido de evitar confrontos contra o tribunal porque ele teria a última palavra sobre a constitucionalidade da reeleição. Nesses termos, não era politicamente conveniente promover a reeleição e manter uma relação de tensão com o órgão que poderia aprová-la ou rejeitá-la.

corrupção generalizada impede a realização do interesse público, o tribunal aumentou sua interferência no domínio do Executivo:

> O Judiciário continua fazendo observações populistas, ameaçando encerrrar toos os megaprojetos da Administração enquanto não houver melhoramentos na estrutura dos hospitais públicos e instituições de ensino nas províncias, multar altos funcionários e admoesta-los severamente no tribunal, instruindo o governo federal a buscar a aprovação do tribunal superior antes de prosseguir com a a privatização da companhia aérea Pakistan International Airlines (PIA) e ordenando que as autoridades coloquem os nomes de todos os ex-dirigentes da companhia na *Exit Control List*[425], chamando-os de "opressores, inimigos e traidores do Estado" (RIAZ, 2021, p. 85).

Segundo Riaz (2021, p. 86), a agenda da corte parece ser definida de acordo com a televisão: as notícias de grande impacto estimulam o tribunal a instaurar procedimentos de ofício (*suo motu*[426]); depois, as audiências que se seguem alimentam novamente o ciclo de notícias, com os magistrados fazendo comentários que servem de manchete para mídia. Em 2017, por exemplo, um dos juízes da Corte, Sheikh Azmat, afirmou, em uma audiência em que se julgava o então primeiro-ministro Nehal Hashmi por difamação ao Judicário, que o governo agia como "a máfia siciliana".

Mas atuação populista da corte paquistanesa vai além, chegando a ser um fator de enfraquecimento da exigência básica da democracia, isto é, as eleições. Em um relatório sobre o processo eleitoral de 2018, atribuiu-se ao Judiciário um papel de "parcial" na sua participação nas eleições gerais. A mídia internacional denunciou a aliança entre a corte constitucional e as forças armadas para manter o antigo primeiro-ministro Nawaz Sharif, um conhecido adversário dos militares, fora da disputa para favorecer a eleição de Imran Khan[427]. "Nessas eleições, a corte foi instrumental no esquema do exército para eleger Khan" (RIAZ, 2021, p. 91).

---

[425] Trata-se de um sistema de controle de fronteiras mantido pelo governo do Paquistão em que estão listadas as pessoas proibidas de deixar o país.

[426] Uma ação *suo muto* é aquela em que, ao invés das partes trazerem a controvérsia perante o tribunal, a própria corte toma conhecimento do caso e inaugura de ofício o processo. Fonte: https://tribune.com.pk/story/372164/the-power-of-suo-motu

[427] Ao mesmo tempo que afirma seu mais alto respeito pela corte suprema e por seus honoráveis integrantes e reconhece seu esforço contínuo para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, o relatório aponta que alguns dos julgamentos do tribunal, e comentários feitos durante as audiências, afeteram negativamente a percepção pública sobre a neutralidade do Judiciário. O relatório cita diversos julgamentos, ocorridos entre dezembro de 2017 e abril de 2018, que favoreceram o candidato apoiado pelos militares, Imran Khan. Primeiro ao condenar Nawaz Sharif, o líder do principal partido do país, a Liga Mulçumana do Paquistão – LMP-N, a uma pena de dez anos por corrupção, depois de tê-lo inabililitado como primeiro-ministro em 2016, por não ter declarado um salário de uma empresa que pertencia ao seu filho. Khan enfrentou acusações semelhantes, mas não sofreu a mesma punição. Depois ao interferir no e criticar abertamente o governo da província de Punjab, que era liderado pelo irmão e sucessor de Nawaz, Shahbaz Sharif, principal oponente de Khan nas eleições de 2018. Relatório disponível em: https://pildat.org/electoral-reforms1/score-card-on-perception-of-pre-poll-fairness-may-2018

Assim, ao contrário da corte colombiana, que se utilizou do populismo para, em tese, fortalecer a democracia, a corte paquistanesa usou seus poderes e popularidade para criticar e praticamente profanar as instituições democráticas, incluindo o Legislativo e o Executivo. Seguindo uma agenda abertamente partidária, os magistrados seguem atacando publicamente as lideranças eleitas e os partidos políticos e humilhando a burocracia civil, de mãos dadas com os militares. Essa postura é responsável por enfraquecer o Judiciário e pode causar consequências desastrosas em um país em busca da consolidação democrática (RIAZ, 2021, p. 93).

Para compreender por que os tribunais recorrem a uma retórica populsita, é também essencial entender a ideia de reputação promovida por Garoupa e Ginsburg (2015, p. 15). Na concepção deles, a reputação é "o estoque de avaliações sobre a performance passada de um agente", que são feitas pela audiência com variados graus de informação. No caso da reputação judicial, uma audiência importante é o próprio Judiciário. Mas existem também audiência externas, que podem estar bem ou mal-informadas sobre a atuação judicial. A performance judicial é calcada por esforços estratégicos para construir uma reputação que gere recompensas futuras.

Segundo Garoupa e Ginsburg, os juízes são vistos aos olhos do público como agentes da sociedade. Nessa condição, eles devem ser capazes de tomar as mesmas decisões que a sociedade, diante dos recursos e conhecimentos suficientes. Ainda assim, nenhuma decisão judicial pode ser perfeitamente congruente com as preferências e interesses de sociedade moderna, uma vez que ela "não é um agente único, mas um agregado de indivíduos e grupos com diversos interesses e preferências" (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 3).

Ao mesmo tempo, os magistrados também desejam atender às expectativas da sociedade. Como colocam os autores, a reputação é crucial em qualquer empreendimento, mas é particularmente importante para os tribunais. "Armados apenas com canetas, os juízes somente são efetivos se eles são persuasivos e impositivos com as partes, a comunidade jurídica e o público como um todo". A reputação é um instrumento para assegurar a submissão, assegurar recursos materiais e proteger a corte de retaliações (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 2).

Os autores destacam que:

> [...] a reputação importa. Virtualmente toda teoria de poder judicial é dependente, em última análise, da percepção sobre os magistrados e suas habilidades. Uma decisão de um juiz será respeitada e cumprida apenas se ela tiver a reputação de boa qualidade, como determinado pelas audiências

> relevantes. Sem observância, os juízes não podem cumprir sua função social de resolver conflitos, articular regras e servir de instrumentos do controle social (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 16).

Para Garoupa e Ginsburg (2015, p. 22), a reputação é composta por dois elementos: um individual e outro coletivo. A reputação individual está relacionada a um juiz em particular, enquanto a coletiva está ligada à percepção do papel do Judiciário em determinada sociedade[428]. A reputação coletiva é determinada essencialmente pelas audiências externas, refletindo não a visão da sociedade ou da opinião pública em geral sobre o Judiciário, mas também os interesses de agentes políticos com alguma influência sobre os tribunais, como partidos políticos e os demais poderes[429] (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 23).

Assim, os autores concluem que as ações e decisões judiciais respondem a incentivos oferecidos por diferentes audiências. Algumas vezes, esses incentivos são compartilhados por todo público que os magistrados devem considerar. No entanto, outras vezes, podem estar em contradição. A resposta dos juízes ou tribunais a esses incentivos vai depender então do peso de cada uma dessas audiências. Ou seja, as vezes eles podem obter reputação com parte do público e perder com a outra parte (GAROUPA; GINSBURG, 2009, p. 454).

Nesses termos, o uso de jargões típicos do populismo político serve como uma forma de construir uma reputação não apenas perante a mídia e a opinião pública, mas igualmente entre os poderes constituídos, na medida em que o capital institucional de uma corte também é formado por aquilo que Friedman (2009, p. 379) denomina de "apoio difuso". A expressão "se refere à ideia de que existe suficiente apoio institucional para a corte, de modo que as pessoas tolerarão uma certa quantidade de desvios, um número de decisões que elas não gostam" (FRIEDMAN, 2009, p. 379).

A reputação e o apoio difuso garantem ao tribunal uma certa flexibilidade em suas decisões, o que avaliza sua independência funcional, em especial em relação aos

---

[428] Os autores destacam que os juízes distribuem seus esforços para construir uma reputação individual ou coletiva de acordo com o ambiente institucional. "Isso significa que um juiz pode ter que decidir entre assumir suas próprias preferências (para construir uma reputação individual) ou se conformar com as preferências gerais de seus colegas (promovendo uma reputação coletiva pelo consenso). Em muitas circunstâncias, uma ação em particular pode elevar tanto a reputação invidual quanto a coletiva ao mesmo tempo. Mas em outras circunstâncias, ao investir mais em construir uma reputação individual, o juiz contribui menos para a construção da reputação coletiva" (GAROUPA; GINSBURG, 2015, pp. 22-3).

[429] Entretanto, Garoupa e Ginsburg (2015, p. 19) afirmam que não é possível identificar precisamente no processo de produção judicial que parte seria resultado das qualidades individuais de certo juiz ou do Judiciário como um todo. Assim, é impossível separar a reputação coletiva da reputação individual, já que a primeira não é uma simples soma da segunda. A teoria da reputação judicial dos autores é conduzida pelo entendimento de que a produção judicial é como um trabalho em grupo ou em equipe (*teamworkl*).

demais poderes constituídos. No entanto, estabelecem um limite, cuja ultrapassagem pode implicar na corrosão de sua legitimidade e ter consequências na obdediência de futuras decisões do tribunal. Nesses termos, o recurso à opinião pública pode significar um reforço na reputação externa da corte, pronto para compensar a perda do apoio difuso[430].

No caso do STF, a utilização da retórica populista é também resultado de duas coisas distintas. Primeiro, do foco na atuação individual dos Ministros, ao invés do colegiado. Uma série de decisões de importância política significativa são tomadas por ministros individualmente, por meio de liminares monocráticas. Segundo Arguelhes e Ribeiro (2018):

> [...] liminares monocráticas-justificadas em princípio como um mecanismo para garantir a autoridade futura da decisão do plenário-podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse loop permite aos ministros realizar o que podemos chamar de "judicial review individual", bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual.

Depois, de um estilo argumentativo que clama por ouvir o "sentimento social" para a tomada de decisão. Em casos de corrupção, esse apelo populista usualmente resulta em flexibilização da Constituição (MENDES; BENVINDO, 2019). O discurso moral "toma o lugar da Constituição e da legalidade" (SALGADO, 2018, p. 207). Isso pode ser verificado em várias decisões recentes, como a que suspendeu o poder de indulto do Presidente da República, impediu a posse de uma Ministra de Estado por ofensa à "moralidade" ou a que determinou o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados.

Acostumado a ser, como descreveu Baleeiro, o "outro desconhecido", desde pelo menos o julgamento da Ação Penal nº 470 (o processo do "Mensalão") o STF foi tirado da obscuridade que lhe era peculiar[431]. Comentaristas políticos consagraram a analogia

---

[430] Segundo Dothan (2014, p. 47), a "reputação mede apenas se a comunidade mais ativa acredita que a obediência à Corte é provável ou improvável, e não se o julgamento é bom ou ruim. Se o público achar que um julgamento é ruim sob um aspecto legal ou em algum sentido comprometido, ele poderá decidir não criticar o Executivo por desobedecê-lo. [...] Se a comunidade considerar um dos julgamentos correto, sob o aspecto legal, justo e imparcial, a Corte terá alto apoio do público. Uma parte que falhe no cumprimento da decisão estará sujeita a maior criticismo do que uma parte que deixe de cumprir a decisão de uma Corte com baixo apoio público. Mesmo que o público perceba um erro em determinado julgado, se for em geral solidário à Corte, criticará aquele que descumprir sua decisão. As partes tenderão a obedecer mais a Cortes com alto apoio público, de modo a evitar maiores críticas".

[431] Segundo Falcão e Oliveira (2013, pp. 429-30), do período de 2004-2007 para 2008-2011, o número total de notícias envolvendo o tribunal quse dobrou, aumentando em 89%. Se se considerar apenas o ano de 2012 (entre 1º de janeiro e 17 de outubro), "o volume de notícias é ainda maior, sendo 1.603 na página eletrônica

de que a população agora sabia a escalação do Supremo, mais ainda do que a da seleção de futebol. As posições dos Ministros passaram a ser criticadas, não só nas redes sociais, mas também em aeroportos e restaurantes, dentro e fora do país (RECONDO, 2019, p. 105).

Nesse sentido, o apelo à voz das ruas, ao "sentimento constitucional do povo", à opinião pública passa a ser recorrente nas manifestações públicas dos magistrados. Num celebre bate-boca travado com o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Joaquim Barbosa clamou para que o colega "saia à rua, como eu faço" (RECONDO, 2019, p. 181). O Ministro Luiz Fux, entusiasta do neoconstitucionalismo, afirmou em conferências públicas que "nenhum juiz tem o direito de bater no peito e dizer que não liga para a opinião pública, porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido"[432].

Salgado (2018, p. 204) identifica que a perda da Constituição enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade no STF ficou aparente no julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, que tinham por objeto a Lei Complementar nº 135/2010, denominada como Lei da Ficha Limpa. Na ocasião, o tribunal deixou de lado objeções técnicas sobre a constitucionalidade da lei, inclusive no que diz respeito à observância do processo legislativo formal, para louvá-la como o "Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira" (GALINDO, 2020, p. 297).

No entanto, optamos por efetuar um recorte metodológico, analisando apenas as seguintes ações: 1) o MS nº 32.326; 2) a AC nº 4.039; 3) a ADPF nº 402; 4) a QO na AP nº 937; 5) a ADI nº 6.298; e 6) as ADCs nº 43, 44 e 54. Elas não foram escolhidas aleatoriamente. Em comum, elas têm o fato de terem sido julgadas entre os anos de 2013 e 2019, ou seja, entre o auge e a queda da revolução judiciarista. Ademais, todas tratam de temas que envolvem, direta ou indiretamente, a reconformação, em algum aspecto, de prerrogativas parlamentares ou do próprio sistema político-eleitoral previstos na Constituição de 1988, que foram objeto das manifestações de junho de 2013.

Ao mesmo tempo, elas exigiram, por parte do tribunal, um maior ônus argumentativo para justificar a ampliação dos poderes da corte contra o texto constitucional. Daí porque as manifestações dos ministros são imbuídas de um forte apelo moral, calcada naquela distinção entre "o povo de bem" e "a elite corrupta", que

---

da Folha e 3.338 em O Globo, volume que se deve em grande parte ao julgamento da Ação Penal 470 (conhecia como o caso 'mensalão')".

[432] "Juiz não deve ignorar opinião pública, defende ministro do Supremo" In ***Conjur***, 26.6.2015, disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jun-26/juiz-nao-ignorar-opiniao-publica-defende-ministro-stf

caracteriza o conceito ideacional de populismo proposto por Mudde e Kaltwasser[433]. Por fim, todos esses casos mereceram ampla atenção da mídia, pois tratavam de temas sensíveis à opinião pública.

Inicialmente, um problema se impõe: a forma como decidem os tribunais brasileiros, em especial o STF, mesmo quando as decisões são tomadas pelo colegiado. Rodriguez (2015, p. 62) destaca que a "jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais"[434]. A decisão final é resultado de uma votação por maioria que deixa em segundo plano a opinião dos juízes individuais. Nesses termos, é praticamente impossível apontar qual a posição da corte nesse ou naquele caso[435].

Ou seja, não há razões compartilhadas entre os ministros, que possam ser generalizadas como razões do tribunal. Na feliz expressão de Mendes (2009), o tribunal é composto por "onze ilhas", entre as quais não existe deliberação genuína. Como coloca o autor: "Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros" (MENDES, 2009). Diante disso, optamos por analisar os votos individuais dos ministros, tentando apontar seus traços populistas[436].

Comecemos pelo Mandado de Segurança nº 32.326. O art. 55 da Constituição Federal estabelece dois procedimentos distintos para perda de mandato parlamentar: nos

---

[433] Conforme exposto no capítulo anterior.

[434] O autor reconhece a existência do que ele denomina de "zonas de autarquia", isto é, espaços institucionais em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Isso não significa que o magistrado vai simplesmente afirmar: "decido porque é assim que eu quero"; estará presente sempre alguma falsa fundamentação, com o objetivo de conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias (RODRIGUEZ, 2015, pp. 69-70).

[435] Simbólico nesse caso foi o acórdão da ADPF nº 130, que decidiu pela não-recepção integral da Lei nº 5.250. Auto do voto vencedor, o Ministro Ayres Britto ficou responsável pela redação da ementa. Nela, o ministro decidiu incluir que a liberdade de imprensa constituía um direito absoluto, cuja restrição somente seria aceita em aspectos laterais. Tratava-se de uma opinião isolada do ministro, que não foi enfrentada pelos demais integrantes do pleno. Quando o jornal *Estado de São Paulo*, por ordem judicial, foi proibido de divulgar matéria jornalística sobre Fernando Sarney, filho do ex-presidente José Sarney, apresentou prontamente reclamação (nº 9.428) junto ao STF, acusando a violação da decisão o tribunal, uma vez que aquele caso não estava abrangido pelo precedente. O relator da reclamação, Ministro Cezar Peluso, extinguiu-a, sem julgamento do mérito. No seu voto ele consignou que "daquele acórdão nada consta a respeito desse conflito [entre liberdade de expressão e direitos de personalidade]. Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte, o conjunto semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional [...]".

[436] Essa opção está em conformidade com a visão de Garoupa e e Ginsburg (2015) sobre a construção, já mencionada acima, da reputação individual e coletiva pelos magistrados.

casos dos incisos I, II e VI, a perda se dará por decisão da maioria absoluta da Casa Legislativa; já nas hipóteses dos incisos III a V, a Mesa Diretora da Casa Legislativa simplesmente declarará a perda de mandato, mediante provocação ou de ofício. A celeuma envolvia o inciso VI; nos seus termos, caso haja condenação judicial transitada em julgado, a perda do mandato se daria por deliberação da casa e não de forma automática.

Apesar disso, em 2012, no julgamento da Ação Penal nº 470, por estreita maioria (5x4), o plenário do STF firmou posição no sentido que os parlamentares condenados naquela ocasião (Valdemar Costa Neto, Pedro Henry e João Paulo Cunha) perderiam seus mandatos, independente de deliberação da Câmara dos Deputados[437]. Alterada a composição do tribunal no ano seguinte (2013), o plenário modificou também sua posição no julgamento das ações penais nº 565 e nº 396; agora, os parlamentares poderiam iniciar o cumprimento da pena, mas a perda de mandato dependia da decisão da respectiva casa.

Um dos beneficiados pelo novo entendimento do STF foi o deputado Natan Donadan, condenado a quase 14 anos de reclusão pelos crimes de formação de quadrilha e peculato, que iniciou o cumprimento da pena em 28 de junho de 2013. Dois meses depois, quando a Câmara dos Deputados foi apreciar o pedido de cassação, não foi alcançado o quórum necessário constitucionalmente previsto para a perda do mandato (257 votos). Foram 233 votos favoráveis, 131 contrários e 41 abstenções[438].

No dia seguinte, o deputado federal Carlos Sampaio (PSDB-SP) impetrou o mandado de segurança nº 32.326 alegando, de modo sintético, que com a Emenda Constitucional nº 35/2001 houve uma mutação constitucional que teria implicitamente suprimido a referência ao inciso VI do § 2º do art. 55. Nesses termos, segundo a

---

[437] Formaram a maioria os ministros Joaquim Barbosa, relator da ação, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Na minoria, ficaram vencidos Ricardo Lewandowski, revisor da ação, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

[438] O editorial do jornal *Estado de São Paulo* assim descreveu o efeito da sessão sobre a opinião pública: "Em 2010, numa decisão sem precedentes, o Supremo condenou o parlamentar a 13 anos, 4 meses e 10 dias de prisão em regime fechado, além de multa, por peculato (crime praticado por servidor público contra a administração) e formação de quadrilha. Em junho passado, a Corte deu um basta aos intermináveis recursos protelatórios com que os seus advogados pretendiam impedir a consumação do castigo imposto ao cliente e determinou a remoção do político para o Presídio da Papuda, no Distrito Federal. Dali ele saiu algemado anteontem à noite para defender o seu mandato, entre lágrimas e invocações do nome de Deus. Antes de começar o espantoso espetáculo, a sua cassação era dada como certa pelos mais experientes membros da Casa. Pelo visto eles não levaram na devida conta a ilimitada prontidão do chamado baixo clero para degradar o Legislativo federal, nem a solidariedade de seus colegas evangélicos, nem o frio cálculo de conveniências da bancada petista. Graças a essa aliança tácita - e às regras previstas para esse tipo de decisão - Donadon pôde tomar o camburão de volta para a cadeia, de novo algemado, mas levando consigo o mandato que, imagine-se como, conquistou no seu Estado". Disponível em https://www.estadao.com.br/opiniao/camara-de-horrores-imp-/

argumentação do *writ*, o procedimento de perda de mandato por decisão da Casa Legislativa estaria limitado às hipóteses dos incisos I e II.

A ação foi distribuída para o Ministro Luís Roberto Barroso, que tinha sido um dos responsáveis pela alteração da jurisprudência firmada na AP nº 470. Após enfrentar as questões sobre a legitimidade e cabimento do *mandamus*, Barroso fez um resgate histórico da controvérsia, sustentando que mantinha sua posição original, expressa na AP nº 565. Segundo o ministro, não se estava diante de um "caso difícil", em que não há norma expressa aplicável, em que haja conflito aparente entre normas ou que hajam desacordos morais razoáveis.

O art. 55, VI, conjugado com o § 2º, da Constituição Federal traz "em si a solução do problema". No entanto, o magistrado se dispõe a enfrentar o problema a partir dos quatro elementos tradicionais da interpretação jurídica: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teológico. A partir de qualquer dessas perspectivas, é indubitável que a hipótese de perda de mandato parlamentar é taxativa, não comportando interpretação extensiva. Ainda assim, Barroso consigna em sua decisão:

> [...] penso que o Congresso Nacional, por suas duas Casas, deveria, como regra geral, decidir pela perda de mandato de parlamentares condenados definitivamente por crimes graves. Inclusive e especialmente quando se tratar de crimes contra a Administração Pública. Trata-se de um dever moral e a sociedade deveria cobrar seu cumprimento. A Constituição, no entanto, não transformou esse dever moral em obrigação jurídica. Ao contrário, abriu espaço para um juízo político do Congresso.

No entanto, quando tudo aparentemente conduzia para a denegação da ordem, numa postura de autorrestrição, o ministro promoveu um, com o perdão da coloquialidade, "duplo *twist* carpado" em sua manifestação. Afinal, a regra geral não se aplicaria à hipótese dos autos. É que, em função da pena aplicada, seria impossível jurídica e fisicamente ao parlamentar exercer seu múnus público, já que o prazo de cumprimento da pena em regime fechado ultrapassaria o período restante do mandato. Assim, a Mesa Diretora estava diante de um ato vinculado, restando-lhe apenas declarar a extinção do mandato.

O argumento empregado é "metajurídico", calcado em uma tentativa de "moralização do Direito"[439] (STRECK *et al*, 2015, p. 59). A "atuação imediata do

[439] Barroso manifesta expressamente em sua decisão seu descontentamento com o sistema constitucional que disciplina a perda de mandato parlamentar, classificando-o de "muito ruim". Ainda assim, o ministro afirma que a solução deve ser encaminhada pelo poder constituinte reformador, sem violação da Constituição. O conteúdo da decisão, entretanto, está em contradição expressa com essa manifestação. Aliás, a contradição é tão latente que foi observada inclusive por um entusiasta de uma, digamos, leitura

Judiciário" se justifica não pela existência de algum conflito normativo, mas pela "indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos". Nesses termos, o Ministro Barroso concedeu a liminar pleiteada, determinando a suspensão da deliberação do plenário da Câmara que manteve o mandato do parlamentar, até julgamento definitivo do plenário do STF[440].

Sempre disposto a comentar, fora e nos autos, todos os aspectos da vida política nacional, não tardou a criticar a decisão do colega: "A gente vai criar sabe o quê? Um tipo de mandato salame, né? Eu fatio aqui o mandato, oras bolas" (RECONDO; WEBER, 2019, p. 306). No geral, entretanto, a medida foi vista com simpatia pela mídia tradicional, que afirmava que a "decisão foi acertada para consertar uma situação completamente absurda de ter um deputado presidiário"[441].

Ainda no que tange às imunidades parlamentares, outro precedente significativo do STF foi fixado na AC nº 4.039. Tratava-se de pedido de prisão formulado pelo PGR Rodrigo Janot em face do senador Delcídio do Amaral pelo seu envolvimento com a operação Lava Jato. Segundo constava no requerimento, o parlamentar manobrava para evitar que um dos principais envolvidos nas investigações, Nestor Cerveró, assinasse um acordo de colaboração premiada, prometendo, além do pagamento de propina, o auxílio de ministros do STF para que ele obtivesse a liberdade.

Delcídio era um parlamentar de renome, líder do governo, mas com livre trânsito entre todos os partidos, inclusive os de oposição. Mais ainda, era tido como uma figura-chave no processo de indicação e nomeação de ministros, inclusive do STF (RECONDO;

---

moral da Constituição: Luiz Flávio Gomes. Para Gomes (2013), "o ministro Barroso não podia imaginar que sua decisão geraria a confusão que gerou no caso Donadon, tendo a Câmara dos Deputados, malandramente, mantido o mandato do deputado que está preso em regime fechado, com os direitos políticos suspensos. Ou seja: não pode votar nem ser votado, mas continua deputado federal. Mais uma singularidade que só se encontra no Brasil, ao lado das jabuticabas, claro. [...] O ministro, acuado pela imoralidade ímpar do Parlamento brasileiro, achou uma saída: assumiu as funções legislativas e passou a legislar".

[440] A pressão da opinião pública levou o Congresso Nacional a aprovar a Emenda Constitucional nº 76/2013, que aboliu a exigência de voto secreto para a deliberação sobre perda de mandato na forma do art. 55, § 2º, da Constituição Federal. Assim, a representação contra o deputado Donadon foi novamente levada a plenário em 17 de fevereiro de 2014 e seu mandato foi cassado, agora com 467 votos favoráveis e uma abstenção. Diante disso, o mandado de segurança perdeu seu objeto. A controvérsia sobre a perda automática ou não do mandato em caso de condenação criminal, no entanto, permanece sem resolução no STF. Para a Primeira Turma do Tribunal (Informativo nº 903), se a condenação for superior a 120 dias, a perda do cargo é consequência lógica da condenação, cabendo à Mesa Diretora apenas declarar a extinção do mandato; se o prazo da condenação for inferior a isso, caberá à Casa Legislativa deliberar pela cassação ou não do mandato. Já para a Segunda Turma (Informativo nº 904), independentemente da pena, caberá à Casa Legislativa a aplicar, por deliberação da maioria absoluta dos seus membros, a perda do mandato.

[441] Reportagem disponível em https://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/09/liminar-conserta-absurdo-de-ter-um-deputado-presidiario-afirma-merval.html

WEBER, 2019, p. 54). A posição política do senador e o suposto envolvimento de integrantes da corte fez com que o relator do caso, Teori Zavascki, adotasse uma medida de cautela pouco usual no tribunal: antes de decidir, chamou uma reunião informal em seu gabinete[442] (RECONDO; WEBER, 2019, p. 49).

Para contornar o incontornável, qual seja, a imunidade parlamentar em relação à prisão, salvo na hipótese de situação de flagrância em crime inafiançável, o Ministro Teori elaborou um complexo raciocínio jurídico. A PGR imputava ao senador as práticas dos crimes de 1) integrar organização criminosa; e 2) embaraçar investigação envolvendo organização criminosa. Como os delitos descritos correspondiam ao que se denomina de crimes permanentes, aqueles nos quais a consumação se prolonga no tempo, o magistrado entendeu caracterizado o estado de flagrância.

Faltava-lhe superar o segundo requisito: a inafiançabilidade. Os crimes inafiançáveis, por excelência, são aqueles definidos como tais nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal[443], o que não era o caso dos autos. Teori, no entanto, afirma que a norma constitucional não pode ser interpretada de forma isolada, devendo-se levar em consideração a aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo.

Buscando manter a reputação do tribunal perante a audiência, o ministro reconhece que a conduta do senador apresenta "linhas de muito maior gravidade". O crime praticado pelo parlamentar não era um "crime qualquer", antes, era um atentado "contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal". Ao final, com que tentando contrabalancear o tom árido do restante da decisão, o Ministro Zavascki transcreve passagem de um voto da Ministra Cármen Lúcia, com entonação bem mais emotiva:

> [...] Tais como a quimioterapia impõe que se agridam células boas para atingir e exterminar células más, a fim de salvar o corpo do doente, assim também, repito o quanto antes afirmei: haverá de haver um remédio jurídico, sempre, a garantir que o corpo normativo fundamental não se deixe abater pela ação de

[442] Participaram da reunião os cinco ministros integrantes da Segunda Turma do STF: Celso de Mello; Cármen Lúcia; Dias Toffoli e Gilmar Mendes, além do próprio Teori, por óbvio. Além de expor a situação aos colegas, o Ministro Teori defendeu que sua decisão fosse ratificada no dia seguinte por todos os integrantes da turma. "A unanimidade era importante para evitar reações do Senado. Caso elas viessem, os ministros sabiam que não teriam como reagir, não tinham instrumentos para isso" (RECONDO; WEBER, 2019, p. 55). A estratégia de Teori se demonstrou correta: em 2017, quando a Primeira Turma do STF, em maioria formada por Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber, decidiu afastar o senador Aécio Neves do mandato, a Casa Legislativa decidiu "peitar" o tribunal e tornou sem efeito a medida. Segundo Recondo e Weber (2019, p. 256), para traçar uma linha demarcatória entre os três poderes, cogitou-se "usar um pedido de impeachment contra um ministro do Supremo como bomba atômica".

[443] São eles a prática de racismo e de tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, bem como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

> uma doença que contraria a saúde ética e jurídica das instituições e que pode pôr a perder todo sistema constitucional.

Se até então o tribunal era visto essencialmente como expressão da elite política dirigente; agora ela se arvorava o papel de contraponto dessa elite. A corte indicava agora que não buscava apenas ser um agente progressista na consolidação de direitos fundamentais; ela tinha por missão ser atuante na punição dos casos de corrupção política. Após consumada a prisão do parlamentar, coube à própria Cármen Lúcia fazer o registro com cores ufanistas da nova percepção do STF na sessão que ratificou a decisão de Teori:

> Na história recente da nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós, brasileiros, acreditou no mote segundo o qual uma esperança tinha vencido o medo. [...] O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade, impunidade e corrupção. Não passarão sobre os juízes e as juízas do Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro, porque a decepção não pode estancar a vontade de acertar no espaço público. Não passarão sobre a Constituição do Brasil.

No entanto, novos embates com o Legislativo se avizinhavam. Nas jornadas de 2013, Renan Calheiros, na época presidente do Senado, era a personificação do político *mainstream*, que por meio do conchavo e do compadrio ocupava sempre lugar de proeminência, fosse qual fosse o governo da hora. No meio daquela enxurrada de reivindicações, não era incomum manifestantes empunhando faixas pedindo a sua renúncia e prisão. No entanto, apesar de seu envolvimento em diversos escândalos de corrupção, ele permanecia resiliente, praticamente intocado.

Em 1º de dezembro de 2016, o plenário do STF formou maioria para aceitar a denúncia contra o senador Renan por peculato no Inquérito nº 2.593, ao supostamente desviar verbas de representação para custear despesas com uma filha fora do casamento[444]. Pela primeira vez, um presidente do Senado Federal se tornava réu em uma ação penal no Supremo Tribunal Federal (RECONDO; WEBER, 2019, p. 235). No entanto, aquilo que pareceria à primeira vista uma simples questão penal, adquiriu contornos de uma grave crise institucional.

Meses antes (3 de maio), no entanto, o partido Rede Sustentabilidade havia proposto uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que recebeu o nº

[444] Em 2007, o senador mantinha um relacionamento extraconjugal com a jornalista Mônica Veloso. Segundo denúncias da revista Veja, as despesas com o aluguel do apartamento onde ela vivia com suas duas filhas eram custeadas por um lobista ligado à empreiteira Mendes Júnior. O mesmo lobista, segundo as acusações da revista, pagava R$ 12.000,00 de pensão à filha de Renan. O escândalo acabou resultando na renúncia de Renan à presidência do Senado Federal naquele ano. O recebimento da denúncia, portanto, dava-se quase 10 anos após os fatos.

402 e foi distribuída para a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. O objetivo da demanda era impedir que pessoas que respondem ou vierem a responder a ação penal no STF assumam cargos na linha sucessória da presidência da República. Embora de caráter supostamente abstrato, a ação tinha destinatário certo: o até então todo-poderoso presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Todavia, antes que Marco Aurélio pudesse despachar na ADPF, o Ministro Teori Zavascki determinou o afastamento de Cunha da presidência da Câmara dos Deputados no âmbito da Ação Cautelar nº 4.070, a pedido do PGR[445]. Assim, ao mirar em Cunha, a Rede acabou acertando em Renan; no dia 5 de dezembro, o partido protocolou uma nova petição na ADPF nº 402, agora requerendo o afastamento cautelar de Renan Calheiros da presidência do Senado Federal[446].

A petição da Rede foi recebida pelo sistema de protocolo eletrônico do STF às 11h16min; às 15h daquela mesma tarde o Ministro Marco Aurélio, amparado na maioria que havia se formado antes do pedido de vista de Dias Toffoli, determinou o afastamento de Calheiros. Talvez por conta disso, a fundamentação da decisão tenha sido lacônica: limitou-se a fazer referência à maioria já formada[447], o que indicaria a probabilidade do direito, e ao "risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo".

O Senado, entretanto, topou entrar em uma queda de braços com o STF. Após evitar receber a notificação da decisão durante o dia 5, Renan organizou no dia seguinte uma reunião com a Mesa Diretora da Casa Legislativa. Dali saiu a decisão de que a ordem

---

[445] O Ministro Teori menciona, *obter dictum*, em sua decisão que: "É igualmente necessário que o Presidente da Câmara dos Deputados não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, ao normatizar as responsabilidades do Presidente da República, o texto constitucional precatou a honorabilidade do Estado brasileiro contra suspeitas de desabono eventualmente existentes contra a pessoa investida no cargo, determinando sua momentânea suspensão do cargo a partir do momento em que denúncias por infrações penais comuns contra ele formuladas sejam recebidas pelo Supremo Tribunal Federal".

[446] Por conta da liminar deferida pelo Ministro Teori na AC nº 4.070, o Ministro Marco Aurélio tinha julgado prejudicado o pedido de afastamento de Eduardo Cunha quando o processo foi inserido em pauta em 6 de novembro de 2016. No mérito, entretanto, Marco Aurélio acolheu o pedido para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República; no que foi acompanhado por Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Celso de Mello, o decano da corte, que havia antecipado seu voto. Com uma maioria consolidada de 6 a zero, o Ministro Dias Toffoli formulou pedido de vista. Essa era a situação do processo no momento da nova postulação da Rede.

[447] A petição inicial da ADPF tinha um pedido principal, que consistia na declaração de que a pendência de ação penal já recebida pelo STF era incompatível com o exercício dos cargos cujas atribuições constitucionais figure a substituição do presidente da República. Havia, no entanto, um pedido alternativo, ou subsidiário: caso o tribunal entendesse de forma diversa, que ele declarasse que a pendência de ação penal já recebida pelo STF impedisse a assunção de cargo que envolva, nas suas concretas circunstâncias, a função de substituto imediato do presidente da República. Da certidão de julgamento não fica claro em que sentido havia se formado a maioria.

de Marco Aurélio somente seria cumprida após a deliberação do pleno do STF[448]. Emparedada pela reação do Legislativo, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do tribunal à época, pautou para o dia 7 de dezembro o julgamento da liminar pelo plenário.

No seu voto, Marco Aurélio insistiu na manutenção da ordem de afastamento, indicando que sua razão de decidir não diferia daquela utilizada pelo Ministro Teori na AC nº 4.070:

> Qual é a diferença? Não há qualquer diferença. Descabe adotar a máxima condenável dos dois pesos e duas medidas, do uma no cravo, outra na ferradura, o critério de plantão. O processo não tem capa, tem conteúdo. O mesmo tratamento dado, pelo Plenário, com idênticas Constituição e composição, à situação jurídica do Presidente da Câmara, cumpre ser implementado relativamente ao Presidente do Senado. Fora isso é a variação inconcebível, o total desprestígio para o Supremo aos olhos da comunidade jurídica, acadêmica e política, alfim da sociedade.

Novamente, observa-se aqui a preocupação do ministro em justificar seu voto não apenas pela sua coerência argumentativa interna, mas também perante "aos olhos da comunidade jurídica, acadêmica e política, alfim da sociedade". Há uma preocupação com o prestígio do STF, "que sequer conseguiu notificar o Presidente, o Vice-Presidente e o Primeiro Secretário do Senado da decisão proferida". Nesses termos, a recusa do Senado em cumprir a decisão "implica a desmoralização ímpar do Supremo".

Coube ao decano da corte, Ministro Celso de Mello, colocar panos quentes para dissipar os ânimos ao proferir seu voto de divergência. Ele começou por indicar uma correção de rumo no julgamento anterior: em seu voto presumiu que a conclusão do relator teria sido pela impossibilidade de réus assumirem o exercício da presidência da República, sem que isso implicasse na perda dos cargos de direção que ocupassem nas respectivas casas legislativas.

Dito isso, sua posição era pelo acatamento do pedido subsidiário formulado pela Rede e não pela medida mais gravosa, no sentido na qual votou Marco Aurélio. Na opinião de Celso de Mello, havendo réu na linha sucessória, a substituição se dará *per saltum*, de modo a apenas excluí-lo do exercício da presidência da República. A decisão salomônica, que foi adotada pela maioria da corte, resolveu o impasse institucional, mas não deixou de significar também uma interferência do STF no desenho político legado

[448] Segundo Recondo e Weber (2019, pp. 243-4), o Ministro Gilmar Mendes teve participação nessa decisão do Senado Federal em conversas com pessoas próximas ao senador Renan Calheiros. "'Eu posso tê-los encorajado', admitiu Gilmar Mendes".

pelo constituinte originário, ao alterar a regra constitucional de sucessão à presidência da República. Como destacam Freitas e Bustamante (2017, p. 206):

> [...] há diversos Deputados e Senadores passíveis de serem processados por crimes comuns, o que pode fazer com que estejam ocupando cargos de Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado, concomitantemente, réus perante o STF que não sejam afastados do cargo pelas mesas das casas legislativas respectivas, nem sequer seja concedida licença ao STF para prosseguir com o processo.
> Assim, em tese, a partir do novo precedente fixado na ADPF 402-DF, é possível que a Presidência da República possa ser ocupada diretamente pelo Ministro Presidente do STF em caso de afastamento do atual Vice-Presidente ou de futuros Vice e Presidente da República, matéria que pode suscitar conflito de interesses e nova crise relativa à separação e equilíbrio entre os poderes.

Outro foco importante das manifestações de junho de 2013 era a extinção do foro por prerrogativa de função. A garantia constitucional de que parlamentares, após sua diplomação, só seriam submetidos a julgamento perante o STF sempre foi tida como uma das principais razões da impunidade em relação a crimes de "colarinho branco" no país. Segundo Dallagnol (2017), ela não atentava apenas contra a igualdade perante a lei, como também "dificulta ou impede a investigação por corrupção daqueles que mais deviam zelar pelo bem da sociedade e a traem, roubando o povo". O chefe da força-tarefa da Lava Jato destaca que:

> Investigações demandam decisões rápidas e constantes – quando recebem o pedido de prioridade, o que acontece com alguma frequência, juízes de varas especializadas em crimes como lavagem de dinheiro costumam despachar em questão de horas, o que o perfil institucional dos tribunais não oferece. [...] O resultado é evidente: a impunidade dos crimes praticados por aqueles que têm em suas mãos os interesses mais sensíveis do país. Um levantamento, realizado pelo projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, mostra que, das 404 ações penais concluídas no STF entre 2011 e março de 2016, 276 (68%) prescreveram ou foram repassadas para instâncias inferiores porque a autoridade perdeu o foro ao deixar o cargo. A condenação ocorreu em apenas 0,74% dos casos. Segundo Ivar Hartmann, coordenador do projeto na FGV, "os números mostram que é muito mais vantajoso para os réus serem julgados no Supremo" (DALLAGNOL, 2017).

O tema já tinha sido objeto de diversas decisões anteriores do tribunal, sempre no sentido de restringir sua aplicação. A primeira delas, na Questão de Ordem no Inquérito nº 687, redundou no cancelamento da Súmula nº 394 do tribunal, que estendia a competência criminal do STF mesmo após o fim do mandato parlamentar. A Lei nº 10.628/2002 até tentou ressuscitar o teor da súmula, mas foi julgada inconstitucional pelo STF no julgamento das ADIs nº 2.797 e nº 2.860, propostas pelo CONAMP e pela AMB, respectivamente.

Noutro caso emblemático, o STF flexibilizou sua jurisprudência, mantendo sua competência para processar parlamentar que, às vésperas de ser julgado pela corte, renunciou ao mandato, o que resultaria no encaminhamento dos autos às instâncias inferiores e, por conseguinte, na prescrição da pretensão punitiva. As controvérsias, no entanto, seguiam. Em ambas as casas do Congresso se avolumavam propostas de emendas à Constituição visando restringir ou mesmo extinguir aquela prerrogativa, sem que elas fossem apreciadas.

Em maio de 2017, ao julgar a Ação Penal nº 937, em que o deputado federal Marcos da Rocha Mendes era acusado da prática de crime de captação ilícita de sufrágio, o Ministro Barroso suscitou questão de ordem sobre a "possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função". Ele inicia seu voto descrevendo o foro por prerrogativa de função no texto constitucional e as disfuncionalidades que ele apresenta.

Barroso começa por indicar que a atual extensão do foro por prerrogativa de função, que abarcaria, segundo ele, mais de 37 mil autoridades, "não encontra paralelo nem na história constitucional brasileira, nem no Direito Comparado". E não apenas o número de beneficiados é enorme; também o são o número de ilícitos abrangidos: mesmo crimes que não guardam qualquer conexão com as funções desempenhadas (como, por exemplo, homicídio comum) serão processados e julgados pela instância superior.

Esse modelo gera duas consequências "graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal". A primeira era afastar o STF de sua verdadeira vocação, ser corte suprema e não tribunal criminal de primeiro grau. Repisando o argumento de Dallagnol, Barroso destaca a falta de aptidão da corte na condução da instrução processual: o juízo de primeiro grau não apenas está mais próximo dos fatos e das provas, como também é mais bem equipado para processar essas demandas com a celeridade necessária.

Uma segunda consequência diz respeito à "ineficiência do sistema de justiça criminal". O tribunal não tem sido capaz de dar vazão aos processos em curso envolvendo autoridades com foro especial, de modo que "o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados". Além disso, a tramitação é muito mais lenta, o que ocasionalmente resulta na "frustração da prestação jurisdicional". Em 2 de cada 3 ações penais distribuídas no STF o mérito sequer chega a ser analisado, seja pela prescrição, seja pelo declínio de competência.

Na visão de Barroso, os problemas apontados "podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional" sobre o foro por prerrogativa de função. Assim, ele propõe que a competência originária do STF deveria se restringir àquelas hipóteses em que os "crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele". Essa limitação de alcance seria a "mais condizente com a exigência de assegurar a credibilidade e a efetividade do sistema penal".

Deixando de lado as considerações utilitaristas/pragmáticas, Barroso também aponta razões teleológicas para a restrição do foro por prerrogativa de função. Essa garantia consistiria em um injustificado privilégio, que não encontraria guarida no princípio republicano. Segundo o ministro:

> Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Daí a necessidade de que normas constitucionais que excepcionem esses princípios – como aquelas que introduzem o foro por prerrogativa de função – sejam interpretadas sempre de forma restritiva, de modo a garantir que possam se harmonizar ao sistema da Constituição de 1988.

Para Barroso, muito embora o dispositivo do foro por prerrogativa de função viesse sendo interpretado de modo ampliativo, a fim de abarcar inclusive todos os crimes comuns, é possível operar uma "redução teleológica", diminuindo o campo de aplicação da norma "a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segunda a interpretação literal", para adequá-la à finalidade da norma.

A Ministra Cármen Lúcia também coloca em destaque a aparente contradição entre os princípios republicano e da igualdade com a cláusula do foro por prerrogativa de função. Essa colisão, segundo ela, deve ser resolvida se utilizando como critério o princípio da proporcionalidade. Nesses termos, qualquer distinção entre indivíduos "deve ser excepcionalíssima e feita com cuidado e restrição". A interpretação restritiva da garantia, portanto, é a que "melhor se conforma ao princípio da igualdade e à excepcionalidade, por certo, da distinção formulada".

Como de praxe, nos debates, o Ministro Gilmar Mendes faz uma observação indicando que o debate sobre o foro "se tornou um tipo de panaceia, um tipo de populismo constitucional. Fala-se do foro como se fosse responsável pelas mazelas nacionais". Questionando pesquisas utilizadas pelo próprio ministro relator, Mendes acusa que o Supremo está submetido à picaretagem, que desmoralizam o tribunal. Secundando-o, o Ministro Moraes observa que não há nenhuma comprovação, estatística, sociológica ou empírica, que permita concluir que o foro privilegiado "acaba ampliando a impunidade".

Combatendo o voto do relator, Mendes arremata:

> Mas o pior aqui é que sequer esse conceito relacional está definido, não há prova da eficiência da Justiça de Primeiro Grau; este que é o grave problema. Criou-se essa névoa de inteligência de que a maldição da Justiça criminal brasileira é o foro, mas não há nenhuma prova de eficiência da Justiça de Primeiro Grau, não há nenhum estudo sobre isso; esta que é a grande questão. E esta que é a grande fraude, porque aqui o conceito teria que ser relacional.

Ao retomar a palavra, Barroso busca fundamentar seu voto em argumentos metajurídicos, com apelos morais à opinião pública. Em primeiro lugar, ele salienta que "a vida tem uma dimensão real e uma dimensão simbólica". A possibilidade de um agente públicos deixar de ser punido pela prevalência do foro constitui "uma grave lesão à dimensão simbólica da Justiça e descumpre este papel do Direito Penal, que eu considero muito importante, que é o da prevenção geral, que é o de se saber que quem comete fatos delituosos irá ser punido".

Outrossim, a restrição do foro por prerrogativa não atendia apenas a uma questão de eficiência, os gabinetes dos ministros são capazes de manter relativamente em dia as ações penais e os inquéritos. O que está em jogo, sobretudo, "é uma questão de princípio, porque, se alguém tem a proteção do foro por prerrogativa fora das situações em que esteja desempenhando uma função pública, aí, o foro passa a ser um privilégio pessoal, e o privilégio pessoal contraria a ideia de República e a ideia de igualdade".

Por fim, Barroso lança mão de um argumento tipicamente populista. Se o foro privilegiado não fizesse diferença, não haveria tanto empenho, multipartidário, para mantê-lo. A corrupção sistêmica que assola a vida política nacional é resultado não de falhas pontuais, mas de "falhas institucionalizadas de arrecadação e de distribuição por tanta gente, que é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil". Se o foro não assegurasse a impunidade, "não haveria essa disputa por ficar em cargos que têm foro no Supremo. E basta abrir os jornais para saber que manter a jurisdição do Supremo é uma benção".

O Ministro Luís Roberto Barroso não deixa de pontuar também sua preocupação com a imagem e reputação do tribunal perante a opinião pública. Para ele, o sistema adotado pela Constituição é ruim porque desvia o tribunal de sua verdadeira vocação, que é ser um tribunal constitucional e não uma instância criminal, e porque faz com que os processos que ali tramitam se prolonguem indefinidamente. Mas, sobretudo, o sistema é ruim porque "desgasta politicamente o Supremo".

Seguindo Barroso, o Ministro Fux afirma que, "atualmente, o justificado clamor social de combate à corrupção e à impunidade não se mostra compatível, quando ausentes justificativas outras de cunho político-institucional, com a prerrogativa tida". Não porque no STF as autoridades acusadas receberiam tratamento especial, mas porque existe um senso comum "indevidamente generalizado" de que o foro privilegiado "acaba se constituindo como fonte de impunidade, mormente pelas dificuldades processuais e estruturais de evitar o advento da prescrição da pretensão punitiva".

Ao final, por maioria, prevaleceu a interpretação restritiva da cláusula de foro por prerrogativa de função proposta por Barroso. Aos olhos da opinião pública, o tribunal se apresentou como o representante do "povo de bem", capaz de concretizar o ideal de justiça, mesmo diante da oposição das "elites corruptas", interessadas que estavam na manutenção do *status quo*. Parte daquilo que havia sido almejado pelos manifestantes de junho de 2013 havia sido conquistado através da atuação do STF, o que confirmaria as funções representativa e iluminista da corte[449].

Em outubro de 2019, os olhos do Brasil estavam novamente voltados para o plenário do STF. Naquela ocasião, a corte, acostumada em estar no foco de atenção da mídia e da população em geral pelo menos desde o julgamento da AP nº 470, tinha novamente diante de si um caso polêmico: a constitucionalidade da execução provisória da pena após decisão tomada por tribunal de segunda instância, discutida nas ADCs nº 43, nº 44 e nº 54, propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, Conselho Federal da OAB – CFOAB e Partido Comunista do Brasil – PCdoB.

A discussão do tema não era nova: girava em torno da extensão da presunção de inocência, tal como delineada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A norma preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Diante dessa previsão, perguntava-se se seria possível iniciar a execução do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença.

A discussão só faz sentido a partir de 1988. Antes da atual Constituição, não havia dispositivo semelhante[450]. Com o fim do regime militar, a presunção da inocência

---

[449] É de se observar, no entanto, que a decisão do STF acabou paralisando outras discussões sobre a restrição da prerrogativa de foro por função no Congresso Nacional, muita delas muito mais ousadas do que a que foi definida no tribunal. https://diariodopoder.com.br/brasil-e-regioes/sta-brasil/pec-que-acaba-foro-privilegiado-esta-parada-na-camara-ha-1-500-dias

[450] O art. 393 do Código de Processo Penal, em sua redação original, de 1941, dispunha: "São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados". Na exposição de motivos da legislação processual penal, Francisco Campos afirmou: "As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus [...] um tão extenso catálogo de garantias e favores, que

foi tema de amplos debates na assembleia constituinte. Aliás, antes mesmo do início dos trabalhos, ele foi desenvolvido na "Comissão Arinos" de forma muito menos rígida do que a atual[451]. Sua redação final se deveu a José Ignácio Ferreira, por meio da Emenda nº 1P11998-7.

Os tribunais, entretanto, mantiveram o entendimento anterior, sustentando que a presunção de não culpabilidade não impedia a prisão antes do trânsito em julgado da sentença. Isso porque os recursos para os tribunais superiores não possuem efeito suspensivo e não permitem a possibilidade de reexame de fatos e provas (BARBAGALO, 2015, p. 116). Inclusive, havia súmula do STJ (nº 267) acerca do tema.

Somente em 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, o STF reviu seu posicionamento e firmou o entendimento pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. O relator, Eros Grau, assentou que a "ampla defesa não se pode visualizar de modo restrito" de modo que "engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária".

Para adaptar a legislação à decisão do STF, o Congresso modificou o Código de Processo Penal. Alterou-se o art. 283, que agora dispunha: "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciário competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgada ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva".

Após a crise política e a "operação lava-jato", como demonstrado anteriormente, ganhou força o discurso anticorrupção. Alegava-se que a proliferação dessa prática no Brasil era resultado da impunidade nos crimes de colarinho branco. A atuação do juiz Moro, emparedando políticos e empresários poderosos iniciava " uma revolução que tem tudo para pôr fim à impunidade crônica dos corruptos brasileiros"[452].

Esse estado de espírito, somado a alteração da composição, fez o Tribunal voltar atrás, novamente no julgamento de um Habeas Corpus. No seu voto, Teori Zavascki declarou que "a execução da pena na pendência de recurso extraordinária não compromete o núcleo essencial da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo processo".

---

a repressão se torna, necessariamente, defeituosa ou retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum".

[451] O artigo 47, § 4º, do anteprojeto formulado pela comissão dispunha que "presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa".

[452] Trata-se de uma referência a chamada de capa da revista *Época* de 6 de julho de 2015.

A despeito de ter ignorado completamente o texto do art. 283, a decisão foi saudada como um marco contra a impunidade. A impossibilidade de adiar indefinidamente o cumprimento da pena por meio da interposição de diversos recursos foi determinante para o sucesso da lava-jato. Receosos com a prisão, políticos e empresários começaram a confessar seus crimes e buscar acordos de delação (RECONDO; WEBER, 2019, p. 320).

Foi nesse contexto que as referidas ADCs foram propostas. O que se objetivava era que o Tribunal se pronunciasse, agora de forma definitiva, acerca da constitucionalidade do art. 283. O que havia mudado entre 2016 e 2019 eram as circunstâncias. Nesse período, a operação Lava-Jato, criada para investigar esquemas de corrupção que envolviam empreiteiras e a Petrobrás, tinha alcançado seu ápice. Não só tinha desvendado os mecanismos que envolviam desvios de verbas e financiamentos partidários, como também tinha obtido seu maior prêmio: a condenação e prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

O julgamento, em sede de controle concentrado, foi precedido de polêmicas. O relator Marco Aurélio tinha solicitado que a presidente da corte, Cármen Lúcia, as incluísse na pauta. No entanto, esta, percebendo a tendência do plenário em reverter novamente sua jurisprudência, optou por pautar, ao invés, um *habeas corpus* impetrado pela defesa do ex-presidente. Ao analisar o caso concreto, a maioria do Tribunal decidiu manter a prisão.

Agora novamente o plenário do tribunal se debruçava sobre a questão. No entanto, o que chamou a atenção de quem é pouco acostumado a acompanhar as manifestações dos ministros foi o conteúdo dos votos. Repetindo uma tendência que, demonstramos, havia se tornado comum no dia a dia do Judiciário brasileiro, principalmente no Supremo Tribunal Federal, os magistrados da corte abusaram de uma retórica maniqueísta, típica do populismo político.

Fux e Barroso, especialmente, recorreram, em seus votos, a estratégias populistas. Fux iniciou seu voto citando uma série de crimes célebres que supostamente ficariam impunes se a execução provisória da pena fosse vedada. Segundo ele, Alexandre Nardoni, condenado por matar sua filha Isabela; Elize Matsunaga, condenada por matar o marido; e Champinha, que participou do estupro e homicídio de um casal no interior do Estado de São Paulo, não teriam sido presos se o entendimento pela espera do trânsito em julgado já estivesse vigorando.

Ao citar casos conhecidos, o Ministro pretendeu ganhar a simpatia da audiência, resgatando um sentimento de indignação com a injustiça que a regra jurídica pode gerar[453]. Não por acaso, mais adiante ele afirmou que essa "situação fática de iniciar uma execução penal só depois de transitada em julgada a sentença, ao menos nesses casos em que eu mencionei, efetivamente isso não representa, no meu modo de ver, aquilo que é o anseio [...] que é a justiça!".

Propositalmente, o Ministro conduziu a sua narrativa como se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal conduzisse à proibição de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado[454]. Por isso, tratou de ignorar que todos os casos citados por ele não sofreriam qualquer modificação fática caso vigorasse o entendimento contrário ao que ele defendia[455]. E tenta aterrorizar o espectador:

> Nós estamos tratando de pessoas que até podem não ter condições, mas que foram condenadas em segunda instancia por aqueles delitos que nós analisamos na nossa turma diuturnamente por condenações de segunda instancia em que sempre fica em jogo essa questão de execução provisória: traficantes, pedófilos, organizações criminosas, PCC. Há vários, vários integrantes do PCC... há vários pedófilos... há vários traficantes de 900kg, 1 tonelada de cocaína [...]...

O voto é direcionado à plateia, ao povo-*audience*. A crise do sistema representativo brasileiro é associada com a percepção popular da inefetividade do direito penal, não em "uma dimensão meramente punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social". O amadurecimento institucional do país convidou a um "*overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência", que não pode mais ser tida como absoluta.

É por isso que, após apresentar os fundamentos conhecidos a favor da sua tese (respeito ao precedente; ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários, etc.), ele afirmou que "a corte [em 2016] mudou o entendimento sob o argumento de que

---

[453] Curiosamente, esses comentários não ficaram consignados no voto escrito do ministro, mas podem ser encontrados na transmissão do vídeo pela TV Justiça, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_uIcQfdax7M

[454] É nesse sentido que ele defendeu uma aparente contradição entre o inciso LVII e o inciso LXI, que permite a prisão em flagrante: "No meu modo de ver, é uma *contradictio in terminis* afirmar-se que só se pode iniciar a execução depois do transito em julgado porque há uma presunção de inocência e ao mesmo tempo a mesma constituição, que segundo o Ministro Eros Grau, não pode ser lida em tiras, tem que será analisada em seu contexto, essa mesma constituição federal assenta que pode haver prisão em flagrante, pode haver prisão preventiva, pode haver pode haver prisão provisória".

[455] A parte final do dispositivo questionado deixa claro que é possível a prisão antes do trânsito em julgado, desde que preventiva ou provisória. Tanto Alexandre Nardoni quanto Elize Matsunaga, por exemplo, tiveram a prisão preventiva decretada logo após o recebimento da denúncia pelo juiz de primeiro grau.

ocorrera um *overruling*, uma modificação prospectiva em razão de um novo sentimento constitucional dos destinatários do direito".

E quem é o destinatário do direito? O povo. Fux argumentou que "se estiver em jogo uma razão pública ou um valor moral, nós temos de ouvir a sociedade". Na sua visão, o Tribunal não poderia "dar às costas para o sentimento constitucional da sociedade". O STF é contramajoritário para "declarar inconstitucional uma lei que vem da Casa do Povo", mas não para não se importar em "saber o que a sociedade pensa sobre a constituição". Segundo Fux:

> Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema. [...] A necessidade de que a sociedade civil se identifique com a sua Constituição deve orientar também as decisões do Supremo Tribunal Federal, na relevante função da interpretação constitucional. [...] ue ora se sustenta é uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem histórica, da qual se distanciou em demasia.

Ao afirmar que a execução provisória da pena é "um sentimento constitucional puro" do povo, o Ministro usou a tática populista que consiste justamente em identificar a sua posição pessoal com a "vontade popular". Assim, o discurso presente no voto serviria como uma forma de legitimar o exercício e a expansão do Poder Judiciário como representante autêntico e exclusivo da sociedade. No final do voto, a convicção de que sua posição corresponde ao que "é melhor para o meu País e para a sociedade brasileira".

Usando fundamentos jurídicos semelhantes, Barroso foi ainda mais adiante do que o colega no apelo ao moralismo e na defesa do papel de "vanguarda" dos juízes. Além disso, demonstrou uma preocupação em manter a "credibilidade do Judiciário"[456]. Ele alertou: "Não preciso relembrar aqui o que ocorre com o prestígio e a credibilidade de um tribunal que repetida e prolongadamente frustra as demandas legítimas da cidadania".

Já no início do seu voto, Barroso utilizou o recurso, típico do neoconstitucionalismo, de alargar a interpretação para permitir que a norma "mais adequadamente realize os valores constitucionais e o interesse da sociedade". Isso apesar da sua literalidade; afinal, não existe um sentido unívoco, mas sim "opções razoáveis oferecidas pelo texto". Na aplicação, deve-se levar em conta "a realidade e o impacto que

[456] Mais adiante, Barroso diz: "Porque acredito nas instituições e tenho apreço pela instituição em que trabalho, preocupo-me com sua imagem e com a percepção que a sociedade tem do Supremo Tribunal Federal. E a sociedade questiona, porque não consegue compreender, o conjunto de decisões do Supremo que, a seu ver, dificultam o combate à corrupção".

sobre ela se produzirá", escolhendo aquelas interpretações "que melhor realizem a vontade constitucional e o interesse da sociedade".

O magistrado deveria então "identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum". "Nada de textualidade. Fins sociais e bem comum são os parâmetros que devem reger a atividade interpretativa". Seu dever é "ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social". E, deste modo, assumir a posição de vanguarda:

> Juízes constitucionais tem uma autocompreensão acerca de sua missão institucional, de qual seu papel na vida do país, de qual a melhor forma de realizar os valores constitucionais. Se a violência, corrupção e impunidade são as mazelas do seu tempo – ao lado da desigualdade extrema, devo acrescentar –, cabe ao juiz, sim, participar do esforço coletivo de enfrentar esses males.

Caberia ao juiz ponderar, ou seja, "atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobra qual princípio vai prevalecer numa situação concreta"[457]. No caso, os princípios em oposição são a inocência e a "efetividade mínima do sistema penal, um rótulo genérico sob qual se abrigam valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos humanos, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa".

Barroso afirmou que fazer prevalecer o último princípio (a "efetividade do sistema penal") "não é punitivismo, não é vingança privada, mas instrumento de proteção dos direitos fundamentais de todos contra o abuso praticado por alguns"[458]. Os direitos fundamentais, que na visão de Dworkin, são "trunfos" contra metas coletivas, agora servem como argumento para fundamentar uma decisão claramente utilitarista.

A perspectiva utilitarista ficou ainda mais evidente quando Barroso destacou que "não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, será legítimo [...] que o intérprete

---

[457] Inicialmente desenvolvida como um método que tinha como meta terminar com "a arbitrariedade (consequentemente o ativismo dos princípios) e atacar o subjetivismo judicial nos casos difíceis" (MOREIRA, 2014, p. 98), a ponderação acabou, no Brasil, afrouxando "o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio" (GALVÃO, 2012, p. 192). Galvão (2012, pp. 128-9) destaca que "a ponderação é um instrumento que facilita a reforma dos compromissos assumidos pela sociedade por meio da interpretação, pois dá a entender que não há uma ordem prioritária de valores, permitindo que o intérprete os manuseie como bem entender. [...] Isso faz como que todas as normas e precedentes estejam em constante questionamento, já que uma alteração no balanço dos interesses em jogo, inclusive o interesse do intérprete, pode ensejar a decretação da inconstitucionalidade do material jurídico anteriormente consolidada".

[458] "Voltando à ponderação. Imagine-se uma balança com seus dois pratos. Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o peso máximo e a pretensão punitiva do Estado o peso mínimo. Com o recebimento da denúncia, esse peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer".

construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade". Fica em aberto a questão de saber se o Ministro do STF não considera que o princípio da não culpabilidade (ou inocência) seja um direito fundamental.

Tal como faz o Ministro Luiz Fux, Barroso lança mão do "sentimento". Em sua visão, não se trata, ele salienta, de satisfazer a opinião pública, "que é um conceito volátil, que muda com as nuvens", mas sim de um "sentimento de justiça", presente em qualquer sociedade que não pretende regredir ao estado de natureza. Merece transcrição a seguinte passagem:

> Quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por tiro de fuzil, com o estupro ou a violência doméstica contra uma mulher, com um grileiro que toca fogo na floresta ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de opinião pública que se trata; é a justa indignação, do natural sentimento de justiça que todas as pessoas trazem dentro de si, que une as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas. Um país que perde o senso de justiça é um país que se perdeu na História.

A citação dos casos de impunidade se sobrepõe: o jornalista que matou a namorada e, por dez anos, ficou livre; o parlamentar que desvio milhões e só foi cumprir pena catorze anos depois; o suplente de deputado que contratou pistoleiro para matar o titular e só foi preso treze anos depois. A mudança da jurisprudência do Supremo, abalizava Barroso, "impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas".

O uso do recurso típico do populismo, qual seja, a divisão entre *nós* (as pessoas de bem) e *eles* (os corruptos) é associado com o papel vanguardista do Judiciário, que tem por tarefa "a busca por integridade", que "tem a ver com civilização, progresso, humanismo". O Brasil vive uma epidemia de violência e corrupção, "são os números da nossa vergonha". Cabe ao tribunal virar essa página, substituindo o pacto oligárquico, de apropriação privada dos recursos públicos, por um "pacto de integridade fundado em duas regras: no espaço público, não desviar dinheiro; no espaço privado, não passar os outros para trás".

Ao interpretar a Constituição, Barroso admite que se preocupa em "dar os incentivos certos para as pessoas, a fim de criar um tempo que supere tempos passados no Brasil, a ideia de que o crime compensa, de que os bandidos sempre acabam perseguindo os mocinhos e que o mal vence no final". Por fim, arremata:

> Nós [do STF] começamos a melhorar o País. O crime cada vez mais passou a oferecer mais riscos. Diminuímos os incentivos para o desvio de dinheiro. E penso, do fundo do coração, que não há pobre nessa história. Nós estamos falando da alta criminalidade, dos desvios graúdos de dinheiros públicos. E não gostaria de voltar atrás nessa matéria.

Tanto Barroso como Fux associam, indireta e diretamente, a atividade política com a criminalidade. Esse tom já havia sido dado anos antes, quando o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Também aqui, Fux, o relator da ADI nº 4.650, proposta pelo CFOAB, constatava um "descolamento entre a classe política e a sociedade civil", que colocava em "lados opostos os cidadãos [...] e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em detrimento do interesse público".

Embora reconheça que a reforma política é uma atribuição do Congresso Nacional, o ministro admite que "não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais incisiva da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático". Nesses termos, é dever da corte otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, seja para corrigir as patologias que desvirtuam o sistema representativo; seja para proteger os interesses e direitos dos grupos minoritários.

A intervenção judicial no tema do financiamento de campanhas eleitorais se justifica por uma desconfiança factível no interesse dos agentes políticos em promover a reformulação das regras que permitiram suas eleições. Segundo o relator:

> Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.

Estabelecida a legitimidade do tribunal para apreciar a matéria, o ministro relator passa a análise do mérito. Seu primeiro questionamento diz respeito a saber se a doação por pessoas jurídicas promove, em alguma medida, o princípio democrático, ou se se revela prejudicial ao seu funcionamento ideal. Para Fux, o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas; desse modo, permitir que elas participassem da vida política seria, em primeiro lugar, contrário à própria essência do regime democrático.

Mais importante ainda. Na época do julgamento, a maior parte dos recursos dispendidos em campanhas eleitorais tinha origem em doações privadas de um número

restrito de pessoas jurídicas. Essa situação criava uma "irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas", gerando um injustificável desequilíbrio nos certames eleitorais que "permite a captura do político pelos titulares do poder econômico". Na perspectiva de Fux:

> [...] a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos – que possuem ligações com os grandes doadores – em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, consequentemente, na formação dos quadros representativos.

Uma mesma empresa contribui com candidatos e partidos dos mais variados matizes ideológicos, o que descaracterizaria essas doações como "corolário da liberdade de expressão". Segundo o relator, da lista com as dez empresas que mais doaram nas eleições gerais de 2010, metade delas contribuiu para a campanha dos dois principais candidatos. Assim, a prática, ao invés de refletir preferências políticas, representa uma ação estratégica desses doadores, em busca de estreitar, de forma republicana ou não, seus vínculos com o poder público.

Barroso segue a trilha aberta por Fux e afirma que "o modelo em si precisa ser transformado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal empurrar a história neste sentido". No entanto, o ministro não coloca a questão em termos de liberdade de expressão da pessoa jurídica ou de liberdade econômica; está-se, em realidade, diante de uma questão de moralidade pública. Esse modelo favorece a corrupção ou "favorece uma forma de extorsão não explicita de obtenção de recursos das empresas". Por isso que, na opinião de Barroso, a decisão do tribunal ultrapassa o tópico do sistema eleitoral e do financiamento; trata-se de um "debate público que a sociedade brasileira exige sobre a reformatação do modelo político brasileiro".

A decisão de Fux foi seguida pela maioria formada por Barroso, Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Marco Aurélio Mello. Seu impacto imediato no sistema político foi a sanção da Lei nº 13.165/2015, que passou a regular o financiamento eleitoral a partir das eleições municipais de 2016. Apesar de saudada pela opinião pública, a decisão ficou longe de eliminar a influência do dinheiro na política brasileira. Isso porque o tribunal negligenciou outros dois aspectos contidos na ADI: a

imposição de limites às pessoas naturais e o uso dos recursos dos próprios candidatos[459] (CARAZZA, 2018, p. 221).

Anteriormente, citamos Waldron sobre a supremacia judicial. Cabe mencioná-lo novamente; para ele, uma das principais teses inerentes à distinção entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* formulada por Sieyès é negativa: nenhum poder constituído pode ser identificado, ou se identificar, direta ou indiretamente com a soberania popular. A proposta de Sieyès reivindica o direito exclusivo do povo de se expressar enquanto soberano.

Mas Waldron (2014, p. 21) antevê uma segunda função, a de manter o equilíbrio e a integridade do esquema constitucional. Com isso, quer-se evitar que uma instituição possa pretender ocupar um espaço de preeminência ao se associar diretamente com a vontade popular. Isso vale inclusive para as legislaturas, que só "falam pelo povo" por intermédio de procedimentos constituídos[460].

Para o jurista neozelandês, esse princípio negativo se aplica não apenas aos órgãos eleitos, mas a todos os *pouvoirs constitués*, incluindo as forças armadas e os partidos políticos. E, sem dúvida alguma, aplica-se também ao Judiciário. Nesse ponto, é essencial perguntar: até que ponto os tribunais usam as vestes da soberania popular para impor sua própria interpretação do que é a Constituição aos demais poderes? (WALDRON, 2014, 24).

Esses casos pincelados entre tantas intervenções do STF na vida política cotidiana evidenciam que a prática de identificar os desígnios do tribunal com a vontade da sociedade serviu como uma importante estratégia política para legitimar a função de autoproclamado representante da soberania popular. Durante o período entre 2013 e 2019, ou seja, durante a ascensão e queda da revolução judiciarista, a retórica populista serviu

---

[459] Apesar de fechar a torneira das doações de pessoas jurídicas, o STF permitiu que a parcela mais abastada da sociedade pudesse contribuir como pessoa natural. Assim, Joesley Batista, que em 2016 obteve rendimentos equivalentes a 2214333,33. Isso lhe permitiria doar no ano seguinte até 221433,33 (10% dos seus rendimentos brutos). Um cidadão que na mesma época percebesse um salário-mínimo mensal, cerca de 880 reais, poderia contribuir com apenas 1144 reais. Já os candidatos poderiam financiar toda sua campanha com recursos próprios, como no caso de João Dória, que em 2016 se elegeu prefeito de São Paulo investindo 4,4 milhões de sua fortuna pessoal. Ademais, os políticos não se contentaram com os recursos do fundo partidário e com as doações privadas; trataram de aprovar posteriormente o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), que destinava parte do orçamento público às campanhas em anos eleitorais.

[460] Segundo Waldron (2014, 21): "Obviamente, se a soberania popular se constituiu como democracia, então alguns dos *pouvoirs constitués* serão eletivos ou representativos e pode ser tentador afirmar que sua voz é a voz do povo. É importante evitar essa impressão, de acordo com o princípio negativo, particularmente se essa reivindicação vai além de simplesmente afirmar um mandato popular para algum programa político ou legislativo".

para que a corte pudesse reafirmar suas competências diante de um Poder Legislativo enfraquecido e um Executivo desprovido de legitimidade.

Não obstante, longe de contribuir para o aprimoramento do desenho institucional legado pelo constituinte de 1988, o populismo judicial gerou efeitos reversos. O mais evidente foi contribuir para a deslegitimação geral da política e, por consequência, uma fuga do caminho da institucionalidade. Quando ficou evidente que as togas não eram capas de heróis, "o povo de bem" foi em busca de um novo "messias", que não tardou em antever naquele conjunto de 11 magistrados um adversário político.

Ao transferir as grandes decisões políticas ao Judiciário, divulgadas pela mídia como decisões morais e legítimas, tolha-se o cidadão de seu poder de escolha sobre questões políticas controversas. "O cidadão perde sua autonomia política na medida rm que são os juízes ou promotores que tomam as decisões, os quais, por sua vez, não podem ser responsibilizados". O cidadão se transforma em um espectador passivo, a quem cabe apenas apoiar ou demonstrar insatisfação pelo que é decidido no Judiciário em seu nome (KLEIN, 2020, p. 126).

O fato é que, em uma democracia, ninguém pode se atribuir o papel de representante do soberano. Segundo Lefort (1981, p. 118), esse sistema de governo "inaugura uma experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo será dito soberano, certamente, mas onde não cessará de questionar sua identidade". Aí reside, segundo Urbinati (2006, pp. 224-5), a singularidade da representação política:

> Um representante político é único *não* porque ele substitui o soberano na aprovação de leis, mas precisamente porque ele *não é* um substituto para um soberano ausente (a parte substituindo o todo), na medida em que ele precisa ser constantemente recriado e estar dinamicamente em sintonia com a sociedade [...].

Essa percepção de que o poder na democracia é, nas palavras de Lefort (1988, p. 225), um "lugar vazio" afasta qualquer pretensão de uma representação "automática" e direta da soberania popular, como pretende a lógica populista. Na democracia, a soberania popular não pertence a ninguém, ela está sujeita a um processo constante e periódico de afirmação e contestação, dentro do qual a autoridade política é criada e recriada pelo processo deliberativo (LEFORT, 1988, p. 225).

Assim, um dos pressupostos fundamentais da democracia que o populismo tende a ignorar é que o que denominamos soberania popular é exercida primariamente pelas instituições públicas, onde nenhuma predomina sobre as demais. A divisão maniqueísta da sociedade entre os bons e os maus, típica da retórica populista, oferece uma excelente

narrativa para as disputas em campanha eleitoral. No entanto, quando internalizada institucionalmente, especialmente por um poder que tem por principal característica ser não-eleito, serve apenas para empobrecer a deliberação política.

O populismo judicial desfigura a democracia ao atribuir ao STF o papel de salvaguarda da nação. Trata-se de uma visão superestimada e por demais idealizada da força do tribunal. A estabilidade da democracia constitucional é resultado de um equilíbrio de forças, não de um contrato ou da força normativa da constituição. Nesses termos, longe de ser um guardião da ordem constitucional, capaz de substituir as instâncias representativas, a autoridade do tribunal depende essencialmente de uma coalizão de forças políticas que lhe são externas (OLIVEIRA; DUTRA, 2022, p. 64).

Nesse ponto, convém diferenciar o populismo judicial do constitucionalismo popular, conceito que tangenciou grande parte das considerações críticas desse trabalho. O constitucionalismo popular é um processo dialógico em que todos – o povo mobilizado, seus representantes políticos e, também, os tribunais – participam da interpretação constitucional. É da interação entre esses atores que surge o direito constitucional; algumas vezes, esse diálogo vai resultar na aceitação das decisões da corte por parte dos demais poderes constituídos e do povo; outras vezes, eles irão ignorá-las (TUSHNET, 2006, pp. 999-1000). Esse processo resgata a dimensão política da constituição, que não é mais compreendida como um documento que pertence exclusivamente aos juristas[461].

O populismo judicial e o constitucionalismo popular possuem convergências e divergências, capazes de distingui-los e descatacá-los como fenômenos autônomos. A principal convergência é a de que eles resgatam o papel poplar, "do povo", na vida política, dando-lhe protagonismo. Já as divergências podem ser reunidas em três pontos: 1) a concepção de povo que eles sustentam; 2) os canais para sua expressão (ou de mediação da vontade popular); e 3) a relação que estabelecem com a constituição (ALTERIO, 2016, p. 72).

---

[461] Tushnet (2006, p. 991), em especial, defende que o direito constitucional é um tipo distintitvo ou especial de direito, uma espécie de direito político-jurídico. Por um lado, o direito constitucional é direito, algumas vezes descrito como um direito rígido (*hard law*). Nesse sentido, ela induz que aqueles responsáveis pela tomada de decisões não decidam de acordo com suas preferências "puras", isto é, como eles fariam na ausência de direito. Nessa perspectiva, o direito constitucional como direito é em grande parte retrospectivo: os tomadores de decisões de hoje olham para as decisões de ontem (sejam elas evidenciadas no texto constitucional ou em precedentes) para orientação e restrição. Mas há também um elemento político na constituição, que é em grande medida prospectivo: aqui os tomadores de decisão decidem sobre o que é melhor para a sociedade progredir, sem referência a eventos ou práticas anteriores (TUSHNET, 2006, pp. 992-3).

Enquanto o populismo, como vimos, enxerga no povo uma unidade abrangente, ou unitária, o constitucionalismo popular o compreende como um conjunto de pluralidades, em constante desacordo e operando em situação de igualdade com os demais atores políticos. Aqui o povo não se dissolve no todo, mas se exprime em conflitos ou problemáticas pontuais, mostrando seu ponto de vista por meio da mídia e dos movimentos sociais, sem uma liderança centralizada. O povo é um agente político consciente, que age de forma espontânea e que busca se institucionalizar (ALTERIO, 2016, pp. 72-3).

No populismo, a soberania popular é o que legitima diretamente as instituições políticas, sem qualquer mediação que não a vontade expressa e atual, de modo que o processo eleitoral tem caracter eminentemente instrumental. Ao reivindicar uma relação espontânea e um consenso direto entre o povo e o líder, o populismo assimila a soberania popular e o governo; ao invés de empoderar o povo, ele o transforma em uma audiência passiva e reativa, não em um agente político (ALTERIO, 2016, pp. 73-4).

O constitucionalismo popular, por sua vez, defende que a vontade popular deve ser mediada pelas instituições políticas, propondo substituir a supremacia judicial pelo fortalecimento das instituições político-eleitorais. Por essa razão, Tushnet (2015, p. 8) afirma que é um equivoco associá-lo à defesa de referendos e plebiscitos. Pelo contrário, o constitucionalismo popular deve ser exercido principalmente por intermédio das estruturas políticas ordinárias, na confrontação entre "os partidos políticos sobre questões fundamentais de significado constitucional" (TUSHNET, 2015, p. 8).

Aqui, os procedimentos são importantes porque eles garantem a pluralidade de vozes e significados sobre as questões políticas fundamentais. Ademais, ao afastar qualquer pretensão substancial, o constitucionalismo popular admite que toda decisão é falível e, portanto, que todos os resultados podem ser revistos. O populismo, por sua vez, rejeita essa possibilidade na medida em que afirma que existe uma única maioria, cuja opinião é infalível e única, a do "povo de bem", que se encontra em um constante antagonismo contra a "elite corrupta" (ALTERIO, 2016, p. 75).

Por fim, Alterio aponta uma última distinção entre o populismo e o constitucionalismo popular. O último leva a constituição verdadeiramente a sério, recusando-se apenas a admitir que os juízes sejam seus únicos intérpretes, contemplando a possibilidade de diversas interpretação sobre seu conteúdo por diferentes agentes

políticos[462]. Os populistas, por sua vez, fazem um uso oportunista da constituição; apelam a ela quando buscam por legitimidade às suas demandas ou a desconhecem ou a reformam quando ela se coloca como obstáculo aos seus projetos políticos[463-464] (MUDDE, 2013, p. 4).

Assim, é possível afirmar que o constitucionalismo popular consiste numa alternativa plausível ao elitismo carcaterístico do constitucionalismo liberal, que atribui a interpretação constitucional exclusivamente ao Judiciário sobre um pretexto de ele ser um órgão contramajoritário, e ao populismo judicial, que atribuiu ao mesmo Judiciário um papel supostamente representativo da soberania popular. O constitucionalismo popular, ao contrário, restaura a importância da política na interpretação constitucional e permite uma representação autência, complexa e plural, do povo na democracia.

[462] Tushnet (2015, p. 8) cita o exemplo do discurso de ódio (*hate speech*). Para alguns partidos políticos, ele precisa ser regulado porque é inconsistente com a liberdade de expressão; outros, no entanto, defenderão a compatibilidade entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão. Ambas as perspectivas traduzem desacordos razoáveis da sociedade e merecem igual consideração e respeito, o que só pode ser garantido pelo debate público, que é impedido quando se atribui a um tribunal o poder da última palavra sobre o sentido da constituição.

[463] Mudde (2013, p. 4) afirma que os populistas na oposição se aproximam da constituição de forma oportunista; "quando a constituição apoia suas convicções, eles irão reverenciá-la, mas se ela se opõe às suas ideias, eles irão negar sua importância. [...] Os populistas no poder são igualmente oportunistas, apegando-se à constituição 'sagrada' sempre que ela serve aos seus propósitos e criticando-a ou mesmo reformando-a quando não serve". É o caso do *Tea-Party*: o movimento indica três políticas que possibilitaram que os Estados Unidos se tornassem a terra da prosperidade e liberdade: responsabilidade fiscal, governo limitado constitucionalmente e a crença no livre mercado. Essas políticas, segundo eles, estão apoiadas no texto da constituição que é "capaz de solucionar todos os problemas que afligem nossa nação atualmente", desde que interpretada de forma textual. No entanto, quando a constituição significa uma barreira às suas metas, eles não deixam de denunciá-la, pregando por sua reforma. Assim, o senador republicano Mike Lee afirmou, ao pregar pela alteração das emendas constitucionais 14 e 17, que: "A constituição foi feita para ser reformada de tempos em tempos. Algumas vezes nós temos que alterá-la para que ela fique mais próxima do sonho americano" (MUDDE, 2013, p. 5).

[464] Como vimos na exposição de Müller (2016), Landau (2020) e Tushnet (2020) sobre o populismo, nada impede que ele possa conviver com o constitucionalismo ao institucionalizar as práticas e processos capazes de estabilizar os regimes populistas contra ameaças internas e externas, seja para se manter no poder, seja para implementar suas plataformas eleitorais.

6 CONCLUSÃO

É lugar comum nos textos do Ministro Barroso (2015, p. 39) a seguinte citação de Gramsci: "vivemos um momento em que o velho já morreu e o novo ainda não nasceu". Com ela, o ministro quer destacar que o modelo do constitucionalismo tradicional já não mais dá conta dos desafios do mundo contemporâneo. Convenientemente, no entanto, Barroso exclui da passagem a frase seguinte pronunciada pelo marxista italiano: "Nesse interregno, verificam-se os fenômenos patológicos mais variados"[465]. O populismo judicial é, sem sombra de dúvidas, uma dessas patologias.

Tribunais, em especial tribunais constitucionais, são instituições políticas. Esse é um truísmo, ao menos na teoria política, desde 1957, quando Dahl descreveu o papel da Suprema Corte americana na formulação de políticas públicas. O mesmo Dahl (2009, p. 41), entretanto, alertava o papel limitado que ela possuía quando atribuía a si essa tarefa e, principalmente, a possibilidade de disso resultar em "consequências desastrosas" na "ausência de acordos sólidos no âmbito da aliança".

O problema posto pela pesquisa era questionar se era possível identificar traços de uma retórica populista nas manifestações e votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal como forma de justificar a intervenção do tribunal no Poder Legislativo, visando conformá-lo a uma determinada visão moral dos princípios constitucionais. A hipótese desenvolvida afirmava que a crise do modelo clássico do Estado de direito, tanto do ponto de vista de sua estrutura organizacional (separação de poderes) quanto de sua legitimidade (democracia representativa), estimulou a procura por soluções alternativas que acabrama redundando no populismo judicial.

Por isso, no primeiro capítulo do trabalho tratamos de abordar a questão do Estado de direito. Em um primeiro momento, destacamos a origem histórica do conceito e as suas diferentes perspectivas normativas, sejam elas formalistas ou substantivas. Em seguida, oferecemos uma visão descritiva do Estado de direito a partir de Schmitt. Para o jurista alemão, nas constituições burguesas conviviam dois tipos de elementos: aqueles

[465] O trecho completo da passagem de Gramsci (2007, p. 184) é o seguinte: "O aspecto da crise moderna que se lamenta como 'onda de materialismo' está ligado ao que se chama de 'crise de autoridade'. Se a classe dominante perde o consenso, ou seja, não é mais 'dirigente', mas unicamente 'dominante', detentora da pura força coercitiva, isto significa exatemente que as grandes massas se destacaram das ideologias tradicionais, não acreditam mais no que antes acreditavam, etc. A crise consiste justamente no fato de que o velho morre e o novo não pode nascer: nesse interregno, verificam-se os fenômenos patológicos mais variados".

próprios do Estado de direito (repartição e organização) e os políticos (identidade e representação).

O constitucionalismo burguês tende a neutralizar o antagonismo latente desses dois elementos, despolitizando o Estado de direito em seu conteúdo e ocultando seu caráter contingente e histórico. Portanto, em seguida, promovemos uma espécie de genealogia do Estado de direito para desvendar as condições históricas e políticas que permitiram sua ascensão como ideologia dominante e aspiração constante do direito constitucional. A análise demonstra que seu suposto universalismo é uma farsa e que, como qualquer construção social humana, está sujeita à decadência.

Na parte final do primeiro capítulo, enfrentamos os sinais de decadência do Estado de direito na contemporaneidade. Eles decorrem, sobretudo, do fenômeno da democracia de massas. A inclusão de parcelas cada vez maiores da população no sistema político altera a configuração do Estado, de modo que não lhe basta apenas proteger direitos. Ao incorporar a luta de classes e na tentativa de apaziguá-la, o aparato estatal passa a incorporar uma série de prestações positivas que não apenas desbalanceam o equilíbrio entre os poderes, como alteram definitivamente a concepção formal da legalidade.

O esgotamento do modelo clássico da separação de poderes conduziu a uma tentativa de despolitizar decisões políticas, cobrindo-as de um manto de tecnicidade. Órgãos nacionais independentes e organismos internacionais passaram a assumir cada vez mais responsabilidade pela tomada de decisões coletivas. É nesse espaço que a judicialização da política ganha relevo como um processo delegatório, que atende aos interesses não só dos agentes políticos em geral, mas também das próprias elites judiciárias (quando ocorre o ativismo judicial).

Por isso, o tema do segundo capítulo foi a judicialização da política e o ativismo judicial. Inicialmente, reconstruímos o percurso histórico de afirmação do Poder Judiciário a partir da experiência norte-americana. Demonstramos, especialmente a partir da obra de Kramer, que a tradição do *judicial review*, que advém do período colonial, jamais significou a afirmação inconteste da supremacia judicial. Pelo contrário, a análise histórica demonstra que o Judiciário era responsável por interpretar a constituição, mas não o fazia de forma exclusiva.

A supremacia judicial ingressa no discurso político liberal apenas na época da Corte Warren, que promoveu, por via judicial, reformas sociais, em especial em relação à segregação racial. Antes disso, a defesa da palavra final do Judiciário era exclusiva dos

conservadores, que viam naquele poder um modo de barrar o progresso democrático. A nova posição da Suprema Corte, portanto, estimulou juristas progressistas a defenderem os tribunais como o "fórum dos princípios", onde os direitos das minorias são postos à salvaguarda das decisões políticas das maiorias. A partir de Tushnet e Waldron, expomos os inconvenientes desse entendimento.

No tópico final, tratamos da judicialização da política enquanto fenômeno contemporâneo. A expressão significa, pelo menos em uma das suas acepções, a delegação de matérias que tradicionalmente são de competência dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Relatamos as causas que conduzem à judicialização: a existência de direitos fundamentais, possibilidade para que os grupos possam fazer valer suas pautas minoritárias, em contraposição ao desejo da maioria, transferência da reponsabilidade política, entre outras. Somado a esses fatores exógenos, ela também resulta da ação estratégica dos próprios agentes judiciais.

Ou seja, a judicialização da política advém também do ativismo judicial. Nas palavras de Garapon (1999, p. 56), esse corresponde à "vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la". Após definir, a partir da revisão da literatura existente sobre o tema, algumas de suas características, com a finalidade de isolar os dois fenômenos, que não iguais, ainda que conexos, destacamos os riscos do ativismo, que pode levar "não uma judicialização da política, mas uma politização da justiça" (SCHMITT, 1931, p. 22).

Ao mesmo tempo, em direção oposta, a resposta para a crise de legitimidade do sistema político representativo conduziu ao populismo político. Concebido tradicionalmente como uma forma política arcaica, necessária apenas naqueles países onde a democratização não havia alcançado sua plenitude, o populismo paulatinamente passou a integrar, de forma contundente, a realidade política das democracias "avançadas". A crise de representação é solucionada pela hiperpolitização da sociedade, a partir de uma distinção entre a elite corrupta e o povo, representado pelo líder populista.

Para compreender o populismo político, iniciamos nosso terceiro capítulo com um apanhado geral sobre as teorias/concepções de democracia existentes. Partimos da premissa de que o conceito de democracia é carregado de indefinições. De início, afastamo-nos daquilo que prega o senso comum: a democracia é o governo do povo, em que os governantes são escolhidos por eleições livres e periódicas. É que esse conceito carrega em si uma incompatibilidade; a eleição é sempre um processo elitista de escolha, que nega a igualdade entre os cidadãos. Portanto, todo o debate travado no período pós-

Segunda Guerra sobre democracia se sustenta em uma perspectiva mais modesta: a democracia é um procedimento para escolha de governantes por meio de eleições livres e periódicas. Obviamente, essa ideia possui diversas variantes, de Schumpeter a Dahl.

Mais modernamente, surgiram concepções que discutem outros aspectos da democracia, especialmente a questão da representação política. Essas teorias permitiram evidenciar uma modificação na forma de representação. A mais significativa delas diz respeito ao modo como ela é exercida; saímos de uma democracia mediada por partidos para uma democracia plebiscitária (ou de audiência), em que as qualidades pessoais do líder se destacam mais do que suas posições ideológicas. Ao mesmo tempo, a deterioração das condições sociais, mesmo nos países desenvolvidos, criou um clima generalizado de descontentamento com o sistema político.

Esses dois fatores explicam o ressurgimento do fenômeno do populismo político no século XXI, mesmo em países em que a democracia era considerada um processo consolidado. Para explicar o que é o populismo político, buscamos resgatar suas raízes na Segunda República francesa, durante a presidência de Luís Bonaparte (depois Napoleão III). Depois, mostramos como o populismo serviu como um importante instrumento de inclusão democráticas, primeiro dos camponeses, no caso dos EUA e da Rússia, e depois das classes trabalhadoras, na América Latina. Ressaltamos, por fim, sua moderna configuração, a partir dos movimentos populistas surgidos na França e nos EUA, que levaram a ascensão de Donald Trump à presidência desse último país.

Na parte final do capítulo, tentamos traçar um conceito de populismo que pudesse ser utilizado para o passo seguinte da pesquisa. Iniciamos apresentando a perspectiva de Rosanvallon, para quem o populismo segue como uma teoria ausente. Na visão do cientista político francês é preciso resgatá-lo como "uma verdadeira proposição política, que tem sua coerência e sua força positiva" (ROSANVALLON, 2020, 12). Para tanto, ele se propõe a estabelecer um tipo-ideal de populismo, com base em cinco elementos, que permitiria catalogar o fenômeno em sua diversidade.

Também Urbinati sugere uma definição do populismo. Para ela, o populismo não é uma ideologia ou um regime político, mas sim um processo de representação, "em que um sujeito coletivo é construído para alcançar o poder" (URBINATI, 219, p. 5). O populismo nasce dentro da democracia representativa e quer construir seu próprio povo e governo representativo. Ele é, sobretudo, um processo que se apropria das normas e ferramentas da política representativa, explorando suas disfuncionalidades.

Müller, por sua vez, preocupou-se muito mais em estabelecer como o populismo funciona do que em conceituá-lo. Ele parte da mesma premissa de Urbinati: o populismo é uma forma de representação política direta, em que o representante apela diretamente ao povo. Isso não significa, entretanto, que os populistas sejam incapazes de governar. Pelo contrário, eles governam apelando a três técnicas: a colonização do Estado, o clientelismo em massa, combinado com um "legalismo discriminatório, e a repressão sistemática da sociedade civil (MÜLLER, 2016, p. 44).

Por fim, temos a perspectiva de Mudde e Kaltwasser (2017), que definem o populismo como uma "ideologia esvaziada", que considera que a sociedade é dividida em dois campos homogêneos e antagonistas entre si: "o povo puro" e "a elite corrupta". A política deve corresponder à vontade do povo. A abordagem ideacional, ou minimalista, de Mudde e Kaltwasser é a que melhor se adequa ao propósito da pesquisa, na medida em que permite identificar retóricas e estratégias populistas, mesmo em agentes políticos não-eleitos, como magistrados.

Essas duas perspectivas (judicialização da política e populismo político), por mais que possam parecer, à primeira vista, contraditórias entre si, acabam se conciliando no que se denomina populismo judicial. Ele decorre de uma crise de legitimação das instâncias ordinárias da política somada com a ampliação do poder decisório dos juízes decorrente da judicialização. Esses fatores fizerem que integrantes do sistema de justiça vissem a si mesmos como agentes revolucionários, responsáveis por "regenerar a 'pureza' das instituições constitucionais de 1988, corrompida pelos políticos carcomidos" (LYNCH, 2017, p. 163).

No caso brasileiro, o populismo judicial se acentuou a partir das manifestações de junho de 2013. Como demonstramos, elas fizeram parte de um contexto global de protestos que se seguiu à crise econômica de 2008, que se caracterizavam por um profundo sentimento antissistema e por uma pauta multifacetada. No Brasil, a principal consequência das jornadas de junho foi colocar em descrédito o arranjo institucional que sustentou a governabilidade durante as primeiras décadas de vigência da Constituição de 1988.

Se os políticos profissionais não foram capazes de atender aos anseios dos manifestantes, a "vanguarda judiciarista" assumiu para si essa tarefa. Não por coincidência, parte significativa das matérias enfrentadas pelo STF entre 2013 e 2019 se aproximavam de reinvindicações formuladas durante os protestos. Demonstramos como o STF, empoderado com uma série de novas competências pela Constituição de 1988,

abandona o passivismo judicial que caracteriza sua atuação na década de 1990 e abraça com entusiasmo o ativismo, especialmente na promoção de direitos fundamentais.

No entanto, o tribunal não se contentou em aumentar sua reputação entre os especialistas e grupos minoritários. Era preciso ir além, ele precisava se afirmar não apenas como órgão contramajoritário, mas também como salvaguarda da democracia brasileira. Para atingir um público mais amplo e também a grande mídia, os ministros optam por colocar em julgamento casos que envolvem prerrogativas parlamentares, tentando adequá-las a um arcabouço de valores morais da sociedade, cujo próprio judiciário é o único intérprete.

Para legitimar essa atuação, os ministros da corte passaram a utilizar o vocabulário populista, apelando para um suposto "sentimento de justiça" que permeia a sociedade e que diferencia os bons (o povo autêntico) dos maus (as elites corruptas), numa divisão maniqueísta da sociedade. Colocando-se como os verdadeiros representantes do povo, eles convalidam seu papel de vanguarda no combate à corrupção e na promoção dos "valores" constitucionais, ao mesmo tempo que justificam a ampliação dos poderes do tribunal sobre os poderes eleitos.

Dentro do contexto do populismo judicial, a Constituição incorpora a vontade unificada do povo, que o juiz pode alcançar com o método apropriado de interpretação ou ponderação. Nesses termos, não há limite semântico que possa restringir a atuação do intérprete, que fica livre para usar seu poder sem a necessidade de justificar seus efeitos. Assim, a retórica populista pode ser mobilizada para uma variedade de propósitos, dando um verniz de coerência às decisões pela invocação das necessidades do povo e do antagonismo insuperável entre a vontade popular e os interesses mesquinhos das elites.

Essa postura tem "consequências desastrosas", como adverte Dahl. A primeira, a mais óbvia, é a flexibilização das leis e, também, da própria Constituição que os juízes populistas pretendem implementar. Como acontece na política, populistas não são admiradores de restrições e tradicionalmente estão dispostos a afastar os pressupostos básicos do Estado de direito para alcançar seus objetivos. Os exemplos citados no capítulo anterior são pródigos em demonstrar que nem mesmo o texto expresso da lei (ou da constituição) está a salvo de uma interpretação que restringe ou amplia o seu sentido

O Ministro Barroso, por exemplo, não hesita, no intuito de implementar sua agenda política anticorrupção, em defender um "direito fundamental de todos" oponível contra os corruptos e criminosos. Esse "direito fundamental" prevalece inclusive sobre uma garantia clássica do Estado de direito que é a presunção de inocência, sob a

justificativa é assim que se faz “um país melhor e maior”. Obviamente, não se está a defender aqui a Constituição como um texto canônico, que não admite alterações para adequá-la aos novos contextos sociais e políticos. O que se questiona é se os juízes e tribunais são o fórum mais adequado para promover essas mudanças, com direito à última palavra acerca do sentido da norma constitucional, descartando-se o papel das instituições políticas e da própria sociedade civil organizada.

Como observa Oliveira (2022, p. 177), a “domesticação da política pelo direito”, ou seja, a pretensão de substituir decisões políticas “colocando em seu lugar princípios constitucionais de moralidade” não elimina a política. Pelo contrário, ela transfere para uma outra instituição, o Judiciário, essa decisão, substituindo a política tal como existe nos parlamentos e no executivo “por uma outra ‘política’ desempenhada no interior das instituições judiciais”. A despolitização almejada, portanto, significará “a corrosão, ao invés da promoção, da autoridade constitucional”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão:* o dilema institucional brasileiro. In ***Dados*** *– Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 5-34, 1988.

ABRACHES, Sérgio. ***Presidencialismo de coalizão****: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACKERMAN, Bruce. ***Nós, o povo soberano****: fundamentos do direito constitucional.* Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

ADAMS, John. ***The works of John Adams, second president of the United States***. Vol. II. Edited by Charles Francis Adams. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1850.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy:* a reply. In ***Constitutional commentary***, v. 17, n. 3, pp. 455-82, 2000.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On extrajudicial interpretation*. In ***Harvard Law Review***, v. 110, n. 7 (May, 1997), pp. 1359-87.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In ***International journal of constitutional law***, v. 3, n. 4, 2005, pp. 572-81.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In ***Revista de direito administrativo***, n. 217, Rio de Janeiro, pp. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *Negociando a reforma:* a privatização das empresas públicas no Brasil. In ***Dados***, v. 42, n. 3, pp. 421-451, 1999.

ALTERIO, Ana Micaela. *El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorias constitucionales*. In GARGARELA, Roberto; ORTEGA, Roberto Niembro (coord.). ***Constitucionalismo progresista****: retos y perspectivas – un homenaje a Mark Tushnet*. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM, 2016, pp. 63-94.

ÁLVAREZ-OSSORIO, Ignacio. *Civil society and political change in contemporary Egypt*. In ÇAKMAK, Genap (ed.). ***The Arab spring, civil society, and innovative activism***. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2017, pp. 57-79.

AMADEO, Javier; DE PAULA, Guilherme Tadeu. *A saga do populismo:* momentos da história de um conceito. In **Exilium** ***Revista de Estudos Contemporâneos***, vol. 3, n. 5, pp. 366-402, 2022.

ANTONINI, Francesca. ***Caesarism and bonapartism in Gramsci****: hegemony and the crisis of modernity*. Boston: Brill, 2021.

ARANTES, Rogério B. ***Judiciário e política no Brasil***. São Paulo: Editora Sumaré, 1997.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*. In MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, André Portela (orgs.). ***A carta**: para entender a Constituição brasileira.* São Paulo: Todavia, 2019, pp. 13-52.

ARATO, Andrew. *Populism, the Courts and Civil Society*. December 4, 2017. Avaible at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3082596 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3082596

ARENDT, Hannah. ***A condição humana***. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARENDT, Hannah. ***Entre o passado e o futuro***. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida; apresentação de Celso Lafer. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002.

ARGUELHES, Diogo Werneck. *Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal:* um novo começo? In ***Revista Direito e práxis***, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, pp. 1.530-82, 2022.

ARGUELHES, Diogo Werneck. *Judges speaking for the people:* judicial populism beyond judicial decisions. In ***VefBlog – Verfassungsblog***, 2017 disponível em https://verfassungsblog.de/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/

ARGUELHES, Diogo Werneck. *Poder não é querer:* preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In ***Universitas Jus***, v. 25, n. 1, pp. 25-45, 2014.

ARGUELHES, Diogo Werneck. *O Supremo na política:* a construção da supremacia judicial no Brasil. In ***Revista de direito administrativo***, v. 25, São Paulo, 2009, pp. 5-12.

ARGUELHES, Diogo Werneck. *O Supremo que não erra*. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Ed.). ***A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: Editora FGV, 2017, pp. 81-107.

ARGUELHES, Diogo Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou criador:* transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. In ***Revista FGV***, São Paulo, v. 12., n. 2, pp. 420-40, mai-ago, 2016.

ARGUELHES, Diogo Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia:* o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In ***Novos Estudos CEBRAP***, São Paulo, v. 37, n. 1, abr. 2018.

ARGUELHES, Diogo Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença; *Judicialização antes da democratização?* O Supremo Tribunal Federal e o destino da Emenda Constitucional das "Diretas Já". In ***Pensar – Revista de Ciências Jurídicas***, v. 23, n. 4, pp. 1-16, out/dez, 2018.

AVELAR, Idelber. ***Eles em nós**: retórica e antagonismo político no Brasil do século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2021.

AVRITZER, Leonardo. ***Impasses da democracia no Brasil***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AUSTIN, John. ***The province of jurisprudence determined***. Ed. by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BACHA E SILVA, Diogo; VIEIRA, José Ribas. *Os itinierários da politização do Supremo Tribunal Federal:* do ativismo ao populismo judicial. In ***Revista Sequência***, Florianópolis, v. 43, n. 91, pp. 1-34, 2022.

BALEEIRO, Aliomar. ***Constituições brasileiras, 1891***. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. ***O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido***. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBAGALO, Fernando Brandini. ***Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais****: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015.

BARBOSA, Rui. ***Trabalhos jurídicos****: estado de sítio*. Rio de Janeiro: Ministério da educação e Cultura, 1936 (v. XIX, t. III).

BARROS, Adil Jesus Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. ***Fundamentos de Metodologia*:** um guia para a iniciação científica. 2 ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. ***O controle de constitucionalidade no direito brasileiro****: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. ***Curso de direito constitucional contemporâneo****: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. ***O direito constitucional e a efetividade de suas normas****: limites e possibilidades da Consttiuição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?).* In ***Revista de Direito Administrativo***, n. 214, pp. 1-25, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In **Suffragium – *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará***, Fortaleza, v. 5, n. 8, pp. 11-22, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:* o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In ***Revista da EMERJ***, v. 9, n. 33, pp. 43-92, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Operação Abafa tenta barrar avanços do STF*. In ***Folha de São Paulo***, artigo publicado em 23 de fevereiro de 2018, disponível em Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebatecriticas-feitas-ao-tribunal.shtml

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto:* o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In ***Revista Brasileira de Políticas Públicas***, v. 5, número esecial, pp. 23-50, 2015.

BAYAT, Asef. ***Revolution without revolutionaries****: making sense of the Arab spring*. Stanford, CA: Stanford University Press, 217.

BERCOVICI, Gilberto. ***Constituição e estado de exceção permanente****: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. ***Soberania e constituição****: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. *Introduction*. In VENTURI, Franco. ***Roots of revolution****: a history of populist and socialist movements in nineteenth century Russia*. Translated by Francis Haskell. New York, NY: Alfred A. Knopf, 1960.

BERNSTEIN, Anya; STASZEWSKI, Glen. *Judicial populism*. In ***Minnesota Law Review***, pp. 283-351, 2021.

BEZERRA, Patrícia Rangel Moreira. *Midiatização e circulação de sentidos nas manifestações de junho de 2013:* as contradições das colunas de Arnaldo Jabor na Rádio VCBN. In ***Revista ALTERJOR***, ano 7, v. 2, ed. 14, julho-dezembro, 2016, pp. 121-47.

BICKEL, Alexander M. ***The least dangerous branch****: the Supreme Court at the bar of politics.* 2nd. ed. New Haven & London: Yale University Press, 1986.

BILDER, Mary Sarah. *The corporate origins of judicial review*. In ***The Yale Law Journal***, vol. 116, n. 3, pp. 502-66, dec. 2006.

BLACKSTONE, William. ***Commentaries on the laws of England***. *Book 1: of the Rights of persons.* With an introduction, notes, and textual apparatus by David Lemmings. Oxford: Oxford University Press, 2016. [The Oxford Edition of Blackstone]

BLOKKER, Paul. *Populist counter-constitutionalism, conservatism, and legal fundamentalism.* In ***European Constitutional Law Review***, n. 15, pp. 519-43, 2019.

BOBBIO, Norberto. ***O futuro da democracia***. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. ***Dicionário de política***. Tradução de João Ferreira. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de direito constitucional***. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antonio Paes de. ***História constitucional do Brasil***. Brasília: OAB Editora, 2004.

BORK, Robert H. ***The tempting of America****: the political seduction of the law*. New York, NY: Simon & Schuster, 1990. [EPub]

BORK, Robert H. ***Tradition and morality in constitutional law***. *The Francis Boyer Lectures on Public Policy*. Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1984.

BRANCALEONE, Cassio. *Junho rebelde e a espontaneidade como lastro social*. In BRANCALEONE, Cassio; DE BEM, Daniel (org.). ***As rebeliões da tarifa e as jornadas de junho no Brasil***. Porto Alegre: Editora Deriva, 2014.

BUCK-MORSS, Susan. ***Dialética do olhar****: Walter Benjamin e o Projeto das Passagens*. Tradução de ana Luiza Andrade. Belo Horizonte; Chapecó: Editora UFMG; Editora Universitária Argos, 2002.

CALDWELL, Peter C. ***Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law****: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham; London: Duke University Press, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. ***Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal***. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOVAN, Margaret. ***Populism***. New York and London: Harcourt Brace Jovanovich, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro. ***Juízes legisladores?*** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARAZZA, Bruno. ***Dinheiro, eleições e poder****: as engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CARBONELL, Miguel. *Nuevos tempos para el constitucionalismo.* In CARBONELL, Miguel (Ed.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARONE, Edgard. ***A República velha****: evolução política (1889-1930)*. 4. ed. São Paulo: Difel, 1983.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidam de. *Juscorporativismo:* os juízes e o judiciário na assembleia nacional constituinte. In ***Revista Brasileira de Estudos Políticos***, Belo Horizonte, n. 14, pp. 31-77, 2017.

CARVALHO, João. *A ascensão eleitoral do* Rassemblement National *de Marine Le Pen*. In ***Relações internacionais***, n. 74, junho, 2022, pp. 129-142.

CARVALHO, João. ***Impact of the extreme right parties on immigration policy****: comparing Britain, France and Italy*. London and New York: Routledge, 2014.

CARVALHO, João. *Mainstream party strategies towards extrem right parties*: the french 2007 and 2012 presidential elections. In ***Government and Opposition***, vol. 54, n. 2, pp. 365-86, 2019.

CASTELLS, Manuel. ***Networks of outrage and hope****: social movements in the internet age.* 2nd edition. Cambridge, UK: Polity Press, 2015.

CHALOUB, Jorge; LYNCH, Christian Edward Cyril. *O pensamento politico-constitucional da República de 1988*: um balanço preliminar (1988-2017). In HOLLANDA, Cristina Buarque de; VEIGA, Luciana Fernandes; AMARAL, Oswaldo E. do. ***A Constituição de 1988****; trinta anos depois.* Curitiba: Editora UFPR, 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. In ***Revista brasileira de políticas públicas***, Brasília, v. 5, Número Especial, pp. 2-22, 2015.

COKE, Edward. ***The selected writings and speeches of Sir Edward Coke***. Edited by Steve Sheppard. Indianapolis, Indiana: Liberty Fund, 2003.

COSTA, Pietro. *O Estado de direito: uma introdução histórica*. In COSTA, Pierto; ZOLO, Danilo (Orgs.). ***O Estado de direito****: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 95-198.

CRAWFORD, Lisa Burton; MEAGHER, Dan. *Statutory precedentes under the "modern approach" to statutory interpretation*. In ***The Sidney law review***, v. 42, n. 2, pp. 209-39, 2020.

CROSSMAN, W. Henry; RAPOPORT, Ronald B. *From Tea Party to Trump Party*. Paper prepared for the panel on ***Trumping the Party*** at the State of the Parties Virtual Conference, Ray Bliss Institute, University of Akron, November 4-5, 2021.

CRUZ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa. *Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado*. In ***Revista de Direito Público***, v. 6, n. 25, jan-fev/2009, pp. 68-78.

CUNHA, Diogo; CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. *O populismo como modelo de "democracia polarizada:* a teoria do populismo de Pierre Rosanvallon à luz do debate contemporâneo. In ***Sociologias***, Porto Alegre, ano 24, n. 59, pp. 200-36, jan-abr 2022.

DA EMPOLI, Giuliano. ***Os engenheiros do caos***. Tradução de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2020.

DAHL, Robert A. ***A democracia e seus críticos***. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. *A democratic paradox?* In ***Political Science Quarterly***, Vol. 115, No. 1. (Spring, 2000), pp. 35-40.

DAHL, Robert A. ***Poliarquia****: participação e oposição.* Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012a.

DAHL, Robert A. ***A preface to democratic theory***. Chicago: Chicago University Press, 2006 [Expanded edition].

DAHL, Robert A. *A tomada de decisões em uma democracia:* a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. In ***Revista de direito administrativo***, n. 252, São Paulo, 2009, pp. 25-43.

DALLAGNOL, Deltan. ***A luta contra a corrupção***. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. [*Ebook*]

DAVIES, Peter. ***The National Front in France****: ideology, discourse and power.* London and New York: Routledge, 2001.

DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachem. *Legal defeats – political wins:* why do elected representatives go to court? In ***Comparative political studies***, vol. 38, n. 1, pp. 75-103, feb. 2005.

DOTHAN, Shai. ***Reputation and judicial tatics****: a theory of national and international courts.* New York: Cambridge University Press, 2014.

DOWNS, Anthony. ***An economic theory of democracy***. New York, NY: Harper & Row, 1965.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZZOLO, Susanna. ***Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico****: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.* São Paulo: Landy Editora, 2006.

DULCI, Otávio Soares. ***A UDN e o anti-populismo no Brasil***. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

DUQUE, Marcelo Schenk. ***Direito privado e constituição****:* drittwirkung *dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Ridotra Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. ***O direito da liberdade****: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. ***Domínio da vida****: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. ***O império do direito***. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. ***A justiça de toga***. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. ***Levando os direitos a sério***. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. *Philosophy, morality, and law*: observations prompted by Professor Fuller's novel claim. In ***University of Pennsylvania Law Review***, vol. 113, n. 5 (mar. 1965), pp. 668-90,

DWORKIN, Ronald. ***Uma questão de princípios***. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. ***A raposa e o porco-espinho****: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

EALY, Steven D. ***The evolution of Rule of Law in Hayek's thought, 1935-1955.*** *Working paper*. George Mason University, 2010.

EDLIN, Douglas E. ***Judges and unjust laws****: common law constitutionalism and the foundations of judicial review.* Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, 2008.

ELY, John Hart. ***Democracy and distrust****: a theory of judicial review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

ESPÍRITO SANTO, Maíra Ouríveis do; DINIZ, Eduardo Henrique; RIBEIRO, Manuella Maia. *Movimento passe livre e as manifestações de 2013*: a internet nas jornadas de junho. In: PINHO, José Antônio G. (org.). ***Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil****: perspectivas para avanço da democracia* [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, pp. 141-167.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *O STF e a agenda pública nacional:* de outro desconhecido a supremo protagonista? In ***Lua Nova***, São Paulo, n. 88, pp. 429-69, 2013.

FERLING, John. ***Adams vs. Jefferson****: the tumultuous election of 1800*. New York: Oxford University Press, 2004.

FERREIRA, Bernardo. ***O risco do político****: crítica ao liberalismo e teoría política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ, 2004.

FINCHELSTEIN, Frederico. ***Do fascismo ao populismo na história***. Tradução de Jaime Araújo. São Paulo: Almedina, 2019. *E-book* s/ paginação.

FIORAVANTI, Maurizio. ***La scienza del diritto pubblico****: dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto.* In FORSTHOFF, Ernst. ***Stato di diritto in trasformazione***. Traduzione di L. Riegert e C. Amirante. Milano: Giuffrè Editora, 1973.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. ***Poder, direito e ordem***: *ensaios sobre Carl Schmitt*. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Separação e equilíbrio0 de poderes:* reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988. Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. In ***Cadernos Adenauer***, v. xviii, n. 1, 2017, pp. 193-2016.

FRIEDMAN, Barry. ***The will of the people****: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

FUKUYAMA, Francis. ***O fim da história e o último homem***. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FUKUYAMA, Francis. ***Ordem e decadência política****: da revolução industrial à globalização da democracia.* Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FUKUYAMA, Francis. ***As origens da ordem política****: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa.* Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

FULLER, Lon L. ***The morality of law***. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon. F. *Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart.* In ***Harvard Law Review***, v. 71, n. 4 (Feb., 1958), pp. 630-672.

FURET, François. ***Revolutionary France: 1770-1880***. Translated by Antonia Nevill. Oxford, UK; Cambridge, USA: Blackwell, 1992.

GALINDO, Bruno. *Populismo jurídico e instabilidade institucional*: as constituições democráticas podem contê-los? In CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (Coords.). ***Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia***. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

GALVIS, Sebastián Rubiano. *La Corte Constitucional:* entre la independencia judicial y la captura política. In GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; REBOLLEDO, Javier Eduardo Revelo (coord.). ***Mayorías sin democracía****: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009, pp. 85-145.

GARAPON, Antoine. ***O juiz e a democracia****: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luzia de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Judicial audiences and reputation*: perspectives from comparative law. In ***Columbia Journal of Transnational Law***, n. 47, pp. 451-90, 2009.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. ***Judicial reputation****: a comparative theory*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

GAUTIER, Jean-Paul. ***Les extremes droites em france****: de 1945 à nos jours.* Paris: Édtions Syllepse, 2017.

GERBAUDO, Paolo. ***Tweets and the streets****: social media and contemporary activism*. London, UK: Plutopress, 2012.

GERBER, Carl Friedrich Wilhelm von. ***Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts***. Leipzig: Tauchnitz, 1865.

GERBER, Carl Friedrich Wilhelm von. ***Uber öffentliche Rechte***. Tübingen: Laupp, 1852.

GODOY, Miguel Gualano de. ***Devolver a constituição ao povo****: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba, 2015. 266 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

GOLDFORD, Dennis J. ***The American constitution and the debate over originalism***. New York: Cambridge Univertsity Press, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Perda de mandato:* vergonha nacional corrigível. In ***Conteúdo Jurídico***, 5 de setembro de 2013, disponível em

https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36494/perda-de-mandato-vergonha-nacional-corrigivel

GOZZI, Gustavo. *Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã.* In COSTA, Pierto; ZOLO, Danilo (Orgs.). ***O Estado de direito****: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 308-37.

GRAMSCI, Antonio. ***Cadernos do cárcere, volume 3****: Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

GRAU, Eros Roberto. ***A ordem econômica na Constituição de 1988***. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREEN, Craig. *An intelectual history of judicial activism*. In ***Emory Law Journal***, v. 58, n. 5, pp. 1.195-1.263, 2009.

GROSTEIN, Julio. ***Ativismo judicial****: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

GUASTINI, Riccardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico:* el caso italiano. In CARBONELL, Miguel (Ed.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HAMBURGER, Philip. ***Law and judicial duty***. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. ***The federalist papers***. Introduction and notes by Charles R. Kesler. New York: Signet Classics, 2003.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. ***Multitude****: war and democracy in the age of empire*. New York, NY: The Penguin Press, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. ***O conceito do direito***. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HAYEK, Friedrich. ***The constitution of liberty***. *The definitive edition*. Ed. by Ronald Hamony. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HAYEK, Friedrich. ***The road to serfdom***. *Text and documents*. Ed. by Bruce Cadwell. London: The University of Chicago Press, 2007.

HAWKINS, K. A.; AGUILAR, R.; CASTANHO SILVA, B.; JENNE, E. K.; KOCIJAN, B.; KALTWASSER, C. R. *Measuring populist discourse:* the global populismo database. Paper presented at the 2019 EPSA Annual Conference in Belfast, UK, june 20-22.

HAWLEY, George. ***Making sense of the Alt-Right***. New York: Columbia University Press, 2017.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. ***Filosofia da história***. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. ***A política dos juristas****: direito, liberalismo e socialismo em Weimar.* Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: Alameda, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* In HESSE, Konrad. ***Temas fundamentais de direito constitucional***. Textos selecionados e traduzidos por Carlos de Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendese Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. ***Towards juristocracy****: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOBBES, Thomas. ***Leviatã****: ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBSBAWM, Eric. ***A era dos extremos****: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen. *Lineages of Rule of law*. In MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). ***Democracy and the Rule of Law***. New York: Cambridge University Press, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. ***Memória jurisprudencial****: Ministro Pedro Lessa.* Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HOUAISS, Antônio. ***Dicionário Houaiss de língua portuguesa***. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. ***Political order in changing societies***. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

HUNTINGTON, Samuel P. ***A terceira onda***: *a democratização no final do século XX*. Tradução de Sergio Goes de Paula. São Paulo: Editora Ática, 1994.

IANNI, Octávio. ***A formação do estado populista na américa latina***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileria, 1975.

IASULAITIS, Sylvia; VIEIRA, Aiane de Oliveira. *Quando o ataque é o programa:* as estratégias de campanha de Donald Trump e de Jair Bolsonaro no Twitter. Trabalho apresentado no grupo de trabalho "Internet e política" do VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (VIII COMPOLÍTICA), realizado na Universidade de Brasília – UNB, entre 15 e 17 de maio, 2019.

IRONS, Peter. ***A people's history of the Suprem Court***. New York: Penguin Books, 1999.

JÁCOME, Jorge González. *In defense of judicial populism:* lessons from Colombia. In ***VerfBlog – Versfassungsblog***, 2017, disponível em https://verfassungsblog.de/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/

JELLINEK, Georg. ***Allgemeine Staatslehre***. Dritte Auflage. Berlin: Julius Springer, 1929.

JELLINEK, Georg. ***Teoría general del Estado***. Traduccion por Fernando De Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

JUDENSNAIDER, Elena; LIMA, Luciana; ORTELLADO, Pablo; POMAR, Marcelo. ***Vinte centavos****: a lutra contra os aumentos*. São Paulo: Editora Veneta, 2013.

KABASERVICE, Geoffrey. ***Rule and ruin****: the downfall of moderation and destruction of the Republican Party from Eisenhower to the Tea party*. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

KANT, Immanuel. ***Metafisica dei costume***. Testo tedesco a fronte. Traduzione di Giusseppe Landolfi Petrone. Milano: Bompiani Il Pensiero Occidentale, 2006.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. ***Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa***. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KELLY, Duncan. ***The state of the political****: conceptions of politics and the state in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

KELSEN, Hans. ***A democracia***. Tradução de Vera Barkow *et al*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. ***Reine Rechtslehre***. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960 [Nachdruck, 1992].

KELSEN, Hans. ***Teoria pura do direito***. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERVÉGAN, Jean-François. ***Hegel, Carl Schmitt****: le politique entre spéculation et positivé*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

KETCHAM, Ralph (ed.). ***The anti-federalist papers and the constitutional convention debates***. Introduction by Ralph Ketcham. New York: Signet Classics, 2003.

KIRCHHEIMER, Otto. *As transformações dos sistemas partidários da Europa ocidental*. In ***Revista brasileira de ciência política***, n. 7, Brasília, Jan./Apr., 2012, pp. 349-385.

KLEIN, Joel Thiago. *Juristocracia midiática*. In ***Dois Pontos – Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos***, Curitba; São Carlos, v. 17, n. 2, pp. 118-130, dezembro de 2020.

KLINKNER, Philip. *The causes and the consequences of "Birtherism"*. Paper presented at the Annual Meeting of the Werstern Political Science Association, 2014, disponível em https://www.wpsanet.org/papers/docs/Birthers.pdf

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meaning of judicial activism*. In ***California Law Review***, v. 92, n. 5, pp. 1441-77, 2004.

KOERNER, Andrei. *Sobre a "Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil"*: uma análise crítica. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). ***As formas do direito****: ordem,*

razão, decisão – experiências jurídicas antes e depois da modernidade. Curitiba: Editora Juruá, 2012, pp. 1-39.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo*. In ***Lua Nova,*** São Paulo, n. 88, pp. 141-84, 2013.

KOSAR, David; BAROS, Jirí; DUFEK, Pavel. *The twin challenges to separation of powers in Central Europe: technocratic governance and populism*. In ***European Constitutional Law Review***, 15: pp. 427-461, 2019.

KRAMER, Larry D. ***The people themselves****: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KRYGIE, Martin. *Transformations of the rule of law:* legal, liberal, and neo-. In GOLDER, Bem; McLougghlin, Daniel (ed.). ***The politics of legality in a neoliberal age***. New York: Routledge, 2018.

KUMKAR, Nils C. ***The Tea Party, Occupy Wall Street, and the Great Recession***. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2018.

LABAND, Paul. ***Le droit public de l'Empire allemand***. Traduction de Camille Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires Éditeurs, 1900. (v. 1)

LACLAU, Ernesto. ***La razón populista***. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. ***Metodologia do trabalho científico***. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. In CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (Coords.). ***Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia***. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Dois problemas de operacionalização do argumento de 'capacidades institucionais'*. In ***Revista de Estudos Institucionais***, v. 2, 1, 2016, pp. 192-213.

LEAL, Victor Nunes. ***Coronelismo, enxada e voto****: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFORT, Claude. ***Democracy and political theory***. Translated by Davi Macey. Oxford, UK: Polity Press, 1988.

LEFORT, Claude. ***A invençã democrática****: os limites do totalitarismo.* Tradução de Isabel Marva Looureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEMOS, Cláudia Regina Fonseca; BARROS, Antonio Teixeira de. *Lutas simbólicas na arena midiática:* o poder de agência do Ministério Público e as controvérsias sobre a PEC 37. In ***Opinião Pública***, v. 22. N. 3, Campinas, dezembro, 2016.

LESSA, Pedro. ***Do poder judiciário***. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMONGI, Fernando. *A democracia no Brasil:* presidencialismo, coalizão e processo decisório. In ***Novos Estudos CEBRAP***, n. 76, São Paulo, pp. 17-41, 2006.

LIMONGI, Fernando. *Intérprete supremo***.** In ***Valor Econômico***, artgo publicado em 3 de março de 2018, disponível em https://valor.globo.com/politica/coluna/interprete-supremo.ghtml

LIMONGI, Fernando. ***Operação* impeachment**: *Dilma Roussef e o Brasil da Lava Jato*. São Paulo: Todavia, 2023. [*Ebook*]

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO; Argelina. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. In ***Lua Nova****: Revista de Cultura e Política*, n. 44, pp. 81-106, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Militant democracy and fundamental rights, I*. In ***American Political Science Review***, 31(03), pp. 417-32, 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. ***Teoría de la constitución***. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LÖWY, Michael. *Sobre o conceito de "afinidade eletiva" em Max Weber*. Tradução de Lucas Amaral de Oliveira e Mariana Toledo Ferreira. In ***Plural – Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP***, São Paulo, v. 17, n. 2, pp. 129-42, 2011.

LYNCH, Christian. *Ascensão, fastígio e declínio da "Revolução Judiciarista"*. In ***Insight Inteligência***, n. 79, pp. 158-68, out.-dez., 2017.

LYNCH, Christian. *Entre o judiciarismo e o autoritarismo:* o espectro do poder moderador no debate político republicano (1890-1945). In ***Revista História do Direito: RHD***, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 82-116, jul-dez de 2021.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. ***O populismo reacionário***. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira:* uma crítica pontual à doutrina da efetividade. In ***Revista Direito & Práxis***, v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 974-1007, 2016.

LYONS, Matthew N. ***Insurgent supremacists****: the U.S. far right's challenge to state and empire*. Montreal, Quebec: Kersplebedeb, 2018.

MALINI, Fábio; ANTOUN, Henrique. ***A internet e a rua****: ciberativismo e mobilização nas redes sociais*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

MANIN, Bernard. *A democracia do público reconsiderada*. In ***Novos estudos CEBRAP***, n. 97, novembro 2013, pp. 115-27.

MANIN, Bernard. ***The principles of representative government***. New York, NY: Cambridge University Press, 1997.

MAQUIAVEL Nicolau. ***O príncipe***. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam. *Introduction*. In MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). ***Democracy and the Rule of Law***. New York: Cambridge University Press, 2003.

MARSHALL, John. *Appendix: William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*. In KAHN, Paul W. ***The reign of law****: Marbury v. Madison and the construction of America*. New Haven; London: Yale University Press, 1994.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the sevens sins of judicial activism*. In ***University of Colorado law review***, v. 73, n. 4, 2002, pp. 101-140.

MARX, Karl. ***O 18 de brumário de Luís Bonaparte***. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In ***Novos Estudos CEBRAP***, n. 58, 2000, pp. 103-202.

MEIERHENRICH, Jens; LOUGHLIN, Martin. ***The Cambridge Companion to the Rule of Law***. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

MELO, Cristina Teixeira Vieira de; VAZ, Paulo Roberto Givaldi. *E a corrupção coube em 20 centavos*. ***Galáxia***, n. 39, set-dez, pp. 23-38, 2018.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. *Evoluções do constitucionalismo contemporâneo*: a experiência de elaboração o projeto de constituição islandesa de 2011. In ***Revista Eletrônica de Direito e Política***, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 1, 2021, pp. 324-44.

MENDES, Alexandre. ***Vertigens de junho****: os levantes de 2013 e a insistência de uma nova percepção*. Rio de Janeiro: Autografia, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. ***Constitutional courts and deliberative democracy***. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. ***Controle de constitucionalidade e democracia***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. ***Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação***. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. In ***Jornal Folha de São Paulo – Opinião***, 1º de fevereiro de 2010, disponível em https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm

MENDES, Conrado Hübner; BENEVINDO, Juliano Zaiden. *I-CONect Symposium: The Brazilian Supreme Court and the protection of democracy in the age of populism:* Introduction. In ***International Journal of Constitutional Law Blog***, June 26, 2019. Disponível em http://www.iconnectblog.com/2019/06/i-connect-symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-introduction/

MENDONÇA, Daniel de; RESENDE, Erica Simone Almeida. *A especificidade do populismo de esquerda*. In ***Revista História São Paulo - UNESP***, v. 40, pp. 1-18, 2021.

MEZZAROBA, Orides. *A democracia, os partidos políticos e o Estado*. In ***Sequência***, v. 22, n. 43, 2001, pp. 29-44.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. ***Manual de metodologia da pesquisa no direito***. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MICHAEL, George. *The* Tea Party *and the battle for the future of the United States*. In ***Estudos ibero-americanos***, Porto Alegre, v. 41, n. 2, pp. 307-27, jul.-dez. 2015.

MICHELS, Robert. ***Sociologia dos partidos políticos***. Tradução de Arthur Chaudon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MIGUEL, Luis Felipe. ***Consenso e conflito na democracia contemporânea***. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

MIGUEL, Luís Felipe. ***Democracia e representação****: territórios em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

MILLINGTON, Chris. ***A history of fascismo in France****: from the Firts World War to the National Front*. New York, NY: Bloomsbury Academic, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. ***O espírito das leis***. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORBACH, Gilberto. ***Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron***. Salvador: Juspodivm, 2020.

MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação* mani pulite. In ***Revista CEJ***, Brasília, n. 26, pp. 56-62, jul./set., 2004.

MUDDE, Cas. *Are populists friends or foes of constitutionalism?* In ***The Social and Political Foundation for Law, Justice and Society***, Policy Brief, Oxford, 2013, pp. 1-7.

MUDDE, Cas. ***The far right in America***. New York, NY: Routledge, 2018.

MUDDE, Cas. ***Populist radical right partis in Europe***. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism and political leadership*. In RHODES, R. A. W.; 'T HART, Paul (Ed.). ***The Oxford handbook of political leadership***. Oxford, UK: Oxford Universit Press, pp. 296-305, 2014.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. ***Populism***: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2017.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism and (liberal) democracy a framework for analysis*. In MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira (Ed.). ***Populism in Europe and the Americas****: threat or corrective for democracy?* New York, NY: Cambridge University Press, 2012.

MÜLLER, Jan-Werner. *Is populism always a threat to constitutionalism?* In CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (Coords.). ***Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia***. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

MÜLLER, Jan-Werner. ***What is populism?*** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NASH, George H. ***The conservative intellectual movement in America since 1945***. 30th anniversary ed. Wilmington, DE: ISI Books, 2006.

NELSON, William E**.** *Changing conceptions of judicial review: the evolution of constitutional theory in the states, 1790-1860*. In ***University of Pennsylvania Law Review***, vol. 120, n. 6, pp. 1.166-1.185, jun. 1972.

NETTO, Vladimir. ***Lava jato***. Rio de Janeiro: Primeiros Passos, 2016. [*Ebook*]

NEUMANN, Franz. ***O imperio do direito***: *teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NICOLAU, Jairo. ***Representantes de quem?*** *os descaminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

NOBRE, Marcos. ***Limits of democracy****: from the June 2013 Uprisings in Brazil to the Bolsonaro government*. Cham, Switzerland: Springer, 2022.

NOGUEIRA, Octaciano. ***Constituições brasileiras, 1824***. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. ***Contributo para uma teoria do Estado de direito****: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. ***Dissonâncias****: críticas democráticas à democracia.* Tradução de Marta Maria Assumpção Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2017.

OFFE, Carl. *A democracia partidária competitiva e o "Welfare State" Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização*. In: ***Problemas estruturais do Estado capitalista.*** Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp. 356-386.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo judicial, autorestrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein*. In ***Diritto & Diritti***, v. 1, p. 1-21, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *O caráter político da jurisdição constitucional:* uma abordagem a partir de Carl Schmitt. In ***Princípios: Revista de Filosofia***, Natal, v. 29, n. 60, set.-dez., 2022, pp. 163-89.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *"Direito como integridade" e "ativismo judicial": algunas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal.* In MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.). ***Estudos contemporâneos de direitos fundamentais***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 235-63.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; CONTI, Luiz Eduardo Lapolli. *Judiciário como 'vanguarda' e intérprete do 'sentimento' popular:* populismo judicial no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 no STF. In ***RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira***, v. 7, pp. 511-38, 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; CONTI, Luiz Eduardo Lapolli. *O poder normativo das agências reguladoras brasileiras*: uma análise da ADI 4.874/DF a partir da teoria dda deferência de Adrian Vermeulle. In ***Revista do Direito – UNISC***, Santa Cruz do Sul, v. 66, pp. 23-45, 2022.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; CONTI, Luiz Eduardo Lapolli; MEDEIROS, Isaac Kofi. *Sobre a legitimidade democrática da intervenção judicial no processo legislativo*: uma crítica ao controle preventivo de constitucionalidadepelo STF. In ***Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional***, v. 12, pp. 157-88, 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; DUTRA, Delamar Volpato. *Popular constitutionalism in Brazil during the COVID-19 crisis*. In BORGES, Maria; DUTRA, Delamar Volpato (ed.). ***Justice and democracy in Brazil***. Newcastle upon Tyne, UK: Cambridge Scholars Publishing, 2023.

PARSONS, Lynn Hudson. ***The birt of the modern politics****: Andrew Jackson, John Quincy Adams, and the election of 1828*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

PATEMAN, Carole. ***Participation and democratic theory***. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

PERELMAN, Chaim. ***Lógica jurídica****: nova retórica.* Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. ***Proteção judicial contra omissões legislativas***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLETTI, Ronaldo. ***Constituições brasileiras, 1934***. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante ***Tratado de direito privado***. Atualizado por Judith Martions-Costa *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 [Tomo 1].

PORRAS, Javier Dorado. ***La lucha por la constitución****: las teorías del* Fundamental Law *en la Inglaterra del siglo VII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PORTO, Walter Costa. ***Eleições presidenciais no Brasil****: primeira República*. Brasília: Senado Federal, 2019.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. ***The executive unbound****: after the Madisonian republic*. New York, NY: Oxford University Press, 2010.

POSNER, Richard. *The rise and fall of judicial self-restraint*. In ***California Law Review***, v. 100, n. 3, pp. 519-555, jun. 2012.

PRZEWORSKI, Adam. ***Crises da democracia***. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. ***Democracy and the market****: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

PRZEWORSKI, Adam. *Divided we stand? Democracy as a method of processing conflicts*. In ***Scadinavian Political Studies***, vol. 34, n. 2, 2011, pp. 168-82.

PRZEWORSKI, Adam. *Minimalist conception of democracy.* In SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. ***Democracy's value***. Cambridge, UK: Cambrikdge University Press, 1999, pp. 23-55.

PRZEWORSKI, Adam. ***Why bother with elections?*** Cambridge, UK: Polity Press, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. ***Controle de constitucionalidade no Brasil****: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. ***Ativismo judicial****: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAWLS, John. ***Political liberalism***. New York: Columbia University Press, 1996.

RAZ, Joseph. ***La autoridad del derecho****: ensayos sobre derecho y moral*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

RAZ, Joseph. ***The authority of law****: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RECONDO, Felipe. ***Tanques e togas****: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. ***Os onze****: o STF, seus bastidores e suas crises.* São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REYS, João Paulo. *Um panorama dos dias quentes de junho de 2013e além*. In BORBA, Maria; FELIZI, Natasha; REYS, João Paulo. ***Brasil em movimento****: reflexões a partir dos protestos de junho*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2014 [*Ebook*].

RIAZ, Aasiya. *Judicial populism and its impact on the quality of democracy in Pakistan*. In LEE, Sook Jong; WU, Chin-en; BANDYOPADHYAY, Kaustuv Kanti. ***Populism in Asian democracies****: features, structures, and impacts*. Leiden; Boston: Brill, 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. ***A ciência do direito pensada a partir de Karl Popper***. Porto Alegre: Intuito, v.2, n. 2, outubro, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. ***História do Supemo Tribunal Federal****: 1891-1898. Defesa das liberdades civis*. 2. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. ***Como decidem as cortes?*** *Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. ***A fuga do direito****: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RÖPKE, Wihelm. ***The social crisis of our time***. Translated by Annette & Peter Schiffer Jacobsohn. Chicago: The University of Chicago Press, 1950.

ROSANVALLON, Pierre. ***La contrademocracia***: la politica en la era de la desconfianza. Traducción de Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011.

ROSANVALLON, Pierre. ***La démocratie inachevée****: histoire de la souveraineté du peuple en France*. Paris: Gallimard, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. ***La legitimidade democrática****: imparcialidad, reflexibilidad, proximidad*. Traducción de Heder Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROSANVALLON, Pierre**.** ***Le siècle du populisme****: historie, théorie, critique*. Paris, Seuil, 2020. *E-book*.

ROSENTHAL, Lawrence; TROST, Christine. ***Steep****: the precipitous rise of the Tea Party*. Berkeley, CA: University of California Press, 2012.

RÜTHERS, Bernd. ***Derecho degenerado****: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Traducción e introducción de Juan Antonio Garcia Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. *Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição:* a democracia entre velhos e novos inimigos. In ***Revista Brasileira de Estudos Políticos***, n. 117, Belo Horizonte, jul/dez 2018, pp. 193-217.

SARMENTO, Daniel. ***Por um constitucionalismo inclusivo****: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARTORI, Giovanni. ***The theory of democracy revisited****: part one, the contemporary debate*. Chantham: Chantham House Publishers, 1987.

SCALIA, Antonin. ***A matter of interpretation****: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHEUERMAN, William E. ***Between the norm and the exception****: the Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge, MA; London: The MIT Press, 1994.

SCHEUERMAN, William E. *The rule of law and the welfare state:* toward a new synthesis. In ***Politics and Society***, 22(2), pp. 195-213, 1994a.

SCHMITT, Carl. ***O conceito do político***. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2019.

SCHMITT, Carl. ***Der Begriff des Politischen***. Synoptische Darstellung der Texte. Berlin: Duncker und Humblot, 2018.

SCHMITT, Carl. ***Der Hüter der Verfassung***. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

SCHMITT, Carl. ***Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus***. Zehnte Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 2017.

SCHMITT, Carl. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-44).* In SCHMITT, Carl. ***Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954****: Materialien zu einer Verfassungslehre.* Vierte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003a.

SCHMITT, Carl. ***Legalität und Legitimität***. Achet, korrigierte Auflage. Berlin: Dunker und Humblot, 2012.

SCHMITT, Carl. ***Staat, Großraum, Nomos****: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969.* Berlin: Dunker und Humblot, 1995.

SCHMITT, Carl. ***Teoría de la constitución***. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SCHMITT, Carl. ***Verfassungslehre***. Fünft, unveränderte Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1970.

SCHMITT, Carl. *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland*. In SCHMITT, Carl. ***Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954****: Materialien zu einer Verfassungslehre.* Vierte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003b, pp. 359-66.

SCHUMPETER, Joseph A. ***Capitalism, socialism and democracy***. London and New York: Routledge, 1994.

SCHWAB, Georg. ***The challenge of the exception****: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. 2. ed. Connecticut: Greenwood Press, 1989.

SHAPIRO, Scott J. ***Legality***. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

SIDES, John; TESLER, Michael; VAVRECK, Lynn. ***Identity crisis****: the 2016 presidential campaign and the battle of the meaning of America.* Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

STOCKEMER, Daniel. ***The Front National in France****: continuity and change under Jean-Marie Le Pen e Marine Le Pen*. Ottawa, Ontario: Springer, 2017.

STOLLEIS, Michel. ***O direito público na Alemanha****: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRAUS, David A. ***The living constitution***. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo*: de cmoo o neoconstitucionalismo não superao o positivismo. In ***Revista do CEJUR/TJSC****: Prestação Jurisdicional,* v. 1, n. 1, pp. 11-28, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política:* a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. In ***Espaço jurídico****: journal of law.* Joaçaba, v. 7, n. 3, pp. 721-32, set.-dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e o acontecer (*ereignen) *da constituição:* a tarefa de uma nova crítica do direito. In ROCHA, Leonel; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). ***Anuário do Program de Pós-Graduação em Direito***. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, pp. 105-39.

STRECK, Lenio Luiz. ***Hermenêutica jurídica e(m) crise****: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. ***Hermenêutica jurídica e(m) crise****: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. *O problema do ativismo judicial:* uma análise do caso MS32326. In ***Revista Brasileira de Políticas Públicas***, Brasília, v. 5, número especial, , 2015, pp. 51-61.

SUNSTEIN, Cass. ***A constituição parcial***. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

SUNSTEIN, Cass. ***Radicals in robes:*** *why extreme right-wings courts are wrong for America.* New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. ***Lei e Leviatã****: resgatando o Estado administrativo*. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

TAMANAHA, Brian Z. ***On the rule of law****: History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TATAGIBA, Luciana. *1984, 1992 e 2013. Sobre ciclos de protestos e democracia no Brasil*. In ***Política e sociedade***, v. 13, n. 28, Florianópolis, set/dez, 2014.

TATAGIBA, Luciana; GALVÃO, Andreia. *Os protestos no Brasil em tempo de crise (2011-2016).* In ***Opinião Pública – Revista do CESOP***, v. 25, n. 1, Campinhas, jan.-abr., 2019, pp. 63-96.

TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). ***The global expansion of judicial power***. New York; London: New York University Press, 1995, pp. 27-37.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of the judicial power:* the judicialization of politics. In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). ***The global expansion of judicial power***. New York; London: New York University Press, 1995, pp. 1-10.

TAYLOR, Matthew M. ***Judging policy:*** *courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford, California: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano Da. *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*. In ***DADOS –Revista de Ciências Sociais***, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008, p. 825-64.

TOCQUEVILLE, Alexis de. ***Lembranças de 1848****: as jornadas revolucionárias de Paris*. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TOLEDO, Caio Navarro de. *A democracia populista golpeada*. In TOLEDO, Caio Navarro de (org.). ***1964 – Visões críticas do golpe***: democracia e reformas no populismo. Campinas: Editora UNICAMP, 1997.

TOOBIN, Jeffrey. ***Os nove****: por dentro do mundo secreto da Suprema Corte*. Tradução de Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva, 2018.

TORMEY, Simon. ***Populismo****: uma breve introdução*. Tradução de Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2019.

TORRANO, Bruno. ***Democracia e respeito à lei****: entre positivismo jurídico e pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TRUESDELL, Matthew. ***Spectacular politics****: Louis-Napoleon Bonaparte and the* Fête Impériale, *1849-1870.* New York; Oxford: Oxford University Press, 1997.

TRUBEK, David M. *Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972).*In ***Revisat Direito GV***, v. 3, n. 1, pp. 151-86, jan-jun, 2007.

TUSHNET, Mark. *Authoritarian constitutionalism*. In ***Cornell Law Review***, v. 100, n. 2, pp. 391-461, jan. 2015.

TUSHNET, Mark. *Constitutional law:* critical and comparative. In ***Harvard Public Law***, working paper, n. 15-09, April 2, 2015.

TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. In ***Chicago-Kent Law Review***, v. 81, pp. 991-1006, 2006.

TUSHNET, Mark. ***Taking the constitution away from the courts***. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. *Varietes of populism*. In CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (Coords.). ***Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia***. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

UCHÔA CAVALCANTI, João Barbalho. ***Constituição federal brazileira****: commentarios.* Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902.

UNGER, Roberto Mangabeira. ***Law in modern society****: towards a criticismo of social theory.* New York: The Free Press, 1977.

URBINATI, Nadia. *Crises e metamorfose da democracia.* In ***Revista brasileira de ciências sociais***, vol, 28, nº 82, junho/2013, pp. 5-16.

URBINATI, Nadia. *Da democracia dos partidos ao plebiscito da* audience. In ***Lua Nova***, São Paulo, n. 89, pp. 85-105, 2013a.

URBINATI, Nadia. ***Democracy disfigured****: opinion, truth, and the people.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014.

URBINATI, Nadia. ***Me the people****: how populism transforms democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019.

URBINATI, Nadia. ***Representative democracy****: principles & genealogy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

VALE, Osvaldo Trigueir do. ***O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). ***The global expansion of judicial power***. New York; London: New York University Press, 1995, pp. 13-26.

VELASCO E CRUZ, Sebastião C. *A house divided:* Donald Trump and the transformation of American politics. In ***Revista Tempo do Mundo***, v. 5, n. 1, jan. 2019.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Juízes e tribunais – perspectivas da história da justiça no Brasil – o STF na República Velha*. In ***Revista de Direito Público***, v. 8. n. 41, set-out/2011, pp. 191-217.

VERBICARO, Loiane Prado. ***Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois:* surpema corte e ativismo judicial "à brasileira". In ***Revista Direito FGV***, v. 4, n. 2, pp. 407-440, jul-dez., 2008.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. *Constitucionalismo popular:* modelos e críticas. In ***Revista de Investigações Constitucionais***, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In ***Revista Direito GV***, São Paulo, n. 4, v. 2, jul. / dez., 2008, pp. 441-464.

VIEIRA, Oscar Vilhena. ***Supremo Tribunal Federal****: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILE, M. J. C. ***Constitutionalism and the separation of powers***. Indianapolis: Liberty Fund, 1998

VITA, Leticia. ***La legitimidad del derecho e del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar****: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Buenos Aires: Eudeba, 2014.

VOSS, McKinney. *Andrew Jackson: a populist president?* In ***Team Populism***, setember/2021, pp. 1-170. Disponível em

https://populism.byu.edu/App_Data/LeaderProfiles/The%20Populism%20of%20Andrew%20Jackson%20-%20A%20Quantitative%20and%20Qualitative%20Analysis.pdf

VOβKUHLE, Andreas. ***Defesa do Estado constitucional democrático em tempos de populismo***. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP Linha Direito Comparado)

WALDRON, Jeremy. ***The concept and the Rule of Law***. *Working paper.* New York University – School of Law, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. In ***Dikaion***, 27, 1, pp. 7-28, 2018.

WALDRON, Jeremy. ***The dignity of legislation***. New York: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. ***Judicial review and judicial supremacy***. *Working paper.* New York – School of Law, 2014.

WALDRON, Jeremy. ***Law and disagreement***. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Normative (or ethical) positivism*. In COLEMAN, Jules (org.). ***Hart´s postscript****: essays on the postscript to The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 410-33

WALDRON, Jeremy. ***Political, political theory***: *essays on institutions*. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights.* In ***Oxford Journal of Legal Studies***, v. 13, 1993.

WALDRON, Jeremy. *The rule of law as a theater of debate*. In BURLEY, Justine (ed.). ***Dworkin and his critics****: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 319-36.

WEBER, Max. ***Ciência e política****: duas vocações.* São Paulo: Martin Claret, 2004.

WEBER, Max. ***Economia e sociedade****: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2015. (Volume 1)

WEBER, Max. ***Economia e sociedade****: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2015a. (Volume 2)

WEBER, Max. ***Ensaios de sociologia***. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: LTC Editora, 1982.

WEFFORT, Francisco Corrêa. ***O populismo na política brasileira***. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. ***Political foundations of judicial supremacy****: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history.* Princeton: Princeton University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith E. ***Repugnant laws****: judicial review of acts of Congress from the founding to the present*. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2019.

WOLFE, Christopher. ***The eminent tribunal****: judicial supremacy and the constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

WOLFE, Christopher. ***The rise of modern judicial review****: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. ed. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Do paradigma político da representação à democracia participativa*. In ***Sequência***, v. 22, n. 42, 2001, pp. 83-97.

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In COSTA, Pierto; ZOLO, Danilo (Orgs.). ***O Estado de direito****: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 3-94.