

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CPGD - CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Roberto Basilone Leite

**DÉFICIT POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO:  
A FALTA DE EFETIVIDADE NO DESEMPENHO DE SUAS  
FUNÇÕES INSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL CO-  
MO INTERFERÊNCIA INDEVIDA EM ÁREA DE ATUAÇÃO  
PRÓPRIA DO PODER POLÍTICO**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Filosofia e Teoria do Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cecilia Cabalero Lois

Florianópolis  
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária  
da  
Universidade Federal de Santa Catarina

L533d Leite, Roberto Basílone  
Déficit político do poder judiciário brasileiro [tese] :  
a falta de efetividade no desempenho de suas funções  
institucionais e o ativismo judicial como interferência  
indevida em área de atuação própria do poder político /  
Roberto Basílone Leite ; orientadora, Cecília Caballero Lois.  
- Florianópolis, SC, 2011.  
280 p.

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

Inclui referências

1. Direito. 2. Democracia. 3. Jurisdição. 4. Legitimidade  
governamental. 5. Autoritarismo. 6. Soberania. 7. Direitos  
civís. I. Caballero Lois, Cecília. II. Universidade Federal de  
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.  
Título.

CDU 34

Roberto Basilone Leite

**DÉFICIT POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO:  
A FALTA DE EFETIVIDADE NO DESEMPENHO DE SUAS  
FUNÇÕES INSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL CO-  
MO INTERFERÊNCIA INDEVIDA EM ÁREA DE ATUAÇÃO  
PRÓPRIA DO PODER POLÍTICO**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de Doutor, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2011.

---

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cecilia Caballero Lois  
Orientadora  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Margarida Maria Lacombe Camargo  
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

---

Prof. Dr. David Wilson de Abreu Pardo  
Universidade Federal do Acre (UFAC)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Maria Barbosa  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

---

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)



Para  
Beatriz,  
Bárbara  
e Rafael,

com todo meu  
amor.



## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores e pesquisadores que, de alguma forma contribuíram para esta pesquisa, destacando a participação e apoio dos professores doutores Horácio Wanderlei Rodrigues, Antônio Carlos Wolkmer, Sérgio Urquhart de Cademartori, Luis Carlos Cancellier de Olivo, Luiz Henrique Urquhart de Cademartori, Matheus Felipe de Castro, José Isaac Pilati, Sílvio Dobrowolski, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Rogério Silva Portanova, José Rubens Morato Leite e Vera Regina Pereira de Andrade, da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Foram imprescindíveis as contribuições recebidas dos professores doutores Delamar José Volpato Dutra, da Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina; Margarida Maria Lacombe Camargo, da Universidade Federal do Rio de Janeiro; David Wilson de Abreu Pardo, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Acre; Cláudia Maria Barbosa, da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; José Querino Tavares Neto, da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Goiás; Gisele Guimarães Cittadino, da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves, da Pós-Graduação dos Departamentos de Lingüística e Direito da Universidade Federal de Pernambuco; e Cláudia Rosane Roesler, da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

À orientadora desta tese, professora doutora Cecilia Caballero Lois, mais do que meros agradecimentos, cabem as congratulações pelo que de útil e proveitoso este estudo eventualmente possa conter. Sua perspicácia, profundidade e seriedade científicas estão presentes desde o início da pesquisa, nos recortes da tese, no encadeamento dos diversos postulados que conduzem à tese principal, na difícil escolha da teoria de base, em todo o esforço para o levantamento das hipóteses e posterior síntese lógica e no enfrentamento sereno de todos os percalços que surgiram nessa caminhada. Sob outro aspecto, a presente tese pode ser vista como modesta peça de um trabalho mais amplo e

profundo que a professora Caballero vem desenvolvendo há anos no sentido de estabelecer as bases de uma teoria da justiça adequadamente fundamentada e adaptada à realidade brasileira atual, com apoio na atividade desenvolvida em várias frentes, dentre as quais destaco o grupo de pesquisa “Justiça, Democracia e Constituição”, por ela liderado, do qual tenho a honra de ser membro. Foram os estudos da professora Caballero que, alguns anos antes do início da presente pesquisa de doutorado, despertaram-me para a filosofia constitucional contemporânea e para as riquíssimas fontes teóricas, sobretudo alemãs e norte-americanas, das quais podemos retirar elementos extremamente úteis para a compreensão da realidade da justiça brasileira, subjugada pelo peso de uma tradição política autoritária e patrimonialista, e a formulação de propostas viáveis e adequadas de aperfeiçoamento da estrutura e funcionamento dessa justiça. Portanto, mais do que agradecer, cabe antes confessar que o resultado desta pesquisa não passa de produto de um projeto mais arrojado e audacioso criado e conduzido pela professora Caballero, produto este do qual apenas as deficiências e lacunas devem ser atribuídas ao autor.

Minha gratidão aos amigos e colegas que contribuíram de modo decisivo para a viabilização deste trabalho: Luiz Magno Pinto Bastos Junior, Michelle Denise Durieux Lopes Destri, Danilo dos Santos Almeida, Rodrigo Mioto dos Santos, Daniel Lena Marchiori Neto, Bernardo Rohden Pires, Sabrina Iocken, Reinaldo Pereira e Silva, Guilherme Soares, Alessandro Silva, Viviane Colucci, José Ernesto Manzi, Ligia Maria Teixeira Gouvêa, Caroline Ferri, Carla Andrade Maricato, Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz, Fredinho da Silva, Maria Lúcia Pereira Antunes, José Manuel Avelino de Pina Delgado, Liriam Kiyomi Tiujo, Ricardo Diniz, Giovanni Olsson, Flávia de Ávila, Eliseu Jusefovich, André Bezerra Meireles e Ana Carolina Casagrande Nogueira.

Aos servidores do Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina Telma Izabel Lino Vieira, Carla Margotti, Marco Antonio Martins, Giovana Fortkamp Pires, Douglas Kaminski e Maíra Pires, agradeço pela constante boa vontade e dedicação no auxílio para o cumprimento das exigências burocráticas inerentes ao projeto. Cabe, aqui, um agradecimento especial a Lilian Patrícia Casagrande, responsável pelas atividades do Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina nos últimos azafamados anos de andamento do presente estudo, pelo apoio imprescindível.



A minha irmã, Rosana, pelo apoio intelectual e pessoal.

A meus pais, Neide e João Batista, modelos inatingíveis de dignidade e sabedoria.

A meus filhos, Rafael e Bárbara, cuja perspicácia de criança levantou a hipótese de que Lewis Carroll e Joanne Kathleen Rowling podem ter tanto a nos dizer sobre justiça, igualdade e democracia quanto Jürgen Habermas e Cass Sunstein.

Por fim, cumpre ressaltar que o presente estudo não teria sequer iniciado se não fosse a ação e o apoio de minha esposa, Beatriz Della Giustina, que despendeu uma dose incalculável de energia física e intelectual para estimular a elaboração do projeto inicial e, depois, acompanhar todo o desenrolar dos estudos, discutindo as teses, viajando, pesquisando, ajudando a coordenar as atividades direta ou indiretamente envolvidas no processo de reflexão e produção dos textos e, acima de tudo, mantendo a perseverança e a fé mesmo nos momentos difíceis. Sem dúvida, os créditos do resultado deste trabalho devem ser atribuídos a Beatriz.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2011.



Platão na verdade só chegou à filosofia  
pela política e para a política.

(Auguste Diès, 1932)



## RESUMO

A presente tese tem por objetivo demonstrar que o ativismo judicial — consistente na tendência de os juízes interferirem, pela via jurisdicional, em questões que deveriam ser decididas na arena política — é pernicioso para a democracia e contribui para agravar o déficit político de que o poder judiciário brasileiro padece por não estar apto a realizar com eficácia suas funções político-institucionais, as quais, no contexto do regime democrático não consolidado e pós-autoritário, atualmente em vigor no Brasil, consistem em garantir a efetividade dos direitos fundamentais e do sistema de responsabilidades. A razão disso está no fato de que a estrutura e dinâmica de funcionamento desse poder guardam ainda as características moldadas ao longo da história do Estado brasileiro, cujo modelo não democrático de tipo autoritário vigorou até outubro de 1988.

**Palavras-chave:** democracia; jurisdição; legitimidade política; déficit político; autoritarismo; soberania popular; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate that *judicial* activism — the consistent tendency of judges to interfere by judicial action on matters that should be decided in the political arena — is harmful to democracy and is helping to worsen the political deficit that the Brazilian judiciary suffers by not being able to perform its political-institutional functions, which in the context of post-authoritarian non-consolidated democratic regime, currently in force in Brazil, are to ensure effectiveness of fundamental rights and accountabilities system. The reason lies in the fact that the structure and operating dynamic of judiciary power still keep the features molded throughout the history of the Brazilian state, specimen type of non-democratic authoritarian force until October 1988.

**Keywords:** democracy; jurisdiction; political legitimacy; political deficit; authoritarianism; popular sovereignty; fundamental rights.

## RESUMEN

Esta tesis pretende demostrar que el activismo judicial — consistente en la tendencia de los jueces para intervenir, mediante acción judicial, en lo que debería decidirse en la arena política — es perjudicial para la democracia y está contribuyendo a agravar el déficit político que la justicia brasileña sufre por no poder desempeñar eficazmente sus funciones político-institucionales, que en el contexto de lo régimen democrático no consolidado y post-autoritario, actualmente en vigor en Brasil, están diseñadas para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y de lo sistema de aseguramiento de responsabilidades. La razón radica en el hecho de que la estructura y dinámica de funcionamiento de ese poder siguen manteniendo las características moldeadas a lo largo de la historia del estado brasileño, cuyo modelo no democrático autoritario estuvo en vigor hasta octubre 1988.

**Palabras clave:** democracia; jurisdicción; legitimidad política; déficit político; autoritarismo; soberanía popular; derechos fundamentales.





# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>19</b>
<b>1. DEMOCRACIA DELIBERATIVA</b>	<b>25</b>
1.1 O PROJETO INTELECTUAL DE HABERMAS	27
1.2 ESFERA PÚBLICA POLÍTICA E MUNDO DA VIDA	33
1.3 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	41
1.3.1 <i>Da razão prática à razão comunicativa</i>	41
1.3.2 <i>Teoria discursiva do Direito</i>	51
1.4 DEMOCRACIA DELIBERATIVA	61
1.5 CONDIÇÕES DA DELIBERAÇÃO	68
<b>2. O ESTADO AUTORITÁRIO E ATROFIA DA ESFERA PÚBLICA</b>	<b>73</b>
2.1 ESCRAVIDÃO E DITADURAS FORMAIS	88
2.2 PATRIMONIALISMO NO BRASIL	104
2.3 CORONELISMO	116
2.4 BACHARELISMO E POSITIVISMO	126
<b>3. PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>144</b>
3.1 FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	145
3.2 TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA	174
3.3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	176
<b>4. DÉFICIT POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO</b>	<b>193</b>
4.1 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS	197
4.1.1 <i>Procedimentalismo e substancialismo</i>	205
4.1.2 <i>Minimalismo judiciário</i>	218
4.1.3 <i>A ilusão da neutralidade judicial</i>	227
4.2 INEFICÁCIA E DÉFICIT POLÍTICO	236
4.2.1 <i>Ativismo político e ativismo judiciário</i>	237
4.2.2 <i>A deliberação como fator de saneamento do déficit</i>	241
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>249</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>254</b>



## INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar nesta tese que o poder judiciário brasileiro padece de um déficit político institucional decorrente de sua falta de aptidão para executar de modo razoavelmente eficaz as funções típicas que incumbem ao poder judiciário no âmbito do Estado democrático. Destarte, se o tema do estudo é o poder judiciário, a delimitação do tema focaliza a questão de seu déficit político.

Como se vê, para que possamos saber se existe ou não um déficit político na atuação dos tribunais brasileiros, é necessário delimitar previamente qual o âmbito de atuação próprio da jurisdição do ponto de vista político-institucional, ou seja, temos de definir quais funções cabem e quais não cabem ao judiciário no contexto organizacional do Estado de direito. Ocorre que a tarefa de fixar os limites da função jurisdicional envolve alguns problemas correlatos. Em primeiro lugar, não há como se pretender descrever *a priori* e em tese a função normativa que, do ponto de vista político-institucional, incumbe à jurisdição na estrutura do Estado sem que tenhamos definido antes a que *modelo de Estado* estamos nos referindo. Com efeito, ao poder judiciário de um Estado autoritário ou totalitário são atribuídas funções diferentes das que cabem ao poder judiciário de um Estado democrático. Cada tipo de Estado exige que os juízes assumam determinadas tarefas, responsabilidades e poderes adequados às necessidades específicas daquele regime político. Assim, nossa primeira opção consiste em estabelecer que a análise do papel institucional do poder judiciário será efetuada no contexto do Estado democrático de direito e, mais especificamente, da *democracia deliberativa*. Sem embargo de existirem inúmeras conceituações por meio das quais cada autor procura melhor delinear a idéia de democracia deliberativa, nos concentraremos nos estudos realizados pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, que ocupam um lugar importante no debate contemporâneo e apresentam certas condições favoráveis à abordagem a que nos propomos, conforme será esclarecido mais à frente. O conceito de democracia deliberativa será adotado, obviamente, em sentido normativo, para servir de aporte à descrição teórica e delimitação da função jurisdicional no contexto do mecanismo estatal. Parece claro que só poderemos apontar a existência de déficit político em determinado aparato judiciário histórico em face

de dois parâmetros: (a) um pano de fundo que defina quais são as funções típicas dessa instituição, considerando o modelo de Estado no qual ela se insere (para o que consideraremos o regime democrático deliberativo) e (b) um rol de elementos capazes de demonstrar a deficiência desse poder para o desempenho razoavelmente eficaz de tais funções.

Nesse sentido, procurar-se-á demonstrar que o déficit político institucional do poder judiciário brasileiro está em sua inaptidão e conseqüente incapacidade para dar conta das funções típicas que, no contexto democrático, cabem a ele, e exclusivamente a ele, desempenhar. Convém, desde já, ressaltar que a expressão *função política* do judiciário é empregada aqui no sentido da delimitação da função institucional que incumbe especificamente a determinado ramo do poder do Estado. O judiciário é uma instituição estatal e, dessa forma, a constituição reserva a ele um determinado rol de competências, poderes e deveres. A *função política* do judiciário, conforme veremos ao longo da tese, consiste não em decidir sobre questões de mérito político mas em garantir efetividade aos direitos dos indivíduos e das minorias. A *função política* do judiciário não consiste em *fazer política*, no sentido comum da expressão, mas em garantir direitos. Portanto, a *função política* da justiça tem conteúdo jurídico, e não político. Quando aplica a norma constitucional de modo a garantir o direito do cidadão — até mesmo contra uma decisão de mérito político tomada pelos poderes legislativo ou executivo — o tribunal está desempenhando sua função política institucional (isto é, sua função política em sentido institucional); ao contrário, quando o tribunal profere decisão de mérito político, possivelmente não estará cumprindo sua *função política institucional*, porque sua decisão de mérito político estará, no mínimo, contribuindo para obstruir o direito de participação dos cidadãos. Diante disso, poder-se-ia indagar: qual é o lugar da política no âmbito do poder judiciário? O lugar da política no judiciário está, por um lado, na precisa definição do papel político institucional que a ele cabe enquanto instituição pública dotada de poderes e deveres e, por outro lado, na obrigação de garantir ao cidadão e às minorias o direito político fundamental de participação. Estas duas noções conduzem à conclusão, aparentemente paradoxal, de que o lugar da política no judiciário é um lugar vazio, já que sua função política é não “fazer política”, isto é, não é proferir decisões de mérito político, porque, por um lado, tal atitude tolhe o direito fundamental de participação que o judiciário deveria estar garantin-

do ao cidadão e, por outro lado, implica uma postura em função da qual o judiciário descumpra sua função essencial, que consiste em garantir os direitos. Mas esse vácuo que aparentemente ocupa o lugar da política no âmbito da estrutura judicial surge apenas quando assumimos (e muitos estudiosos brasileiros o fazem) a postura de vincular a política exclusivamente a *decisões de mérito político*; porque, se buscarmos o lugar da política dentro do judiciário considerando a política como o espaço institucional que incumbe a determinada instituição decisória componente da máquina estatal e que envolve certo rol de competências, deveres e poderes, esse vácuo aparente desaparecerá no momento em que descobriremos que a função política (neste sentido institucional) dos tribunais não é decidir politicamente, mas sim decidir juridicamente no sentido de garantir direitos. Portanto, o lugar da política no âmbito judiciário coincide, de certa forma, com o lugar do direito, já que o papel político do juiz consiste em dar efetividade aos direitos fundamentais do indivíduo e da minoria, dentre os quais se destaca o direito fundamental de participação nas decisões políticas. Essa discussão conduzirá necessariamente ao confronto entre as correntes teóricas substancialista e procedimentalista do direito. São essas noções que pretendemos analisar com maior profundidade, sobretudo no terceiro e no quarto capítulos da tese.

A hipótese de trabalho é, sinteticamente, a seguinte: considerando que, no Estado democrático deliberativo de direito — como tal compreendido aquele cujo mecanismo de legitimação do exercício do poder político se fundamenta na deliberação pública institucionalizada e orientada segundo regras que incorporam a participação dos cidadãos no processo de produção, interpretação e execução das normas estatais — a função política institucional do poder judiciário consiste não em proferir decisões sobre questões de natureza política substantiva ou definição de políticas públicas, mas sim em garantir (a) a efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito de participação livre e argumentativa no processo democrático de discussão e deliberação públicas, (b) do correspondente sistema legal de responsabilidades (*accountabilities system*) e (c) a regularidade do processo democrático, conclui-se que o poder judiciário brasileiro padece de um déficit político institucional porque não se mostra apto para desempenhar com razoável eficácia suas funções institucionais.

O estudo proposto se justifica em face da urgente necessidade de busca de diretrizes teóricas capazes de orientar o poder judiciário

brasileiro sobre o papel que cabe a ele na atual fase de transição do regime autoritário para o regime democrático. A busca de alicerce doutrinário para essa transição parece oportuna porque esse processo tem se mostrado bastante complexo e difícil em todas as sociedades que o enfrentaram. O caso brasileiro é particularmente intrincado, por se tratar de um Estado que, depois de cinco séculos de sujeição a regimes não democráticos de tipo autoritário, iniciou em 1988 sua primeira experiência efetivamente democrática. O poder judiciário, por consequência, foi inteiramente moldado, ao longo dos quinhentos anos de história, para servir ao Estado autoritário, e hoje exhibe marcas evidentes de que não está adequadamente organizado, em termos estruturais e funcionais, para cumprir o papel que cabe ao aparato de justiça no âmbito de um Estado democrático. É premente, portanto, tentar esclarecer, nestes primeiros passos da experiência democrática brasileira, que funções e ônus deve o poder judiciário desempenhar no contexto de uma democracia, mesmo porque o cumprimento desse seu papel pode ser vital para a própria preservação do regime democrático.

À luz desses parâmetros, pode-se delinear o objetivo geral da tese como o de demonstrar que o poder judiciário brasileiro padece de um déficit político *que decorre* de sua incapacidade para compreender com precisão os limites da função judiciária no âmbito do Estado democrático de direito e as obrigações institucionais a ela inerentes e *que se traduz* em sua conseqüente incapacidade para desempenhar com eficácia tal função, dado não se mostrar apto para garantir a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias, sobretudo o direito de participação no processo político, e a efetividade do sistema de responsabilidades.

O desenvolvimento desse objetivo geral será articulado em quatro objetivos específicos, que serão ordenados em quatro capítulos. No primeiro capítulo, será analisado o conceito de democracia deliberativa nos termos formulados por Habermas. Após definido o modelo normativo de democracia que servirá de alicerce para toda a reflexão a ser realizada ao longo deste estudo, no segundo capítulo será descrita a situação empírica atual do modelo político em vigor no Estado brasileiro, com o intuito de demonstrar, por meio da reconstrução de seu processo de formação, que a sociedade brasileira não experimentou nenhum período de democracia até outubro de 1988, porque — sem embargo de outras abordagens que também podem levar a essa mesma conclusão — nunca contou com uma esfera pública política suficien-

temente desenvolvida para possibilitar o funcionamento desse tipo de regime político. A história política brasileira será analiticamente decomposta segundo o critério da existência ou não de uma constituição autoritária formal, a fim de trazer a lume um dado evidente do qual, todavia, muitas pessoas não se dão conta: dos 510 anos de história, 456 deles transcorreram sob regimes autoritários formalmente estabelecidos nos respectivos sistemas de direito, de modo que resta apenas um lapso de 54 anos em relação ao qual se poderia questionar se houve ou não democracia. O desafio lançado no segundo capítulo, na verdade, está em demonstrar que nem sequer os dois momentos intermediários da história brasileira em que não nos deparamos com ditaduras formais (isto é, o período de 36 anos compreendido entre 1894 e 1930, e o de dezenove anos, entre 1945 e 1964), muito embora as respectivas elites governantes tenham tido o cuidado de maquiagem o regime com alguns traços caricatos de democracia, não é possível reconhecer ali o funcionamento nem mesmo da chamada democracia formal, porque não estavam então presentes sequer as condições formais mínimas para tal reconhecimento, já que não havia um espaço público comunicativo no qual pudesse ocorrer a formação racional da vontade e da opinião. Como veremos oportunamente, a democracia substantiva pressupõe a razoável efetividade dos direitos fundamentais; contudo, na democracia formal, embora não se consiga alcançar esse exigente objetivo, os cidadãos ao menos exercem o direito político elementar de participação política por meio do voto livre e efetivo — o que não ocorria no Brasil nos mencionados períodos aparentemente democráticos. Para demonstrar a veracidade do postulado de que, até 1988, não houve democracia no Brasil, buscar-se-á apoio nas análises que serão efetuadas em torno de certos conceitos que correspondem às características antropológicas mais marcantes da tradição e da cultura sociopolíticas brasileiras, que são o escravismo, o patrimonialismo e o bacharelismo — o que, de resto, exigirá algumas referências às influências filosóficas que afetaram a evolução do pensamento político no país, sobretudo a do positivismo.

O terceiro capítulo se destina a oferecer uma definição do papel político institucional que cabe ao poder judicial no contexto do Estado democrático. Neste passo, será necessário abordar o polêmico tema do ativismo judicial, a fim de demonstrar que a prática da prolação de decisões judiciais que impliquem interferência do judiciário em questões políticas substantivas ou na definição de políticas públicas representa

desvio de suas funções institucionais em um contexto democrático e que, por isso, o ativismo judicial constitui um comportamento nocivo à consolidação e manutenção da democracia. Por fim, no último capítulo será desenvolvida a hipótese de que o poder judiciário brasileiro, em razão de características organizacionais e funcionais herdadas dos regimes políticos autoritários no interior do qual esse judiciário se formou e se moldou ao longo de quinhentos anos, se mostra inapto para realizar com eficácia as funções institucionais que a ele competem no contexto de uma sociedade democrática.

A teoria discursiva do direito de Habermas servirá de base para toda a análise e reflexão a ser desenvolvida nesta tese, na qual, evidentemente, muitas vezes será necessário recorrer a conceitos e fórmulas oferecidas por outros autores, de modo a estabelecer um diálogo ou uma complementação em relação ao aporte teórico fornecido pelo filósofo alemão — o que se mostrará bastante evidente nas abordagens de conceitos antropológicos e sociológicos concernentes a particularidades históricas da sociedade, da política e do Estado brasileiros. Será empregado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, com apoio em análise histórico-teleológica e com elaboração estruturalista-reconstrutivista do material de pesquisa. Por fim, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental indireta.



## 1. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Este capítulo tem por objetivo formular o conceito de democracia deliberativa,<sup>1</sup> com base na concepção de Jürgen Habermas, que se constrói sob a perspectiva da relação entre Estado, esfera pública e sociedade civil. Tal conceito servirá como suporte teórico para as análises seguintes que deveremos empreender nos capítulos seguintes, relativas à função institucional do poder judiciário no Estado democrático, à identificação do modelo político brasileiro e sua evolução e ao grau de eficácia do sistema judiciário brasileiro para cumprir seu papel institucional.

A democracia deliberativa é adotada aqui como modelo normativo por nos parecer o mais apto a eliminar ou reduzir sensivelmente o déficit político do Estado e, em especial, do poder judiciário brasileiros. Isso porque, como procuraremos demonstrar, a tradição política brasileira se caracteriza pela ação constante dos centros de poder político e econômico no sentido de restringir os espaços de comunicação pública. Diante disso, parece-nos adequado adotar a democracia deliberativa como modelo normativo para o presente estudo, por se tratar de um regime político que tem como postulado central justamente a

---

<sup>1</sup> As diversas conceituações de democracia deliberativa têm em comum a proposta de instituição de formas alternativas de participação comunicativa que atuem concomitantemente com os tradicionais mecanismos de representação. Confira-se: SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. COHEN, Joshua. **Philosophy politics democracy: selected essays**. Cambridge (MA, USA): Harvard University Press, 2009. p. 158. BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge (MA, USA): Massachusetts Institute of Technology Press, 1997. p. 67. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis Frank. **Why deliberative democracy?** Princeton (New Jersey, USA): Princeton University Press, 2004. p. 3. ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 8. FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 44. PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 140.

ampliação dos espaços comunicativos da sociedade e que se baseia na idéia de que o exercício do poder político encontra sua legitimação no processo de deliberação orientado pelos princípios da inclusão,<sup>2</sup> do pluralismo,<sup>3</sup> da igualdade participativa<sup>4</sup> e da autonomia política.<sup>5</sup> A

<sup>2</sup> O princípio da inclusão diz respeito à possibilidade de acesso dos cidadãos ao processo de produção das normas públicas às quais estará sujeito; o tema está ligado às noções de ação comunicativa e de participação política, que serão desenvolvidas em tópico posterior.

<sup>3</sup> Sociedade pluralista, para Habermas, é aquela na qual “as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre factibilidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 308). Quando se refere a sociedade pluralista, Habermas tem em mente a sociedade contemporânea em seu momento de desencantamento, em função do qual ela se vê destituída dos pontos de apoio nos quais outrora se ancoravam as pretensões de legitimidade do poder político. O processo de desencantamento do mundo, descrito por Weber na obra *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (‘Estudos reunidos sobre a sociologia das religiões’, 1920-1921), marca a separação histórica entre Estado e religião, entre razão e magia e entre legalidade e moralidade, que foi provocada pela preponderância, na cultura moderna, da racionalidade sobre as outras formas de conhecimento. Até o século XVII, a metafísica e a religião, por meio de éticas coletivamente impositivas e de cosmovisões sacras e míticas, garantiam uma base de sustentação ao direito natural, que, assim, conseguia assegurar satisfatoriamente a integração social. Com o advento da modernidade, essas éticas e cosmovisões desintegraram-se e foram substituídas pela moral pós-tradicional da consciência, a qual, por não ser dotada de impositividade e não exercer influência persuasiva sobre os indivíduos, não oferece mais fundamento para o direito natural. Sociedade pluralista, nesse sentido, é aquela em que cada indivíduo ou grupo age em consonância com seu próprio projeto existencial ou visão de mundo, sem sujeitar-se a nenhuma norma ética ou religiosa. Como a metafísica e a religião não são mais capazes de justificar a normatividade das regras jurídicas nesse tipo de sociedade, torna-se necessário encontrar outra justificação de cunho racional — que Habermas encontrará, como veremos à frente, na razão comunicativa.

<sup>4</sup> Tanto a noção de igualdade quanto a de participação em Habermas pressupõem a compreensão prévia da idéia de competência comunicativa, do que se tratará em tópico posterior. Pode-se, de qualquer forma, antecipar que a igualdade, em Habermas, é precisamente o elemento que pode amparar a pretensão de legitimidade do direito moderno. Trata-se de um conceito de natureza procedimentalista, na medida em que seu conteúdo depende de um consenso construído discursivamente, que, por isso, não pode ser suficientemente explicado apelando-se apenas às propriedades lógico-semânticas de leis expressas em termos universalistas, já que a “forma gramatical de mandamentos universalis nada diz sobre sua validade” (HABERMAS, 1997. v. I, p. 137); a noção de igualdade jurídico-material exige que a norma seja do interesse simétrico de todos, ou seja, que a norma tenha o sentido de uma aceitabilidade racional: todos os possíveis afetados devem poder com ela consentir, com base em razões que considerem suficientes para justificar tal consentimento. A expectativa de viabilização de um projeto de sociedade justa, que se fundamenta simultaneamente no princípio da igualdade e no princípio da liberdade, não está ligada nem à *subjetividade* das concepções individuais de bem, prioritária para os liberais, nem à *intra-subjetividade* (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 85) dos valores culturais que conformam as identidades sociais, prioritária para os republicanos, nem tampouco à *objetividade* científica almejada pelo positivismo

concepção habermasiana de deliberação deve ser compreendida a partir de sua teoria da competência comunicativa, que se apóia nas noções de esfera pública, ação comunicativa e racionalidade comunicativa. Por isso, nos tópicos seguintes, indagaremos acerca dessas noções.

## 1.1 O PROJETO INTELECTUAL DE HABERMAS

Optou-se por adotar, nesta tese, conceitos operacionais formulados por Habermas porque se pretende focar a questão da atrofia da esfera pública deliberativa e da ausência de espaços comunicativos, que caracteriza Estados de tradição autoritária como o Brasil. De fato, o referido professor e filósofo, ao longo de sua carreira acadêmica, desenvolveu estudos importantes sobre esses temas — esfera pública e ação comunicativa —, que têm servido de referência para pesquisadores em todo o mundo. Além disso, sem embargo do caráter universalista de que se revestem suas abordagens teóricas, certas decisões fundamentais de Habermas — a começar pela escolha dos assuntos nos quais concentrou seus estudos — foram influenciadas pela situação política vivenciada pela Alemanha na época em que ainda era estudante, conforme ele próprio revelou no ensaio *Der deutsche Idealismus der jüdischen Philosophen* (‘Do Idealismo alemão e seus filósofos judeus’, 1961):<sup>6</sup>

Aos quinze ou dezesseis anos de idade, sentado diante do rádio, eu escutava os debates que se desenvolviam no Tribunal de Nuremberg; naquele

---

(HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. 2 reimpr. Madrid: Tecnos, 2001a. p. 338-339); está ligada, sim, à *intersubjetividade* dos membros de uma comunidade jurídica na qual tanto a *subjetividade* liberal e a *intra-subjetividade* republicana quanto a *objetividade* positivista estão submetidas a um amplo debate público que as submete a crítica e as compatibiliza — debate esse do qual emanam as normas cujos destinatários são os seus próprios autores.

<sup>5</sup> A *autonomia política* do cidadão resulta do princípio da *soberania popular* e se expressa sob a forma de autolegislação, entendida como o procedimento em virtude do qual “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” (Id., 1997, v. I, p. 157). De modo simultâneo, o sujeito é dotado de *autonomia privada*, a qual é garantida por um sistema constitucional e jurídico de proteção de *direitos humanos* ou “liberdades de ação subjetiva” (Ibid., p. 113), que correspondem aos clássicos direitos à vida, à liberdade e à propriedade e visam assegurar a auto-realização do indivíduo.

<sup>6</sup> Id. L’idealisme allemand et ses penseurs juifs. In: \_\_\_\_\_. **Profils philosophiques et politiques**. Trad. par Françoise Dastur, Jean-René Ladmiral et Marc B. de Launay. Paris: Gallimard, 1974. p. 51-86.

momento, as demais pessoas presentes, em lugar de prosternar-se em silêncio diante das atrocidades reveladas, compraziam-se em contestar a legitimidade do Tribunal, em debater sobre questões de procedimento e de competência jurisdicional; essa experiência, que representou minha primeira ruptura pessoal, causou-me uma estupefação que perdura até hoje.<sup>7</sup>

A situação histórica enfrentada pelo povo alemão à época guarda importantes semelhanças com o momento vivido atualmente pela sociedade brasileira. Em 1945 — época em que Habermas contava com 16 anos de idade<sup>8</sup> —, a nação germânica saía da ditadura nazista e iniciava um processo de transição para o regime democrático. Por sua vez, o Estado brasileiro vivenciou uma ditadura militar até 1988 e se encontra hoje em processo de transição do autoritarismo para a democracia. É certo que a evolução e o perfil cultural da Alemanha e do Brasil são diferentes; no entanto, os processos de transição política guardam certas similitudes,<sup>9</sup> pois a tarefa da sociedade nesses casos

<sup>7</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>8</sup> Habermas nasceu em Düsseldorf, no noroeste da Alemanha, a 18 de junho de 1929. cursou a universidade em Göttingen, Zurich e Bonn. Doutorou-se em 1954, na Universidade de Bonn, sob a orientação do professor humanista Erich Rothacker, com a tese intitulada *Die Dialektik der Rationalisierung. Vom Pauperismus in Produktion und Konsum* ('Dialética da racionalização: a miséria nos setores da produção e do consumo'), que versava sobre a filosofia da história de Schelling. Percebe-se que desde aquela época Habermas já se interessava pelos dois temas que balizam toda a sua obra: a "dialética" — que leva à teoria da comunicação — e a "racionalização", que implica o conceito de razão. Essa tese foi publicada na revista *Merkur*, Frankfurt am Main, ano VIII, p. 701-724, 1954.

<sup>9</sup> Juan Linz e Alfred Stepan desenvolvem um programa de pesquisas, desde a década de setenta, centralizado nas Universidades norte-americanas de Yale e de Oxford, mas envolvendo inúmeras outras instituições, tais como a Columbia University de New York, o Juan March Institute de Madrid e a Central European University de Budapest, Hungria. Esse programa se destina à investigação teórica e empírica da transição e consolidação do regime democrático e elaboração de uma teoria sobre esse fenômeno político, com base na investigação de casos de inúmeros países e na idéia-chave de que só com a transição democrática completa se institui uma "democracia consolidada" (*consolidated democracy*) (LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe.** Baltimore, Maryland (USA): The Johns Hopkins University Press, 1996. p. 3). Eles apresentam a seguinte tipologia dos regimes políticos: de um lado, o modelo democrático, e de outro, o não-democrático, que se subdivide em quatro espécies: autoritário, totalitário, pós-totalitário e sultanístico. No Estado autoritário cuja transição democrática esteja ainda incompleta não se tem uma democracia consolidada, mas um modelo intermediário, denominado *democracia pós-autoritária*. Eles articulam os seguintes requisitos para a caracterização de uma democracia consolidada: (a) *stateness*, ou seja, uma 'estatalida-

normalmente consiste, em linhas gerais, em criar novos mecanismos que instaurem a possibilidade de exercício dos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de expressão e o direito de participação, no contexto de um Estado cuja estrutura administrativa está organizada de acordo com as exigências do regime autoritário que vigorava anteriormente.

Aquele abalo psicológico sofrido por Habermas ao perceber a aparente indiferença do povo alemão diante do genocídio organizado e promovido pelos órgãos estatais<sup>10</sup> contribuiu para a definição dos rumos de seu projeto acadêmico, que consistiu em descobrir a falha da filosofia continental europeia que permitiu que uma cultura racionalista e humanista tão sólida tenha servido como “um terreno tão fértil para que surgissem Hitler e os nazistas”.<sup>11</sup> Para isso, seria necessário compreender os fundamentos do racionalismo alemão e reavaliar as críticas contra ele formuladas, tanto por autores europeus quanto por analistas vinculados a outra tradição filosófica, como é o caso das escolas anglo-americanas pragmatista e analítica. De fato, os marcos teóricos do pensamento de Habermas são: (a) o racionalismo alemão, que conduz à

---

de’, que corresponde a uma comunidade política organizada em forma de Estado (Ibid., p. 16); (b) *civil society*, isto é, uma ‘sociedade civil’ na qual indivíduos e grupos auto-organizados e relativamente autônomos em relação ao Estado promovem seus interesses e articular valores (Ibid., p. 7); (c) *political society*, isto é, uma ‘sociedade política’ relativamente autônoma e valorizada, capaz de se auto-organizar para o fim específico de controlar o poder público (Ibid., p. 8); (d) *rule of law*, que corresponde a um ‘estado de direito’ instituído por um sistema jurídico estabelecido na constituição e em leis que assegurem as garantias relativas às liberdades dos membros da sociedade civil e à possibilidade de participação livre na vida associativa da sociedade política (Ibid., p. 10); (e) *a functioning state and a state bureaucracy*, ou seja, uma ‘infraestrutura burocrática estatal funcional’ que possa ser utilizada pelo governo democrático; (f) *institutionalized economic society*, ou seja, uma ‘sociedade econômica autônoma e institucionalizada’, já que o regime democrático consolidado moderno é incompatível tanto com uma economia planificada (daí porque a sociedade econômica deve ser autônoma) quanto com uma economia de mercado pura (daí porque deve ser institucionalizada) (Ibid., p. 7).

<sup>10</sup> No ensaio *Die Zeit hatte einen doppelten Boden. Der Philosoph Theodor W. Adorno in den fünfziger Jahren. Eine persönliche Notiz* (‘O tempo tinha um fundo duplo: O filósofo Theodor W. Adorno nos anos cinquenta; uma nota pessoal’), publicado em 2003, Habermas, referindo-se à época em que ingressou no Institut für Sozialforschung (‘Instituto de Pesquisa Social’) de Frankfurt, na década de 1950, chama a atenção para “o grau de corrupção moral da universidade alemã, que, mesmo não tendo provocado diretamente a expulsão e aniquilamento daquela tradição [a tradição teuto-judaica], tolerou tacitamente esses fatos” (HABERMAS, Jürgen. O tempo tinha um fundo duplo: Adorno nos anos 50 — uma nota pessoal. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 155, out./dez. 2003a. p. 21).

<sup>11</sup> BERNSTEIN, Richard J. (Org.). **Habermas y la modernidad**. Traducción Francisco Rodríguez Martín. 5. ed. Madrid: Cátedra, 2001. p. 14.

leitura de Kant e Hegel; (b) o realismo materialista de Marx enquanto teoria crítica da sociedade; (c) a doutrina psicanalítica de Freud, destinada a explicar a conduta das coletividades em face do poder político e do poder manipulativo dos meios de comunicação de massa; (d) o pragmatismo de Charles Sanders Peirce, George Herbert Mead e John Dewey e a filosofia analítica de John Langshaw Austin e de John Roger Searle.<sup>12</sup>

Habermas é o mais renomado representante da segunda geração da *Escola de Frankfurt*.<sup>13</sup> O Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, fundado com o objetivo de desenvolver e propagar a doutrina marxista, foi dirigido pelo professor marxista Carl Grünberg até 1928. Em 1930, Max Horkheimer torna-se diretor do Instituto e implanta na Universidade de Frankfurt uma cátedra de Filosofia Social, baseada em um amplo projeto de pesquisa interdisciplinar que se apóia nas teorias de Marx, Hegel e Freud para tentar “superar a crise do marxismo pela interpenetração da filosofia da sociedade e das ciências sociais empíricas”.<sup>14</sup>

A instalação do projeto acadêmico de Horkheimer marca o início da *teoria crítica* da Escola de Frankfurt,<sup>15</sup> que é formalmente con-

---

<sup>12</sup> As referências a Marx e Freud aparecem já nos primeiros livros de Habermas: *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (‘Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa’), de 1962, e *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien* (‘Teoria e prática: estudos de filosofia social’), de 1963. Sobre a filosofia analítica e o pragmatismo ele se debruça a partir de 1964, quando começa a escrever os livros *Erkenntnis und Interesse* (‘Conhecimento e interesse’) e *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”* (‘Técnica e ciência como ‘ideologia’), publicados em 1968 (WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política.** Tradução de Lilyane Deroche-Gurgel e Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 668).

<sup>13</sup> Nome pelo qual se designa o grupo de intelectuais ligados ao Institut für Sozialforschung (‘Instituto de Pesquisa Social’), fundado em 22 de junho de 1924 junto à Universidade de Frankfurt por Felix Weil, filho do milionário Hermann Weil, grande cerealista alemão-judeu radicado na Argentina.

<sup>14</sup> WIGGERSHAUS, op. cit., p. 68.

<sup>15</sup> Na verdade, a designação Escola de Frankfurt começa a ser utilizada no debate público alemão a partir dos anos 1950, para designar aquele grupo de intelectuais antinazista ligado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, cujas manifestações geralmente despertava interesse no debate político mundial. Por se tratar de um grupo informal, é difícil precisar quem pode efetivamente ser apontado como membro da Escola de Frankfurt, mas costuma-se relacionar à primeira geração da Escola, além de Grünberg e Horkheimer, também Friedrich Pollock, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Erich Fromm, Otto Kirchheimer, Leo Löwenthal, Herbert Marcuse e Franz Neumann; à segunda geração, Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel, Gerhard Brandt, Ralf Dahrendorf, Ludwig von Friedeburg, Oskar Negt, Alfred Schmidt e Albrecht Wellmer; e à terceira geração, ex-alunos de Habermas, como Axel Honneth, Rainer Forst, Jo-

ceituada em seu artigo *Traditionelle und kritische Theorie* ('Teoria tradicional e teoria crítica', 1937),<sup>16</sup> no qual são definidas as linhas gerais dessa teoria, nunca mais abandonadas. A teoria crítica é concebida como um vasto projeto interdisciplinar destinado ao desenvolvimento de uma filosofia da sociedade fundada na retomada da dialética hegeliana e voltada para a crítica à burocracia e ao capitalismo, apontados por Horkheimer como os responsáveis pelo fracasso da civilização ocidental.

Habermas torna-se membro do Instituto em 1956, na condição de assistente de Theodor Adorno, e assume os principais parâmetros metodológicos frankfurtianos, que podem ser sintetizados em dois pontos: a abordagem multidisciplinar dos temas<sup>17</sup> e a postura essencialmente crítica. Ali passa a trabalhar com as técnicas de pesquisa empírica, do que resultará seu primeiro livro, *Student und Politik. Eine soziologische Untersuchung zum politischen Bewusstsein Frankfurter Studenten* ('Estudante e política: uma pesquisa empírica sobre a consciência política dos estudantes de Frankfurt'), publicado em 1961.

A proposta central do projeto intelectual de Habermas era muito semelhante à da Escola de Frankfurt: a crítica interdisciplinar da mo-

---

sef Früchtl, Martin Löw-Beer, Lutz Wingert; ex-alunos de Alfred Schmidt, como Hauke Brunkhorst, Micha Brumlick, Mathias Lutz-Bachmann, Gunzelin Schmid Nöerr; ex-alunos de Albrecht Wellmer, como Christoph Menke e Martin Seel; ex-alunos de Karl-Otto Apel, como Matthias Kettner e Wolfgang Kuhlmann, além de outros pesquisadores vinculados ao Instituto, tais como Ulrich Beck, Helmut Dubiel, Frankenberg, Klaus Günther, Hans Joas, Gertrud Koch, Ingeborg Maus, Herta Nagl-Docekal, Bernhard Peters e Hinrick Fink-Eitel.

<sup>16</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter et al. **Textos escolhidos**. Tradução de Edgard Afonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162. O ensaio foi publicado pela primeira vez na revista *Zeitschrift fuer Sozialforschung*, Frankfurt am Main, ano VII, 1937, p. 245-294.

<sup>17</sup> No prefácio de seu livro *Strukturwandel der Öffentlichkeit* ('Mudança estrutural da esfera pública'), publicado em 1962, Habermas apregoa que a complexidade da investigação acerca do conceito de esfera pública burguesa "impede que ela se limite aos procedimentos específicos de uma única disciplina", razão pela qual deve-se levar em conta "a problemática resultante da integração de aspectos sociológicos e econômicos, jurídicos e politológicos, da história social e da história das idéias" (HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 9). O caráter interdisciplinar de sua proposta metodológica é reiterado mais tarde, em 1992, no prefácio de *Faktizität und Geltung*: "o que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade" (Id., 1997, v. I, p. 9).

deriedade.<sup>18</sup> De fato, se Horkheimer pretendia inquirir os efeitos perversos da modernidade, a aspiração de Habermas consistia em realizar a crítica da *racionalidade* e o resgate de suas promessas. Aquilo que Horkheimer chama de *teoria tradicional, metafísica* ou *teoria idealista* visa um saber neutro em relação aos conflitos sociais, ao passo que a *teoria crítica* toma como ponto de partida de suas reflexões a constatação hegeliana materialista segundo a qual todo conhecimento é condicionado por fatores exteriores ao sujeito cognoscente e toda ação humana é impulsionada por fatores externos que atuam de modo dialético, fatores esses que são inevitáveis e determinados por interesses de caráter histórico e social. Por conseguinte, todo conhecimento é incerto: “o pensamento teórico compreende a si mesmo como hipótese e não como certeza”.<sup>19</sup> Mesmo os postulados da teoria crítica devem estar permanentemente sujeitos à revisão: “os interesses do pensamento crítico são universais, mas não são universalmente reconhecidos”.<sup>20</sup>

Ao elaborar sua teoria da sociedade, Habermas preserva esse viés crítico, desenvolvendo um novo enfoque metodológico que denomina reconstrutivo, cuja proposta é reinterpretar os conceitos básicos da filosofia política — inclusive o conceito de direito —, considerados enquanto elementos integrantes da realidade histórica e à luz da filosofia da linguagem. Por conseguinte, “uma sociologia reconstrutiva da democracia tem que escolher seus conceitos básicos de tal modo que estes permitam identificar nas práticas políticas fragmentos e partículas de uma ‘razão existente’, mesmo que distorcida”.<sup>21</sup> Mas antes de tratarmos dos conceitos de razão comunicativa, ação comunicativa e deliberação, é necessário compreender a noção de esfera pública e mundo da vida em Habermas, o que faremos no tópico seguinte.

---

<sup>18</sup> O conceito habermasiano de *modernidade* se apóia na teoria de modernidade de Max Weber, que é construída sobre dois campos de análise: a análise das origens culturais do processo de sublimação da racionalidade promovido pelas sociedades burguesas ocidentais e a análise da substituição das cosmovisões religiosas de caráter metafísico, cuja imposição era justificada apenas na força da tradição ou da autoridade, por concepções axiológicas justificadas em valores relevados pela via da razão (HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002a. p. 4-5).

<sup>19</sup> HORKHEIMER, 1975, p. 137.

<sup>20</sup> Ibid., p. 146.

<sup>21</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 9.



## 1.2 ESFERA PÚBLICA POLÍTICA E MUNDO DA VIDA

A esfera pública política se apresenta como elemento fundamental da concepção de democracia deliberativa, haja vista que a organização democrática do poder político pressupõe a formatação constitucional de um espaço apto a permitir que os cidadãos e instituições participem do processo de discussão pública livre e racional destinada à formação democrática da opinião e da vontade e à produção das decisões normativas estatais. A esfera pública política representa uma parte fundamental desse processo. Por isso, tratemos de conceituá-la.

Esfera pública política é o fenômeno social que se caracteriza como um espaço comunicacional<sup>22</sup> no qual se realiza a mediação entre, de um lado, o sistema político e, de outro, as esferas privadas do mundo da vida e os sistemas de ação funcionalmente especializados, com o objetivo de identificar e tematizar os problemas sociais de modo suficientemente claro e convincente para persuadir o complexo parlamentar a inserir esses temas no debate formal com vistas à regulamentação estatal. Habermas a descreve como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões* [na qual] os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em *opiniões* públicas enfeixadas em temas específicos”.<sup>23</sup> Dentro da esfera pública política é gestada e formulada a opinião pública sobre temas específicos, com base em um processo de deliberação pública não institucionalizado e não sistematizado do qual devem poder participar todos os membros da comunidade.

Trata-se, destarte, de uma rede de comunicação; não de uma instituição ou organização, porque não se estrutura com base em um conjunto normativo que estabeleça funções e competências internas. Também não se trata de um sistema, porque não é possível estabelecer limites externos fixos para a esfera pública; por ser inteiramente permeável à participação dos cidadãos, o espaço público não tem fronteiras definidas, de modo que sua amplitude e formato se alteram constantemente de acordo com a quantidade e qualidade dos participantes que livremente nele ingressam e dele se retiram.

---

<sup>22</sup> Ação comunicativa é aquela voltada para a busca do entendimento, pela via do debate público racional, livre, igualitário, inclusivo e argumentativo, com vistas à obtenção do consenso sobre determinado problema da coletividade. Esse conceito será melhor analisado mais à frente.

<sup>23</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 92.

O espaço comunicacional ocupado pela esfera pública política se estrutura na forma de uma rede extremamente complexa que se ramifica em incontáveis espaços representativos de identidades específicas, que podem ser classificados em três grupos:<sup>24</sup> (a) primeiro: os atores oriundos da sociedade civil, os quais, por serem desprovidos de poder organizacional, dependem de *patrocinadores* que lhes concedam apoio em termos financeiros, organizacionais e culturais; (b) segundo: os atores coletivos, de índole política ou social, que dispõem de uma base própria de atuação, são organizados e se utilizam de recursos próprios, tais como partidos e grandes associações representativas de grupos de interesses, dotados de poder social; (c) terceiro: os meios de comunicação, que Habermas chama de “quarto poder”,<sup>25</sup> tamanha é sua influência no processo de formação da opinião pública. Em outros termos, mas ainda considerando a complexidade organizacional, pode-se dizer que existe uma esfera pública episódica, que ocorre em locais públicos como cafés e bares; uma esfera pública de presença organizada, verificada em reuniões de partido ou de igreja, encontros de pais e mestres ou no público que frequenta um teatro; e a esfera pública abstrata, criada pelos meios de comunicação e representada pela sua audiência dispersa pelo mundo.<sup>26</sup> Todas essas esferas públicas parciais se inter-relacionam e se influenciam mutuamente, defendendo opiniões e propostas que se sobrepõem, se harmonizam ou se enfrentam.

Considerando que a função da esfera pública política consiste em realizar a mediação entre, de um lado, o *sistema político*, e de outro, as esferas privadas do *mundo da vida* e os *sistemas de ação funcionalmente especializados*, incumbe traçar estes conceitos essenciais, para o que convém, inicialmente, descrever o modo de organização da sociedade em termos de esfera privada e esfera pública. Em sua obra *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (‘Mudança estrutural da esfera pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa’), publicada em 1962, Habermas afirma que, no contexto do Estado social-democrático, a sociedade *lato sensu* é composta de três grandes esfe-

<sup>24</sup> Ibid., p. 108-110.

<sup>25</sup> Ibid., p. 110. A expressão *Fourth State* (‘quarto poder’) foi cunhada por Thomas B. Macaulay em 1828 (LUKACS, John. **Historical consciousness: the remembered past**. 4th pr. New York: Schocken Books: Library of Congress, 2004. p. 85), época em que ainda não havia se desenvolvido o sistema de comunicação de massa e que a imprensa ainda era vista como uma aliada dos cidadãos na defesa de seus direitos em face de um Estado absolutista.

<sup>26</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 107.

ras:<sup>27</sup> de um lado, a esfera do poder público, que corresponde ao Estado; no outro pólo, a esfera privada, que corresponde à sociedade civil e inclui uma esfera pública de pessoas privadas destinada à troca de mercadorias e de trabalho social.<sup>28</sup> Entre o Estado e a sociedade civil, encontra-se a esfera pública,<sup>29</sup> que deve exercer funções de intermediação daquelas outras duas esferas.

A esfera pública surge, na Europa do século XVII, como resultado de um processo por meio do qual a burguesia, agora consolidada como uma nova classe social em ascensão, procura conquistar sua autonomia em face do poder absoluto do monarca. Tendo se mantido nas primeiras décadas como simples esfera pública literária, na qual se exercitava o raciocínio público sobre temas ligados à produção artística,<sup>30</sup> já no século XVIII a esfera pública passa a veicular o debate sobre questões de índole política e crítica, surgindo assim uma esfera pública com atuação política.<sup>31</sup> Portanto, a própria classe burguesa, situada na esfera privada, criou, em parceria com membros da sociedade aristocrática da corte, a esfera pública inicialmente apenas literária, e depois política, como um órgão de mediação e interlocução com o poder estatal. Converte-se, dessa forma, em um canal por meio do qual o setor privado (esfera privada ou de mercado) pôde passar a influir nas decisões políticas, jurídicas e administrativas, cuja competência estava, até então, totalmente enfeixada nas mãos do poder público (esfera estatal ou oficial).<sup>32</sup> Com o crescimento da esfera privada e do volume de negócios e interesses ali situados, o âmbito de competência da esfera pública vai se ampliando; em vez de limitar-se a proferir uma opinião pública destinada a orientar as decisões estatais quanto a conflitos políticos e sociais, a esfera pública passa a assumir também a tarefa de solucionar conflitos relacionados à concorrência de interesses privados individuais, que antes eram resolvidos, em nível apolítico, pelos próprios mecanismos do mercado.<sup>33</sup>

Para que se possa falar em uma esfera pública politicamente ativa,<sup>34</sup> é necessário que ela abrigue um processo contínuo de comunica-

---

<sup>27</sup> Id., 1984, p. 268.

<sup>28</sup> Ibid., p. 45.

<sup>29</sup> Ibid., p. 268.

<sup>30</sup> Ibid., p. 45.

<sup>31</sup> Id., loc. cit.

<sup>32</sup> Ibid., p. 93.

<sup>33</sup> Ibid., p. 232.

<sup>34</sup> Id., loc. cit.

ção pública destinado à formação democrática da opinião e da vontade a partir da discussão livre, racional, argumentativa e sobretudo crítica<sup>35</sup> dos problemas<sup>36</sup> sociais e políticos da comunidade. Esse debate público, que deve estar aberto a todos os membros da sociedade, deve ser organizado de modo tal que permita que as opiniões capazes de serem públicas sejam convertidas em opinião pública<sup>37</sup> suficientemente clara e convincente para influenciar as decisões do poder público. A esfera pública politicamente ativa, destarte, é aquela que consegue concretizar “as condições da formação democrática da opinião e da vontade”.<sup>38</sup> É evidente que, diante da complexidade e amplitude das interações comunicativas que caracterizam as sociedades democráticas contemporâneas, a esfera pública não consiste apenas em um espaço concreto de atores presentes, como um evento ou uma reunião; ela é uma abstração que resulta da passagem de uma estrutura espacial de episódios de interação simples para um espaço social, de caráter abstrato, permeável, impreciso e volúvel, onde acontece a discussão pública que conta não apenas com a presença física de debatedores presentes mas também com a presença virtual de participantes situados em locais distantes, conectados através de recursos midiáticos.

Torna-se claro, assim, que sociedade civil e esfera pública não se confundem.<sup>39</sup> A sociedade civil é composta por movimentos, associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, que ouvem os reclamos da sociedade concernentes aos problemas sociais, estudam-nos, produzem discursos destinados à solução desses problemas e encaminham esses discursos para a esfera pública política. As condições de validade dos processos comunicativos institucionais de produção de discursos no âmbito da sociedade civil são asseguradas por meio de um sistema de direitos fundamentais, que inclui, dentre outras, as liberdades de associação, de reunião, de opinião, de manifestação, de imprensa e a proteção da privacidade e dos direitos de personalidade. Busca-se com isso, na verdade, preservar a estrutura e o correto funcionamento da esfera pública política mantendo-se os membros da sociedade sob a proteção permanente de um arcabouço de normas e mecanismos garantidores de direitos fundamentais.

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 235.

<sup>36</sup> Ibid., p. 246.

<sup>37</sup> Ibid., p. 249.

<sup>38</sup> Ibid., p. 255.

<sup>39</sup> Id., 1997, v. II, p. 99.

A esfera pública não produz normas;<sup>40</sup> as decisões vinculantes continuam reservadas às instituições estatais às quais a constituição atribui tal competência. A esfera pública produz opiniões públicas por meio de um processo público comunicativo no qual propostas, informações e argumentos são veiculados e elaborados de modo mais ou menos racional. Essas opiniões públicas exercem influência no processo de produção de normas, estabelecendo, por meio da persuasão ou da convicção, um campo de interações eficazes entre as instituições encarregadas desse processo e a esfera pública. Portanto, em conexão com o poder estatal, responsável pela produção, formalização e execução das decisões normativas, interage um outro poder, que é o poder comunicativo, alicerçado nas opiniões públicas influenciadoras que são elaboradas discursivamente na esfera pública.

A partir da obra *Legitimationsprobleme im spätkapitalismus* ('A crise de legitimação do capitalismo tardio'), publicada em 1973, Habermas deixa de apoiar sua teoria da sociedade no conceito de esfera pública e adota o de mundo da vida (*Lebenswelt*), concebido ali como um sistema social simbolicamente estruturado.<sup>41</sup> A configuração do espaço público em termos de esfera pública, de fato, é profundamente vinculado ao modelo de sociedade vigente na Europa do século XVIII e, por isso, se mostra um tanto limitado para descrever a complexidade das sociedades contemporâneas, nas quais o fluxo comunicacional e as áreas de tensão entre opiniões e propostas díspares se multiplicaram extraordinariamente.<sup>42</sup> A expressão *mundo*, nesse sentido, amplia os horizontes teóricos para o estudo do fenômeno social, ao passo que a idéia de *vida* assegura maior concretude e propriedade no que tange ao objeto visado por Habermas, que é o público de cidadãos concretos que dá vez ao fenômeno social abstrato da esfera pública quando se verificam certas condições.

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 93-94.

<sup>41</sup> Id. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 15. Na verdade, a nova abordagem de Habermas decorre de estudos realizados por ele no início da década de 1970 em conjunto com Niklas Luhmann, cujos resultados constaram dos ensaios *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung* ('Teoria da sociedade ou tecnologia social: de que é capaz a investigação de sistemas'), publicado por ambos em 1971, e *Legitimationsprobleme im spätkapitalismus* ('A crise de legitimação do capitalismo tardio'), publicado pelo primeiro em 1973.

<sup>42</sup> BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Habermas e Derrida. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 77.

Tanto a esfera pública quanto o mundo da vida se reproduzem através da ação comunicativa.<sup>43</sup> Contudo, as interações que ocorrem na esfera pública são de natureza simples e se restringem à prática comunicativa cotidiana, respaldada em linguagem inteligível por qualquer cidadão. De fato, a crescente generalização, inclusividade e anonimato que caracterizam a esfera pública exigem dos participantes o emprego de linguagem leiga e, portanto, a renúncia a linguagens especializadas e técnicas. O mundo da vida é mais abrangente: além de interações de natureza simples, ele congrega também os sistemas especializados de ação e de saber, que envolvem, por um lado, funções de reprodução do mundo da vida (como a religião, a escola e a família), e por outro, mecanismos de validação do saber transmitido em linguagem cotidiana (como a ciência, a moral e a arte).<sup>44</sup> Percebe-se, portanto, que a esfera pública é apenas o *espaço* social gerado pelo exercício da ação comunicativa. Não inclui as funções ligadas à *ação* social, nem os conteúdos vinculados ao *saber* transmitido através da ação comunicativa — ação e saber estes que estão presentes no mundo da vida. Assim, o mundo da vida

constitui o entorno, a circunvizinhança no interior da qual os horizontes da situação se modificam, se dilatam ou se reduzem. Constitui um contexto que sendo ele mesmo ilimitado, estabelece, no entanto, limites [...]. O mundo da vida, escondido por trás do âmbito de relevância, que consiste na situação de ação, comporta-se como uma realidade apromblemática que se mantém na penumbra; não penetra no processo de entendimento que se está realizando em cada caso, ou só o faz de modo muito indireto, de forma tal que continua indeterminado.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 92.

<sup>44</sup> Em *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats* ('Faticidade e validade: contribuição da teoria do discurso para o direito e o Estado democrático de direito', 1992), Habermas fixa a distinção entre interações comunicativas de caráter simples ocorridas no âmbito da esfera pública e interações comunicativas de caráter especializado na ação (igrejas, escolas, família) ou na reprodução do saber (ciência, arte, moral), que se formam no interior do mundo da vida mas cuja tarefa de elaboração é transferida para o âmbito do sistema político oficial (Id., loc. cit.).

<sup>45</sup> Id. **Teoría de la acción comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Versión de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 2001d. p. 188-189.

Cumprer fazer aqui uma breve análise acerca da abordagem do conceito estrutural de sociedade delineado por Habermas em termos do binômio *mundo da vida-sistema*, que sucede ao binômio *esfera pública-esfera privada* utilizado para fundamentar sua tese de 1962, relativa à mudança estrutural da esfera pública e à consequente colonização da esfera pública pelos meios de comunicação de massa manipulativos. Pois bem, diante da dificuldade de articular o extraordinário aumento de *complexidade* ocorrido na esfera privada do intercâmbio de mercadorias com a *racionalidade* que deve reger o processo de formação da opinião e da vontade que tramita na esfera pública, Habermas propõe “que entendamos as sociedades *simultaneamente* como sistema e como mundo da vida”.<sup>46</sup> Para fixar a noção de *sistema*, ele parte da concepção sociológica de Herbert Spencer, que vê um sistema como “a relação criada entre os indivíduos pelo intercâmbio dos produtos de seu trabalho e sem que nenhuma ação propriamente social ponha-se a regular esse intercâmbio”.<sup>47</sup> Segundo tal concepção, a solidariedade social não seria outra coisa senão a coincidência espontânea de interesses individuais, e a expressão natural dessa coincidência seria o contrato civil. Spencer reduz, assim, o sistema das relações sociais ao complexo de relações econômicas da sociedade, desvinculadas de qualquer regulamentação e fundadas inteiramente na iniciativa livre das partes contratantes. O mecanismo de ação do *sistema* spenceriano que produz a integração espontânea da sociedade é o *mercado*. A integração produzida espontaneamente pelo mercado não se dá pela via da conciliação de programas de ação individuais com base em regras *morais* — como fazem a moral e o direito —, mas pela via da harmonização dos efeitos decorrentes das ações individuais através de nexos *funcionais*. Isso significa que o mecanismo de integração empregado pelo *sistema* não é de caráter normativo, mas empírico-funcional. Portanto, pode-se dizer que sistema, na teoria de Spencer, é a resultante da divisão espontânea, não-normativa, do trabalho social, produzida pelas forças do mercado.

Neste passo, Habermas aponta uma contradição na tese spenceriana, já identificada anteriormente por Émile Durkheim: de que modo

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 168. Muito embora Habermas tenha discorrido sobre as noções de mundo vital e sistema econômico desde 1970, quando realizou estudos em conjunto com Luhmann (já mencionados anteriormente), utilizamos para esta sintética análise a versão acabada do referido binômio conceitual, apresentada na *Theorie des kommunikativen Handelns* (“Teoria da ação comunicativa”), cuja primeira versão foi publicada pela Suhrkamp Verlag em 1981.

<sup>47</sup> Ibid., p. 164.

a divisão do trabalho social pode ser ao mesmo tempo uma lei natural de progresso econômico e um mecanismo promotor de solidariedade social? A esse questionamento, Spencer responderia que a divisão do trabalho regida pelo mecanismo não-normativo do mercado — que garante o progresso econômico — possui a sua própria expressão *normativa* no grande sistema de contratos privados — que gera, por sua vez, a solidariedade e a integração social. O que Spencer não compreende, segundo Habermas, é que Durkheim, ao falar de solidariedade, está se referindo não à “solidariedade orgânica em termos de uma integração sistêmica da sociedade, desligada de orientações valorativas dos atores, quer dizer, em termos de um mecanismo desprovido de conteúdo normativo”.<sup>48</sup> Esse tipo de solidariedade pressuposto por Spencer se escora em contatos efêmeros e superficiais entre as partes, vigentes apenas durante o tempo em que subsistir a coincidência entre os interesses particulares de cada um deles. Por trás dessa aparente harmonia de interesses se oculta o conflito essencial, que está apenas temporariamente suspenso. Como o interesse “é um das coisas menos constantes que existe neste mundo”,<sup>49</sup> a solidariedade, no sentido assumido por Spencer, se alicerça não num consenso em torno de valores, mas numa coincidência provisória de interesses por definição conflitantes — o que priva essa solidariedade de qualquer expectativa de estabilidade. Em síntese, o que falta ao tipo de solidariedade gerada pelo *sistema* é a identidade *axiológica* entre as opiniões e vontades comuns fundadoras da norma — norma esta que, no âmbito do *sistema*, corresponde ao contrato.

Com base nessa reflexão, Habermas estabelece a distinção entre *integração social*, como aquela resultante de um consenso assegurado por normas ou alcançado pela via comunicativa, e *integração sistêmica*, como aquela emanada de uma regulação não-normativa de decisões particulares obtida não por um acordo consciente em torno de valores, mas por uma coincidência provisória de interesses. Se se considerar a categoria *integração social*, estar-se-á visualizando a sociedade a partir da perspectiva do sujeito que se posiciona como agente participante da sociedade, orientado para a busca do consenso; se considerada a categoria *integração sistêmica*, conceber-se-á a sociedade a partir da perspectiva do sujeito não-implicado, orientado por parâmetros funcionais

---

<sup>48</sup> Id., loc. cit.

<sup>49</sup> Ibid., p. 165.



para a busca de seu próprio êxito. A *integração sistêmica*, ocorrente no âmbito do *sistema*, estimula um *processo de coisificação*, lastreado numa ação estratégica que resulta no aumento da complexidade dos sistemas; por sua vez, a *integração social*, relacionada ao âmbito do *mundo da vida*, favorece um *processo de comunicação*, baseado numa ação performativa dos sujeitos que resulta na racionalização do mundo da vida. Dessa forma, em oposição à idéia de sistema, o *mundo da vida* consiste no complexo formado pelas instituições, identidades individuais, tradições e ordens normativas de uma sociedade, que se reproduz e evolui por meio de uma ação comunicativa emancipatória com o intuito de evitar que o ideal da integração social seja frustrado no seio de um processo de integração puramente sistêmica tendente a coisificar ou alienar o cidadão. O binômio ação comunicativa-ação estratégica será investigado nos tópicos seguintes, após a fixação do conceito habermasiano de racionalidade comunicativa.

### 1.3 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

#### 1.3.1 Da razão prática à razão comunicativa

Definimos, no tópico anterior, esfera pública política como o espaço comunicacional no qual atores individuais e coletivos, através de um processo de deliberação pública não institucionalizado e não sistematizado, discutem seus problemas de índole política e social e emitem opiniões públicas persuasivas, a fim de realizar a mediação entre a esfera estatal e a esfera privada e influenciar nas decisões estatais. Passando agora ao estudo das categorias que estão mais diretamente relacionadas à noção de democracia deliberativa, vamos reconstruir, em linhas gerais, o trajeto percorrido por Habermas para se deslocar da idéia de razão prática até a de razão comunicativa e, depois, à de ação comunicativa, o que acabou por reproduzir, no âmbito da Escola de Frankfurt, a guinada da filosofia ocidental ocorrida na primeira metade do século XX.

A guinada na filosofia do século XX resultou da convergência de três eventos correlacionados: o *giro lingüístico* promovido pela teoria dos atos da fala de Ludwig Wittgenstein; o *giro pragmático* implementado, no âmbito do pensamento norte-americano, por Charles Peirce e

depois desenvolvido por Richard M. Rorty, sob inspiração da filosofia da linguagem de Gottlob Frege; e o *giro hermenêutico* empreendido por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer a partir da fenomenologia de Edmund Husserl, que coloca a linguagem no centro das indagações filosóficas.<sup>50</sup> Essas três vertentes têm um ponto em comum: todas se opõem à tradição metafísica da filosofia da consciência, que busca a explicação dos fenômenos na relação entre sujeito e objeto, quando, “na verdade, o agente é constituído pela linguagem, portanto pelo intercâmbio entre agentes, cuja relação escapa assim do modelo sujeito/objeto”.<sup>51</sup> Além disso, as três se alicerçam na linguagem e no estudo dos signos para promover a revisão dos paradigmas da filosofia. O giro lingüístico-hermenêutico-pragmático marca, portanto, a passagem da filosofia da consciência<sup>52</sup> para a filosofia da linguagem; aquela se fundamenta na subjetividade transcendental exercida dentro de um processo de conhecimento no qual o sujeito cognoscente compreende o objeto a partir da pura introspecção realizada nas estruturas internas de sua mente racional. Já a filosofia da linguagem se alicerça na intersubjetividade exercida por meio de um processo cognitivo no qual a compreensão do mundo resulta da compreensão das estruturas gramaticais pré-existentes e externas ao sujeito e à razão subjetiva e, mais do que externas, dependentes da interação entre os sujeitos realizada sob as bases de uma razão comunicativa.

A teoria do discurso de Habermas, da qual a ação comunicativa constitui o elemento central, se erigiu sobre uma crítica à razão instrumental moderna, com base na qual ele empreendeu o redimensionamento da noção de racionalidade. A preocupação inicial de Habermas era investigar a racionalidade técnica pressuposta no processo de avanço tecnológico da sociedade capitalista, cujos efeitos negativos “se manifestariam primordialmente nas formas de alienação do trabalho industrial, em oposição à neutralização normativa da esfera de produção, que depois seria decisiva para o redirecionamento conceitual de

---

<sup>50</sup> APEL, Karl-Otto. **The response of discourse ethics**. Leuven (Belgium): Peeters, 2001. p. 68.

<sup>51</sup> TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997. p. 650.

<sup>52</sup> A filosofia da consciência foi elaborada por Hegel, com base na doutrina do humanismo moderno, na qual Descartes fundara a articulação entre filosofia e homem em função da qual este é colocado no centro das preocupações filosóficas. Na primeira metade do século XX, Heidegger a desenvolve, afirmando que a essência tem prioridade sobre a existência, o sujeito sobre o objeto e o conceito sobre a representação (HABERMAS, 2002a, p. 415).

sua teoria madura”.<sup>53</sup> Com foco nesse problema, Habermas passou a elaborar a idéia de racionalidade comunicativa como instrumento adequado para estabelecer condições, ora epistemológicas, ora político-culturais, para um diálogo livre de dominação, isto é, para uma comunicação livre de coação e violência, no âmbito da qual prevaleça exclusivamente a força do melhor argumento, que corresponde à força da razão. Para tanto, ele assimilou as principais premissas do giro lingüístico-hermenêutico-pragmático. Decidido a empreender essa revisão do conceito de racionalidade, Habermas estabelece, então, um debate com Gadamer, que já vinha se dedicando a esse projeto no âmbito do giro hermenêutico por ele empreendido a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger e da fenomenologia de Edmund Husserl. Gadamer propunha que se compreendesse o *logos* aristotélico não como *razão subjetiva*, mas como *discurso*, ou seja, não como mero poder de pensar, mas como poder de “pensar e falar”.<sup>54</sup> Até então, a razão era vista como uma faculdade universal capaz de abarcar o todo por si só; a partir daí, ela se tornou coextensiva à linguagem, o que permite ao sujeito assumir uma postura crítica em relação à sua própria razão. A interpretação gadameriana do conceito de *logos* se insere na tendência de toda a filosofia pós-metafísica no sentido da “superção do logocentrismo”,<sup>55</sup> com a contextualização da razão e a conseqüente inversão do primado da teoria frente à prática.

As posições assumidas por Habermas a partir da assimilação desses novos parâmetros provocarão o chamado giro lingüístico da Escola de Frankfurt.<sup>56</sup> É preciso ressaltar que o projeto inicial de Habermas foi levado a cabo em conjunto com Karl-Otto Apel. A parceria desses dois integrantes da segunda geração da Escola de Frankfurt possibilitou a inusitada simbiose entre, de um lado, uma teoria que representava a herança filosófica da fenomenologia de Heidegger — personagem que ajudou na elaboração da base de sustentação teórica do nazismo — e, de outro lado, o racionalismo crítico, de raiz hegeliano-marxista — que fôra escorraçada da Alemanha pelos nazistas. Em ou-

---

<sup>53</sup> HONNETH, Axel. Jürgen Habermas: percurso acadêmico e obra. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 138, jul./set. 1999, p. 15.

<sup>54</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002a. p. 173.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 14.

<sup>56</sup> WHITE, Stephen K. **The recent work of Jürgen Habermas: reason, justice and modernity**. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 25.

tros termos, o encontro de Apel e Habermas representou a aproximação entre *narração* e *argumentação*, isto é, entre o procedimento explanativo da fenomenologia de Heidegger e o procedimento comunicativo do racionalismo crítico habermasiano. O termo *narração* aqui é utilizado como referência a uma filosofia meramente descritiva, desprovida de dimensão axiológica. Essa idéia cética da filosofia dominou o pensamento das escolas francesas surgidas no pós-guerra — representadas por Michel Foucault, Claude Lévi-Strauss, Gilles Deleuze, Jacques Lacan, Félix Guattari e outros —, que declaravam não acreditar mais na filosofia como meio de solução dos problemas e de interferência no mundo dos fatos, pois a viam como mero instrumento de observação, conhecimento e compreensão do mundo, ou seja, como um instrumento meramente *narrativo*. Afirmavam, outrossim, abertamente sua descrença na razão, na ciência e na democracia liberal.<sup>57</sup> Para Foucault, o sistema de direito não passava de um instrumento de dominação, na medida em que ele “veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação”.<sup>58</sup> Os textos estruturalistas de Lévi-Strauss disseminaram na Europa a idéia de que os conceitos universais liberais — razão, ciência, democracia, progresso — eram instrumentos de colonização cultural criados pela ideologia capitalista ocidental para aniquilar as particularidades culturais das comunidades não-hegemônicas.<sup>59</sup> Seguindo as linhas traçadas por Nietzsche e incorporando elementos do marxismo, os franceses, em síntese, anunciavam o fracasso inevitável do projeto iluminista.

Divergindo dessa visão cética, Habermas sempre vislumbrou no sistema de direito um potencial de validade, ou seja, uma capacidade de trocar influências com o meio social: as forças históricas do poder<sup>60</sup> influenciam o processo legislativo, porém o sistema de direito, por sua vez, também influencia o funcionamento e a evolução dos sistemas social, político e econômico, numa interação recíproca. Anunciava ele, já em seus primeiros textos, a crença de que os sistemas históricos de direitos fundamentais possuem a aptidão efetiva para, de um lado, sancionar “as liberdades fundamentais do direito privado” e, de outro, ga-

<sup>57</sup> RENAUT, Alain (Dir.). **História da filosofia política**: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945). Tradução de Elsa Pereira e Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 22.

<sup>58</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 181.

<sup>59</sup> RENAUT, op. cit. p. 22.

<sup>60</sup> Os “fatores reais de poder”, na terminologia de Lassalle (LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição política?** Tradução de Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987. p. 34-35).

rantir os direitos positivos de participação política por meio de “uma opinião pública politicamente atuante”.<sup>61</sup>

A teoria crítica, delineada ao longo de três décadas por Horkheimer e Adorno, pretendia, pautada na crítica hegeliana-marxista à sociedade burguesa, demonstrar que não existe neutralidade teórica<sup>62</sup> e questionar o potencial emancipatório da razão instrumental. A razão instrumental — descrita por Weber<sup>63</sup> como uma ação racional referente a fins, isto é, uma racionalidade de meios que se coloca a serviço de alguma razão substantiva, como uma espécie de razão auxiliar e subordinada — é concebida pela teoria crítica como um produto do capitalismo, de índole utilitarista,<sup>64</sup> destinado a permitir que a burguesia funda a lógica capitalista. Segundo Horkheimer e Adorno, a *razão instrumental* se pretende neutra mas, na verdade, é a ferramenta estruturante do capitalismo organizado: “A racionalidade técnica é hoje a racionalidade da própria dominação”.<sup>65</sup> No início, eles acreditavam que a *razão instrumental*, orientada aos fins,<sup>66</sup> poderia ser transformada em uma *razão objetiva*, orientada aos valores, e desse modo se libertaria de sua condição servil precisamente no momento em que tomasse consciência dos interesses em função dos quais determinados centros de poder a dominam a fim de instrumentalizá-la.

---

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. Traducción de Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí; revisión de traducción de Jacobo Muñoz. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997a. p. 119.

<sup>62</sup> HORKHEIMER, 1975, p. 149.

<sup>63</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão de Johannes Winkelmann e Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2000. v. 1, p. 15.

<sup>64</sup> Ao desempenhar a tarefa de difundir a lógica capitalista, a razão instrumental assume uma certa dinâmica, que Weber descreve, exemplificativamente, com base na estratégia por via da qual os meios de comunicação associam ao conceito de trabalho a idéia de vocação, no sentido religioso, de modo a estimular nos trabalhadores a devoção ao trabalho (Id. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 63). Eis a razão instrumental a serviço de uma razão substantiva que contempla simultaneamente dois objetivos centrais da ideologia capitalista: enquanto a devoção ao trabalho serve para fomentar a produtividade, o abrandamento do desejo do trabalhador por riqueza facilita a acumulação do capital.

<sup>65</sup> ADORNO, Theodor Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 114.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Versión de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 2001c. p. 440.

Ocorre que, no final dos anos 1940, eles passam a compreender a própria razão objetiva, e não apenas suas formas instrumentais, como intrinsecamente opressiva e comprovadamente fracassada, na medida em que produziu não a emancipação, mas o caos na sociedade e a alienação do indivíduo.<sup>67</sup> Como a realidade objetiva não é idêntica ao pensamento,<sup>68</sup> a racionalidade desempenha a função de adaptação ao real. Destarte, a própria razão objetiva precisa ancorar-se na concretude da realidade. Ocorre que, àquela altura, Adorno e Horkheimer haviam se convencido de que o capitalismo organizado bloqueara empiricamente quaisquer vias concretas de emancipação e, diante da imprescindibilidade de existência de uma base fática para o agir racional, concluem que a razão objetiva havia se tornado precária e inútil. Sem um ponto de apoio histórico, a razão não tinha mais como proceder à sua autocrítica. No prefácio de *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente* ('Dialética do esclarecimento. Fragmentos filosóficos'), publicada em 1947, os autores aprofundam sua descrença no futuro da racionalidade. "Os fragmentos que aqui reunimos mostra [...] que tivemos de abandonar aquela confiança. Se uma parte do conhecimento consiste no cultivo e no exame atentos da tradição científica [...], em compensação, no colapso atual da civilização burguesa, o que se torna problemático é não apenas a atividade, mas o sentido da ciência".<sup>69</sup> Por fim, em 1966 Adorno publica sua *Negative dialektik* ('Dialética negativa'), cujo propósito é voltar a razão contra si mesma para que ela possa aos poucos se desconstruir, até se extinguir. A essa altura, a filosofia tardia de Horkheimer buscava na religião a solução para o paradoxo da idéia de razão objetiva. Ele sintetizou essa perspectiva na frase: "Querer salvar um sentido absoluto sem Deus é pretensioso",<sup>70</sup> ou seja, um sentido incondicionado de verdade só é possível com fundamento na fé, não na razão.

O paradoxo da idéia de razão objetiva por eles levantado pode ser enunciado nos seguintes termos: ou a teoria crítica postula para si mesma a capacidade de subtrair-se à lógica do interesse e, com relação

---

<sup>67</sup> Id. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Cátedra, 2001e. p. 415.

<sup>68</sup> HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica**: uma documentação. Tradução de Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 1990. p. 150.

<sup>69</sup> ADORNO et al., op. cit., p. 11.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Tradução de Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001f. p. 103. Id. **Israel o Atenas**: ensayos sobre religión, teología y racionalidad. Edición y traducción de Eduardo Mendieta. Madrid: Trotta, 2001. p. 121.

especificamente a esse ponto deixa de ser crítica, porque, diante de tal postulado, ela própria se considera imune à crítica. Verificar-se-á aí um momento não crítico e, portanto, dogmático, passível de esconder algum erro conceitual precisamente pela impossibilidade de questionamento crítico. Ou então, para evitar esse momento dogmático, os adeptos da teoria crítica reconhecem que ela é comandada por um *interesse*, porém sustentam que esse interesse corresponde ao interesse do próprio gênero humano, o que convalidaria a teoria. Esta segunda hipótese, contudo, reconduz ao mesmo impasse: o interesse apontado como universal por seus defensores representa um dogma frente ao qual fica vedada a avaliação crítica; mais uma vez se está diante de um momento de dogmatismo e, conseqüentemente, de possibilidade de uma falha insanável da teoria.

É dentro desse contexto acadêmico que Habermas se lança ao projeto de reestruturação do conceito de razão prática.<sup>71</sup> No livro *Erkenntnis und Interesse* ('Conhecimento e interesse'), de 1968, ele concorda com Horkheimer e Adorno em que o processo de conhecimento carrega consigo *interesses*, mas se recusa a aceitar que a razão seja um instrumento dúctil da irracionalidade e esteja "submetida às condições empíricas da sensibilidade".<sup>72</sup> Afastando-se da filosofia materialista ortodoxa patrocinada pela primeira teoria crítica, ele vai buscar na *Kritik der reinen Vernunft* ('Crítica da razão pura', 1781 e 1787) a noção de que a razão obedece a interesses próprios, que são, segundo Kant,

---

<sup>71</sup> Razão prática (*Praktischen Vernunft*) é aquela que "ocupa-se com fundamentos determinantes da vontade, a qual é uma faculdade ou de produzir objetos correspondentes às representações, ou de então determinar a si própria para a efetuação dos mesmos (quer a faculdade física seja suficiente ou não), isto é, de determinar a sua causalidade" (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55 e 57). A razão prática trata do conhecimento oriundo da experiência e dos sentidos, enquanto a razão pura (*Reinen Vernunft*) está relacionada ao entendimento derivado da "totalidade absoluta no uso dos conceitos do entendimento" (Id. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 316). A razão pura distingue-se das forças empíricas do entendimento, porque "examina os seus objetos apenas segundo idéias, determinando, a partir daí, o entendimento, o qual, por sua vez, faz um uso empírico dos seus conceitos" (Ibid., p. 471). Portanto, a razão pura refere-se ao "absolutamente incondicionado, ou seja, incondicionado em todos os sentidos" (Ibid., p. 316). A razão pura é a faculdade superior de conhecimento que se opõe à faculdade empírica do conhecimento prático e que produz as *idéias* não empíricas. Enquanto a razão pura refere-se ao "uso teórico da razão" (Id., 2003, p. 55), a razão prática refere-se ao "uso prático da razão" (Ibid., p. 11).

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**: com um novo posfácio. Tradução de José N. Neck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. p. 222.

“interesses puros”.<sup>73</sup> Interesses são as orientações que o ser humano atribui às suas relações de trabalho e de interação, as quais, por sua vez, são tidas como condições fundamentais de autoconstituição e de reprodução da espécie. E o interesse por excelência “é aquele do bem-estar que combinamos com a idéia da existência de um objeto ou uma ação”.<sup>74</sup> No que tange aos processos de investigação, há uma conexão específica entre as regras lógico-metódicas e os interesses que guiam o conhecimento, a saber:<sup>75</sup> no exercício das ciências empírico-analíticas intervém o *interesse técnico* do conhecimento, no exercício das ciências histórico-hermenêuticas, o *interesse prático* do conhecimento e, no exercício das ciências de orientação crítica, o *interesse emancipatório* do conhecimento.

Reinterpretando o conceito kantiano de *interesse da razão*, Habermas o qualifica como um interesse quase transcendental: embora não esteja vinculado a nenhuma realidade histórica em particular, esse *interesse* incorpora determinadas funções sociais características da sociedade democrática contemporânea. O interesse emancipatório ou interesse puro estabelece um fato que pode servir de apoio para nossa certeza acerca da *realidade* da razão prática. Esse fato, no entanto, só se tornaria acessível através de um *sentimento moral* que exercesse aí a função de uma experiência transcendental. Muito embora se refira a uma espécie de interesse universal metafísico, Habermas tenta manter o seu conceito de *interesse emancipatório* do conhecimento preso ao plano político, de modo a evitar cair num idealismo jusnaturalista, do qual ele quer se distanciar.

Assim, a solução para o dilema relativo à inocuidade da razão objetiva dependeria da reformulação da noção kantiana de razão crítica, que é aquela de que o sujeito se vale para examinar a própria razão, ou seja, para examinar criticamente a razão pura, considerando a premissa de que esta nunca pode “*furtar-se à crítica*”.<sup>76</sup> A racionalidade instrumental, mesmo desprovida de base concreta, ou seja, mesmo privada de perspectiva real de emancipação, pode tornar-se passível de

<sup>73</sup> KANT, 2001, p. 639; Id. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antonio Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 55.

<sup>74</sup> HABERMAS, 1987, p. 219.

<sup>75</sup> Id. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001b. p. 136-137. Sobre esse “interesse cognitivo emancipador”, confira-se: APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000a. p. 158.

<sup>76</sup> KANT, 2001, p. 596.



ser submetida à crítica por uma racionalidade que atue a partir de outra perspectiva. Dessa forma, ele postula que o conceito de razão crítica kantiana seja ampliado mediante o acréscimo de uma dimensão linguística coextensiva à dimensão metafísica, haja vista que a autocrítica da razão não tem natureza subjetiva, mas intersubjetiva. Procede-se, assim, à superação do conceito kantiano de razão prática, que se encontrava adstrito a um ator singular ou a um macro-sujeito sociopolítico,<sup>77</sup> o qual dá vez a uma *razão crítica* redimensionada como *razão comunicacional*, correspondente àquela

capacidade de harmonizar sem coação e de gerar consenso que tem o discurso argumentativo, através do qual os diversos participantes superam a subjetividade inicial de seus respectivos pontos de vista e, com base num conjunto de convicções racionalmente motivadas, asseguram simultaneamente a unidade do mundo objetivo e a intersubjetividade do contexto em que desenvolvem suas vidas.<sup>78</sup>

Estabelece-se, dessa forma, a distinção: de um lado, a *razão instrumental* dá origem à ação instrumental ou estratégica que atua no âmbito do sistema, voltada para o êxito pessoal do sujeito; de outro, a *razão comunicativa* produz a ação comunicativa ou performativa que atua no mundo da vida, orientada para o entendimento intersubjetivo. A razão comunicativa se libera da necessidade de uma base concreta, na medida em que, ao incorporar em si argumentos éticos e morais trazidos pelos participantes da discussão e, dessa forma, tematizar e problematizar fatos e conceitos, permite a reprodução simbólica da realidade. Percebe-se, outrossim, que a razão comunicativa é concebida como um conceito sucessor, e não revogador, da razão prática, haja vista que conserva o elemento idealista da categoria kantiana, acrescentando, no entanto, a dimensão comunicacional. No contexto da autocrítica comunicacional, a razão se submete ao “filtro da objetivação social”<sup>79</sup> que o confronto intersubjetivo põe em ação. Por outro lado, muito embora se constitua como um conceito sucessor da razão prática, a razão comunicativa não pretende ser o equivalente a uma simples

---

<sup>77</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 20.

<sup>78</sup> Id., loc. cit.

<sup>79</sup> Ibid., p. 26.

razão instrumental. Isso porque Habermas não concorda com a assertiva, postulada pela hermenêutica filosófica, de que existe uma pré-compreensão que define a compreensão; segundo ele, sempre terá de haver algo de fora, externo, que realize a crítica da razão. Esse algo externo é a razão crítica, que adquire sua expressão pragmática na figura da razão comunicativa, cuja formação se dá publicamente, no âmbito do discurso público racional. Poder-se-ia questionar se a razão comunicativa não representa, ela própria, uma forma da pré-compreensão que se pretende rejeitar? De fato, adere a esse conceito (de razão comunicativa) um princípio formal referente ao procedimento comunicativo por meio do qual a autocrítica da razão deve atuar, porém a razão comunicativa não estabelece nenhuma pré-compreensão material, na medida em que ela pretende construir publicamente a própria compreensão, ou seja, ela não produz nenhum conteúdo semântico anterior à compreensão.

Após a guinada analítica linguística da filosofia, empreendida por Frege e Peirce, “foi superada a oposição clássica entre idéia e realidade, típica da tradição platônica, interpretada inicialmente de modo ontológico e, a seguir, segundo os parâmetros da filosofia da consciência. As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a identidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade”.<sup>80</sup> O que decide se uma proposição geral é verdadeira ou falsa não é mais o *logos* medieval de uma racionalidade subjetiva imersa nas estruturas internas da mente, mas sim o *logos* moderno, científico e intersubjetivo, situado na racionalidade de procedimentos normativo-lingüísticos. O sentido veritativo da proposição está intrinsecamente ligado à sua expressão lingüística e é afetado por esta, haja vista que a linguagem, composta de sinais lingüísticos e estruturas gramaticais pré-existentes, deixa de ser visto como mero instrumento de representação e passa a constituir um “reino intermediário”,<sup>81</sup> habitado por objetos não-sensíveis que são os *significados lingüísticos*.

A análise lingüística implica a consideração do outro e, por isso, a autoconsciência do sujeito supõe necessariamente o reconhecimento: de fato, o homem só alcança a autoconsciência se contar com o reco-

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 55.

<sup>81</sup> Id., 1990, p. 15.

nhecimento por parte do outro. O discurso argumentativo se coloca, assim, como o único meio racional capaz de operacionalizar a tensão entre os diversos projetos de vida e visões de mundo, elementares da sociedade pluralista, sem recorrer ao uso da violência. Considerando ser inviável ao indivíduo conceber a si mesmo na posição de objeto de sua própria análise, tendo em vista as limitações decorrentes de sua condição de sujeito histórico, o discurso argumentativo se apresenta como a única maneira de se chegar à autoconsciência sem recorrer-se à auto-objetivação. Da noção de racionalidade comunicativa deriva a distinção entre ação comunicativa e ação estratégica e, em seguida, sua inserção no *medium* do direito, o que será averiguado no tópico seguinte.

### 1.3.2 Teoria discursiva do Direito

O conceito de racionalidade comunicativa descrito no tópico anterior permite a estruturação de uma teoria do direito de viés comunicativo, a partir dos dualismos agir comunicativo-agir estratégico e facticidade-validade. Analisemos, de modo sintético, os elementos essenciais dessa teoria.

O grande problema da filosofia política atual é descobrir como a sociedade pluralista contemporânea pode reverter os efeitos danosos provocados pela modernidade e pela revolução tecnológica e, ao mesmo tempo, possibilitar a convivência pacífica entre indivíduos dotados de vontade e portadores de diferentes projetos de vida. Para explicar como se consegue, através da racionalidade discursiva, chegar ao consenso, Habermas desenvolveu a teoria comunicativa do direito a partir de um amplo legado que, sob a regência de sua teoria do discurso, conjunha elementos da teoria crítica da Escola de Frankfurt, da filosofia moral kantiana, da hermenêutica gadameriana e do pragmatismo norte-americano.

Retomando o binômio sistema-mundo da vida, observamos que o mecanismo não-normativo do *mercado* gera a *integração sistêmica*, desvinculada de orientações valorativas e mantida à custa de uma solidariedade orgânica de interesses<sup>82</sup> ligada à razão instrumental, ao passo que o mecanismo comunicativo por meio do qual o *mundo da vida* se

---

<sup>82</sup> Id., 2001d, p. 164.

reproduz e evolui no sentido do consenso<sup>83</sup> gera a *integração social*, à luz da razão comunicativa. Portanto, ao lado da racionalidade comunicativa, que pode conduzir ao *consenso* e à integração social, existe uma racionalidade estratégica, que tem em mira *acordos* baseados na coincidência provisória de interesses. À razão comunicativa corresponde o agir comunicativo, em função do qual o sujeito atua orientado no sentido da busca do entendimento por meio de um processo cooperativo de interpretação<sup>84</sup> capaz de gerar o consenso. Na dicção de Habermas, a ação comunicativa é aquela na qual “as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação”, em função do que “a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social”.<sup>85</sup> Por outro lado, o *agir estratégico* é aquele no qual o sujeito atua orientado para o êxito “e só se comporta cooperativamente na medida em que isso se ajuste em seu cálculo egocêntrico de utilidades”.<sup>86</sup> Cabe ressaltar que o gênero *ação orientada ao êxito* abrange duas espécies, segundo o âmbito em que ocorre: a *ação não-social ou instrumental* e a *ação social ou estratégica*. A ação social ou estratégica não se confunde, por um lado, com a ação comunicativa ou performativa, nem, por outro, com a ação não-social ou puramente instrumental. Destarte, na ação estratégica, orientada ao êxito, os atores avaliam as questões objetos do conflito à luz de suas próprias preferências e projetos individuais, ao passo que, na ação performativa, orientada ao entendimento, os atores interpretam os fatos à luz de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas, isto é, pretensões que possam ser reconhecidas por todos como válidas.

A distinção entre agir estratégico e agir comunicativo implica ainda outra reflexão, concernente à função da discussão pública. A estabilidade razoável da ordem social é mantida por meio de mecanismos de coordenação da ação social que atuam na esfera pública política, independentemente do poder estatal. Em certos episódios, essa coordenação falha e, conseqüentemente, surge um “problema de coordenação”,<sup>87</sup> que se exterioriza na forma ou de um conflito entre orientações individuais inconciliáveis, ou de uma busca de definição de um programa coletivo. O *conflito* pode ser descrito como a situação em

---

<sup>83</sup> Id., 1997, v. I, p. 42.

<sup>84</sup> Id., 2001c, p. 146.

<sup>85</sup> Id., 1997, v. I, p. 36.

<sup>86</sup> Ibid., p. 126-127.

<sup>87</sup> Ibid., p. 176.

que vários atores que disputam entre si a posse do mesmo bem se dispõem a resolver a contenda por meio de um processo de arbitragem de litígio que deverá conduzir a um *acordo*. Já a *busca do consenso* em torno de um programa coletivo consiste em uma situação na qual os atores se vêem congregados diante de um desafio comum que todos desejam vencer cooperativamente por meio do processo comunicativo destinado à *formação coletiva da vontade*.

No processo de arbitragem do conflito, os atores adotam o enfoque estratégico orientado pelas consequências da ação e por suas preferências particulares, com o objetivo de chegarem a um *acordo* de compensação de interesses. No processo de formação da vontade coletiva, os atores adotam o enfoque performativo orientado por valores e pela busca do entendimento, com o objetivo de chegarem a um *consenso* no qual se defina um programa de metas públicas. Eis, portanto, a distinção entre *entendimento* (*Verständigungspraxis*), que leva ao *consenso* (*Konsens*) por meio da ação comunicativa, e *negociação* (*Verhandlungspraxis*) ou *arbitragem* (*Schlichtung*), que leva ao *pacto, acordo* ou *arbitragem* (*Vereinbarung verstanden*) por meio da ação estratégica. O *acordo* ampara uma integração meramente fática da ordem econômica e está ligada à *facticidade* de uma trama de interesses, enquanto que o *consenso* respalda a vigência de uma ordem jurídica<sup>88</sup> e está ligada à *validade* de um programa social.

A sociedade política constitui um fato inerente à natureza humana; o mesmo se pode dizer do direito, compreendido como o meio criado pelo homem para promover a integração não-violenta dos componentes sociais. Nesse sentido, o direito é dotado de um forte potencial emancipatório, não apenas por se revelar como um dos fatores formadores do mundo da vida, ao lado da tradição cultural e da identidade pessoal,<sup>89</sup> mas sobretudo porque se constitui como o elemento de integração da sociedade capaz de concretizar o ideal de solidariedade. Estamos, neste ponto, nos referindo às três formas instrumentais de integração social: a *dominação burocrática*, que representa a intervenção ilegítima do poder administrativo;<sup>90</sup> a *monetização* ou *privatização da cidadania*, que consiste na intervenção ilegítima do mercado<sup>91</sup> e

---

<sup>88</sup> Id., 2001c, p. 363.

<sup>89</sup> Id., 1997, v. I, p. 42.

<sup>90</sup> Ibid., p. 102.

<sup>91</sup> Ibid., p. 109.

a *solidariedade*,<sup>92</sup> que se exprime pela intervenção das forças sociais tendentes a garantir, através de uma estrutura comunicativo-normativa, os direitos humanos e, ao mesmo tempo, a autonomia política garantidora de compromissos éticos de culturas políticas particulares. Por meio das duas primeiras formas de intervenção, a burocracia estatal ou o mercado colonizam o mundo da vida; por meio da solidariedade, a comunidade, com respaldo no sistema constitucional democrático de direitos, garante a primazia do mundo da vida sobre os subsistemas da administração pública e do mercado.<sup>93</sup> Portanto, agregado à ação comunicativa, o direito se apresenta como o fator garantidor de legitimidade da ação política, por ser o *medium* no qual é possível desenvolver-se o processo de integração pacífica de uma sociedade na qual estão garantidas a autonomia privada e a autonomia pública.

Para chegar até a categoria *direito*, o processo de integração de indivíduos em uma sociedade supõe três passos reconstitutivos. O primeiro passo corresponde ao aparecimento do mundo da vida, concebido, neste ponto, como uma teia ainda não muito complexa de relações interpessoais, de índole necessariamente comunicativa,<sup>94</sup> no interior da qual já visualizamos os três elementos formadores do mundo da vida, a saber, tradições,<sup>95</sup> identidades pessoais e ordens normativas legítimas em estado consuetudinário. A própria constituição do mundo da vida conduz ao passo seguinte: o surgimento da autoridade fática. A necessidade de manutenção da organização do agrupamento original de indivíduos faz com que surja um centro de poder ainda rudimentar, configurado, por via de regra, na pessoa de um líder carismático. Por fim, ultrapassada a fase de consolidação da autoridade carismática natural e autônoma, o processo de formação da sociedade empreende o terceiro

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 105 e 333.

<sup>93</sup> CITTADINO, op. cit., p. 180.

<sup>94</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 41.

<sup>95</sup> A *tradição*, no sentido antropológico-jurídico, corresponde ao conjunto de normas, crenças, postulados e instituições que, segundo seus defensores, deve ser respeitado e obedecido por todos porque incorpora verdades assentadas pela *persistência* ou pela *sabedoria* e *prudência* dos *anciãos*, isto é, dos antepassados, fatores esses que têm o condão de assegurar a sua validade. Representa, dessa forma, um repertório de opiniões e orientações vinculantes e inquestionáveis, que se impõem de modo mais ou menos inconsciente. Habermas se refere às tradições como um saber de fundo inerente ao mundo da vida do qual “nós nos servimos inadvertidamente [...]. isto é, sem saber que nós o possuímos reflexivamente”, e adverte que muitas vezes “nós nos utilizamos desse tipo de saber sem ter a consciência de que ele pode ser falso” (Ibid., p. 41).

passo: o da regulamentação dos comportamentos por instituições originárias.

Em uma tal sociedade primitiva, os laços de integração entre os indivíduos eram mantidos com base na autoridade do líder político, a qual estava escorada na fé dos discípulos quanto à natureza divina do líder ou quanto à legitimidade das tradições. Essa fé se mantinha inabalável justamente em razão da falta de conhecimento objetivo a respeito dos fenômenos naturais mais elementares. Aqui surge a primeira indagação: considerando o pluralismo da sociedade moderna e o fato de que ela não se deixa mais conduzir por razões religiosas nem metafísicas, de que modo se conseguirá obter dos indivíduos a adesão aos regulamentos comportamentais e dar efetividade às instituições públicas? A resposta é: por meio da promulgação de um código de direitos totalmente profanizado (isto é, não religioso) e objetivado (isto é, não metafísico).

Daí sobrevém outra questão: como se pode assegurar a validade de uma ordem social — considerando-se, na hipótese, uma ordem social já devidamente provida de um sistema de direito laico e objetivo — na qual, sob a perspectiva dos próprios atores sociais, verifica-se uma diferenciação entre o agir comunicativo e as interações de tipo estratégico, isto é, na qual os atores, ao atuarem no mundo da vida em um contexto de interações regulamentadas juridicamente, tanto podem estar de fato buscando o entendimento com vistas ao consenso, como podem estar visando apenas satisfazer seus interesses e realizar exitosamente seu projeto particular de vida? A solução desse problema está em vincular o processo de produção e interpretação das normas a mecanismos de interação comunicativa. A discussão pública, da qual dependa a validação das decisões oficiais, realiza a filtragem das opiniões no momento em que as expõe à crítica pública, livre e racional e, ainda que não consiga revelar as verdadeiras motivações internas do ator estratégico, tem, no entanto, condições de diluir a força dos seus argumentos.

Um terceiro problema se apresenta: mesmo na situação em que haja sido garantido o espaço público de interação comunicativa, como será possível fazer com que uma infinidade de distintos projetos particulares e projetos compartilhados por coletividades, assentados em distintos conceitos de bem, sejam harmonizados na forma de um consenso livre e racional? Que mecanismos conseguirão persuadir as pessoas e grupos a buscarem o entendimento? A integração pacífica da

sociedade, realizada sem violência por meio do direito acoplado ao processo comunicativo, mais uma vez se apresenta como a solução do problema consistente em saber como podem coordenar-se reciprocamente os planos de ação de diversos atores sociais na sociedade pluralista contemporânea. A busca do entendimento pela via comunicativa deve ser o foco da normatização do procedimento público de discussão, porém devem ser instituídos mecanismos, intrínsecos ao processo, suficientemente eficazes para permitir a formulação de acordos<sup>96</sup> parciais quanto a questões não consensuais, acordos estes que se mostrem, de resto, compatíveis com as expectativas de manutenção de uma ordem social íntegra, livre e justa.<sup>97</sup> Habermas sugere que um tal pacto pode ser alcançado com base na *regulamentação normativa de interações estratégicas*:<sup>98</sup> a sociedade deve implementar um sistema de normas destinado à regulação dos critérios de discussão e deliberação, com a especificação das condições de validade do processo, para, partindo do pressuposto de que haverá atores motivados estrategicamente, impedir a prevalência de opiniões e argumentos que não possam ser livre e racionalmente compartilhados pela maioria. A possibilidade da ocorrência de argumentação orientada ao êxito deve ser prevista e operacionalizada, segundo regramento prévio que proporcione ou a conversão dessas opiniões estratégicas em argumentos úteis ou a sua diluição em face de argumentos mais fortes.

A categoria *direito*, no contexto da teoria discursiva do direito, atua como elemento mediador entre facticidade e validade com base no uso racional da linguagem, a qual, por sua vez, representa o mecanismo de coordenação da ação no sentido da integração social. De fato, um direito “não é nem uma arma, nem tampouco um espetáculo de um só ator. É uma relação e uma prática social e, nesses dois aspectos essenciais, é a expressão de uma conexão entre indivíduos. Os direitos são

---

<sup>96</sup> Relembre-se, aqui, a distinção entre, de um lado, o *acordo*, destinado à integração sistêmica e à composição de conflitos com base na facticidade de uma trama provisória de interesses que ocorre no âmbito da racionalidade estratégica, e, de outro, o *consenso*, destinado à integração social e à busca do entendimento com base na validade de um programa de metas públicas que as partes definem cooperativamente no contexto da racionalidade comunicativa.

<sup>97</sup> A idéia de justiça em Habermas se identifica com a intersubjetividade de programas de metas públicas elaborados cooperativamente pelos membros da sociedade através de um processo comunicativo do qual todos possam participar e, por meio do qual, seja assegurada a convivência pacífica entre sujeitos que mutuamente reconhecem e se sentem reconhecidos em sua identidade e em seu *status* de titular de direitos e deveres (HABERMAS, 1997, v. I, p. 121.).

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 46.



incumbências públicas que implicam obrigações para com os demais, assim como são títulos frente a eles”.<sup>99</sup> O eixo central da teoria do discurso está na tensão entre facticidade e validade: a participação no processo discursivo pressupõe a *facticidade* da linguagem comum, facticidade esta que consiste em poder cada interlocutor oferecer suas propostas e argumentos; porém, ao mesmo tempo, cada interlocutor postula *validade* para suas assertivas, ou seja, adere às suas proposições certos pressupostos de idealidade. No fundo, trata-se do reflexo de uma tensão entre a facticidade presente na linguagem comum e a validade propugnada pela linguagem ideal, denunciada por Rorty.<sup>100</sup> A ação comunicativa atua sobre essa tensão da seguinte forma: num primeiro momento, que corresponde ao da *facticidade* da linguagem comum, o agir comunicativo permite que os interlocutores entendam-se a respeito de determinados objetos, lançando mão de significados comuns por eles atribuídos aos fatos ou conceitos em debate. No entanto, quando o entendimento deixa de ser possível, em face da divergência dos significados atribuídos aos fatos ou conceitos, surge um conflito de *pretensões de validade*, e nesse momento o agir comunicativo passa a utilizar um segundo método para a obtenção do consenso: o uso reflexivo da linguagem, que consiste em problematizar as pretensões de validade contrapostas. Esse procedimento de problematização caracteriza o que Habermas chama de *Diskurs* (discussão).

Habermas transfere para o âmbito do direito tanto a tensão entre facticidade e validade (constitutiva da linguagem), quanto a proposta de caracterização do agir comunicativo como mecanismo de manutenção do equilíbrio dessa tensão. Com o intuito de buscar sua própria integração, a sociedade tenta fazer com que essa tensão entre facticidade e validade se estabilize, por intermédio do direito. Este, por sua vez, reinstalou a tensão pela via hermenêutica, a qual inevitavelmente permite (e deve mesmo permitir) que sejam trazidos para dentro do debate público os interesses e valores dos sujeitos participantes. Assim, da mesma forma que o *medium* da linguagem comum deve atender à exigência funcional de estabilizar expectativas de entendimento por meio da padronização do significado dos signos linguísticos, o *medium*

---

<sup>99</sup> MICHELMANN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. **Nomos** [Justification in law, ethics and politics], New York, v. 28, 1986, p. 91.

<sup>100</sup> RORTY, Richard. Introduction: metaphilosophical difficulties of linguistic philosophy. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **The linguistic turn: essays in philosophical method**, with two retrospective essays. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 15.

do direito deve atender à exigência funcional de estabilizar expectativas de comportamento. Ambas, linguagem comum e linguagem jurídica, devem se fundamentar na ação comunicativa para permitir o aparecimento das condições de integração lingüística, no primeiro caso, e de integração social, no segundo.

De acordo com a concepção discursiva habermasiana, “o direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade”.<sup>101</sup> Essa definição revela as três propriedades básicas do direito moderno: a *positividade*, a *coercitividade* ou *impositividade* e a *pretensão de garantia de liberdade*. A positividade e a impositividade são as *propriedades formais*, ligadas à *facticidade* do direito, ao passo que a pretensão de garantia de liberdade é a propriedade material, ligada à *validade* do direito. A positividade se exprime pela circunstância de que a norma provém de decisões modificáveis de um legislador político. A impositividade se revela na circunstância de que as normas são asseguradas mediante ameaças de sanção por parte do Estado. A pretensão de garantia de liberdade consiste na expectativa de que a norma possa salvaguardar simetricamente, ou seja, garantir de maneira igualitária a autonomia de todos os sujeitos de direito.

A partir do momento em que se toma consciência dessas três propriedades, passa-se a compreender por que o direito moderno é profundamente marcado por aquilo que Habermas chama de *pretensão de legitimidade*. Esta pretensão corresponde à expectativa de que as normas, além de providas da *facticidade* da impositividade (a ameaça de sanção estatal) e da *facticidade* da positividade (a circunstância de ser resultante de decisões modificáveis do legislador político), sejam dotadas também de *validade*, na medida em que elas tenham o condão de garantir igualmente as autonomias individuais. As propriedades formais do direito — positividade e impositividade —, que se identificam como o seu âmbito de facticidade, estão assim vinculadas a uma pretensão de legitimidade, que consiste na expectativa de garantia simétrica da autonomia do indivíduo e que se identifica com o seu âmbito de validade.

Ademais, a noção lingüística da tensão entre facticidade e validade, ao ser transportada para o âmbito do direito, traduz-se como uma tensão entre legalidade e legitimidade. Pode-se extrair daí uma ilação

101

---

HABERMAS, 1997, v. II, p. 307.

importante: como a estrutura do direito moderno pressupõe dois fatores, a saber, a facticidade (da positividade-impositividade) e a validade (da pretensão de legitimidade), resulta disso que o direito moderno se caracteriza por uma *típica ambivalência da validade*, isto é, por um modo de validade ambivalente. Ele reserva aos seus destinatários a opção entre duas posições distintas. Por um lado, o sujeito de direito pode assumir uma determinada postura que o leve a encarar as normas jurídicas como meros mandamentos traduzíveis para ele como restrições fáticas ao seu próprio espaço de ação. Trata-se da postura *estratégica*, na qual o sujeito poderá até mesmo ponderar estrategicamente as conseqüências calculáveis da eventual transgressão da norma e poderá, dependendo do resultado de suas ponderações, decidir obedecê-la. Como se percebe, a obediência, nessa hipótese, se dará unicamente em razão de ser a norma positiva e obrigatória, isto é, em razão de sua dimensão de *facticidade*. Por outro lado, o sujeito pode optar por uma outra postura, em função da qual adote uma concepção do direito como mecanismo *performativo* ou *realizador*, composto de preceitos dotados de *validade* intrínseca. Neste caso, o sujeito obedece a norma “por respeito à lei”,<sup>102</sup> ou seja, porque compreende ou acredita que essa obediência contribui para a manutenção da ordem social e, conseqüentemente, de suas próprias liberdades, ou, ainda, por uma vontade autônoma de respeitar a lei em razão dos valores que ela representa, sendo nesse caso irrelevante a circunstância de ser ela obrigatória. Tem-se, aí, a observância do direito em razão de sua dimensão de *validade*.

As dificuldades inerentes ao processo de busca do entendimento, verificadas já no plano lingüístico e epistemológico, exigem dos debatedores um enorme esforço hermenêutico tendente à uniformização dos conceitos e valores em jogo, antes mesmo de ingressarem no mérito das discussões. O participante do debate só irá se dispor a esse esforço hermenêutico se tiver consciência do caráter unilateral e não-unívoco de suas opiniões e posturas iniciais, bem como das limitações que isso impõe à construção do consenso.<sup>103</sup> Deve-se partir do pressuposto de que o intérprete está sempre vinculado a um certo *horizonte hermenêutico*, que é o campo de visão ou o âmbito de acesso ao mundo que está disponível ao intérprete de acordo com o seu ponto de vista, ou seja, de acordo com a sua *situação hermenêutica*. Horizonte herme-

102

Ibid., p. 308.

103

HABERMAS, 2001a, p. 282.

nêutico, destarte, “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”.<sup>104</sup> Essa situação hermenêutica, delimitadora do horizonte hermenêutico, incorpora, nos níveis consciente e inconsciente do intérprete, o conjunto de experiências integrantes de sua história pessoal, que, muito embora não chegue a constituir uma pré-compreensão moral de bem capaz de afetar a compreensão — ao contrário do que acreditava Gadamer<sup>105</sup> —, no entanto influencia sua visão de mundo com tanto mais intensidade quanto menos estejam suas opiniões expostas ao filtro da objetivação social que atua com base na racionalidade crítica comunicativa.

Por isso, o entendimento entre representantes de diferentes universos culturais depende de uma fusão de horizontes hermenêuticos, à qual se pode chegar apelando-se à capacidade peculiar que o ser humano possui de colocar-se simultaneamente nos papéis de interlocutor e ouvinte. A adoção dessa perspectiva mútua possibilita que se desenvolva um horizonte comum de opiniões intersubjetivamente compartilhadas. Habermas chama a atenção para a circunstância de que, no âmbito de um diálogo intercultural estabelecido entre representantes de diferentes universos culturais, os esquemas conceituais estruturantes do discurso de cada debatedor estarão sempre, em princípio, em contradição. E isso não decorre necessariamente de um etnocentrismo metódico assumido pelos participantes da discussão, mas resulta de um pré-entendimento hermenêutico inerente ao fato de que cada cultura possui seus próprios padrões de racionalidade e, graças a isso, interpreta o mundo de maneira diferente, atribuindo aos mesmos objetos significados diversos em função de distintas escalas de valores.

Estando assim delineado, em termos sintéticos, o papel do direito no processo de integração social por meio da ação comunicativa destinada à integração social em termos de programas de metas públicas definidas cooperativamente, passemos à abordagem do conceito de democracia deliberativa, tema do próximo tópico.

---

<sup>104</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 452.

<sup>105</sup> GADAMER, 2002a, p. 377.

## 1.4 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O conceito de deliberação no qual se sustenta a noção de democracia deliberativa pode ser compreendido como a ação pública e inclusiva que se realiza de modo argumentativo, livre de coerções internas e externas, embora sujeita a certos pressupostos de validade do processo comunicativo, por meio da qual os participantes intentam chegar a um consenso motivado racionalmente ou a uma decisão ancorada na vontade da maioria. Por conseguinte, democracia deliberativa é um modelo normativo de mecanismo de legitimação do exercício do poder político decisório, de caráter coletivo, que se fundamenta na deliberação pública organizada e regida de acordo com um conjunto de normas que incorporam a participação da sociedade *lato sensu* — que engloba a sociedade civil *stricto sensu* e a esfera pública política — no processo de produção, interpretação e execução das normas estatais que se desenvolve na esfera pública deliberativa. Trata-se de um canal de expressão da soberania popular que se alicerça no postulado de que a legitimidade das decisões políticas — e das ações com base nelas justificadas — deriva da deliberação pública institucionalizada e regulamentada, que se desenvolve na esfera pública deliberativa da qual participam não apenas os atores estatais mas também os cidadãos e atores coletivos, em igualdade de condições comunicativas.

O modelo democrático deliberativo se apresenta, nesses termos, como uma opção que se entende apta a possibilitar que a sociedade pluralista contemporânea supere os entraves impostos pela modernidade para a concretização do projeto iluminista de emancipação humana. Como a soberania popular não tem condições de se impor apenas por meio de discursos públicos informais travados no contexto de processos comunicacionais não institucionalizados, o Estado democrático deliberativo deve criar, no âmbito do processo comunicativo destinado à produção de decisões estatais, mecanismos capazes de proporcionar a efetiva participação da esfera pública política nesse processo deliberativo decisório. Para tanto, a opinião pública emanante da esfera pública política deve ter condições de se converter em poder comunicativo capaz de exercer influência pública política e atuar sistemicamente no processo de produção de decisões públicas. Note-se que o projeto da democracia deliberativa não consiste simplesmente em permitir a atuação informal do poder de pressão social empreendida pela esfera pública no sentido de influenciar o sistema de produção de decisões

políticas composto por instituições estatais, mas em reconfigurar essa estrutura de modo a estabelecer vínculos institucionais entre a esfera pública política, a esfera pública situada na sociedade civil e a esfera estatal, instituindo o que poderíamos chamar de uma *esfera pública deliberativa*. Esta esfera pública deliberativa, portanto, se constituiria através da institucionalização de um sistema composto de canais de comunicação que integrem, dentro do mesmo processo político deliberativo, atores integrantes da esfera pública política, representantes da sociedade civil instalados na esfera privada das relações econômicas de troca e instituições oficiais do poder público. Com isso, o espaço de exercício da razão pública se torna aberto e inclusivo e os atores que integram a esfera pública política, de meros expectadores, passam à posição de coautores das normas às quais deverão se submeter.

A idéia de um sistema interativo dessa espécie torna-se mais nítida se pensarmos na imagem de uma estrutura relacional do tipo centro-periferia, com dois núcleos. No centro da representação gráfica situa-se a esfera estatal, titular do poder político e composta pelas instituições oficiais de produção e execução de decisão vinculantes, que são os poderes legislativo, executivo e judiciário, os partidos políticos e os mecanismos de atuação do sistema político. Ao lado desse núcleo central, e conectado a ele por canais de pressão, está a esfera privada das relações econômicas de negociação de interesses, representada pela sociedade civil e pelas pessoas privadas que promovem, por meio da ação estratégica, a troca de mercadorias e de trabalho social; esta esfera privada se serve do poder econômico para influir nas decisões normativas tomadas na esfera oficial. Em torno desses dois núcleos, existe a esfera pública, onde deve acontecer o processo da formação democrática da opinião e da vontade por meio da deliberação livre, inclusiva, igualitária e argumentativa realizada entre pessoas e instituições não estatais e não econômicas que se servem da razão comunicativa para promover a integração social com base no consenso.

Observa-se, assim, que a política deliberativa e a própria legitimidade do poder político pressupõem a interação adequada dessas duas esferas: a esfera institucional do poder público, onde ocorre a produção das decisões estatais de caráter normativo e definidoras das políticas públicas, e a esfera extra-institucional, onde a opinião pública política desempenha a tarefa de formação democrática da opinião pública. Nesse particular, Habermas concebe a esfera das corporações parlamentares como um “conjunto de justificação”, e a da esfera públi-

ca não-oficial, como um “contexto de descoberta”.<sup>106</sup> Sinteticamente, a política deliberativa habermasiana funciona da seguinte maneira: de um lado, a sociedade civil, onde está localizada a parte privada<sup>107</sup> da esfera pública representada pelos movimentos, organizações e movimentos, capta os problemas sociais e, muitas vezes com o apoio dos meios de comunicação,<sup>108</sup> elabora propostas de solução e as encaminha à esfera pública política. Esta submete as informações, argumentos e propostas disponíveis a um processo comunicativo que, apesar de informal, é organizado e obedece a certos critérios de legitimação. Esse processo comunicativo produz opiniões públicas sobre os temas considerados importantes e as remete à esfera do poder público estatal, a fim de que elas influenciem o processo de produção, interpretação e execução de decisões normativas, seja por meio da formação de convicção, seja pela simples persuasão. A esfera político-administrativa, por sua vez, submete as informações, argumentos e propostas aos procedimentos democráticos normatizados, através dos canais administrativos, parlamentares e jurídicos, que funcionam como filtros que destilam os fluxos de comunicação oriundos da esfera pública e convertem em decisões legítimas as pretensões de validade que conseguirem vencer todas as etapas desse processo complexo. Percebe-se, em última análise, que o eixo central de todo o processo está nas correntes de comunicação que fluem da sociedade civil para o aparato oficial do poder público, atravessando as esferas públicas institucionais e informais, e que se apresentam mais, ou menos, abundantes e fluentes, dependendo das condições de funcionamento dos mecanismos formais e informais de deliberação que essas correntes comunicacionais precisam transpor.

A eficácia do processo democrático depende do estabelecimento e observância de regras adequadas para garantir a legitimidade do procedimento deliberativo, haja vista que “o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático”.<sup>109</sup> A partir dessa premissa, Habermas discorre sobre a noção de democracia deliberativa e suas características através de um contraponto com os modelos de democracia “tradicionais”,<sup>110</sup> quais sejam, o modelo liberal e o republicano. Para o modelo procedimental de política deliberativa, o processo

---

<sup>106</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 26.

<sup>107</sup> Id., 1984, p. 44.

<sup>108</sup> Id., 1997, v. II, p. 110.

<sup>109</sup> Id., 1997, v. II, p. 18.

<sup>110</sup> Ibid., p. 18.

político se realiza dentro de um contexto que funde os *compromissos* liberais, representados por direitos humanos, e o *consenso de fundo* republicano, que se baseia na idéia de que os membros da comunidade partilham da mesma cultura, e integra esses dois elementos (liberdades liberais e eticidade concreta da comunidade) no conceito de um único procedimento ideal de deliberação e tomada de decisão.<sup>111</sup> A razão prática, na concepção procedimental deliberativa de democracia, se mantém equidistante tanto dos direitos universais do homem (ligados à racionalidade liberal) quanto da eticidade concreta da comunidade (ligada à razão republicana) para se apoiar nas *normas do discurso* que estabelecem as formas de argumentação aptas a gerar conteúdo normativo, cujo fundamento de validade é a *ação comunicativa*, ou seja, a ação orientada para o entendimento. Portanto, o fundamento do processo democrático deliberativo, para Habermas, está “na própria estrutura da comunicação lingüística”,<sup>112</sup> que é capaz de superar o pressuposto liberal da decisão pautada apenas no projeto individual do debatedor sem, contudo, colocar em risco o espaço da autonomia privada resguardado pela constituição jurídico-estatal.

A teoria democrática liberal, diferentemente, organiza o poder político por meio de instituições que intermediam a relação entre os interesses individuais dos cidadãos e o aparelho estatal. Tem-se, de um lado, o Estado, representado pelo aparato da administração pública estruturada segundo o direito, e de outro lado a sociedade, representada por um sistema de circulação de pessoas e de trabalho, estruturado segundo leis de mercado. O processo político tem caráter privado e instrumental, na medida em que serve como intermediário entre a sociedade e o Estado,<sup>113</sup> ou seja, entre os interesses privados de indivíduos econômicos e o poder estatal. A legitimidade da decisão política reside na vontade dos indivíduos manifestada e organizada segundo o *princípio da maioria* e sedimentada em uma *norma estatal*. Lançando mão dos procedimentos democráticos tradicionais — separação dos poderes, eleições periódicas e tomada de decisões pela regra da maioria —, o processo político tem por objetivo descobrir a vontade coletiva no resultado da soma das preferências individuais dos membros da socie-

---

<sup>111</sup> Id. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 36, 1995, p. 45-46.

<sup>112</sup> Ibid., p. 46.

<sup>113</sup> Id. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 272.



dade. Na concepção republicana, o processo de formação política da opinião e da vontade dos cidadãos apresenta-se como o próprio *medium* no qual a sociedade se constitui. A política aqui não tem função meramente mediadora; ela é constitutiva da própria identidade coletiva. Os cidadãos não se limitam a declinar, no bojo do processo político, suas preferências individuais que irão redundar na definição dos fins coletivos a partir de uma tabulação dos resultados das votações. No modelo republicano, o cidadão não ‘caminha até’ o processo político para depositar ali sua opinião, pois o cidadão está ‘dentro’ do processo político e é por este constituído como cidadão. Os cidadãos não se constituem como tais se não forem participantes permanentes do processo político, no interior do qual eles tomam consciência de sua interdependência mútua e, graças a essa tomada de consciência, racionalizam e dão forma procedimental às suas relações pré-existentes de reconhecimento mútuo. Assim, por meio do “auto-entendimento ético-político”,<sup>114</sup> se convertem, de modo voluntário e consciente, em uma comunidade solidária de indivíduos que se reconhecem como livres e iguais. Como se vê, a política democrática republicana está centrada na sociedade, que orienta a ação estatal em função do programa de metas públicas objeto de permanente discussão, ao passo que a política democrática liberal está centrada no Estado, ao qual incumbe empregar eficazmente o aparato administrativo-judicial de modo a impor os interesses sociais — que, como vimos, correspondem ao resultado de uma negociação entre interesses particulares.

O problema que Habermas vê tanto na teoria liberal como na republicana está ligado ao fato de que os participantes do debate público na sociedade pluralista são profundamente influenciados por seus interesses e orientações axiológicas, os quais às vezes estão camuflados por detrás de posturas politicamente relevantes e altruístas e que, embora não sejam constitutivos para a identidade ética da comunidade, acabam por interferir na produção dos argumentos e decisões. Se o democrata liberal se confunde ao conceber como um fim social a mera concordância estratégica de projetos individuais, o democrata republicano é incapaz de apontar uma solução eficiente para a questão referente àquela margem de interesses e valores privados que permanecem em conflito no interior do processo democrático, sem perspectiva de consenso. Com efeito, sempre uma parte dos interesses em jogo rema-

114

---

Id., 1997, v. II, p. 19.

nesce como não contemplada nos acordos resultantes da negociação na via liberal ou, sob a ótica republicana, não abarcada pelo projeto de coletividade auto-organizado por meio do consenso. Habermas afirma que esse rol de interesses inconciliáveis<sup>115</sup> deve ser compensado.<sup>116</sup> Assim, a par do consenso substantivo, os sujeitos da discussão pública devem formular um acordo de compensação dos interesses inconciliáveis, para o que devem considerar as potencialidades de poder e de sanções atribuíveis aos partidos em disputa e chegar previamente a um consenso<sup>117</sup> quanto às regras procedimentais de deliberação que possam ser aceitas por todos os partidos, ainda que por razões diferentes. O grau de justiça e legitimidade do resultado desse acordo entre partidos acerca de interesses inconciliáveis não se mede, obviamente, pelo conteúdo do acordo, mas pela observância das condições de validade do processo deliberativo, que têm sua própria justificação racional.

Desse modo, introduz-se um novo elemento na relação entre sociedade civil e aparato estatal: o princípio do discurso, que altera as condições do processo político, tornando-o inclusivo, participativo e comunicativo, e estabelece a coesão interna entre os acordos negociados por indivíduos e os discursos comunitários de auto-entendimento ético-político. A política deliberativa não fica na dependência exclusiva nem de uma normatização jurídico-estatal oriunda da sociedade e-

---

<sup>115</sup> Para enfrentar essa questão, Cass Sunstein desenvolveu o conceito de “acordo parcialmente teorizado” (*incompletely theorized agreement*) (SUNSTEIN, 2001, p. 9). Ele denomina as divergências insuperáveis de “desacordo duradouro” (*enduring disagreement*) (Id. **The partial constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993. p. 8), para cuja solução propõe o “acordo parcialmente teorizado” (*incompletely theorized agreement*), por meio do qual os cidadãos entram em consenso quanto às práticas comunicativas, condições e resultados do processo deliberativo e, assim, conciliam em alguns tópicos, mas mantêm no entanto o dissenso ou a incerteza sobre questões substantivas fundamentais (Ibid., p. 9). Sunstein cogita, inclusive, o caso extremo de acordo parcialmente teorizado, a que chama de “particularismo total” (*full particularity*) (Id., 2001, p. 51) e que se verifica quando os debatedores acatam o resultado da negociação por concordarem com as regras procedimentais, porém não concordam com nenhuma das razões em que se escora a decisão.

<sup>116</sup> HABERMAS, 2002, p. 276.

<sup>117</sup> Estamos nos referindo aqui não a um simples *acordo*, mas a um verdadeiro *consenso* quanto às regras relativas às condições de validade do processo de deliberação destinado à formulação do acordo de compensação dos interesses inconciliáveis. Isso porque, para a definição dessas regras procedimentais pressupõe-se estar presente aquele requisito que caracteriza o consenso, que é o entendimento mútuo quanto a uma questão política importante para a coletividade — entendimento este que, conquanto não tenha sido alcançado quanto às questões políticas substantivas (que, por isso mesmo, tiveram de ser relegadas ao acordo), foi alcançado, no entanto, ao menos no que tange aos critérios validadores do processo de resolução negocial dos pontos conflituosos não consensuais.

conômica, nem da atuação de uma comunidade de cidadãos autoconsciente e solidária, pois ela se apóia na institucionalização de um sistema de procedimentos que resguarda um lugar central para o processo político de formação da opinião e da vontade coletivas mas, simultaneamente, atribui aos princípios constitucionais e direitos fundamentais o *status* de *condição* de comunicação do processo democrático. No modelo liberal, o aparato estatal e a sociedade são atores distantes, em relação aos quais o processo democrático atua como mero elemento de comunicação, e não como um espaço intercomunicativo no qual as decisões públicas sejam tomadas com base na co-participação de todos os destinatários dessas mesmas decisões. Por outro lado, na política deliberativa, a opinião pública politizada não encontra espaço para se apossar do poder burocrático estatal e se voltar contra o que o cidadão republicano chamaria de “privatismo burguês de uma população despolitizada”<sup>118</sup> — pondo em risco a garantia dos direitos. Estado e sociedade, na concepção deliberativa de democracia, se interinfluenciam, graças a mecanismos institucionalizados por meio dos quais os cidadãos participam do processo de discussão e decisão públicas. A dimensão discursiva que se atribui ao processo democrático se destina, assim, a possibilitar a superação da racionalidade instrumental por meio de uma racionalidade comunicativa e a superação da subjetividade dos pontos de vista tradicionais pela intersubjetividade<sup>119</sup> “presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político”.<sup>120</sup> Estado e sociedade, isto é, espaços formais e informais de deliberação atuam em conjunto, de acordo com procedimentos institucionalizados, para a formação da opinião e da vontade públicas e a produção de normas.

Considerando que a eficácia do processo democrático e a legitimidade das decisões dele oriundas dependem da observância de certas condições da deliberação que devem normatizadas, no tópico seguinte descreveremos resumidamente o estatuto normativo desse rol de condições, mantendo, por coerência, a perspectiva habermasiana.

---

<sup>118</sup> HABERMAS, 2002, p. 279.

<sup>119</sup> Id., 2001c, p. 27.

<sup>120</sup> Id., 2002, p. 280.

## 1.5 CONDIÇÕES DA DELIBERAÇÃO

As condições da deliberação vinculam não apenas a eficácia do processo democrático e a legitimidade das decisões públicas vinculantes, mas pretende-se que elas também determinem o grau de justiça dos resultados do processo, especialmente no que tange àqueles pactos sobre interesses inconciliáveis. De fato, a teoria discursiva do direito supe ser possível estabelecer requisitos procedimentais de regulação do processo deliberativo capazes de assegurar decisões que possam ser aceitas não apenas como válidas, mas como justas, pela maioria dos membros da sociedade. Em outras palavras, a filtragem crítica das opiniões realizada através do debate público racional, argumentativo, livre, igualitário e inclusivo, tem condições de indicar a melhor solução para os temas cooperativamente problematizados e discutidos, porque consegue estabelecer “um nexu interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos de justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos”.<sup>121</sup> É esse, em última análise, o verdadeiro alcance normativo da compreensão intuitiva de democracia, pois, do contrário, o modelo deliberativo configuraria uma proposta inteiramente débil e inconsistente. Por isso, convém concluir este capítulo com uma breve explanação acerca de tais critérios.

Habermas afirma que “nada vem antes da prática da autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito”.<sup>122</sup> Portanto, não são propriamente direitos substantivos naturais ou morais que limitam a autonomia política dos cidadãos, mas são as próprias condições de validade da ação comunicativa desenvolvida no interior do processo de discussão pública. Essas condições de validade Habermas não relaciona a direitos morais ou naturais pré-políticos, mas sim, por um lado, ao *medium* do direito — já que o processo de discussão pública seria caótico se não fosse organizado segundo regras — e, por outro lado, a um princípio do discurso, o qual, no mesmo sentido, pressupõe certas condições de validade da interação comunicativa. As informações e escolhas racionais de meios, na política legislativa, estão sempre entrelaçados “com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o

---

<sup>121</sup> Id., 1997, v. II, p. 19.

<sup>122</sup> Ibid., v. I, p. 165.

auto-entendimento ético e a formação de preferências [isto é, opções axiológicas] com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência”.<sup>123</sup> Por isso, toda decisão política implica, de certa forma, uma *escolha ética*, já que toda decisão política envolve um juízo valorativo sobre a forma de vida coletiva que o autor da decisão prefere por entender mais conveniente em face do contexto de possibilidades em que a decisão é tomada.

Por um lado, o princípio do discurso conduz a certas exigências de socialização comunicativa — tais como aquelas contidas nos princípios da inclusividade, da liberdade temática, da liberdade argumentativa e da não-coercitividade —; por outro lado, a circunstância de que essa socialização se processa necessariamente no *medium* do direito acarreta outra ordem de pressupostos, de índole material — como o respeito ao núcleo de direitos constitucionais e ao sentido performativo que deve orientar a discussão. Articulemos, assim, em linhas gerais, as principais condições de validade das decisões vinculantes oriundas do processo de deliberação pública.

1. Em primeiro lugar, todos os membros da sociedade devem ter asseguradas as mesmas chances de fazer uso de sua liberdade de ação comunicativa, isto é, de participar da discussão pública. Isso significa que a deliberação é de caráter inclusivo e público, de modo que ninguém deve ser excluído dos debates sob nenhum argumento,<sup>124</sup> em obediência ao princípio do discurso, segundo o qual “todos têm um direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas”,<sup>125</sup>

2. Em segundo lugar, a deliberação tem natureza racional e argumentativa,<sup>126</sup> o que implica uma exigência e um direito. Por um lado, as partes devem expor e sustentar suas posições em termos racionais e sua opinião deve estar alicerçada em argumentos, de modo a permitir a apreciação crítica dessas posições e opiniões. Por outro lado, a cada membro da comunidade devem ser asseguradas as mesmas chances de oferecer argumentos e contra-argumentos e de tomar posição sobre qualquer tema inserido na discussão, ainda que seja mediante simples posicionamento a favor ou contra — o que não o isenta, de qualquer

---

<sup>123</sup> Ibid., p. 352.

<sup>124</sup> Ibid., v. II, p. 28.

<sup>125</sup> Ibid., v. I, p. 160.

<sup>126</sup> Ibid., v. II, p. 29.

forma, de fazê-lo em termos racionalmente fundamentados.<sup>127</sup> Daí decorrem dois critérios complementares. (a) Os argumentos apresentados pelos debatedores para sustentar suas posições devem ser entendidos como argumentos racionais abertos e modificáveis, isto é, que podem ser moldados e reformulados ao longo do debate tanto pelos demais participantes como pelo próprio autor do argumento,<sup>128</sup> se entender cabível. Esse critério tem a finalidade de evitar a “quebra não motivada da argumentação”.<sup>129</sup> (b) Cada debatedor deve ter assegurada a chance de apresentar livremente argumentos favoráveis ou contrários ao assunto posto em discussão.<sup>130</sup>

3. Em terceiro lugar, a comunicação não pode estar sujeita a nenhum tipo de coerção externa.<sup>131</sup> A soberania dos participantes da discussão pública só está limitada por dois parâmetros. De um lado, os debatedores estão sujeitos às condições institucionais de validade do processo comunicativo, que incluem as regras de argumentação e a postura performativa. De outro lado, nenhuma tradição ou norma anterior pode ser alegada como justificativa para coagir a parte, a não ser as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais.

4. Em quarto lugar, as partes não podem ser submetidas a nenhum tipo de coerção interna, na medida em que deve ser garantida a cada uma delas absoluta igualdade de condições de participação comunicativa.<sup>132</sup> O consenso a respeito de cada tema deve derivar exclusivamente da força dos melhores argumentos trazidos para respaldar as respectivas pretensões de validade. A proibição de coerção interna sobre os debatedores se estende ao longo de todo o desenrolar do processo comunicativo, assegurando a cada um deles a liberdade não apenas no ato da deliberação, mas também para a escolha dos temas, para a escolha dos argumentos, para a possibilidade de apresentar e sustentar argumentos, fazer propostas e oferecer críticas. As regras processuais, portanto, devem ser eficazes no sentido de neutralizar as pretensões de manipulação interna das opiniões. Da mesma forma que ocorre no caso anterior, no que tange à igualdade de condições no plano interno da esfera pública deliberativa, os debatedores só devem estar sujeitos às

---

<sup>127</sup> Ibid., v. I, p. 227.

<sup>128</sup> Ibid., p. 196.

<sup>129</sup> Ibid., p. 286.

<sup>130</sup> Id., loc. cit.

<sup>131</sup> Ibid., v. II, p. 29.

<sup>132</sup> Id., loc. cit.

regras da discussão e ao compromisso de buscar cooperativamente a decisão mais justa — e isso para garantia de sua própria autonomia política e da legitimidade do processo. Essa liberdade temática e argumentativa, por sinal, é imprescindível para possibilitar que os melhores dados e argumentos sejam trazidos para o debate e não fiquem obstruídos em virtude de pautas pré-estabelecidas.

5. Ainda que sejam cumpridas todas as exigências mencionadas, as partes podem não conseguir chegar a uma decisão consensual, ao menos em relação a parte das matérias em debate. Nesse caso, o regulamento deve prever mecanismos eficientes para permitir que as matérias inconciliáveis sejam objeto de acordos modificáveis, aos quais as partes cheguem por meio de decisão majoritária que dispense a exigência de consenso.

6. A deliberação pública está sujeita, ainda, à condição de que o resultado das deliberações não pode implicar ofensa a nenhum direito fundamental garantido na constituição. Em outras palavras, o processo democrático deve se orientar por princípios gerais de justiça.<sup>133</sup> Trata-se de um pressuposto substantivo de validade da decisão pública: existe um núcleo de direitos que não pode ser objeto da deliberação. A relação entre os direitos humanos assegurados pela constituição e a soberania popular que garante a cada cidadão o direito de participar do processo público comunicativo é marcada pela circunstância de serem igualmente primordiais para a eficácia do sistema jurídico-político que estrutura o Estado democrático de direito, de modo que se, por um lado, os direitos não podem servir para reduzir o espaço da autonomia política do cidadão, por outro lado o processo político não pode ser usado como mero instrumento de imposição da vontade privada.

A teoria discursiva do direito esclarece que a cada instância do poder público cabe um diferente regime comunicativo, que define os tipos de argumentos e formas de comunicação de que ele pode se valer para a tomada de decisões. Os argumentos pragmáticos e normativos só estão inteiramente disponíveis ao legislador, como representante do poder político. Só o legislador pode empreender negociações no sentido da produção de normas cujo conteúdo resulte de acordos de interesses — evidentemente respeitando as regras do processo democrático. O poder judiciário não pode dispor de tais argumentos, pois sua função institucional no Estado democrático deliberativo obedece a outros pa-

---

133

Ibid., p. 31.

râmetros e finalidades. Concluimos aqui este capítulo, a fim de passar, em seguida, à análise da evolução da esfera pública no Estado brasileiro, com o objetivo de identificar momentos de vigência do modelo democrático.



## 2. O ESTADO AUTORITÁRIO E ATROFIA DA ESFERA PÚBLICA

No capítulo anterior estipulamos a democracia deliberativa como o modelo normativo a ser adotado como marco teórico para a análise do Estado brasileiro e, mais especificamente, de seu sistema judicial. No presente capítulo, procuraremos demonstrar, considerando esse marco teórico, que a sociedade brasileira não conheceu a democracia até 1988, ano em que a nova constituição desencadeou a primeira experiência democrática da história do país e, portanto, um processo de democratização — não de redemocratização, como se costuma dizer.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> ABREU, Alzira Alves de (Org.). **A democratização no Brasil: atores e contextos**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 12. O título da obra refere-se a “democratização” no sentido teórico, mas todas as referências ao caso brasileiro apontam para um processo de “redemocratização”. CALIL, Gilberto Grassi. **O integralismo no pós-guerra: a formação do PRP (1945-1950)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 86. CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política: a história que vivi**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 14. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 197. CHAUI, Marilena; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O pensamento político e a redemocratização do Brasil**. **Lua Nova**, São Paulo, n. 71, p. 173-228, 2007. GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada: o sacerdote e o feiticeiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 355. LAMOUNIER, Bolívar; MOURA, Alkimar Ribeiro. **De Geisel a Collor: o balanço da transição**. São Paulo: Ed. Sumaré: CNPQ, 1990. p. 68. MIANI, Rozinaldo Antonio. **A luta pela redemocratização no Brasil através da charge no jornal Movimento**. In: WOITOWICZ, Karina Janz (Org.). **Recortes da mídia alternativa: histórias e memórias da comunicação no Brasil**. Ponta Grossa (Paraná): Ed. UEPG, 2009. p. 19. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Pactos políticos: do populismo à redemocratização**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 84. PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 240. RÊGO, André Heráclio do. **Família e coronelismo no Brasil: uma história de poder**. São Paulo: A Girafa, 2008. p. 123. SILVA, Hélio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. **História da república brasileira**. São Paulo: Três, 1998. v. 13, p. 87. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 41. SKIDMORE, Thomas. **A lenta via brasileira para a democratização: 1974-1985**. In: STEPAN, Alfred (Org.). **Democratizando o Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. SODRÉ, Nelson Werneck (textos); ALVES FILHO, Ivan (Org.). **Tudo é política: 50 anos do pensamento de Nelson Werneck Sodré em inéditos em livro e censura-**

Com base em que argumentos se pode afirmar que não houve democracia no Brasil até 1988? Para responder a tal indagação, devemos recorrer aos dois conceitos que balizam a questão: democracia e autoritarismo. Como visto, compreendemos a democracia, a partir do paradigma deliberativo, como o modelo normativo de mecanismo de legitimação do exercício do poder político que se fundamenta na deliberação pública realizada, de modo permanente, através de um processo comunicativo institucionalizado e regido por um código jurídico próprio que garante a participação da sociedade no processo de produção, interpretação e execução das normas estatais. Assim, podemos qualificar como democrático o Estado cujo processo político do qual derivam as decisões públicas atenda a certas condições de validade, tais como a inclusividade e publicidade do processo,<sup>135</sup> a não-coerção interna e externa,<sup>136</sup> a exigência de fundamentação racional argumentada das decisões e o respeito aos direitos fundamentais.<sup>137</sup>

Poderia alguém levantar ainda a seguinte dúvida: a democracia deliberativa sempre poderia ter existido, considerando as condições reais que caracterizaram, por exemplo, os diversos momentos da história política brasileira? Nossa resposta seria: sim, a democracia de tipo deliberativo poderia em tese ter existido; a circunstância de que as condições históricas impediavam a instalação de um modo democrático deliberativo de exercício do poder político e de integração social não conduz à conclusão de que a democracia deliberativa não poderia em tese ter existido no Brasil Monárquico, na Primeira República ou na Era Vargas. De fato, a democracia deliberativa consiste não apenas em um modelo de exercício do poder político mas em um modo de organização da sociedade com base em mecanismos deliberativos. Basta lembrar que esse modo de organização social pode ser identificado já nas cidades-Estado gregas. Há mais de dois mil anos, Aristóteles, em

---

dos. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 62. VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 243. PRESIDENTE do STF destaca papel do Congresso na redemocratização do país. **Direito2.com.br**, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/stf/2008/jun/10/presidente-do-stf-destaca-papel-do-congresso-na-redemocratizacao>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

<sup>135</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 28.

<sup>136</sup> A não-coerção interna diz respeito à exigência de que os membros da sociedade estejam em situação de igualdade no debate, assegurando-se a cada um as mesmas chances de fazer com que seus argumentos, críticas e propostas sejam ouvidos e considerados; a não-coerção externa implica que os debatedores devem estar sujeitos apenas aos pressupostos de comunicação e às normas do procedimento argumentativo (Ibid., p. 29).

<sup>137</sup> Id., loc. cit.

Πολιτική (*Politikè*, A política, 325 a.C.), já se referia ao poder incumbido da decisão política como o “poder deliberativo”, afirmando que “Estas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns. Quando todos são admitidos na deliberação, sobre qualquer matéria, há democracia; o povo ostenta a igualdade em tudo. Mas todos podem participar das deliberações de várias maneiras”.<sup>138</sup> A democracia ateniense

não era composta de representantes dos eleitores, como nas democracias posteriores, mas do eleitorado inteiro — como, de fato, também ocorria no judiciário. Uma eloquente evidência do espírito público de Atenas está no fato de que os seus cidadãos, aos milhares, regularmente sacrificavam seus rendimentos e lazer para sentar-se em bancos de pedra, muitas vezes sob calor exaustivo, às vezes sujeitos ao vento e à chuva, para ouvir os debates parlamentares e as ações judiciais. Isso parecia a eles mera questão de sensatez: ou eles se autogovernavam ou alguém iria governá-los. Para aqueles que faltassem à assembleia sem uma boa justificativa, eles tinham um termo: *idiotes*, que persiste no uso ocidental como ‘idiota’. O grego abordava as questões públicas como se fossem questões pessoais.<sup>139</sup>

A constituição do Estado democrático compreende um sistema de normas que regula os procedimentos políticos por meio dos quais, por um lado, os cidadãos se investem de seu direito de autodeterminação, exercitando sua autonomia política no sentido de buscar cooperativamente a concretização do projeto destinado à efetivação de condições de vida justas,<sup>140</sup> mas, por outro lado, se garante a proteção do sistema de direitos e liberdades fundamentais que representa a esfera da autonomia privada do sujeito.<sup>141</sup> Por um lado, a autonomia política

<sup>138</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 113-114.

<sup>139</sup> LLOYD, Alan. **Marathon**: the story of civilizations in collision course. New York: Random House, 1973. p. 44.

<sup>140</sup> *Ibid.*, v. I, p. 326.

<sup>141</sup> *Id.*, loc. cit.

se implementa através do processo comunicativo; por outro lado, a autonomia privada é garantida com base em um sistema de direitos tendencialmente universais, acoplado a uma condição procedimental que exclui a possibilidade de deliberação acerca desses direitos. Note-se que a compreensão desse sistema particular de direitos intangíveis só pode ser reconstruída a partir dos diversos modelos de constituições históricas, e pela via do processo comunicativo, haja vista que não existe no mundo moderno um sistema de direitos *natural*, puro e metapolítico. Isso nos reconduz à necessidade de recorrer ao processo democrático e a uma espécie de lógica circular em função da qual o processo comunicativo assume a incumbência de assegurar equitativamente a autonomia privada e a autonomia pública mediante instrumentos capazes de permitir que seja operacionalizada a tensão permanente entre a *facticidade* da positividade coercitiva do direito e a *validade* de sua legitimidade, em um contexto de co-penetração entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Conclui-se, portanto, que o princípio da democracia deliberativa exige do sistema constitucional que seja capaz de conciliar os dois paradigmas do direito democrático moderno:<sup>142</sup> de um lado, o paradigma liberal do direito formal burguês, vinculado à autonomia privada que assegura aos indivíduos o direito de tentar realizar seus projetos pessoais de vida por meio de uma igualdade *legal* na distribuição de direitos — que pode não coincidir com a igualdade material —; e de outro lado, o paradigma republicano do direito ao bem-estar social, sustentado na autonomia política que deve proporcionar à comunidade instrumentos capazes de assegurar o bem-estar social por meio de uma igualdade *fática* que compense as desigualdades materiais.

O debate público político se desenvolve no interior de um espaço no qual convivem três categorias de participantes: os *organizadores*, que são os “atores que ocupam uma esfera pública já constituída”<sup>143</sup> e têm o poder de utilizar os potenciais de sanção estatal; os *oradores*, que correspondem aos “atores que surgem do público”<sup>144</sup> e organizam campanhas em favor de seus interesses; e os *ouvintes* ou *espectadores*,<sup>145</sup> que, nessa condição, acompanham o processo de decisão política, identificando-se ou não com as posições assumidas pelos

---

<sup>142</sup> Ibid., p. 304.

<sup>143</sup> Ibid., v. II, p. 96.

<sup>144</sup> Id., loc. cit.

<sup>145</sup> Id., loc. cit.

cidadãos-oradores e, com isso, fortalecendo ou enfraquecendo as campanhas por estas empreendidas. Os organizadores e oradores atuam no palco, enquanto que os espectadores permanecem na galeria. A legitimidade do processo democrático depende de que o sistema político constitucionalmente institucionalizado seja capaz de assegurar a todo cidadão a possibilidade de acesso à estrutura interna de esfera pública deliberativa, deixando a periferia do acontecer histórico e convertendo-se de ouvinte em ator: “quanto mais o público for unido através dos meios de comunicação de massa e incluir todos os membros de uma sociedade nacional ou até todos os contemporâneos, o que o transformaria numa figura abstrata, tanto mais nítida será a diferenciação entre os *papéis dos atores* que se apresentam nas arenas e dos espectadores que se encontram na galeria”.<sup>146</sup> O direito encontra sua legitimidade no processo democrático, ou seja, a validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter para além da facticidade de sua impositividade, e essa legitimidade repousa no consenso racional obtido através da deliberação pública. Quando fala em consenso racional obtido por meio do agir comunicativo, Habermas pressupõe cidadãos que agem livre e espontaneamente, isto é, sujeitos que, sendo simultaneamente atores e destinatários das decisões públicas, vinculam-se à norma por eles mesmos formuladas por razões que eles entendem justificar essa atitude. Tais razões metajurídicas, que antes situavam-se na religião (a crença no sagrado), na tradição (a crença nos valores culturais) ou no medo da sanção (a obediência compulsória ao governo totalitário), hoje situam-se no processo político democrático deliberativo racional, dentro do qual sejam assegurados os direitos fundamentais e as identidades culturais das comunidades históricas diferenciadas.

Existem três formas instrumentais de integração social: a *dominação burocrática*, que representa a intervenção ilegítima do poder administrativo,<sup>147</sup> a *monetização* ou *privatização da cidadania*, que consiste na intervenção ilegítima do mercado<sup>148</sup> e a *solidariedade*,<sup>149</sup> revelada pela intervenção das forças sociais tendentes a garantir, através de uma estrutura comunicativo-normativa, os direitos humanos e, ao mesmo tempo, os compromissos éticos de culturas políticas particulares. Por meio das duas primeiras formas de intervenção, a burocracia

---

<sup>146</sup> Ibid., p. 108.

<sup>147</sup> Ibid., v. I, p. 102.

<sup>148</sup> Ibid., p. 109.

<sup>149</sup> Ibid., p. 105 e 333.

estatal ou o mercado colonizam o mundo da vida; por meio da solidariedade, a comunidade, com respaldo no sistema constitucional democrático de direitos, garante a primazia do mundo da vida sobre os subsistemas da administração pública e do mercado.<sup>150</sup> O princípio da democracia, como vimos, exige do sistema constitucional que seja capaz de conciliar a igualdade formal ligada à autonomia privada e a igualdade material ligada à autonomia política.

Considerando que a esfera pública é o espaço abstrato resultante da ação deliberativa, é possível determinar o grau de legitimidade democrática de um Estado com base na amplitude da respectiva esfera pública. Quanto menor for ela, mais restrito e não funcional será o espaço de ação comunicativa e, por conseguinte, menor será o grau de legitimidade democrática do Estado. Na hipótese extrema de um Estado no qual a esfera pública deliberativa esteja limitada aos órgãos oficiais formais e à influência informal de atores representantes do poder econômico oriundos da esfera privada do mercado — e de cuja atividade decisória pública os cidadãos estejam, portanto, excluídos, em razão da inexistência de um espaço público deliberativo —, estaremos diante de um Estado não democrático.

Pois bem; posto que definida a noção de democracia deliberativa que sustenta a presente análise, resta estabelecer o que entendemos por autoritarismo. Perpassa este conceito a idéia de uma elite que se vale do poder político para, estrategicamente, instrumentalizar o direito e os processos de decisão pública de modo a bloquear o surgimento de uma esfera pública política. Estamos a tratar, portanto, da índole da relação que existe entre os modos de legitimação do poder político e a dominação autoritária — lembrando que empregamos, aqui, o termo *autoritarismo* não no sentido forte que tradicionalmente se lhe atribui, mas no sentido técnico proposto por Linz e Stepan em sua tipologia dos regimes políticos, mencionada no primeiro capítulo desta tese.<sup>151</sup> A

---

<sup>150</sup> CITTADINO, 2004, p. 180.

<sup>151</sup> O autoritarismo, no sentido fraco adotado neste estudo, equivale simplesmente ao tipo de organização política na qual a sociedade ainda não desencadeou o processo de transição para a democracia e menos ainda atingiu a condição de uma democracia consolidada (LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of democratic transition and consolidation**: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Baltimore, Maryland (USA): The Johns Hopkins University Press, 1996. p. 3). A sociedade oriunda de um período autoritário, na qual o processo de transição democrática ainda não se completou, não possui uma democracia consolidada mas um modelo intermediário, a que Linz e Stepan denominam *democracia pós-autoritária*. Adotando essa perspectiva, só pode ser qualificado como democrático o

relação entre democracia e autoritarismo equivale, nestes termos, à relação entre poder e violência. Habermas assimila os conceitos de *poder* e *violência* de Hannah Arendt para definir *poder* como a qualidade resultante da capacidade humana de agir ou de fazer algo solitariamente ou mediante ação comunicativa lastreada em entendimento recíproco com outros indivíduos, e *violência*, como a capacidade humana de dispor de meios que permitam influenciar a vontade de outrem.<sup>152</sup> O *poder* deriva necessariamente do espaço público,<sup>153</sup> de modo que o líder político que substitua o poder pela violência, isolando os cidadãos entre si e proibindo o uso público das liberdades comunicativas, no mesmo instante em que assume tal postura se despe de legitimidade e desencadeia um processo de desintegração moral da sociedade. Com efeito, ao contrário do que pode parecer ao leigo, o regime autoritário pressupõe um Estado fraco, ou, mais propriamente, um Estado enfraquecido em seu papel político legítimo na exata medida em que é instrumentalizado por grupos privados fortes que o manipulam de modo discricionário. Quando a dominação legítima fundada no poder se reduz à dominação ilegítima fundada na violência, verifica-se a corrosão do poder e da autoridade. Sob a ótica dos valores democráticos, o *poder* é a capacidade de fazer ou ordenar algo com base no consenso obtido pelos membros da comunidade através de um processo comunicativo livre de violência voltado ao entendimento mútuo,<sup>154</sup> ao passo que a *autoridade* é a expressão do poder associado a um dado *status* social:<sup>155</sup> assim, o sujeito que assume o *status* de professor é dotado de au-

---

regime político que ao menos tenha iniciado a transição democrática e, assim, já tenha atingido a situação de uma *democracia pós-autoritária não consolidada*; dentre as espécies de *não-democracia*, interessa-nos, para efeito do presente estudo, o *autoritarismo*, por ter sido o modelo vigente no Brasil até 1988.

<sup>152</sup> HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo (Orgs.). **Habermas**: sociologia. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 100-101.

<sup>153</sup> Ibid., p. 105.

<sup>154</sup> Ibid., p. 102.

<sup>155</sup> É preciso observar que a expressão *Herrschaft*, utilizada por Weber em *Wirtschaft und Gesellschaft* ('Economia e sociedade', 1921) (WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**: Grundriss der verstehenden Soziologie, v. 1. Tübingen: Mohr, 1976. p. 122) e traduzida em 1947 como *Authority* ('autoridade') por A. M. Henderson e Talcott Parsons (WEBER, Max. **The theory of social and economic organization**. Transl. by A. M. Henderson and Talcott Parsons. New York: The Free Press (Simon and Schuster), 1997. p. 56 e 324), consta, na tradução brasileira realizada por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, não como *autoridade*, mas literalmente como "dominação", o que pode gerar alguma confusão em face de uma a-

toridade sobre os alunos, e a legitimidade dessa autoridade decorre do consenso público em torno da validade dessa forma de exercício do poder pelo professor; o mesmo ocorre com o indivíduo investido no *status* de oficial militar em face dos subalternos, de pai em relação aos filhos e de chefe de Estado em relação aos cidadãos. O Estado autoritário sofre um crescente déficit de poder e de autoridade, na medida em que esta tende a se degenerar em mera *dominação pela violência*, no mesmo passo em que o poder inerente à ação comunicativa socialmente integrativa se degenera em *violência instrumental* orientada aos fins.

Partindo da concepção marxista de organização social, Habermas<sup>156</sup> afirma que a dominação política exercida por meio da *violência estrutural* (no sentido arendtiano) não se manifesta como violência pura, mas como um sistema de instituições que bloqueia ou distorce os resultados dos processos comunicativos destinados a produzir opiniões públicas dotadas de eficácia legitimadora com base na discussão racional argumentativa voltada para a busca cooperativa do consenso.<sup>157</sup> Nessa tática de bloqueio do processo comunicativo está implícita, mas evidente, a intenção do titular da autoridade política de tornar insusceptível de questionamento a validade das normas e políticas públicas por ele definidas. De fato, o cerceamento da ação comunicativa e da possibilidade de reconhecimento intersubjetivo de direitos iguais entre os membros da comunidade impede que haja uma tomada de consciência geral da situação de dominação e de contradição entre o modelo jurídico, garantidor de direitos previsto na constituição, e a prática, autoritária e excludente. Desse modo, o sistema do direito, acoplado aos mecanismos de obstrução do processo comunicativo, confere a aparência de legitimidade à autoridade política fática do governante, com base na qual torna-se possível não a integração social pelo consenso, mas uma integração sistêmica da sociedade, desprovida de legitimidade democrática. O direito apresenta, aí, uma semelhança fundamental com as instituições integradoras das sociedades arcaicas e tradicionais: tanto estas quanto a sociedade moderna estabelecem limitações à interação

---

bordagem inadvertida quanto ao conceito weberiano de *autoridade* (WEBER, 2000, v. 1, p. 33 e 139).

<sup>156</sup> Segundo a concepção marxista, a organização social é o fenômeno sociológico que se rege por um princípio fundamental de organização, o qual surge durante o processo de formação da sociedade e que delimita, no plano abstrato, as possibilidades de mudança das condições sociais, ou seja, até que ponto a sociedade pode modificar-se sem perder sua identidade (HABERMAS, 1999, p. 19).

<sup>157</sup> HABERMAS, 1993, p. 115.



comunicativa dos cidadãos como meio de evitar a desestabilização social que resultaria do dissenso racional argumentado. A pretensão de manutenção da integridade de uma sociedade de tipo capitalista estaria ameaçada no momento em que os atores sociais discordassem do esquema de apropriação privilegiada da riqueza produzida socialmente, por meio do qual se promove a distribuição desigual do excedente do produto social. Respalgadas nas limitações impostas à comunicação e ao conhecimento, as sociedades arcaicas e tradicionais vinculavam a legitimidade dessa estrutura econômica a um conjunto de convicções morais, metafísicas ou religiosas que eram compreendidas como dogmas imperscrutáveis; dado que a expansão do conhecimento científico ampliou a capacidade crítica dos indivíduos e acarretou o desvanecimento dessas convicções dogmáticas, a burguesia capitalista moderna lançou mão do direito para substituir as convicções por *sanções* jurídicas. Muito embora as sanções tenham sido colocadas no lugar dos dogmas e tradições, o elemento central da estratégia autoritária não se alterou com a passagem para o tipo moderno de sociedade: trata-se do bloqueio ao processo comunicativo, que, em qualquer caso, impede que os indivíduos tomem consciência das causas estruturais dos seus problemas e, conseqüentemente, elaborem propostas de resolução. Assim, tanto nas sociedades arcaicas e tradicionais como na sociedade moderna, ao lado do elemento legitimador dos regulamentos e programas discricionários do governante (os dogmas ou tradições, nas primeiras; a sanção, nesta), deparamo-nos com a situação de uma esfera pública política inteira ou quase inteiramente atrofiada e de uma coletividade de sujeitos que “se iludem sobre si mesmos e sobre a sua situação” e que agem em consonância com o estatuto normativo de algo que eles acreditam constituir sua própria ideologia mas que, na verdade, não passa de um conjunto de convicções que “são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns”.<sup>158</sup>

Para reforçar a ilusão de legitimidade do poder político, a alta burguesia capitalista tem patrocinado, ao longo da história, a implantação de regimes políticos formalmente assemelhados à democracia,<sup>159</sup> no âmbito dos quais o Estado institui um aparato jurídico até certo ponto modificável em face do clamor social, e garante espontaneamente alguns direitos aos cidadãos, em grau suficiente para impedir o sur-

158

Id., loc. cit.

159

HABERMAS, 1984, p. 174.

gimento de discursos e ações antagônicos que possam pôr em risco a integridade do sistema. Nesse contexto, evidentemente não ocorre a formação discursiva da vontade e da opinião, mesmo porque não existe uma esfera pública politicamente ativa, e, conseqüentemente, a validade das normas estatais não podem ser testadas no filtro da objetivação intersubjetiva nem submetidas à validação mediante reconhecimento público no âmbito de um processo comunicativo. Ainda que, situando-nos no plano de um modelo representativo, compreendamos a democracia como o regime em que os cidadãos se limitam a escolher o seu governante, ainda assim a caracterização do regime democrático só será possível se for observado esse grau mínimo de participação política por parte dos integrantes da sociedade civil e da esfera pública. Se o processo eleitoral para a escolha dos representantes, em um dado Estado, realizar-se de tal modo que seus resultados não correspondam à vontade pública expressa nas urnas porque os mecanismos do sistema atuam no sentido de fraudar esses resultados, esse regime político não pode ser qualificado como democracia, pois não está presente a mais elementar condição de validade do processo democrático, que é a possibilidade de escolha dos representantes. O que queremos acentuar, em outras palavras, é que não se trata nem mesmo de vislumbrar, nessa hipótese, a figura de uma *democracia formal* e não substancial, no sentido pretendido por Tocqueville como aquele regime que, muito embora assegure os mecanismos formais da democracia, não consegue no entanto garantir a redistribuição do poder por meio da efetiva participação dos cidadãos nas decisões públicas importantes que afetarão sua vida.<sup>160</sup> Deve-se entender, portanto, por democracia formal aquela na qual o processo democrático representativo é funcional e eficaz no sentido de possibilitar que os representantes sejam efetivamente escolhidos pela sociedade mas na qual, porém, essa circunstância não se mostra suficiente para fazer com que, naquele contexto, as decisões públicas tomadas pelos representantes, legitimamente escolhidos, coincidam com a vontade popular em termos substantivos.

Assim, reiterando a ressalva feita há pouco no sentido de empregamos o termo *autoritarismo* não no sentido forte tradicional mas no sentido relativista de um modo de organização social em que não se

---

<sup>160</sup> LUCKMAN, Robin; GOETZ, Anne Marie; KALDOR, Mary. Democratic institutions and democratic politics. In: BASTIAN, Sunil; LUCKMAN, Robin (Eds.). **Can democracy be designed?: the politics of institutional choice in conflict-torn societies**. New York: Zed Books, 2003. p. 19.

iniciou ainda sequer o estágio de transição para a democracia, isto é, em que não se implementou ainda sequer a condição de uma democracia pós-autoritária não consolidada, com apoio na terminologia técnica sugerida por Linz e Stepan chamaremos de *autoritário* o regime não democrático vigente no Brasil até 1988 e de *pós-autoritário* o regime surgido a partir daquele ano. Toma-se como base a distinção entre regime autoritário e totalitário.<sup>161</sup> Tanto o autoritarismo quanto o totalitarismo são formas de manifestação do exercício não democrático do poder político — que, como visto, Hannah Arendt denomina simplesmente *violência* —, por meio do qual o chefe do poder executivo concentra o poder em suas mãos com base na obstrução ou controle da atividade parlamentar e jurisdicional, no cerceamento dos direitos e na obstrução dos canais de comunicação pública. Em ambos os modelos, o indivíduo ou oligarquia governante se investe da competência legislativa, cerceia a participação direta ou indireta dos cidadãos nas decisões públicas e se recusa a submeter suas decisões e ações ao controle social, atuando, por conseguinte, no campo do arbítrio. Ambos os modelos derivam de uma longa tradição absolutista que marca a história das sociedades humanas em função da qual, até o surgimento do Estado moderno, o patrimônio público se encontrava imerso na esfera patrimonial privada da nobreza e, assim, não era possível reconhecer a existência de uma esfera pública política. Por força dessa origem absolutista e patrimonialista, tanto o autocrata autoritário quanto o déspota totalitário lançam mão da máquina administrativa do Estado, incluindo forças armadas e tribunais, para impor, por meio de ação coercitiva arbitrária e violência ilegal, sua vontade particular expressa, normalmente, na forma de decisões estatais. O regime totalitário, no entanto, se apresenta como uma forma mais extremada de violência política, pois pretende exercer controle total sobre a vida dos membros da comunidade, não apenas em seus aspectos intersubjetivos mas também no âmbito interno do indivíduo. Para isso, ele se vale tanto do aparato administrativo, como do controle monopólico dos meios de comunica-

---

<sup>161</sup> A expressão *Estado totalitário*, utilizada na Itália desde os anos 1920 para designar o fascismo, constou pela primeira vez na *Enciclopedia Italiana* editada em 1932, no verbete *Fascismo* (BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997. v. 2, p. 1247). Reproduzida depois por George H. Sabine, na *Encyclopaedia of the social sciences* (1934), e utilizada por Carlton H. Hayes nos anais do simpósio *Proceedings of american philosophical society* (1940) e por Sigmund Neumann no ensaio *The permanent revolution* (1942), deu origem à teoria do totalitarismo, formulada por Hannah Arendt na obra *The origins of totalitarianism*, publicada em 1951.

ção, dos recursos tecnológicos<sup>162</sup> e das instituições de ensino para propagar uma ideologia justificadora da proposta totalitária que reclama a integral transformação da sociedade. O totalitarismo exige do cidadão não apenas o silêncio, mas a obediência incondicional e a adesão entusiástica aos programas de governo, com a concomitante rejeição a quaisquer outros programas políticos, sociais, econômicos ou religiosos. A censura autoritária elimina os partidos; a política de doutrinação totalitária, ao contrário, imerge o Estado dentro do partido único, promovendo sua simbiose. A ideologia totalitária não busca apenas a ordem social — como faz a autoritária —, mas promove a mobilização da sociedade no sentido de comprometê-la com os projetos da administração. O cidadão é induzido a acreditar que os fins da coletividade e os do governante compõem uma única e mesma ideologia, voltada contra inimigos comuns tais como classes ou partidos corruptos, imorais ou desagregadores, e desse modo a propaganda totalitária purifica a imagem do líder suprimindo de seu perfil a idéia de desejo de poder: o governante não passa de um funcionário dedicado a pôr em prática a vontade comum; “Hitler, que conhecia muito bem essa interdependência, exprimiu-a certa vez num discurso perante a SA: ‘Tudo o que vocês são, o são através de mim; tudo o que eu sou, sou somente através de vocês’”.<sup>163</sup> Constava do programa nazista que “o partido é uma concatenação de líderes”,<sup>164</sup> de modo que o território do *Reich* se via povoado por um milhão e meio de pequenos *führers*, cuja ‘autoridade’ emanava diretamente de Hitler.

O autoritarismo, por sua vez, destrói as estruturas comunicativas geradoras do poder político; pela disseminação do medo ou do terror, compele cada indivíduo a enclausurar-se dentro de si mesmo e eliminar o contato com os demais indivíduos e atores coletivos. Tenta silenciar toda oposição e todo discurso crítico antigovernamental e esterilizar as instituições representativas, porém preserva certa margem de liberdade de produção e manifestação criativas e de espaço emancipatório, correspondente àquelas áreas em que não se verifique choque entre a opinião e a vontade dos atores sociais e o projeto autoritário, que espelha a vontade do governante. As autonomias pública e privada dos cidadãos e associações são toleradas enquanto não impliquem questiona-

---

<sup>162</sup> HABERMAS, 2001b, p. 126.

<sup>163</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 375.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 455.

mento ou interferência na esfera do poder político. Assim, a dominação autoritária “visa a restringir ou limitar a liberdade, mas nunca a aboli-la. O domínio totalitário, porém, visa à abolição da liberdade e até mesmo à eliminação de toda espontaneidade humana e não a simples restrição, por mais tirânica que seja, da liberdade”.<sup>165</sup> Hannah Arendt apóia seu estudo sobre os fundamentos da dominação totalitária nos modelos nazista e stalinista.

O adjetivo autoritário pode ser usado ainda no sentido psicológico, para referir a personalidade autoritária. Descrita inicialmente por Erich Fromm em sua obra *Escape from freedom* (‘A fuga da liberdade’, 1941), a personalidade autoritária foi analisada em profundidade por Theodor Adorno no livro *The authoritarian personality: studies in prejudice* (‘A personalidade autoritária: estudos sobre o preconceito’, 1950). A personalidade autoritária denota um complexo psicológico que funde no inconsciente do cidadão duas atitudes que se complementam: de um lado, a sublimação da idéia de poder e a postura de adulação e subserviência a todo sujeito que detém poder; de outro lado, a tendência a desprezar e desrespeitar a identidade e os direitos dos indivíduos considerados fracos.<sup>166</sup> Habermas extrai do pensamento de Hannah Arendt os elementos essenciais do conceito de personalidade autoritária, que acaba por afetar os próprios cidadãos comuns pela via da assimilação cultural:<sup>167</sup> a crença cega na autoridade e o espírito de autodefesa moral oculto por trás da obediência servil ao superior hierárquico; a discriminação e o desrespeito aos direitos elementares das pessoas consideradas fracas; a inflexibilidade de opinião e a incapacidade de tolerância e de busca do consenso racional, do que decorre a não-aceitação de práticas democráticas; a linguagem reveladora tanto de um discurso de conteúdo agressivo quanto de uma predisposição para a violência. O cidadão autoritário tende a acreditar no poder da violência, mais do que na força normativa da lei. Essa descrença no papel emancipador da lei<sup>168</sup> pode ser compreendida a partir da análise

---

<sup>165</sup> Id., loc. cit.

<sup>166</sup> ADORNO, Theodor Wiesengrund. **The authoritarian personality: studies in prejudice.** New York: W.W. Norton, 1993, p. 42.

<sup>167</sup> HABERMAS, 1993, p. 106-108.

<sup>168</sup> Segundo pesquisas recentes, constata-se que a confiança do brasileiro na justiça é baixa. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e publicada em 17 de novembro de 2010, foi atribuída à justiça brasileira a nota 4,55 (de zero a dez). Para a avaliação de tópicos específicos, foi adotado o sistema de notas de 0 a 4. O avaliação sobre a qualidade das decisões apontou a nota 1,6; facilidade de acesso, nota 1,48; baixo cus-

da diferença entre a cosmovisão do povo latino-americano e a do norte-americano. Os puritanos, fugidos da Inglaterra no início do século XVII em razão de desavenças com os anglicanos,<sup>169</sup> desembarcaram na América imbuídos das idéias iluministas, que haviam assimilado graças à doutrina protestante. O *common law* era para eles um importante mecanismo de proteção contra os desmandos do rei.<sup>170</sup> Diferentemente, os ibéricos — cuja imigração para a América Latina iniciara mais de um século antes — aprenderam a ver o seu *civil law* como mero instrumento de dominação utilizado pelo monarca absolutista para justificar a cobrança de tributos e frustrar os direitos elementares dos cidadãos. Como reflexo disso, a constituição que resultou da independência norte-americana conseguiu compatibilizar o liberalismo revolucionário burguês com os princípios da democracia, ao passo que os latino-americanos, imbuídos da mentalidade católica quinhentista, adaptaram os ideais revolucionários a uma realidade autoritária de base escravista e de caráter patrimonialista. As declarações de direitos e as regras e princípios pseudo-democráticos que, em alguns momentos, foram inseridos nas constituições brasileiras não alcançaram um grau de efetividade que permitisse reconhecer a existência de um verdadeiro Estado democrático de direito.

Os modelos não democráticos vigentes no Brasil ao longo de sua história podem, portanto, ser qualificados como autoritários, segundo a tipologia adotada nesta tese. Por um lado, em nenhum momento o modelo brasileiro chegou a se configurar como um regime totalitário porque, mesmo nos períodos em que a violência do governo e o controle dos meios de comunicação se estenderam ao seu limite extremo, não chegou a se implantar um projeto sério de homogeneização ideológica, de caráter revolucionário e excludente de toda e qualquer outra doutrina, inclusive religiosa. Mesmo a ditadura instaurada com a Revolução de 1930, em relação à qual se poderia tentar identificar alguns traços

---

to, nota 1,45; imparcialidade no tratamento das partes, nota 1,18; e rapidez na decisão dos casos, nota 1,18; honestidade de seus integrantes e punição dos atos de corrupção, nota 1,17 (INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de indicação de percepção social:** justiça. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2010. p. 5-7. 21 p. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117\\_sips\\_justica.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117_sips_justica.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2010).

<sup>169</sup> WEBER, 1999, p. 6.

<sup>170</sup> MORSE, Richard M. **O espelho de próspero:** cultura e idéia nas Américas. Tradução de Paulo Neves. 1. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 78.

de totalitarismo, os próprios teóricos que apoiavam o governo revolucionário fizeram questão de fixar bem a distinção, com o intuito de negar o seu enquadramento na categoria totalitarista.<sup>171</sup> Por outro lado, não há como reconhecer nos regimes políticos brasileiros vigente até 1988 a presença das condições mínimas necessárias para a caracterização sequer da condição de transição democrática, o que autorizaria o enquadramento do Estado na categoria democrática. Com efeito, a hipótese de enquadramento do caso brasileiro remete a um tipo de Estado no qual nem sequer os mecanismos formais da democracia são atuantes, pois o aparato estatal imita o modelo democrático sem, no entanto, contar com a funcionalidade que a ele incumbiria.

Para investigar o caráter autoritário do Estado brasileiro até 1988, adotaremos como marcos de referência as categorias do patriarcalismo, do bacharelismo e do positivismo, as quais, inseridas em um sistema econômico de índole escravista, impediu, ao longo da história do país, a formação de um espaço público comunicativo e, por conseguinte, o surgimento de uma esfera pública política e de uma estrutura de poder dotada de mecanismos democráticos efetivos. Destarte, após uma breve referência ao sistema escravocrata, concebido aqui como o alicerce do sistema econômico nacional ao longo dos quatro

---

<sup>171</sup> Nesse sentido, Azevedo Amaral, no livro *O Estado autoritário e a realidade nacional* (1938), escrito com o propósito de legitimar a ditadura Vargas, ressaltava que “O que define o totalitarismo, no sentido peculiar que a essa expressão lhe deu o fascismo, não é portanto a extensão do poder estatal, mas a natureza compressiva, absorvente, aniquiladora da personalidade humana, que imprime às instituições fascistas um aspecto repelente, tornando-as tão incompatíveis com todos que prezam a dignidade do espírito” (AMARAL, Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1981. p. 96). Já o Estado autoritário, diferentemente, segundo aquele autor, “baseia-se na demarcação nítida entre aquilo que a coletividade social tem o direito de impor ao indivíduo, pela pressão da maquinaria estatal, e o que forma a esfera intangível de prerrogativas inalienáveis de cada ser humano” (Id., loc. cit.). Seguindo a mesma tônica, Oliveira Viana, na obra *O idealismo na Constituição* (1927), sustentava que “Não há em nosso povo, na sua psicologia coletiva, condições para a constituição de uma mística viva e orgânica, uma mística que se apodera da alma nacional e a mova em um sentido nitidamente determinado, para um objeto preciso — como o nacionalismo imperialista dos italianos de Mussolini ou o nacionalismo racista dos alemães de Hitler” (VIANA, Oliveira. **O idealismo da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 89); para ele, o Brasil precisava não de um partido único, mas “do Presidente único. Isto é, do Presidente que não dívida com ninguém sua autoridade; do Presidente soberano, exercendo, em suma, seu poder em nome da Nação, só a ela subordinado e só dela dependente” (Ibid., p. 205). E, de fato, logo que desfechou o golpe de 1937, Vargas se afastou das duas correntes políticas mais radicais, representadas pelos comunistas e pelos integralistas (FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 20001. p. 11-12).

primeiros séculos, passaremos à análise concisa das outras três categorias, que nos parecem fundamentais para a compreensão do Estado e da sociedade brasileiros e para sua caracterização como Estado não democrático.

## 2.1 ESCRAVIDÃO E DITADURAS FORMAIS

A forma específica que o Estado e, portanto, as relações de soberania e dependência assumem em cada época e lugar pode ser definida com base na natureza das relações de produção que prevalecem naquela sociedade, ou seja, com base no tipo ordinário de relação entre o proprietário dos meios de produção e o produtor direto das mercadorias.<sup>172</sup> Se é a natureza dessa relação de produção que permite determinar o modelo do Estado, podemos indagar: qual era a característica essencial da relação entre tomador de serviços e prestador de serviços no Brasil no período monárquico, colonial e imperial, que vigorou desde a fundação do país até 1889? A resposta é a seguinte: a principal característica do sistema de relações de produção no referido período era o regime escravista de prestação de serviços, que, direta ou indiretamente, amparava toda a atividade econômica do país.<sup>173</sup>

Escravidão é “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”, segundo a definição constante da Convenção sobre a Escravatura, editada pela Organização das Nações Unidas e assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926.<sup>174</sup> Podemos conceituar a escravidão moderna, em termos mais específicos, como o estado ou condição em que uma pessoa está subjugada a outra para a prestação gratuita de trabalho de qualquer natureza (urbano, rural, doméstico ou artesanal)<sup>175</sup> ou de outros favores pessoais.<sup>176</sup> A prática da escravidão sempre

<sup>172</sup> MARX, Karl. **El capital**: crítica de la economía política, III. Traducción por Wenceslao Roces. 2. ed., 10. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1975. v. 3, p. 171.

<sup>173</sup> Décio Saes qualifica o modelo colonial brasileiro como Estado *escravista moderno* e aponta as diferenças em relação aos tipos escravista antigo, feudal e burguês moderno (SAES, Décio. **A formação do Estado burguês no Brasil (1888-1891)**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990. p. 86).

<sup>174</sup> ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Convenções. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_escravatura.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_escravatura.php)>. Acesso em: 23 jan. 2010.

<sup>175</sup> SAES, op. cit., p. 81.

<sup>176</sup> FREYRE, Gilberto. Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 2, p. 441.



existiu em todas épocas e regiões do mundo para atender a serviços domésticos de seus senhores ou como consequência da prisão de combatentes derrotados na guerra,<sup>177</sup> porém foi só a partir do século XV que ela adquiriu o caráter de comércio de larga escala,<sup>178</sup> altamente organizado e profissionalizado, na forma de um esquema de tráfico internacional que se valeu dos métodos e princípios do capitalismo, introduzidos pelo racionalismo moderno, para dar suporte ao violento processo de colonização européia do território americano. Portanto, o mundo da vida no contexto do qual a sociedade brasileira foi instalada em 1500, e se desenvolveu até 1889, esteve desde o início estruturado com base nessa curiosa simbiose entre modernidade e escravidão, que representam categorias absolutamente antagônicas no que tange ao fato de que o valor central da modernidade é a liberdade, enquanto que o valor central da escravidão consiste na completa dominação do ser humano. Durante todo esse período, o sistema escravista respondeu pela maior parte da mão-de-obra trabalhadora no Brasil.<sup>179</sup> O governo português, mais do que simplesmente tolerar essa situação, mantinha normas que a regulamentavam, tratando o trabalhador escravo não como pessoa mas como coisa, no âmbito da legislação civilista, e punindo as tentativas de fuga, no da lei penal.<sup>180</sup> Até a segunda metade do sécu-

---

<sup>177</sup> BLACKBURN, Robin. **A construção do escravismo no Novo Mundo:** do barroco ao moderno 1492-1800. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 17 e 126. Em outro ponto, Blackburn afirma que “Os escravos não constituíam a população trabalhadora mais importante em nenhuma parte da Espanha” (Ibid., p. 68).

<sup>178</sup> Ibid., p. 16, 23 e 24.

<sup>179</sup> SAES, op. cit., p. 114-115.

<sup>180</sup> As Ordenações Filipinas de Portugal, de 1603, autorizavam a escravidão vitalícia e integral de africanos ou afrodescendentes de qualquer idade e ofereciam amplas garantias ao direito de propriedade do escravizador. Observe-se os seguintes artigos do título 17 daquele código: Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 17. “*Quando os que compram escravos ou bestas os poderão enjeitar por doenças ou manqueiras.* Qualquer pessoa que comprar algum escravo doente de tal enfermidade que lhe tolha servir-se dele, o poderá enjeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder de tal enfermidade, contanto que cite ao vendedor dentro de seis meses do dia que o escravo lhe for entregue. [...] 2. Se o escravo tiver algum vício do ânimo, não o poderá por isso o comprador enjeitar, salvo se for fugitivo, ou se o vendedor ao tempo da venda afirmasse que o escravo não tinha vício algum certo, assim como se dissesse que não era bêbado nem ladrão nem jogador; porque achando-se que ele tinha tal vício ao tempo da venda, o poderá enjeitar o comprador. [...] 4. Se o vendedor afirmar que o escravo que vende sabe alguma arte, ou tem alguma habilidade boa, assim como pintar, esgrimir ou que é cozinheiro, e isto não somente pelo louvar mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia a tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enjeitá-lo [...]. 9. E todas as cousas [ou seja, os escravos] acima ditas se poderão enjeitar não somente quando são havidas por título de compra, mas ainda se forem havidas por troca ou escambo, ou dadas em pagamento ou por qualquer outro título em que se traspasse o senhorio; mas não

lo XVIII,<sup>181</sup> também os indígenas eram escravizados pelos colonos, apesar dos esforços empreendidos pelos padres católicos para protegê-los.<sup>182</sup> Mesmo o Código Civil brasileiro de 1916 (art. 6º, III), vigente até 2002, manteve o indígena na condição jurídica de relativamente incapaz, o que implica séria restrição de sua autonomia privada e pública. Na verdade, por força da Lei federal nº 6.001/1973, ainda em vigor, ele permanece sujeito ao regime tutelar do Estado. O tratamento conferido pelo Estado e pela sociedade à pessoa escravizada ofendia ostensivamente os mais elementares direitos humanos,<sup>183</sup> pois ela era

---

se poderão enjeitar quando forem havidas por doação” (ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org.). **Ordenações Filipinas** (fac-símile). Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010).

Nos termos do Título 79, o escravo que fosse encontrado na rua depois do toque de recolher seria preso e açoitado: Ordenações Filipinas, Livro V, Título 79. “Qualquer escravo branco, ora seja mouro ora cristão, que passar de dezoito anos, sendo achado na Corte ou na cidade de Lisboa depois que for cerrada a noite, seja preso e da cadeia pague mil réis para o meirinho ou alcaide que o prender. E não os querendo seu senhor pagar, seja açoitado e, todavia, seu senhor pague duzentos réis” (LARA, Silvia Hunold (Org.). **Ordenações Filipinas**: livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 243).

<sup>181</sup> Em 1753 os povos indígenas que viviam nas missões jesuíticas foram sumariamente expulsos de suas terras, o que, por sinal, acarretou a guerra guaranítica, encerrada em 1761 com o Tratado de El Pardo. Este Tratado, apesar de anular o Tratado de Madri, não restituiu as terras aos missionários (SERRÃO, Joel; MARQUES, A. H. Oliveira (Dir.). **Nova história da expansão portuguesa**. Lisboa: Estampa, 1986. v. 8, p. 274). Em 1767, os próprios jesuítas foram expulsos da América pelo governo da metrópole, o que determinou o desmantelamento final das reduções, cuja função era proteger os indígenas dos caçadores de escravos.

<sup>182</sup> No *Sermão da Sexagésima*, proferido na Capela Real de Lisboa em março de 1655, o padre Antonio Vieira denuncia que os colonos portugueses caçavam os nativos brasileiros como se fossem animais selvagens (VIEIRA, Antonio. **Obras completas**: sermões. Porto: Lello & Irmão, 1959. t. 1, p. 3-38).

<sup>183</sup> É significativo o fato de que os primeiros precedentes do movimento abolicionista estão, coincidentemente, nas mesmas obras que fundam a teoria moderna dos direitos humanos. Em *De l'esprit des Lois* ('Do espírito das leis', 1748), Montesquieu alerta para a incompatibilidade entre cristianismo e escravidão. Em *Du contrat social* ('O contrato social', 1762), Rousseau aponta a contradição intrínseca entre os termos *direito* e *escravidão* para repudiar um pretensão *direito de escravidão*. No *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* ('Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano', 1793-1794), escrito na prisão, Condorcet estrutura sua teoria dos direitos humanos contrapondo-a à escravidão. Nos panfletos *African slavery in America* ('Escravidão africana na América', 1775), *Common sense* ('Senso comum', 1776) e *The rights of man* ('Os direitos do homem', 1791-1792), Thomas Paine, respectivamente, critica o regime escravocrata, incentiva a independência norte-americana e enaltece a carta de direitos humanos editada pela Revolução Francesa.

comprada como mercadoria, podia ser açoitada, castigada fisicamente e até morta por seu proprietário em determinadas hipóteses.<sup>184</sup>

Pode-se tirar daí uma conclusão: a simples constatação de que até 1888 o Brasil estava estruturado, formal e materialmente, como um *Estado escravista moderno*, e que no final da era colonial três milhões e meio de habitantes — que representavam quarenta por cento da população do país<sup>185</sup> — eram enquadrados na categoria jurídica de escravo, não sendo, destarte, sequer reconhecidos como sujeitos de direito, é suficiente para demonstrar que o Brasil não era um Estado democrático, sendo dispensável empreender maiores análises nesse particular. O regime de dominação escravagista assume a forma mais ostensiva de negação dos direitos à liberdade, à participação política e até à vida. De qualquer forma, cabe acrescentar que, até 1822, o Brasil ostentava a condição de colônia subordinada ao Estado português e, destarte, não possuía sequer uma estrutura administração independente. Esse é mais um fator que impede que se classifique o Estado brasileiro como democracia, já que uma condição elementar desse tipo de regime é a autonomia política, que pressupõe a existência de um governo soberano.<sup>186</sup> Posteriormente, entre 1822 e 1889, o Brasil adquiriu sua independência, contudo continuou a ser governado por monarcas que ascenderam ao poder não pela via democrática, mas por sucessão hereditária, que exclui inteiramente a participação da sociedade no processo de escolha do governante. Como o regime democrático é precisamente

---

<sup>184</sup> Segundo Darcy Ribeiro, o escravo costumava sofrer semanalmente “um castigo preventivo, pedagógico, para não pensar em fuga, e, quando chamava atenção, recaía sobre ele um castigo exemplar, na forma de mutilações de dedos, de furo de seios, de queimaduras com tição, de ter todos os dentes quebrados criteriosamente, ou dos açoites do pelourinho, sob trezentas chicotadas de uma vez, para matar, ou cinquenta chicotadas diárias, para sobreviver. Se fugia e era apanhado, podia ser marcado com ferro em brasa, tendo um tendão cortado, viver peado com uma bola de ferro, ser queimado vivo, em dias de agonia, na boca da fornalha ou, de uma vez só, jogado nela para arder como um graveto oleoso” (RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed., 22. impr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 120).

<sup>185</sup> FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (Orgs.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 157.

<sup>186</sup> HABERMAS, 2002a, p. 317. Linz e Stepan estabelecem como primeiro requisito necessário para a caracterização do regime democrático exatamente a *estatalidade* (*stateness*), entendida como uma comunidade política organizada em forma de Estado (LINZ et al., op. cit., p. 16).

aquele em que a sociedade participa da escolha de seus representantes, também por essa razão não é possível pretender atribuir a condição de democracia ao Brasil imperial. O chefe do poder executivo era titular do cargo de modo “perpétuo”, conforme dispunha o art. 4º da Constituição de 1824, e o sistema de governo era “monárquico hereditário”, segundo o art. 3º.<sup>187</sup> Outrossim, o art. 98 da carta imperial criou o poder moderador, privativo do imperador, cujas funções incluíam, dentre outras, a de escolher todos os senadores, a partir de listas tríplices que eram votadas nas províncias (arts. 43 e 101, I), dissolver a câmara dos deputados (art. 101, V) e suspender magistrados (art. 101, VII). Além disso, todos os atos produzidos pela assembléia geral (órgão legislativo nacional) e pelos conselhos das províncias só entravam em vigor após a sanção do rei, não sendo previsto nenhum mecanismo por meio do qual se pudesse superar o veto do monarca. É sugestivo o fato de que o primeiro código civil brasileiro — apesar de solenemente prometido pelo artigo 179, § 18, da Constituição de 1824 — só veio a ser publicado em 1916, enquanto que o código penal do império surgiu quase um século antes, em 1830, o código de processo criminal em 1832, e o código comercial, em 1850. Em razão do caráter autoritário e escravista do regime vigente, os agentes estatais e a elite intelectual atribuíam mais importância ao controle penal e aos interesses privados comerciais do que aos direitos dos cidadãos. Habermas chama a atenção para a circunstância de que, nos casos de colonialismo, a injustiça que suscita movimentos de resistência está vinculada não à infração de um direito supostamente coletivo à autodeterminação, mas à infração de direitos fundamentais individuais, uma vez que a autodeterminação tem como conteúdo imediato a concretização de direitos individuais de cidadania iguais para todos os membros da sociedade.<sup>188</sup> É dispensável aprofundar a análise relativamente aos dois períodos monárquicos brasileiros (colonial e imperial), haja vista que, diante dos poucos elementos men-

---

<sup>187</sup> Em discurso proferido a 3 de março de 1823, na instalação da assembléia constituinte, d. Pedro I afirmou que, quando fora coroado rei do Brasil, em dezembro do ano anterior, havia prometido ao povo “que com a minha espada *defenderia* a Pátria, Nação e a *Constituição, se fosse digna* do Brasil e de mim” (HOLANDA, Sérgio Buarque; CAMPOS, Pedro Moacyr; FAUSTO, Boris (Eds.). *História geral da civilização brasileira*, v. 2, parte 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1984. p. 184. Grifo nosso). Com essa afirmação, o monarca deixava claro que concebia a si próprio num plano superior ao da constituição, já que está só seria por ele respeitada ‘se fosse digna [...] de mim’.

<sup>188</sup> HABERMAS, 2002, p. 162.

cionados, já se mostra inquestionável que não há como enquadrá-los na categoria democrática.

Contudo, se o caráter escravista do sistema econômico e o caráter hereditário do poder político autorizam a qualificar como autoritário o Estado brasileiro até 1889, em relação ao período republicano a tarefa de demonstrar essa premissa se mostra um pouco mais polêmica, sobretudo em certos momentos nos quais o governo se preocupou em construir uma fachada de contornos democráticos de modo a disfarçar a natureza essencialmente autoritária do regime. A proposta deste estudo, no entanto, conforme já anunciado, inclui a tentativa de demonstrar que, mesmo durante o período da história política brasileira que se estende desde a proclamação da república, em 1889, até a promulgação da Constituição de 1988, apesar das mudanças estruturais introduzidas com a implantação do regime republicano, continuou a vigorar um Estado não democrático de tipo autoritário. Neste ponto, e a fim de racionalizar os argumentos, é possível desde já fazer o destaque de três subperíodos, nos quais a natureza autoritária do regime republicano é ostensiva em virtude de suas próprias características formais e, por isso mesmo, não suscitam maiores polêmicas. Tratam-se dos seguintes subperíodos: ( $\alpha$ ) o primeiro governo militar, que vai da proclamação da república até a posse do primeiro presidente eleito, Prudente de Moraes, em novembro de 1894; ( $\beta$ ) o primeiro governo de Getúlio Vargas, situado entre a Revolução de outubro de 1930 e a posse do presidente Eurico Gaspar Dutra, em janeiro de 1946; ( $\gamma$ ) a ditadura militar implantada por Castelo Branco, que vai do golpe de março de 1964 até a promulgação da Constituição de 1988. Nessas fases de ditadura formal, o Estado brasileiro mantinha mecanismos institucionais destinados a impedir o funcionamento de uma esfera pública política no âmbito da qual os indivíduos e grupos pudessem se auto-organizar de modo relativamente autônomo em relação ao Estado, manifestar opiniões e criar associações para promover seus interesses.

Quanto aos primeiros governos republicanos, assumidos por militares, Silva e Carneiro se referem a eles como as “ditaduras de Deodoro e Floriano”.<sup>189</sup> A república brasileira nasce, em novembro de 1889, com a promessa de enfrentar o autoritarismo do monarca porém sob o signo de três fatores negativos: a desvalorização da idéia de direito, a traição ao dever cívico e a idolatria a um novo tipo de autorita-

---

189

SILVA et al., 1998, v. 2, p. 119.

risimo. Às vésperas do golpe militar que derrubou a monarquia, alguns militares de alta patente estavam indignados com certas punições que a princesa Isabel, sucessora de d. Pedro II, aplicara a soldados e oficiais por motivos que eles entendiam como fúteis. Aproveitando-se dessa situação, os republicanos solicitaram a Ruy Barbosa uma defesa em favor dos militares repreendidos, na qual ele prega abertamente a tese da desobediência militar, sustentando que “Legitima-se a desobediência a ordens superiores [...] se elas apesar de legais na acepção literal da lei, forem ilegais, ante o objeto geral e imutável de toda a lei e de todo governo, a saber: a segurança, a prosperidade e a liberdade do povo”.<sup>190</sup> Por outro lado, um dos arquitetos<sup>191</sup> do golpe republicano foi o marechal Floriano Peixoto, que à época era o chefe das forças militares oficiais do governo, ocupando o posto de ajudante-general do Exército, cargo de confiança da coroa. É por isso que a república foi proclamada sem que houvesse luta.<sup>192</sup> Por fim, acentue-se que o primeiro ato do governo provisório, constante da ata da proclamação da república, redigida a 15 de novembro e publicada no dia seguinte, foi o seguinte: “Fica dissolvida a Câmara dos Deputados”.<sup>193</sup> A par disso, Deodoro concedeu por decreto promoções funcionais aos golpistas,<sup>194</sup> afastou todos os administradores dos estados (antigas províncias), entregando os governos a militares de sua confiança pessoal, e pôs em disponibilidade os juízes tidos como oponentes do novo regime. O governo de Floriano Peixoto também se origina de um golpe militar, desferido pelo contra-almirante Custodio de Mello<sup>195</sup> contra Deodoro a 23 de novembro de 1891. Diante da renúncia forçada de Deodoro, Floriano assume o governo contra expressa disposição constante do art. 42 da Constituição de 1891, segundo o qual, se a vaga ocorresse antes de decorridos dois anos do período presidencial, proceder-se-ia a nova

---

<sup>190</sup> BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1988. v. XVII, tomo VIII, p. 123.

<sup>191</sup> FREIRE, Felisbello. **História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 1983. p. 322.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 328-329.

<sup>194</sup> A si mesmo concede a patente de marechal; o tenente-coronel Benjamin Constant é promovido a general de brigada; o chefe de esquadra Eduardo Wandenkolk, a vice-almirante; todos os ministros civis ganham a patente de general honorário do Exército (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** (edição fac-similar). Brasília: Senado Federal, 2005. p. 87-88).

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 93.

eleição.<sup>196</sup> Sem embargo disso, Floriano governou parte do tempo sob estado de sítio e, de ofício, mandava prender parlamentares da oposição.<sup>197</sup> Não há dúvida, portanto, de que, no período compreendido entre a proclamação da república e a posse de Prudente de Moraes, em 15 de novembro de 1894, a sociedade esteve sujeita a governos ditatoriais que deram sustentação a um Estado não democrático de tipo autoritário.

A confirmação do caráter autoritário do governo Vargas iniciado em 1930 também não exige fundamentação profunda. Tratou-se de um regime instalado pela via da força bélica, sem a observância do processo político constitucional então vigente. Aliás, o próprio Getúlio o reconhece, em nota lançada em seu diário a 25 de outubro de 1930, portanto, um dia depois da deposição de Washington Luís: “Osvaldo [Aranha] telegrafa-me, propondo ir assumir o governo para entregar-me constitucionalmente a 15 de novembro [data em que se encerraria o governo de Washington Luís]. Respondo-lhe que as medidas *excepcionais* que precisam ser tomadas não comportam um governo constitucional, devendo essas medidas estender-se além de 15 de novembro”.<sup>198</sup> A cinco de novembro, dois dias depois de ser empossado como chefe do governo provisório, Getúlio anota no diário: “Aí atendo os ministros da Guerra, da Marinha e Justiça. Combinamos várias medidas. É preciso combinar um limite, ou antes, temperar os poderes ditatoriais que me confere a Revolução, para que não atente contra os ideais da mesma com medidas restritivas de liberdade que possam ser

---

<sup>196</sup> Para justificar a posse de Floriano foi utilizado o argumento do *risco de crise institucional*: “Seria um perigo [...] tentar eleger um Chefe de Estado quando o país atravessava momento melindroso” (Ibid., p. 94). Esse argumento será, a partir daí, reiterado constantemente ao longo da república com o objetivo de respaldar decisões inconstitucionais relativas à tomada do poder por indivíduos desprovidos de legitimidade política. Ora, eleições não comportam risco nenhum para a institucionalidade do Estado, mas, ao contrário, são a melhor solução para os momentos ‘melindrosos’ da vida política; os únicos que correm risco nesse caso são os indivíduos que pretendam ocupar ou manter cargos estatais à revelia da lei. Basta observar a experiência norte-americana: as eleições naquele país foram realizadas normalmente em 1864, em plena Guerra de Secessão (1861-1865) que ameaçava dividir o país, e em momentos ‘melindrosos’ como aqueles derivados do assassinato dos presidentes Abraham Lincoln em 1865, James Garfield em 1881, William McKinley em 1901 e John Kennedy em 1963. É inválido, portanto, esse argumento autoritário, repetido até hoje no Brasil para justificar atos inconstitucionais.

<sup>197</sup> Ibid., p. 96.

<sup>198</sup> VARGAS, Getúlio. **Diário, volume 1**: 1930-1936. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995. p. 17. (grifo nosso)

consideradas como continuação do antigo regime”.<sup>199</sup> Proliferavam, então, no mundo ocidental as ditaduras de esquerda e de direita. O crash da bolsa de valores de Nova York em 1929 abalara a crença dos povos na democracia liberal e as esperanças se voltavam para a figura de um chefe de Estado todo-poderoso que, com punho de ferro, solucionasse todos os problemas internos e externos da nação. Por isso, os militares de 1930 não tiveram a menor preocupação em oferecer fundamento constitucional para o golpe ou em disfarçar o caráter autoritário do regime. Ao contrário, sustentavam abertamente que a ditadura era necessária para desmontar um sistema político corrupto e injusto que se sustentava na fraude eleitoral.<sup>200</sup> O caráter ditatorial do governo Vargas constava explicitamente do art. 1º do Decreto nº 19.398, espécie de constituição provisória por ele editada em três de novembro de 1930.<sup>201</sup> Muito embora em 16 de julho de 1934 tenha sido publicada uma constituição democrática, a estrutura administrativa continuou a funcionar de modo autoritário e desvinculado da norma constitucional; os estados-membros continuaram a ser governado por interventores indicados por Vargas até meados de 1935, quando foram quase todos convertidos em governadores mediante eleições indiretas nas Assembléias Constituintes estaduais manipuladas pelo governo central. Ademais, o governo de 1934 manteve na ilegalidade o Partido Comunista do Brasil (PCB), que se tratava da agremiação política de oposição mais expressiva na época,<sup>202</sup> de modo que a manutenção de sua cassa-

---

<sup>199</sup> Ibid., p. 22.

<sup>200</sup> CARNEIRO, Glauco. **História das revoluções brasileiras**: com uma análise do Brasil de 1964 a 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1989. p. 321.

<sup>201</sup> O mencionado art. 1º dispunha que o “Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país” e o art. 5º tornava “suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores” (VARGAS, op. cit., v. 1, p. 21).

<sup>202</sup> Para se avaliar o grau de representatividade do PCB, basta observar o desempenho por ele alcançado nas raras eleições em que pôde apresentar candidatos. Em outubro de 1945, por exemplo, foi restituído o registro ao PCB, que, assim, participou legalmente das eleições de 2 de dezembro de 1945 para a assembléia constituinte; nestas eleições, com apenas dois meses de registro oficial, o Partido obteve dez por cento do total de votos do país, elegendo quatorze deputados federais e Luiz Carlos Prestes como senador pelo Distrito Federal, com enorme votação nominal. Nas eleições municipais de 19 de janeiro de 1947 no Distrito Federal, o PCB conquistou a maior bancada na Câmara Municipal. Logo em seguida, no entanto, em 7 de maio de 1947, o Superior Tribunal Eleitoral cancelou novamente seu registro, e os candidatos eleitos pela sigla perderam os mandatos no ano seguinte (BRASIL. Tribunal Superior Eleito-



ção representa, na verdade, afronta ao direito político de grande parte do eleitorado nacional.

Há outras evidências do caráter autoritário do regime vigente entre 1934 e 1937. A Aliança Nacional Libertadora (ANL), presidida pelo tenente Luís Carlos Prestes<sup>203</sup> e criada em março de 1935, um mês depois de sua criação já contava com quase cem mil associados.<sup>204</sup> Em razão da tendência comunista da agremiação, Getúlio, por meio do Decreto n° 229,<sup>205</sup> de 11 de julho de 1935, determinou sua extinção, o fechamento pela polícia de todos os seus núcleos no país<sup>206</sup> e a prisão de vários membros da agremiação, inclusive parlamentares.<sup>207</sup> Na semana seguinte, a 19 de julho, o Decreto n° 246 ordenou o fechamento da União Feminina do Brasil (UFB), sob o mesmo fundamento.<sup>208</sup> Nem há argumentar que tratar-se-iam de entidades radicais, uma vez que a Aliança Integralista Brasileira, fundada em sete de outubro de 1932 pelo jornalista Plínio Salgado,<sup>209</sup> representante do nazismo e suspeita de atividades extremistas de direita, não só foi preservada pelo governo federal, como seu líder Filinto Strubing Müller foi promovido por Getúlio,<sup>210</sup> em março de 1933, de major a chefe de polícia do Distrito Federal, cargo em que permaneceu até 1942. Por sinal, Filinto Müller, a quem Werner Nehab se referia como o “autêntico nazista teutobrasileiro”,<sup>211</sup> acabou se notabilizando por sua crueldade com os presos políticos. Em novembro de 1935, Getúlio decreta o estado de sítio,<sup>212</sup> substituído posteriormente pelo estado de guerra, que se manterá até o golpe de 1937. No primeiro dia do estado de sítio, Filinto Müller invade e

---

ral. **PCB, processo de cassação do registro (1947)**. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1980. p. 134).

<sup>203</sup> CARNEIRO, 1989, p. 341.

<sup>204</sup> ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 583.

<sup>205</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Anais da Câmara dos Deputados, v. 1**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 18.

<sup>206</sup> Id., loc. cit.

<sup>207</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal, tomo IV, volume I, 1930-1963**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 65.

<sup>208</sup> BRASIL, 1937, p. 18.

<sup>209</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p. 580. No mesmo sentido, FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1960. v. 2, p. 197.

<sup>210</sup> VARGAS, op. cit., p. 195.

<sup>211</sup> NEHAB, Werner. **Anti-semitismo, integralismo, neo-nazismo: 50 anos de combate ao veneno subterrâneo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 47.

<sup>212</sup> CARNEIRO, 1989, p. 347.

fecha o Socorro Vermelho Judaico (Brazcor), a Árbeter Kich (Cozinha judaica do trabalhador) e a Biblioteca Israelita Scholem Aleichem (BIBSA); vários membros da Biblioteca são presos e torturados, e um deles, Tobias Warszawski, morre no segundo dia de tortura.<sup>213</sup> Por fim, a 10 de novembro de 1937, Getúlio surpreende o país com um novo golpe militar, dissolve o congresso nacional,<sup>214</sup> revoga de próprio punho a Constituição de 1934 e a substitui por outra, que autoriza o presidente da república a legislar por meio de decretos-lei (arts. 12 a 14) e a intervir nos estados-membros, nomeando interventor (art. 9º). Até 1945, não haverá eleições e o parlamento não voltará a se reunir. Não cabe nos alongarmos, neste passo, sobre as condições políticas verificadas durante o Estado Novo, que para impedir o desenvolvimento de uma esfera pública política se valia de uma polícia política “mais bárbara do que a Gestapo de Hitler”<sup>215</sup> a fim de assegurar que os opositores do governo fossem sumariamente exonerados de seus cargos, presos, deportados ou mortos.<sup>216</sup> Reafirmando sua crença na ideologia autoritária, Vargas declarava entender o dissenso como algo nocivo para a integração social: “O nosso maior inimigo ainda será a *divergência* interna”.<sup>217</sup> Concluímos, assim, que deve ser classificado como não democrático de tipo autoritário o modelo de Estado vigente no Brasil no período compreendido entre a Revolução de 24 de outubro de 1930 e o golpe de Estado que derrubou Vargas em 28 de outubro de 1945.

Finalmente, o mesmo se pode dizer da ditadura militar iniciada a 31 de março de 1964, com a deposição do presidente João Goulart. Os militares golpistas de 1964 revogaram a constituição por meio de decretos (aos quais eles atribuíam o título grandiloquente de atos institucionais) assinados por eles próprios e impostos pela força das armas. Assim, o primeiro Ato Institucional, de nove de abril, subscrito por uma Junta Militar, estabeleceu a eleição indireta do presidente da república e suspendeu os direitos civis e políticos dos cidadãos e agentes públicos. A tendência do regime à violência foi se agravando, até que a

---

<sup>213</sup> GRINBERG, Keila (Org.). **Os judeus no Brasil: inquisição, imigração e identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 272. CYTRYNOWICZ, Hadassa; MIGDAL, Genha (Orgs.). **O conto ídiche no Brasil.** São Paulo: Humanitas: FFLCH-USP, 2007. p. 18.

<sup>214</sup> FRANCO, op. cit., v. 2, p. 207.

<sup>215</sup> JORGE, Fernando. **Getúlio Vargas e o seu tempo: um retrato com luz e sombra,** volume I (1883-1900). 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985. p. 7.

<sup>216</sup> SILVA et al., 1998, v. 13, p. 48.

<sup>217</sup> Ibid., p. 36.

13 de dezembro de 1968 o general Costa e Silva baixou o Ato Institucional nº 5 (AI-5), que atribuiu poderes ao presidente para fechar o Congresso Nacional, as assembléias legislativas e câmaras de vereadores (art. 2º), legislar em todas as matérias (art. 2º, § 1º), decretar intervenção em estados e municípios (art. 3º), suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos (art. 4º), decretar restrições e proibições a quaisquer direitos públicos e privados do cidadão (art. 5º, § 1º), demitir, remover, aposentar e pôr em disponibilidade qualquer servidor público ou paraestatal, incluindo juízes e militares, por decreto (art. 6º), e decretar confisco de bens de pessoas e empresas. O art. 10 do AI-5 suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus*, e o art. 11, excluiu da apreciação do poder judiciário os atos praticados com base nessa norma.

É curiosa a fundamentação ideológica do golpe de 1964, forjada na Escola Superior de Guerra a partir de conceitos integralistas, recolhidos de modo deturpado e aleatório da obra de Carl Schmitt: um grupo de militares de tendência conservadora deveria transformar o Brasil em uma democracia pela via autoritária! Mas por que pela via autoritária? Primeiro, porque a sociedade brasileira “ainda não alcançou o estágio de desenvolvimento político e social que lhe permita a prática de uma ‘verdadeira democracia’”<sup>218</sup> e, dessa forma, precisa ser por tutelada por um governo castiço. Segundo, porque só um regime autoritário seria capaz de realizar a “promoção do desenvolvimento econômico”,<sup>219</sup> isto é, de consolidar um sistema eficaz de relações capitalistas das quais emergiriam estruturas sociais capazes de gerar instituições democráticas estáveis. Tratava-se da *doutrina da segurança nacional*, com base na qual se perpetrava a demissão injustificada de funcionários, fechamento arbitrário de empresas e órgãos de comunicação, prisão e assassinato de cidadãos considerados opositoristas. Heleno Cláudio Fragoso analisou o conceito de *segurança nacional* trazido pelo Decreto-lei nº 898, de 1969, nos seguintes termos:

O conceito elaborado constitui mero esquema conceitual sem conteúdo pois se caracteriza pela imprecisão e absoluta indeterminação. Permitiu, no

<sup>218</sup> O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence (Eds.). **Transições do regime autoritário: América Latina**. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazerte; revisão de tradução de Walter Lellis Siqueira. São Paulo: Vértice: Revista dos Tribunais, 1988. p. 115.

<sup>219</sup> Id., loc. cit.

entanto, que se criasse uma certa mística de segurança nacional, como algo relativo aos mais graves e transcendentais interesses do Estado, com a montagem de um aparato repressivo que se caracterizou pela arbítrio e pela violência, com largo emprego da tortura. A suspensão do *habeas corpus* constitui o mais importante fator da violência transformada em rotina da investigação policial nessa matéria, pois torna impossível o contraste judicial da legalidade da prisão.

As prisões passaram a ser feitas sob a forma de seqüestro e os presos, encapuçados, conduzidos a locais ignorados. Os advogados criminais cansaram-se de ouvir as mais horripilantes narrações de violências e constrangimentos pessoais, que, por vezes, conduziram à morte e ao desaparecimento.<sup>220</sup>

Muito embora o AI-5 tenha sido revogado pela Emenda Constitucional n° 11, de 13 de outubro de 1978, as leis de segurança nacional manterão em pleno vigor o regime de exceção, fundado na censura da opinião pública, até outubro de 1988, quando finalmente a Constituição revogará tacitamente os dispositivos arbitrários contidos na última LSN (Lei n° 7.170/1983). O primeiro presidente civil eleito depois do golpe de 1964, Tancredo Neves, morre sem tomar posse, e o vice, José Sarney de Araújo Costa, apesar de boatos sobre um novo golpe militar, consegue assumir o governo e conduz o país à primeira experiência democrática de sua história: extingue o departamento de censura federal; legaliza as centrais sindicais e os partidos políticos que haviam sido cassados; amplia o pluripartidarismo, permitindo o surgimento de novos partidos; permite aos cidadãos perseguidos e lesados pela ditadura o retorno ao país e a reconstrução de sua vida. Concluímos, portanto, que o Estado brasileiro, no período compreendido entre 31 de março de 1964 e cinco de outubro de 1988, caracteriza-se como um estado não-democrático de tipo autoritário.

Note-se, *en passant*, que a mera decomposição analítica da história política brasileira segundo o critério da existência ou não de uma constituição autoritária formal já é suficiente para permitir uma constatação interessante: dos 510 anos de história, 456 deles transcorreram

sob regimes autoritários formalmente consagrados nos respectivos sistemas de direito, de modo que só resta um lapso de 54 anos em relação ao qual se pode questionar se o cidadão brasileiro teve ou não oportunidade de vivência democrática. Entretanto, se é mais ou menos pacífica a questão de definir como não democráticos os subperíodos de vigência de regimes autoritários formais (1889-1894, 1930-1945 e 1964-1988), quanto aos dois subperíodos intermediários, no entanto, é preciso uma análise mais atenta. Teria a sociedade brasileira experimentado alguma vivência democrática nos 36 anos compreendidos entre 1894 e 1930 e nos dezenove anos transcorridos entre 1945 e 1964? Como nesses dois momentos não nos deparamos com ditaduras formais, procuraremos nos próximos tópicos, por ocasião da análise de certas categorias sociológicas da tradição política brasileira, demonstrar que, nestes subperíodos intermediários, muito embora os respectivos governos tenham tido o cuidado de emprestar ao regime alguns traços democráticos, na verdade não é possível reconhecer ali o funcionamento nem mesmo de democracias formais,<sup>221</sup> porque não estão presentes as condições essenciais mínimas para tal reconhecimento, em face da ausência de uma esfera pública política garantidora de espaço público comunicativo voltado para a formação racional e livre da vontade e da opinião.

A complexidade da estrutura interna das sociedades contemporâneas e da extensa rede global por meio da qual se relacionam não permite que se pretenda enquadrar todos os Estados em apenas duas categorias elementares: democráticos e autoritários. Na obra *Der gespaltene Westen* ('O Ocidente dividido'), editada em 2004, Habermas afirma que, no que tange à legitimidade dos Estados contemporâneos, existe uma gradação em função da qual, entre o modelo liberal e o modelo autoritário ou despótico (p. 107), identificam-se nuances de Estados "semi-autoritários".<sup>222</sup> Nesse ponto, criticando certa tendência que vislumbra no pensamento de Rawls, Habermas chama a atenção para a necessidade de se distinguir com clareza o Estado *semi-autoritário* do

---

<sup>221</sup> Não é demais reiterar que compreendemos por democracia formal aquela que conta com mecanismos formais, compatíveis com o conceito de democracia representativa, que se mostram funcionais e eficazes no sentido de possibilitar que os cidadãos efetivamente escolham seus representantes, mas na qual, contudo, essa representação não consegue fazer com que, naquele contexto, as decisões públicas coincidam com a vontade substantiva da sociedade.

<sup>222</sup> HABERMAS, Jürgen. **The divided west**. Malden (MA/USA): Polity Press, 2006. p. 101 e 107.

Estado efetivamente *democrático*, recusando-se a aceitar, para qualquer efeito, a confusão entre esses dois modelos. Assevera ele que, no livro *The law of peoples* ('O direito dos povos', 1999), Rawls "relaxa os fortes princípios de justiça que uma constituição democrática deve preservar ao tratar com Estados autoritários ou semi-autoritários e, com isso, deposita toda a responsabilidade pela salvaguarda desses princípios enfraquecidos sobre os ombros dos Estados democráticos".<sup>223</sup> Quando sustenta que a sociedade democrática deve assumir a "dinâmica normativa intrínseca à própria forma do direito moderno que permite a esse *medium* [o direito] racionalizar a substância de uma dominação política arbitrária e não meramente dar-lhe uma aparência racional",<sup>224</sup> Habermas está, em outros termos, dizendo que o direito racional deve ser produzido democraticamente.

Antes de prosseguir, e para encerrar este tópico, cabe destacar a existência de dois fatores empíricos que, por si só, impedem que se classifique como democrático o Estado brasileiro até 1985: a proibição do voto feminino e a ilegalidade do partido comunista. No que tange ao primeiro aspecto, sabe-se que até 24 de fevereiro de 1932, quando Vargas editou o código eleitoral (Decreto nº 21.076), as mulheres não tinham direito ao voto. Considerando que as mulheres representavam a metade da população do país,<sup>225</sup> não pode ser qualificado como democrático o Estado que, em plena era capitalista contemporânea, vedava a esse imenso contingente de cidadãs o direito mais elementar da democracia, que é o direito de votar para a escolha de seus representantes políticos. Por outro lado, a circunstância de o governo ter mantido o Partido Comunista Brasileiro na ilegalidade, no período compreendido entre 1922 e 1985,<sup>226</sup> impedido-o de apresentar candidatas às eleições

---

<sup>223</sup> Ibid., p. 101.

<sup>224</sup> Ibid., p. 131.

<sup>225</sup> BLAY, Eva Alterman; LANG, Alice Beatriz da Silva Gordo. **Mulheres na USP:** horizontes que se abrem. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 16.

<sup>226</sup> Fundado em 25 de março de 1922 (KIELLER, Márcio. **PCB-PCdoB:** a unidade comunista no Brasil. Curitiba: Instituto Brasileiro de Relações do Trabalho, 2002, p. 15), o PCB foi posto na ilegalidade em 5 de julho de 1922, portanto quatro meses depois (PANDOLFI, Dulce Chaves. **Camaradas e companheiros:** memória e história do PCB. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 86). Em toda a sua história, até 1985, teve três breves momentos de legalidade: entre 1 de janeiro e 5 de julho de 1924 (seis meses), entre 1 de janeiro e 12 de agosto de 1927 (sete meses e meio) (CANALE, Dário. Problemas da construção da história do Partido Comunista Brasileiro. **Revista Novos Rumos**, São Paulo, ano 1, v. 1, jan./mar. 1986, p. 84) e entre outubro de 1945 e 7 de maio de 1947 (um ano e sete meses) (KIELLER, op. cit., p. 15). No dia 15 de maio de 1985, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucio-

em todas as instâncias, igualmente acarreta a inserção do Brasil, durante esse período, na categoria de Estado não democrático. É preciso ponderar o seguinte: se estivéssemos tratando de um partido pequeno, sem significância política, talvez se pudesse argumentar que a cassação arbitrária de seu direito de participação não seria motivo suficiente para caracterizar o Estado como não democrático. Ocorre que não é esse o caso. Apesar de, durante praticamente toda sua história, ter sido proibido de se manifestar, no primeiro pleito do qual pode participar, dois meses após sua legalização concedida em outubro de 1945, o PCB obteve nada menos do que dez por cento da totalidade dos votos do país,<sup>227</sup> elegendo um senador e quatorze deputados federais para a assembléia constituinte.<sup>228</sup> Em sua segunda experiência nas urnas, realizada em 19 de janeiro de 1947 no Distrito Federal, elegeu a maior bancada da câmara. Logo depois desses dois pleitos, não tardou a reação autoritária em face de tamanho êxito eleitoral: o partido foi novamente lançado na clandestinidade. A análise dos dados disponíveis demonstra que o PCB, nas raras e efêmeras oportunidades em que pode apresentar candidatos, colocou-se como o quarto maior partido do país.<sup>229</sup> Considerando que “Todos os partidos políticos fundados após a redemocratização de 1945, à exceção do Partido Comunista e do Partido Socialista [...], eram ligados, em maior ou menor escala, ao coronelismo”,<sup>230</sup> chega-se à conclusão de que o PCB, mesmo com todos óbices impostos à sua atuação pública, era o maior partido do país imune ao controle das oligarquias dominantes. Por fim, na década de 1960, embora o PCB continuasse soterrado pela censura estatal, sua importância política, em vez de diminuir, aumentara; era ele a principal vítima visada

---

nal nº 25, que, além de restabelecer a eleição direta para presidente da república, em dois turnos, e autorizar o voto dos analfabetos, dispôs no art. 6º que “Os Partidos Políticos que, até a data desta Emenda, tenham tido seus registros indeferidos, cancelados ou cassados, poderão reorganizar-se, desde que atendidos os princípios estabelecidos no *caput* e itens do art. 152 da Constituição”. O registro definitivo do partido só foi concedido pelo Superior Tribunal Eleitoral na sessão de 6 de março de 1990 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. PARTIDOS políticos registrados no TSE: histórico dos partidos políticos. **Partidos, Partidos políticos**. Brasília, 28 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/arquivos/historico\\_partidos.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/arquivos/historico_partidos.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2010).

<sup>227</sup> SILVA et al., 1998, v. 13, p. 85.

<sup>228</sup> BRASIL, 1980, p. 134.

<sup>229</sup> SILVA et al, 1998, v. 13, p. 125.

<sup>230</sup> RÊGO, op. cit., p. 123 (grifo nosso).

pelo processo de repressão iniciado em primeiro de abril de 1964, “da-da a centralidade do PCB na esquerda pré-64”.<sup>231</sup>

Podemos, por conseguinte, afirmar que a proibição até 1932 do voto das mulheres, que representavam metade do contingente eleitoral do país, e o fato de que o mais importante partido de oposição ao regime esteve arbitrariamente impedido de participar da vida política entre 1922 e 1985, representam fatores decisivos para a manutenção da histórica atrofia de uma esfera pública política capaz de participar do processo decisório público e de fiscalizar e controlar a ação do governo mas, mais do que isso, revelam a inexistência da primeira condição formal do conceito de democracia, que diz respeito ao direito elementar de participação e ao caráter inclusivo e público da deliberação, por força dos quais todos os membros da sociedade devem ter asseguradas as mesmas chances de fazer uso de sua liberdade de ação comunicativa.<sup>232</sup> Daí a conclusão de que, no período e pelas razões declinadas, o Estado brasileiro se constitui como um Estado não democrático de tipo autoritário.

Prossigamos, portanto, na análise das características do Estado brasileiro determinantes de seu caráter autoritário: no próximo tópico, abordaremos o conceito de patrimonialismo e sua adaptação à realidade brasileira e, em seguida, a assimilação do espírito bacharelista e positivista.

## 2.2 PATRIMONIALISMO NO BRASIL

Para se compreender o modelo histórico de autoritarismo por meio do qual o poder político tem sido tradicionalmente exercido no Brasil e o fato da inexistência de uma esfera pública política ativa como resultado disso, é imprescindível trazer a lume a noção de patrimonialismo, que consiste provavelmente no traço mais marcante e decisivo na atuação dos agentes estatais, não apenas no contexto dos processos de tomada de decisão pública, mas no próprio serviço de administração cotidiana do patrimônio e dos negócios públicos. O conceito de patrimonialismo foi delineado por Max Weber, na obra *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (“Economia e

---

<sup>231</sup> PAULO NETTO, José. Em busca da contemporaneidade: a esquerda brasileira pós-64. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira** (1500-2000), a grande transação. 2. ed. São Paulo: Ed. SENAC São Paulo, 2000. p. 223-224.

<sup>232</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 28.



sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva', 1921), na qual ele se refere à dominação patrimonialista como aquela que “se exerce em virtude de pleno direito pessoal”,<sup>233</sup> às vezes moderada pela tradição (dominação patrimonial), às vezes radicalizada pela eliminação dos limites ao livre arbítrio do tirano (dominação sultanista). Com efeito, Weber distingue três tipos puros de dominação legítima: ( $\alpha$ ) a ação social de uma estrutura de dominação de tipo *burocrático*, que se baseia em uma relação associativa racional; ( $\beta$ ) a de tipo *tradicional* ou *patriarcal*, que se baseia em relações de autoridade fundada na tradição; e ( $\gamma$ ) a de tipo *carismático*, que se apóia na autoridade da personalidade concreta do líder desprovida de fundamento racional ou tradicional.<sup>234</sup> Do tipo tradicional de dominação deriva o patrimonialismo:<sup>235</sup> à medida que o soberano organiza um quadro administrativo e militar subordinado pessoalmente a ele, a dominação tradicional assume a feição patrimonialista, se os funcionários são tratados como subordinados, ou sultanista, se o poder senhorial se radicaliza ao ponto de os servidores serem equiparados a objetos possuídos pelo senhor. A dominação patrimonial originalmente se exerce com apoio na tradição, mas com o tempo tende a dela se desvincular e passa a se impor na condição de direito pessoal adquirido do governante, no campo de seu livre arbítrio. Weber distingue o patrimonialismo puro do patrimonialismo estamental, como formas bastantes diferentes de dominação. No patrimonialismo puro, os bens do Estado pertencem exclusivamente ao soberano; no patrimonialismo estamental, os funcionários responsáveis por setores da administração e do das forças armadas assumem a posse dos bens e os incorporam, de fato, ao seu patrimônio particular. A evolução do tipo patrimonialista de dominação em face do avanço das sociedades modernas tende à estamentalização da administração; o processo de apropriação dos cargos públicos por seus titulares se intensifica e a posse do cargo se consolida por meio da adoção de instrumentos típicos do modo de dominação burocrático. Os interesses patrimonialistas se disseminam por toda a máquina estatal e, na mesma proporção, o poder pessoal do governante se desintegra para formar uma ampla esfera coletiva de poder partilhado pelos titulares dos direitos senhoriais inerentes aos cargos, cuja posse e privilégios agora lhes são assegurados legalmente e que, por isso, estão protegidos até mesmo

233

WEBER, 2000, v. 1, p. 152.

234

Ibid., v. 2, p. 198.

235

Ibid., v. 1, p. 151.

contra a ação do governante. Isso assegura maior estabilidade ao tipo estamental moderno do que ao patrimonialismo puro. Contudo, essa estrutura patrimonialista burocratizada se torna não apenas estável, mas rígida, inflexível, incapaz de adaptar-se a novas exigências e extremamente refratária a qualquer proposta de aperfeiçoamento interno. Na verdade, as sociedades patrimonialistas modernas concretas costumam se estruturar como um regime híbrido, no qual o estamento administrativo (modelo patrimonial estamental) tende a se autonomizar em relação ao governante e a se perenizar por meio de normas e mecanismos burocráticos (modelo burocrático), porém continua a conviver com áreas consideravelmente amplas e estratégicas nas quais não se implementou a apropriação dos cargos pelos funcionários, de modo que a escolha das pessoas a quem estes cargos não apropriados serão entregues continua afeta ao arbítrio livre do governante (modelo patrimonial puro).

É fácil notar que o patrimonialismo moderno é intrinsecamente autoritário, na medida em que, ao atribuir ao estamento administrativo o domínio sobre os bens e cargos públicos, obstrui a possibilidade de participação da sociedade nas decisões públicas e seu poder de fiscalização dos atos administrativos. Segundo Weber, o Estado patrimonialista se caracteriza precisamente por sua “ampla esfera de arbitrariedade”.<sup>236</sup> A dominação autoritária do Estado patrimonialista se sustenta, originariamente, na simples obediência dos funcionários; à medida que a dominação se transfere das mãos do governante para a esfera estamental, com a apropriação dos cargos, essa obediência se converte em cumplicidade de interesses, que se mostra tanto mais eficaz para a manutenção da regime de dominação quanto maior for a capacidade dos integrantes do aparato administrativo de guardar o “segredo oficial”.<sup>237</sup> Nesse contexto, a continuidade da dominação patrimonialista — e, portanto, autoritária — depende de que o aparato administrativo mantenha segredo interno quanto a certos pontos estratégicos. Já vimos que o governo autoritário depende, em grande parte, do controle e manipulação dos meios de comunicação para manter a dominação, o que supõe o funcionamento de instrumentos repressivos que impeçam a formação de uma esfera pública política.

---

<sup>236</sup>

Ibid., v. 2, p. 288.

<sup>237</sup>

Ibid., p. 197.

O formato assumido pela dominação no Brasil tem sido a de um autoritarismo patrimonialista que foi gradativamente se tornando mais estamental e burocratizado. De fato, o avanço do capitalismo e da moderna democracia burguesa tornou o mundo da vida racionalmente compreensível e dominável por meio das ciências naturais e, com isso, derrubou a crença das pessoas nas tradições e nos valores religiosos que respaldavam a dominação política pré-moderna.<sup>238</sup> Por isso, o patrimonialismo foi sendo obrigado a substituir a tradição pela burocracia como base de sustentação da dominação por ele imposta.

Quem aplicou a referida categoria weberiana à realidade brasileira foi Raymundo Faoro. Em *Os donos do poder* (1958), ele demonstra que o comportamento patrimonialista brasileiro evoluiu e se firmou ao longo do processo de formação cultural transcorrido nos três primeiros séculos de colonização. Havia certa indefinição na classificação do regime político-econômico vigente no Brasil; alguns o qualificavam como feudal, outros como burguês, até que Faoro o definiu como patrimonialista no sentido weberiano, isto é, no sentido de uma monarquia patrimonial em que o rei é o único “titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como se fosse empresa sua”.<sup>239</sup> Dessa forma, podemos conceber o patrimonialismo brasileiro como o regime administrativo em que os agentes estatais, em todos os níveis e esferas do poder público, se apropria dos resultados e potencialidades de desfrute dos bens e dos cargos estatais e paraestatais como se fossem coisa privada, confundindo o patrimônio e interesse públicos com seu patrimônio e interesse particulares. Implantado já nas primeiras décadas da colonização, por força dos títulos de domínio que a coroa portuguesa concedia aos colonizadores atribuindo a estes poderes quase absolutos dentro do território doado, o patrimonialismo se caracteriza, até hoje, pela falta de capacidade do agente estatal para delimitar as fronteiras entre a esfera pública e a esfera privada, o que o leva a apropriar-se do cargo e dos bens públicos. Isso implica a virtual exclusão da presença do Estado nas áreas de sua responsabilidade, como a garantia dos direitos e liberdades fundamentais: o aparato estatal, à medida que é privatizado pelos detentores dos cargos e tem sua força realizadora direcionada segundo o interesse privado deles, torna-se inapto para cumprir

---

<sup>238</sup> Ibid., p. 393-4.

<sup>239</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Folha da Manhã, 2000. v. 1, p. 25.

seu papel garantidor dos direitos, de modo que sua função se reduz à cobrança de tributos suficientes para a manutenção da estrutura burocrática<sup>240</sup> patrimonialista e para a redistribuição de parte dessa arrecadação em forma de benefícios assistenciais e serviços de baixa qualidade, os quais, se sinalizam a idéia de que as autoridades estatais se preocupam com os interesses sociais, no entanto não têm condições de dar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos. Por sua vez, a falta de efetividade dos direitos, através dos quais o Estado deveria assegurar a autonomia privada e a autonomia pública dos atores sociais, propicia a manutenção de um cenário no qual se torna inviável o surgimento de uma esfera pública política ativa.

Em face disso, constatamos que a implantação de um regime democrático depende de que se consiga realizar a despatrimonialização da administração pública. Os fatores de resistência a um projeto de despatrimonialização administrativa que se identificava já na época colonial,<sup>241</sup> em sua essência, não se alteraram, e estão, de uma maneira ou de outra, ligados à prebendalização do serviço público: a distribuição arbitrária dos cargos públicos mais importantes, que são bem remunerados e, muitas vezes, exigem pouca dedicação laboral por parte de seu ocupante, acarreta a formação de uma trama de interesses complexa e abrangente, que envolve e condiciona todo o funcionamento da máquina estatal, incluindo os mecanismos institucionalizados de produção das decisões políticas, no sentido de conservar a situação atual de índole patrimonialista. Muito embora atualmente as forças armadas e os órgãos judiciais não sejam mais subordinados aos grandes proprietários de terras, como ocorria naquela época, o fato é que essas duas

---

<sup>240</sup> Estamos nos referindo, aqui, à *estrutura burocrática* no sentido genérico de *aparato estatal*, não no sentido científico que Weber atribui ao termo quando trata do Estado *burocrático*. Neste sentido, não se deve confundir patrimonialismo com burocracia. O funcionário patrimonialista vê a própria gestão política dos negócios do Estado como objeto de seu interesse particular; o cargo por ele ocupado e os respectivos benefícios não passam, em sua ótica, de direitos pessoais que não estão, de modo nenhum, vinculados a deveres materiais de resolução eficaz de demandas dos cidadãos. Em lugar disso, o funcionário burocrático não atua com base em interesses subjetivos, mas, ao contrário, com base em interesses objetivos e em um contexto de especialização de funções, dispostas em níveis hierárquicos, que impõe rigorosa separação entre a atividade oficial e a esfera da vida privada do funcionário, e entre o erário de mais recursos públicos e a propriedade privada do funcionário (WEBER, 2000, v. 2, p. 199). Ademais, o patrimonialismo é uma espécie de dominação tradicional (Ibid., v. 1, p. 151), enquanto que a burocracia remete a um outro tipo puro de dominação legítima, que é a dominação burocrática.

<sup>241</sup> ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 73.

corporações revelam pouca ou nenhuma condição de tomar iniciativas eficazes para alterações estruturais, porque seus agentes estão inseridos e são beneficiários dessa máquina institucional que, conforme já mencionamos, tem como *suporte* uma teia abrangente de interesses individuais que atuam diuturnamente no sentido da manutenção do sistema de cargos e de vantagens a estes atribuídas, e como *resultado*, a privatização do patrimônio público e a obstrução ao surgimento de uma esfera pública política. Daí a conclusão de que a iniciativa de projetos destinados à desprebendalização da administração pública e ao consequente redimensionamento das funções e obrigações atribuíveis aos cargos públicos terá de partir da própria esfera pública da cidadania que, para isso, deve se mobilizar no sentido da instituição de mecanismos legais que possibilitem a participação dos membros da comunidade no processo político deliberativo, com o que se proporcionará a formação de uma esfera pública política.

A teoria crítica discursiva parece ser a via mais eficaz para enfrentar o problema do patrimonialismo, que se apresenta como a principal característica da cultura política brasileira. Nas relações sociais e políticas de tipo patrimonialista predomina a postura estratégica do indivíduo, voltada para o êxito; esse predomínio é tão intenso que o sujeito que resolve assumir uma postura comunicativa, voltada ao consenso, muitas vezes chega a ser discriminado ou considerado tolo porque não procura extrair vantagens pessoais daquelas relações. É certo que nem sequer o processo comunicativo tem condições de eliminar a presença do agir estratégico, porém ele tem condições de depurar e operacionalizar esses desvios cometidos pelos participantes do debate, com base em mecanismos democráticos deliberativos instituídos por meio de uma “regulamentação normativa de interações estratégicas”<sup>242</sup> que estabeleça regras procedimentais capazes de pôr a descoberto as opiniões estratégicas e convertê-las em argumentos úteis ou diluí-las em face de argumentos mais fortes compartilhados coletivamente. Uma sociedade impregnada da cultura patrimonialista sedimentada ao longo de cinco séculos de autoritarismo, no momento em que se propõe a transitar para o regime democrático precisa sujeitar-se a um profundo e difícil exercício de autocrítica. Ocorre que a transcendência necessária para essa autocrítica só se consegue por meio da reflexão racional intersubjetiva. É virtualmente inviável pretender eliminar o comporta-

mento patrimonialista com base em procedimentos políticos respaldados em uma metodologia hermenêutica tradicional não discursiva, pelo simples fato de que, no contexto dessa sociedade, praticamente todos os postos de decisão estão contaminados pela cultura patrimonialista. Não se pode esperar que o sujeito decida contra suas próprias convicções estratégicas. Por isso o método discursivo parece ser adequado para possibilitar que a sociedade consiga identificar e superar os vícios patrimonialistas presentes em sua estrutura cultural. Na teoria habermasiana, o processo de normatização extrai sua legitimidade da forma discursiva atribuída ao processo decisório, de modo que os indivíduos atuam como co-autores das normas e exercem o controle argumentativo sobre as diversas opiniões e propostas. Existe, para Habermas, uma *moralidade* que deve transcender as diversas concepções individuais ou coletivas de mundo e as diversas noções de vida digna. Não se trata de uma moralidade única, superior, mas sim de uma moralidade pública que representa a universalização das várias concepções morais presentes na comunidade.<sup>243</sup> Os enunciados definidores dessa moralidade pública derivam da deliberação pública livre e racional.

Com efeito, a teoria discursiva não acredita numa fundamentação última da razão subjetiva, mas se apóia no *princípio do discurso*, moral e juridicamente neutro, do qual derivam um *princípio de democracia ou princípio do discurso*, relacionado à autonomia pública e à soberania popular, e um *princípio moral ou princípio de universalização*, relacionado à autonomia privada e aos direitos humanos, que exprime não “apenas as intuições de dada cultura ou de dada época, mas tem também uma validade geral”.<sup>244</sup> O que define se o princípio do discurso será especificado como princípio moral ou como princípio de democracia é a classe de razões empregadas para fundamentar as normas e a lógica do contexto no qual os temas problematizados estiverem inscritos: razões universais, ligadas a interesses universais, justificam normas morais; razões pragmáticas, éticas e morais, atuando simultaneamente, justificam normas jurídicas. Essa dualidade entre princípio moral e princípio de democracia ocorre porque o sistema de referência das normas morais é a *humanidade* como um todo, enquanto o sistema de referência das normas jurídicas é a *forma de vida* da respectiva comunidade política. Na mesma medida em que o argumento moral entra

243

Id., 1999, p. 112.

244

Id., 1999a, p. 16.

na discussão pública como um dos argumentos possíveis, o princípio de universalização<sup>245</sup> atua nos discursos práticos como simples regra de argumentação. Ademais, a teoria crítica discursiva vincula a legitimidade das decisões públicas normativas à racionalidade do processo decisório e, mais do que isso, à racionalidade intersubjetiva argumentativa, de modo que ela não reconhece nenhuma espécie de tradição como fundamento de legitimidade da norma. As tradições estão permanentemente sujeitas à deliberação pública racional, haja vista que “pode haver boas razões para considerar como ilegítima a pretensão de validade de uma norma vigente socialmente; e uma norma não precisa, pelo simples fato de que sua pretensão de validade poderia ser resgatada discursivamente, encontrar também um reconhecimento factual”.<sup>246</sup> Portanto, a validade da norma não está simplesmente no consenso, mas no consenso *racional*: “Quando se confunde a dimensão da validade das normas, sobre as quais os proponentes e os oponentes podem disputar com base em razões, com a validade social das normas que estão de fato em vigor, a validade deontológica é privada de seu sentido autônomo”.<sup>247</sup> Tal postura racionalista e procedimentalista proporciona larga margem de ação para o projeto no qual se pretenda empreender a reformulação de um sistema sociopolítico que tem como ponto de apoio o argumento tradicional patrimonialista.

A dificuldade de institucionalização de uma esfera pública deliberativa ampla, que expanda suas fronteiras para além dos atores situados na esfera privada do mercado e passe a abranger também a esfera pública política de cidadãos autônomos, reside já nas próprias particularidades do Estado patrimonialista, o qual associa um elevado índice de desigualdade na distribuição da riqueza<sup>248</sup> a um forte sentimento de impunidade. A desigualdade acarreta a disseminação da miséria e a

---

<sup>245</sup> Id., 1997, v. 2, p. 321.

<sup>246</sup> Id. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 82.

<sup>247</sup> Ibid., p. 95.

<sup>248</sup> Juan Linz e Alfred Stepan afirmam, em 1996, que “o Brasil apresenta, de longe, a mais desigual distribuição de renda e os piores padrões de qualidade de vida e de educação dentre todos os países europeus, latino-americanos e, inclusive, centro-europeus do conjunto por nós avaliado, e isso certamente não ajudou na tarefa de consolidar a democracia” (LINZ et al., op. cit., p. 166). Curiosamente, entre 1930 e 1980 o Brasil apresentou uma das maiores taxas de crescimento econômico do mundo (SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 13), o que indica que a alta taxa de desigualdade social não está vinculada à falta de êxito econômico, mas a outros fatores, dentre os quais o caráter patrimonialista das relações sociais e políticas parece ser relevante.

ausência de garantia de direitos à maior parcela da população, ao passo que a certeza da impunidade, que nutre tanto a descrença cívica<sup>249</sup> quanto o estímulo infracional, resulta na perda de validade do sistema de direito, na esteira do processo que Habermas chama de “erosão da consciência normativa”.<sup>250</sup> Com a disseminação das idéias modernas de democracia, de participação, de igualdade de tratamento por parte da administração, de fiscalização do uso do dinheiro público e de responsabilidade do funcionário público, o caráter patrimonialista do Estado tende a ser percebido como a principal fonte de ilegalidades, de geração de problemas sociais e de ofensa aos valores da democracia, da igualdade e da justiça. A atuação patrimonialista do agente público determina o surgimento de contextos sociais marcados pelo acesso desigual dos cidadãos aos bens e serviços, já que o atendimento às demandas individuais se pauta em decisões tomadas segundo critérios estratégicos fundados no interesse privado, e não na lei, nos princípios constitucionais ou no interesse público. Bernardo Sorj faz uma análise específica do caso brasileiro, concluindo que a manifestação do patrimonialismo contemporâneo se desdobra em cinco espécies:<sup>251</sup> (a) o patrimonialismo do político, que se utiliza do poder inerente ao cargo executivo ou eletivo para a obtenção de vantagens pessoais, seja pelo uso dos recursos públicos em seu benefício ou de seus protegidos, seja pela concessão de favores públicos a atores privados; (b) o patrimonialismo do funcionário público, cuja margem de competência destinada a promover benefícios aos cidadãos, fiscalizar, reprimir e regulamentar é instrumentalizada por ele para o recebimento de vantagens ilegais, conhecidas como propinas; (c) o patrimonialismo privado, que corresponde à apropriação de recursos e vantagens públicas por agentes privados, por meio de licitações fraudulentas engendrada em conjunto

249

Pesquisa utilizada por Linz e Stepan indica que um quarto dos brasileiros entende que “um regime democrático e um não democrático são a mesma coisa” (LINZ et al., op. cit., p. 172), índice três vezes maior do que nos outros países pesquisados (Uruguai, Espanha, Portugal, Grécia). Ainda segundo essa mesma pesquisa, quase 58% da população do Brasil nega que a democracia seja preferível a outras formas de governo, enquanto 73% da população uruguaia e 87% da grega entendem a democracia preferível.

250

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Siebenschler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 12.

251

SORJ, op. cit., p. 13.



com funcionários públicos responsáveis pelos certames; (d) o patrimonialismo fiscal, repressivo e jurídico, em função do qual sujeitos dotados de poder político ou econômico manipulam o aparato fiscal, policial ou judiciário para assegurar a impunidade a atos ilícitos por eles praticados; (e) o patrimonialismo negativo, que implica a omissão do agente público em sua função de garantir determinado benefício ou serviço ao qual o cidadão faz jus, omissão essa decorrente do uso estratégico, voltado ao interesse privado, que o agente público faz de seu poder de decisão sobre assunto administrativo.

É consequência inerente ao próprio conceito de patrimonialismo não apenas a idéia de autoritarismo — na medida em que a privatização do público tem como primeiro resultado inevitável a exclusão do cidadão dos processos de decisão política — mas a de corrupção. A lei brasileira define, dentre os crimes praticados por funcionário público, o peculato, como o ato pelo qual “Apropria-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio” (art. 312 do Código Penal), e a corrupção passiva como o ato de solicitar ou receber vantagem indevida “ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em função dela” (art. 317 do Código Penal). Como se vê, os tipos legais do peculato e da corrupção equivalem ao conceito de patrimonialismo, que consiste precisamente na apropriação privada dos recursos públicos ou no uso do cargo público para obtenção de vantagens indevidas, o que implica a confusão entre interesse público e interesse privado. Por outro lado, o patrimonialismo não se resume a uma postura arbitrária do agente público, mas se trata de uma característica cultural arraigada na própria sociedade.

Fala-se hoje em neopatrimonialismo,<sup>252</sup> que representa um esforço para a adaptação e preservação das estruturas patrimoniais existentes. O neopatrimonialismo envolve três idéias principais. Primeiro, o comportamento patrimonialista aprofundou-se não no sentido de sua estatização, mas, ao contrário, no sentido de sua socialização, o que conduz à noção de um neopatrimonialismo “societário”<sup>253</sup> Isso significa que a reprodução das práticas patrimonialistas não ocorre somente no âmbito da esfera estatal, mas também no âmbito da esfera pública e

---

<sup>252</sup> DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008. p. 187.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 189.

da sociedade civil, como no caso dos sujeitos privados que se apropriam de recursos públicos através de contratos realizados com a administração com base em licitações fraudulentas. Percebe-se a reprodução do espírito patrimonialista também em comportamentos reiterados no contexto da esfera pública: o Instituto Análise realizou uma pesquisa em 2002 que revelou que as classes de menor nível educacional tendem a apoiar mais as práticas patrimonialistas. Nessa pesquisa foi inserida a seguinte pergunta: “Se alguém é eleito para um cargo público deve usar o cargo como se fosse sua propriedade particular, em benefício próprio?”, à qual responderam afirmativamente (isto é, responderam ‘sim’): 40% dos analfabetos, 31% das pessoas portadoras apenas de curso primário e 3% das pessoas portadoras de curso superior.<sup>254</sup> Considerando que a maior parte da população brasileira se enquadra nas duas primeiras categorias, conclui-se que mais de um terço dos cidadãos apóia a privatização do erário por parte do agente público. Na relação patrimonial que envolve sujeitos privados estão incluídas práticas que vão desde o indivíduo que suborna o policial para não ser multado ou o construtor que suborna o funcionário municipal para aprovar o projeto de obra em dissonância com o plano diretor da cidade, até as grandes empresas que concedem financiamento clandestino a candidatos a cargos parlamentares em troca de futuros favores fiscais e concorrenciais.

Segundo, o neopatrimonialismo vem tentando se transformar em um sistema moderno e modernizador. Originariamente, o patrimonialismo se legitimava a partir das convicções tradicionais; aos poucos, ele foi se desvinculando das tradições e se solidificando com apoio em uma complexa trama de interesses que envolvia funcionários públicos influentes no processo decisório. A evolução do patrimonialismo se acentuou cada vez mais no sentido da ampliação de sua área de influência, para abranger também interesses de atores civis que se associam a agentes estatais e, por fim, indivíduos isolados residentes na esfera pública. E como se verifica essa assimilação neopatrimonialista de interesses privados gerais? Por meio da modernização dos mecanismos burocráticos patrimoniais por meio da qual se flexibilizam os processos internos de modo a estender a rede de benefícios ilegais à maior parte possível dos indivíduos que concordarem em se enquadrar ao

254

---

ALMEIDA, Alberto Carlos; YOUNG, Clifford Alexander. **A cabeça do brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 30.

esquema patrimonialista. Para não ser eliminada, a estrutura burocrática neopatrimonialista se adapta à nova realidade social para tornar-se mais ágil e mais sensível às exigências de uma coletividade que, hoje, tem acesso mais rápido a uma vasta gama de informações e está começando a se organizar em grupos de interesse. É possível supor as dificuldades empíricas implicadas nessa tentativa de modernização do patrimonialismo: como se conseguirá incluir no campo de ação do neopatrimonialismo a satisfação de tantos interesses quantos sejam necessários para manter o nível mínimo de justificação pública do sistema informal de distribuição patrimonialista de benefícios, considerando que tais interesses derivam hoje não apenas da esfera dos funcionários e agentes estatais, mas também da sociedade civil de mercado e da própria esfera pública de cidadãos? Existe aí uma tensão entre, de um lado, a possibilidade de esgotamento das fontes de legitimação da estrutura neopatrimonialista e, de outro, o risco de um colapso do sistema decorrente da sobrecarga insustentável de demanda.

Este problema conduz ao terceiro elemento caracterizador do neopatrimonialismo, que consiste no paradigma do segredo de Estado. Anteriormente o caráter patrimonialista do Estado era explícito. Porém, atualmente, em razão de ter se consolidado, ao menos no nível normativo da sociedade, o princípio da rígida separação entre o público e o privado, que veda a apropriação da riqueza pública pelo particular e o uso do cargo público em proveito privado, o caráter neopatrimonialista do Estado não pode mais ser reconhecido explicitamente e acaba, dessa forma, se tornando implícito e passa a atuar de modo oculto ou disfarçado. Em outras palavras, a dimensão de corrupção que hoje se reconhece como inerente ao comportamento neopatrimonialista tornou inviável a aceitação de sua legitimidade no plano macrossocial; os mecanismos neopatrimonialistas, dessa forma, são obrigados a operar agora de modo dissimulado, apelando para uma espécie de legitimação microssocial fundada exclusivamente nos interesses estratégicos específicos dos sujeitos envolvidos no negócio.

Se a plena compreensão do autoritarismo brasileiro exige a consideração da tradição patrimonialista, esta, por sua vez, se mostra intimamente vinculada a outras influências importantes que atuam na sociedade e no Estado brasileiros, dentre as quais se destacam o bacharelismo, o coronelismo e o positivismo, temas que, por isso, serão abordados nos próximos tópicos.

### 2.3 CORONELISMO

O coronelismo é um fenômeno sociológico, com extensão econômica e política, surgido no Brasil na era colonial e identificável até os dias atuais, que se exterioriza na forma de um sistema de poder no âmbito do qual chefes de oligarquias econômicas, chamados de *coronéis*, se servem de esquemas de influências por meio dos quais buscam ocupar, por eleição ou nomeação de parentes e protegidos, todos os cargos públicos municipais importantes no território sob seu comando para, respaldado nessa base local de poder, manter ou estender os limites de suas propriedades e de seu patrimônio econômico e interferir na política estadual e federal. É uma tendência, portanto, da ação do coronel a ampliação constante do patrimônio simbólico e político de sua parentela,<sup>255</sup> vinculado ao “nome patrimonial”<sup>256</sup> da família. Seja pelo carisma, pelo patrocínio pessoal e permanente de programas de auxílio às populações dos municípios por ele comandados, pela expectativa de fornecimento de apoio e proteção individual que ele gera em seus concidadãos ou, em certos casos, pela pura ameaça, o coronel obtém deles a obediência incondicional às suas orientações.

O conceito de coronelismo foi aprofundado em dois estudos célebres: *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, de Victor Nunes Leal, e *Os donos do poder: formação*

---

<sup>255</sup> A parentela, no formato adotado no Brasil, é o “grupo de parentesco de sangue formado por várias famílias nucleares e algumas famílias grandes, isto é, que vão além do conjunto formado pelo pai, pela mãe e pelos filhos, vivendo cada qual em sua morada, regra geral economicamente independentes” (RÊGO, op. cit., p. 44). Envolve os parentes consanguíneos, como tios, primos, sobrinhos, parentes de gerações distantes; não consanguíneos, incorporados à família por casamento; e parentes rituais, vinculados por laços de compadrio ou adotados, como afilhados de batismo, filhos de afilhados, agregados, escravos alforriados, vizinhos. A parentela proporciona aos seus membros toda espécie de auxílio, proteção e o *status* do nome de família, mas exige, em contrapartida, a lealdade e o espírito de ajuda aos demais membros, que deverão sempre ter prioridade em relação aos cidadãos que não integram a parentela (Ibid., p. 45-46), independentemente de critérios de direito, de capacidade ou de merecimento. O instituto do *compadrio* exerce função importante no contexto da parentela e da própria estrutura social latino-americana: o compadrio é “uma forma de elevação social para as classes menos favorecidas: ter por padrinho um senhor rural era uma espécie de promoção social para o afilhado e para seus pais” (Id., loc. cit.), que passariam a contar com a ajuda e proteção do coronel, mas ficavam moralmente comprometidos a ajudá-lo, mediante a realização de serviços gratuitos e obtenção de votos nas eleições (Ibid., p. 48). O distanciamento geográfico entre as famílias componentes de uma parentela não afeta os laços de união e auxílio recíproco. Dentro da mesma parentela pode haver disputas pela liderança ou entre candidatos ao mesmo cargo público.

<sup>256</sup> Ibid., p. 191.

*do patronato político brasileiro*, de Raymundo Faoro. Sem embargo da importância fundamental dessas obras, hoje se nota que a concepção de coronelismo defendida por eles era estreita demais para revelar a verdadeira dimensão do fenômeno. Para o primeiro autor, o coronelismo não teria sido mais do que uma estrutura decadente do poder privado oriundo da época monárquica que subsistiu em pequenas cidades isoladas nas primeiras três décadas da república e que foi, então, substituído por um poder público ascendente.<sup>257</sup> Para Faoro, era simplesmente uma espécie de delegação do poder público aos latifundiários.<sup>258</sup> A perspectiva atual, no entanto, permite observar que se trata, na verdade, de um fenômeno que perpassa toda a história da república e se adapta aos novos modelos de governo que vão surgindo, aperfeiçoando as estratégias de influência e de mando, inclusive pela expansão das áreas de atuação econômica, no início quase exclusivamente rurais, para atividades urbanas, industriais, financeiras, sempre com o objetivo último de manter o *status* político, econômico e social privilegiado do coronel e de sua parentela.<sup>259</sup> Por manter um amplo esquema de troca de favores com o poder público<sup>260</sup> e controlar uma grande quantidade de votos<sup>261</sup> nos municípios por ele comandados, inclusive por meio de relações de clientelismo,<sup>262</sup> a dominação do coronel envolve não apenas as dimensões econômica e política, percebidas por Nunes Leal e por Faoro, mas também uma dimensão social, em função dos papéis por ele desempenhados de chefe de parentela, definidor de regras sociais e árbitro de conflitos privados.<sup>263</sup> Identifica-se, até os dias atuais, a presença do coronel na cena política brasileira, respaldado agora por

---

<sup>257</sup> LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975. p. 195.

<sup>258</sup> FAORO, op. cit., v. 2, p. 252.

<sup>259</sup> RÉGO, op. cit., p. 102-103.

<sup>260</sup> QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios**. São Paulo: Alfa-Omega, 1976. p. 191.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>262</sup> Coronelismo não é sinônimo de mandonismo nem de clientelismo. O coronelismo se serve do mecanismo do clientelismo para exercer o mandonismo, por meio da troca de favores. A relação clientelística entre o coronel e seus dependentes se revela no âmbito eleitoral, com o chamado *voto de cabresto*, nos comodatos de pequenos pedaços de terra, na doação de bens de consumo e materiais de construção, na obtenção de empregos, etc. (RÉGO, op. cit., p. 74).

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 69.

*staffs* modernos que incluem até mesmo empresas financeiras e órgãos de comunicação em massa.<sup>264</sup>

Desde o início da colonização, a coroa portuguesa dependeu dos grandes senhores para manter o domínio sobre o vasto território americano; em troca, concedia títulos nobiliários aos fazendeiros e reconhecia a sua autoridade dentro das respectivas províncias. No final do século XIX, o poder econômico estava nas mãos dos grandes proprietários de terras, que comandavam a política e controlavam os órgãos públicos situados em seus latifúndios.<sup>265</sup> Essa aliança entre poder central e oligarquias locais era necessária para ambas as partes, dada a vastidão geográfica do país. O Brasil sempre foi um Estado fraco, custodiado por poderosas oligarquias privadas regionais, que o substituíam “nas funções que deveriam pertencer, teoricamente, ao domínio do governo; a ocupação do território, a aplicação da justiça, a manutenção da ordem pública”.<sup>266</sup> Às vésperas da proclamação da república, os fazendeiros — que estavam em conflito<sup>267</sup> com a princesa Isabel, herdeira do trono brasileiro —, se aliaram ao partido republicano, o qual era liderado pelos militares, naquele momento fortalecidos politicamente em razão da participação vitoriosa na guerra do Paraguai.<sup>268</sup> Com isso, os oligarcas conseguiram manter seus privilégios mesmo após a queda da monarquia, ficando claro, nesse ponto, que a proclamação da república resultou de um acordo entre os grandes latifundiários e os militares republicanos e não passou de um golpe militar, patrocinado pelas mesmas oligarquias agrárias que antes davam sustentação ao regime imperial.

Os proprietários rurais, desde a criação da Guarda Nacional, em 1831, recebiam do Estado o comando das milícias locais e o cargo de

---

<sup>264</sup> O ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, atribuiu implicitamente ao ministro Gilmar Mendes, da mesma corte, o papel de *coronel* quando, em ríspida discussão pública que tiveram no dia 22 de abril de 2009, Barbosa afirmou: “Vossa Excelência me respeite... Vossa Excelência não está falando com seus capangas do Mato Grosso” (BRÍGIDO, Carolina; NOBLAT, Ricardo. Em discussão no STF, Joaquim Barbosa acusa Gilmar Mendes de ‘destruir a credibilidade da Justiça’. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 Abr. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/04/22/em-discussao-no-stf-joaquim-barbosa-acusa-gilmar-mendes-de-destruir-credibilidade-da-justica-755380337.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2010).

<sup>265</sup> RÉGO, op. cit., p. 75.

<sup>266</sup> Ibid., p. 76.

<sup>267</sup> FREIRE, op. cit., p. 258.

<sup>268</sup> Ibid., p. 187-188.

*coronel*.<sup>269</sup> Após o advento da república, eles mantiveram não apenas o apelido de *coronel* mas o mandonismo inerente à função. Nesse contexto, em que se via a oligarquia agrária associada aos militares para manter intocável a antiga estrutura autoritária do latifúndio, indagamos: onde se encontrava, afinal, a terceira categoria beneficiária dos dividendos do poder estatal: os bacharéis? Eles estavam, à época, entusiasmados com o positivismo e com os ideais comtianos da *ordem social* para o progresso econômico,<sup>270</sup> de modo que colocavam a questão da *liberdade* em segundo plano. Isso possibilitou aos bacharéis conviver cordialmente com o governo ditatorial e com o sistema coronelista de distribuição do poder e de exploração da terra. Assim se ajeitaram os interesses das três elites — agrária, militar e bacharelesca —, numa aliança tácita que se punha inteiramente alheia à realidade da grande massa da população, a despeito de belíssimos textos sobre direitos humanos, justiça e liberdade que eram produzidos pelos bacharéis. Foi justamente em virtude desse pacto com os coronéis agrários que o novo regime republicano não tocou na questão da propriedade e da distribuição irregular da terra e, por corolário, adotou institutos modernos como o modelo republicano e o liberalismo político, porém desvinculados de mecanismos democráticos que poderiam fomentar o surgimento de uma esfera pública política que, possivelmente, suscitaria a necessidade de reforma agrária e enfraqueceria o poder político dos coronéis. O braço escravo foi substituído por trabalhadores em regime de semi-escravidão. Os latifundiários mantiveram sua posição de mando regional, que deu origem à *política dos governadores* já no primeiro governo civil da república, de Prudente de Morais,<sup>271</sup> em 1894, oficializada, no mandato seguinte, por Campos Sales, em 1898.<sup>272</sup>

Para o objetivo desta tese, importa acentuar a interferência dos coronéis nos pleitos eleitorais. Ela tem sido de tal ordem durante todo o período republicano que pode-se dizer que impediu o surgimento de uma sociedade política ativa e autônoma e de um estado de direito garantidor da possibilidade de controle social da responsabilidade dos agentes públicos. Com base nas negociações entre oligarquias agrárias e militares republicanos que acompanharam a implantação da repúbli-

---

<sup>269</sup> RÊGO, op. cit., p. 70.

<sup>270</sup> COSTA, Cruz. **Augusto Comte e as origens do positivismo**. Rio de Janeiro: José Magalhães, 1951. p. 29.

<sup>271</sup> SILVA et al., 1998, v. 2, p. 36.

<sup>272</sup> RÊGO, op. cit., p. 76.

ca, foi instituído o processo político da Velha República que, tendo vigorado até a publicação do primeiro código eleitoral (Decreto n° 21.076), em fevereiro de 1932, era regido pela fraude e pela manipulação das preferências eleitorais dos cidadãos.<sup>273</sup> A falta de tradição democrática e a inexistência de vias de participação fazia com que, a cada final de mandato, a luta política se convertesse em movimentos golpistas, arruaças e violência.<sup>274</sup> Não havia nenhum partido nacional; cada Estado-membro possuía um partido republicano, comandado pelo chefe da oligarquia local que, via de regra, era o mais poderoso latifundiário da região. Só havia um modo de o opositor conquistar o governo do Estado: aliar-se ao governo federal para que este destituisse o governador e nomeasse o líder oposicionista como interventor.<sup>275</sup> A reeleição era vedada pela Constituição de 1891, mas os governadores simplesmente desprezavam a norma e se reelegiam, como aconteceu no Rio Grande do Sul, onde Borges de Medeiros se reelegeu várias vezes seguidas,<sup>276</sup> bem como no Pará e no Rio Grande do Norte.

A ineficácia do processo eleitoral era tão grande que, nos grandes centros urbanos, caso houvesse oposição e as forças da situação percebessem que a fraude seria dificultada, as autoridades públicas simplesmente não instalavam as mesas eleitorais, a fim de que os cida-

---

<sup>273</sup> SILVA et al., 1998, v. 5, p. 81. O voto não era secreto nem obrigatório. Como votavam apenas os cidadãos que se habilitassem através do alistamento voluntário, os votos que afluíam às urnas correspondiam a uma ínfima minoria da nação, composta normalmente de eleitores arrebanhados pelos coronéis e cabos, além de analfabetos e mortos que os arregimentadores de eleitores cadastravam fraudulentamente (Ibid., v. 3, p. 90). Mulheres e analfabetos não votavam, o que representava 85% da população; as classes mais cultas não se alistavam porque a eleição era considerada um “negócio sujo” (Ibid., p. 90). Por outro lado, como o voto não era secreto, o chefe local sabia em quem o eleitor votara. O *cabo* providenciava a emissão dos títulos eleitorais dos cidadãos que iria arrebANHAR e transportar e, só ao chegarem na fila, é que entregava a cada eleitor o seu documento, juntamente com a cédula já preenchida, que o eleitor imediatamente depositava na urna, a descoberto e sem nenhuma forma de sigilo, sob a fiscalização atenta do cabo (Ibid., p. 99). Quando havia candidato de oposição, era comum o processo tornar-se mais violento: os coronéis organizavam patrulhas de capangas armados para fazer tumulto, furtar e violar as urnas (Id., loc. cit.), punir eleitores “traidores” e até matar oposicionistas (Ibid., p. 41).

<sup>274</sup> SANTOS, op. cit., p. 94.

<sup>275</sup> SILVA et al., 1998, v. 3, p. 41. Reiteradamente o presidente da república intervinha nos Estados para afastar governadores adversários, como fizeram, por exemplo, Hermes da Fonseca (1910-1914) em Pernambuco (Ibid., p. 151), Bahia (Ibid., p. 148 e 153-156), Ceará (Ibid., p. 157-160), Alagoas (Ibid., p. 161-163), São Paulo e Rio Grande do Sul (Ibid., p. 165-166); Epitácio Pessoa (1918-1922) em Pernambuco (Ibid., v. 5, p. 133) e Artur Bernardes (1922-1926) no Rio de Janeiro, este por sinal desobedecendo decisão do Supremo Tribunal (Ibid., v. 6, p. 73-76).

<sup>276</sup> Ibid., v. 4, p. 111.



dãos não pudessem votar.<sup>277</sup> Isso aconteceu, por exemplo, nas eleições presidenciais de 1º de março de 1910: das 96 seções cariocas — onde se previa a larga maioria de votos ao candidato da oposição, Ruy Barbosa —, 71 delas ficaram fechadas: “não apareceram os mesários” e “os livros de atas foram subtraídos pelos agentes do Correio”.<sup>278</sup> O próprio candidato Ruy e o presidente do Congresso Nacional, Quintino Bocaiúva, andaram pelo Rio de seção em seção e não conseguiram votar. Curiosamente, ao final da eleição apareceu “um amontoado de atas falsas”<sup>279</sup> de todas as seções eleitorais da capital — inclusive daquelas 71 que não haviam funcionado —, inteiramente preenchidas e assinadas. Se isso acontecia na capital do país, abertamente, nas eleições para presidente da república em que o próprio candidato da oposição se encontrava presente, fiscalizando, e se tratava à época de um dos cidadãos mais ilustres e respeitados da nação, é possível imaginar o que ocorria nos demais rincões do país.

O sistema apresentava outra falha grave: além de organizar o alistamento e compor os colégios eleitorais, as oligarquias regionais nomeavam as juntas apuradoras e controlavam a comissão verificadora.<sup>280</sup> Dessa forma, a assembléia apuradora, que fazia a conferência das atas e dos resultados enviados pelas mesas eleitorais, era composta pelas mesmas pessoas que haviam homologado, algumas semanas antes, o nome do candidato oficial. Retornando às eleições de 1910, em que o marechal Hermes da Fonseca enfrentou a oposição de Ruy Barbosa, essa incoerência se tornou evidente, pois Ruy denunciou a manipulação dos resultados pela mesa no momento da conferência dos votos: “Com o Estado civilista [São Paulo, que apoiava Ruy], microscópio e esmeril; com os do Governo militarista, vista grossa e ouvidos de mercado”.<sup>281</sup> Ele se referia, então, ao fato de que a assembléia apuradora apontou erros nas atas de São Paulo que fizeram com que fossem excluídos 46 mil votos de Ruy, porém não encontrou nenhum erro nas atas das regiões norte e nordeste, que beneficiavam o marechal Hermes.

Em síntese, até 1930 “Não havia voto livre, mas a fraude generalizada, oficializada, praticada pelo governo e pela oposição, porque

---

277 Ibid., v. 3, p. 99.

278 Ibid., p. 99-100.

279 Ibid., p. 100.

280 Ibid., p. 42.

281 Ibid., p. 103.

não existia sequer outra forma de eleição. Assim foi desde a primeira escolha até à última eleição. [...] Politicamente, a fraude foi o câncer que consumiu a Velha República”.<sup>282</sup> Destarte, o sistema pretensamente democrático vigente até 1930 era totalmente ineficaz, pois inviabilizava o exercício dos direitos políticos por parte dos postulantes aos cargos políticos e dos eleitores, razão pela qual o Estado não pode ser classificado como democrático.

No outro período em que o regime não assumiu formalmente o caráter de ditadura — compreendido entre o fim da ditadura Vargas, em 1945, e o início da ditadura militar de 1964 —, constata-se que a ineficácia do sistema eleitoral deixou de ser tão óbvia quanto na Primeira República, porém as fraudes continuaram constantes e decisivas. São copiosas as informações a esse respeito encontradas na literatura: “Os mesmíssimos erros que levaram ao desastre a República proclamada a 15 de novembro de 1889 continuaram a ser praticados na Segunda República até a sua extinção, a 1º de abril de 1964. Continuam nas modalidades modernas de fraude e de violação da vontade do povo, com os ‘pacotes’, as pressões militares e econômicas, a marginalização do povo, destituindo de autenticidade as eleições e de legitimidade as representações”.<sup>283</sup>

Durante a ditadura de Vargas, o coronelismo modernizou suas alianças com os agentes públicos,<sup>284</sup> estabelecendo um novo sistema mais complexo em função do qual já não manipulava apenas a vontade dos eleitores, mas escolhia as lideranças dos partidos e definia a quem seriam concedidas as legendas. Assim, com a queda de Vargas, a ação dos coronéis havia extrapolado os limites de seus latifúndios e de suas milícias particulares. Seus filhos, sobrinhos e netos haviam, a essa altura, assumido posições estratégicas nos três poderes e na atividade empresarial e financeira. Montaram suas próprias redes de jornal, rádio e

---

<sup>282</sup> Id. **Washington Luís**: 13º presidente do Brasil, 1926-1930. São Paulo: Três, 1984. p. 27.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 21. Continuava sendo impossível evitar as fraudes, em face das próprias falhas do sistema: não havia listas de eleitores por circunscrição, de modo que o mesmo sujeito podia votar em vários postos diferentes ao longo do dia; não havia nenhum controle de eleitores falecidos nem da inscrição múltipla do mesmo eleitor; as segundas vias dos títulos de eleitor eram fornecidas indiscriminadamente (*Id.*, 1998, v. 15, p. 72-73); não era exigido documento com fotografia para votar; não havia cédula oficial; os mesários não adotavam a estratégia de rubricar e conferir as rubricas na cédula no momento em que o eleitor a depositava na urna (*Ibid.*, p. 69).

<sup>284</sup> *RÊGO*, op. cit., p. 98-99.

televisão. Entre 1945 e 1964, o poder de manipulação dos coronéis continua tão forte que em certas regiões nem sequer encontram oposição.<sup>285</sup>

Entre 1945 e 1964 o país não vivenciou um período democrático. Há inúmeros fatos notórios e cruciais que o demonstram. Da deposição de Vargas, ocorrida em 29 de outubro de 1945, até 18 de setembro de 1946 o Estado continuou a ser regido pela Constituição autoritária de 1937. Até a posse dos governadores, deputados estaduais, prefeitos e vereadores eleitos em janeiro de 1947, os Estados continuaram a ser governados por interventores, designados discricionariamente por José Linhares e, depois, pelo general Eurico Gaspar Dutra; os prefeitos continuaram a ser escolhidos pelo governador e todos os órgãos legislativos estaduais e municipais permaneceram fechados.<sup>286</sup> Na madrugada de cinco de agosto de 1954 o jornalista e político Carlos Lacerda foi vítima de uma emboscada em frente à sua residência, planejada por Gregório Fortunato, chefe da Guarda Pessoal da Presidência da República;<sup>287</sup> na ocasião, Lacerda foi ferido e o major da aeronáutica Ru-

---

<sup>285</sup> No agreste pernambucano, por exemplo, o único candidato que podia fazer oposição ao coronel Francisco Heráclio do Rêgo, o benfeitor do Recife, era seu irmão Jerônimo (Ibid., p. 11). A mesma hegemonia política tinha na Bahia o senador Antonio Carlos Magalhães (PINHO, José Antonio Gomes de. Inovações em contexto de múltiplas adversidades: o caso de Vitória da Conquista, Bahia. In: JACOBI, Pedro Roberto; PINHO, José Antonio (Orgs.). **Inovação no campo da gestão pública local: novos desafios, novos patamares.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 194). No Maranhão, a oligarquia Sarney desde os anos 1960 domina praticamente todos os órgãos públicos (MATIAS, Moisés. **Os outros segredos do Maranhão.** São Luiz: Estação Gráfica, 2002. p. 35; DÓRIA, Palmério. **Honoráveis bandidos: um retrato do Brasil na era Sarney.** São Paulo: Geração, 2009) e o setor de comunicações (CRUZ, Renato. **TV digital no Brasil: tecnologia versus política.** São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2008. p. 25). Por sinal, há uma nota sobre o referido livro *Honoráveis bandidos*, curiosa e significativa no sentido de indicar os modos por que os coronéis não deixam margem para o surgimento de uma esfera pública política voltada para o debate público alicerçado na liberdade comunicativa: em novembro de 2009, quando a obra subia do quarto para o primeiro lugar na lista das mais vendidas do país (VIVIANI, Oswaldo. 'Honoráveis bandidos' já é o livro mais vendido do país. **Portal G'Terra**, Teresina/Piauí, 21 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.gterra.com.br/geral/honoraveis-bandidos-ja-e-o-livro-mais-vendido-do-pais-22088.html>>. Acesso em: 28 abr. 2010), na capital do Maranhão as livrarias não se atreviam sequer a receber exemplares para venda. O lançamento ali teve de ser realizado no Sindicato dos Bancários, sob grande confusão, com depredação de portas e móveis, ovos e tortas voadoras (PONTES, Felipe. Confusão no lançamento de 'Honoráveis bandidos' da terra de Sarney. **Portal Literal**, Rio de Janeiro, 8 nov. 2009. Disponível em: <<http://portalliteral.terra.com.br/blogs/confusao-no-lancamento-de-honoraveis-bandidos-na-terra-de-sarney>>. Acesso em: 28 abr. 2010).

<sup>286</sup> SILVA et al., 1998, v. 13, p. 124.

<sup>287</sup> BORGES, Gustavo. **Getúlio e o mar de lama: a verdade sobre 1954.** Rio de Janeiro: Lacerda, 2001. p. 132.

bens Florentino Vaz, que o acompanhava, foi morto. Diante desse fato gravíssimo, a oposição, em vez de buscar o afastamento do presidente pelas vias constitucionais, preferiu engendrar um novo golpe de Estado, em conluio com o vice-presidente da república, Café Filho,<sup>288</sup> o plano consistia em forçar a renúncia de Vargas para que Café Filho assumisse o governo. No dia 24 de agosto de 1954, os golpistas do exército cercaram o palácio do Catete, forças policiais ocuparam a companhia telefônica, estações de rádio e agências telegráficas<sup>289</sup> e praças aviadores cercaram o ministério da aeronáutica;<sup>290</sup> Vargas, porém, em vez de assinar a renúncia, suicidou-se. Em outubro de 1955 um grupo de militares, encabeçados pelo vice-almirante Pena Botto, tentou impedir a posse do presidente eleito Juscelino Kubitschek; na edição de 14 de outubro de 1955 de *O Globo*, Pena Botto pregava abertamente o golpe de Estado: “É indispensável impedir que Juscelino e Jango tomem posse nos cargos para que foram indevidamente eleitos. [...] Ao resultado das eleições há que defrontar a salvação do país”.<sup>291</sup> Juscelino só conseguiu tomar posse porque o ministro da guerra, general Henrique Duffles Baptista Teixeira Lott, contrário ao golpe, liderou um movimento armado que entregou o governo ao presidente do senado, Nereu Ramos,<sup>292</sup> o qual, por sua vez, decretou e manteve o estado de sítio até 30 de janeiro de 1956, suspendendo os direitos civis, inclusive o *habeas corpus*.<sup>293</sup>

Como se vê, a arbitrariedade e a violência presidiam o ato fundamental do Estado democrático, que é a sucessão do chefe de Estado. Juscelino foi o único presidente da república civil, que, depois de 1930, conseguiu terminar o mandato e transferir o governo a outro presidente eleito.<sup>294</sup> Será com Juscelino, por sinal, que a nação brasileira terá seu primeiro vislumbre de democracia. Empossado em 31 de janeiro de 1956, sua primeira medida consistiu em ordenar ao ministro da justiça a suspensão do estado de exceção e de toda a censura à imprensa.

---

<sup>288</sup> O plano parece ter sido selado em uma reunião secreta entre Café Filho e Lacerda, realizada no apartamento de um amigo deste, no dia 13 de agosto, sexta-feira (SILVA et al., 1998, v. 14, p. 98).

<sup>289</sup> Ibid., p. 104.

<sup>290</sup> Ibid., p. 95.

<sup>291</sup> Ibid., v. 16, p. 53-54.

<sup>292</sup> Ibid., v. 15, p. 122.

<sup>293</sup> Ibid., v. 15, p. 143-144; Ibid., v. 16, p. 64.

<sup>294</sup> Ibid., p. 29.

sa.<sup>295</sup> Não se pode dizer, no entanto, que o Estado brasileiro tenha então alcançado o patamar democrático, por razões que mencionamos anteriormente. Ademais, a agitação militar e o risco iminente de atos públicos de violência derivado das repetidas tentativas de golpe de Estado desestimulavam ou impediam qualquer tentativa de instauração de uma esfera pública de discussão, apesar dos espaços comunicativos que Juscelino procurava proporcionar. Esse clima de instabilidade política prosseguirá até março de 1964. É notório, ainda, o caos político em meio ao qual transcorreram os sete meses de governo de Jânio Quadros e os três anos de João Goulart.

Segundo a concepção adotada neste estudo, o reconhecimento do caráter democrático de determinado Estado depende da coexistência de certas condições mínimas, dentre as quais se destacam: a) a existência de uma esfera pública política relativamente autônoma, auto-organizada e apta para exercer controle e fiscalização sobre os agentes públicos — que Linz e Stepan chamam de *political society*<sup>296</sup> (‘sociedade política’); e b) o respeito aos direitos fundamentais<sup>297</sup> — a que Linz e Stepan se referem como o *rule of law*<sup>298</sup> (‘estado de direito’) instituído juridicamente e capaz de garantir as liberdades dos membros da sociedade civil e a participação livre na vida associativa da sociedade política. Tomando-se como base esse conceito, não se pode qualificar como democrático o Estado que não conte, ao menos, com uma esfera pública política relativamente autônoma e com a garantia de efetividade do direito político elementar do cidadão, que é o direito de escolha livre de seus representantes. Este direito elementar ao voto livre, sem o qual não se constitui uma esfera pública política autônoma, pressupõe a não-coerção interna,<sup>299</sup> em função do que cada participante deve ter as mesmas chances de ser ouvido e de oferecer críticas e propostas, e a não-coerção externa,<sup>300</sup> em função do que ele deve estar submetido única e exclusivamente às normas procedimentais argumentativas e aos pressupostos linguísticos da comunicação. Concebemos, portanto, a democracia deliberativa como o modelo normativo de mecanismo de legitimação do exercício do poder político fundado na de-

---

<sup>295</sup> Ibid., p. 64.

<sup>296</sup> LINZ et al., op. cit., p. 8.

<sup>297</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 29.

<sup>298</sup> LINZ et al., op. cit., p. 10.

<sup>299</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 28.

<sup>300</sup> Ibid., p. 29.

liberação pública institucionalizada e normatizada, mas não apenas isso; ela é também um modo de organização da sociedade em que se busca assegurar aos destinatários das normas a oportunidade e as condições de participar do processo comunicativo de tomada de decisões públicas, que é, como visto, um processo caracterizado pela inclusividade, pela publicidade, pela não-coerção interna e externa e pela observância a certos pressupostos comunicacionais ligados à exigência de fundamentação racional argumentada das opiniões e de respeito aos direitos fundamentais.<sup>301</sup>

Procuramos demonstrar, neste capítulo, que a sociedade brasileira não vivenciou efetivamente a democracia até outubro de 1988 porque nunca contou com uma esfera pública política suficientemente autônoma para permitir o funcionamento desse regime político. Com efeito, não há como qualificar como democráticos nem sequer os dois períodos em que não ocorreram ditaduras formais (correspondentes à Primeira República, de 1894 a 1930, e ao período entreditaduras, de 1945 a 1964), porque naqueles momentos as elites governantes simplesmente maquiaram o regime de modo a esboçar uma caricatura de democracia, contudo não se vislumbra até 1988 a presença das condições formais mínimas para o exercício democrático das relações políticas e sociais, já que não havia um espaço público comunicativo propício a fomentar a formação racional da vontade e da opinião; os cidadãos não dispunham de fato nem sequer do mais elementar direito político, que é o direito ao voto livre e efetivo, pois as eleições — e portanto a vontade popular — eram decisivamente manipuladas pelas elites dominantes e os candidatos contrários a tais elites eram sumariamente impedidos de participar do processo político. Concluimos, portanto, neste tópico, que, dada a ausência de uma esfera pública política razoavelmente ativa e a inexistência de garantia do exercício dos direitos políticos e comunicativos, impõe-se compreender o Estado brasileiro, no período histórico transcorrido até 1988, como um Estado não democrático de tipo autoritário.

## 2.4 BACHARELISMO E POSITIVISMO

O bacharelismo consiste na conjuntura sócio-política, econômica e cultural em que prevalece a tendência a supervalorizar o bacharel

---

<sup>301</sup>

Id., loc. cit.

em direito e, por conseguinte, supervalorizar as atividades teóricas não-produtivas e subvalorizar o trabalho produtivo e tecnológico. Caracterizado pelo predomínio de bacharéis em direito nas posições de dominação política e cultural, o bacharelismo encontrou um terreno propício para se desenvolver em uma Ibéria colonialista que, a fim de obter as divisas necessárias para atender as aspirações básicas do povo e manter o alto padrão de vida de suas elites, não precisava senão assegurar a continuidade da exploração das colônias africanas e americanas. Desde a época colonial, o bacharel em Direito era formado para exercer o controle dos mecanismos políticos e jurídicos que mantinham em funcionamento a estrutura patrimonialista e autoritária do Estado. Ele normalmente contava com a formação básica de bacharel em Artes, conferida pelas escolas jesuítas, com caráter eminentemente literário e retórico.<sup>302</sup> O sistema colonialista dependia de teóricos capazes de, perante as outras nações, atribuir legitimidade política e jurídica ao domínio colonizador ibérico e à tributação imposta às regiões inexploradas da América, domínio esse que se concretizava não devido a pesquisa e desenvolvimento tecnológico, ou a partir de influência cultural ou mercantil, mas a partir da imposição da dominação por meio da violência pura, voltada para a extração de matéria-prima que era apropriada em estado natural e, nesse mesmo estado, redestinada aos países mais avançados. Para a administração desse tipo de atividade extrativa, de caráter eminentemente fiscalista e formal — que, por sinal, era o sustentáculo da economia ibérica —, apresentava-se como algo inútil o trabalho de um cientista, de um técnico manual ou de um economista. Estas áreas do conhecimento, conseqüentemente, não eram valorizadas. As elites beneficiárias de tal estrutura econômica precisavam, basicamente, de duas categorias de prestadores de serviço: os traficantes de escravos, cujas tarefas dispensavam qualquer avanço científico ou tecnológico; e os bacharéis, aptos a controlar o aparato burocrático que geria a entrada e saída dos produtos primários e as relações hierárquicas entre a metrópole e a colônia e entre colonos e escravos. A atividade comercial, industrial e os cursos superiores eram proibidos no Brasil colonial. Destarte, vivendo mansamente à sombra da hipertrofiada máquina estatal sustentada pelo lucrativo tráfico de escravos e pela extração de riquezas naturais das colônias, a sociedade

302

---

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 271.

ibérica acostumou-se a depender menos de engenheiros, cientistas e economistas competentes do que de traficantes truculentos para o trabalho prático e juristas para a elaboração de textos legitimadores daquela prática.

A tradição bacharelista, transferida para a cultura brasileira durante os quatro séculos de governo português, surge na sociedade lusitana já no século XII,<sup>303</sup> quando ela promoveu os primeiros contatos com os ingleses a fim de obter apoio ao seu projeto de tornar-se independente do reino de Castella. Durante certos períodos em que os ingleses, devido a conflitos internos, deixaram de conceder apoio material e técnico a Portugal, a coroa recorreu aos apoios de Roma e da França.<sup>304</sup> Grande parte das riquezas que entram na Península Ibérica entre os séculos XVI e XVIII provém das jazidas de ouro de Minas Gerais, Goiás e Bahia e das minas de prata do México e de Potosi, no Alto Peru (atual Bolívia). Todo o lucro, no entanto, é malbaratado com importações destinadas a preservar o luxo da corte e do alto clero. Durante três séculos, a sociedade peninsular vive às custas da exploração predatória das colônias, e toda sua economia, cultura e vida social se or-

<sup>303</sup> “Mostra-se pelos Registros Inglezes, que existirão [existiram] entre Portugal e Inglaterra relações diplomáticas tão antigas, que apparecem, mesmo no primeiro anno, em que consta terem-se regularmente registrado neste Paiz Cartas dos Reis, isto he, do anno de Christo 1199, primeiro do Reinado del Rei João de Inglaterra, não distando mais do que sessente annos, depois que Portugal foi elevado a Reino, e correspondendo ao Reinado de seu segundo Monarca” (COMMISSÃO dos Arquivos Publicos da Gran-Bretanha. **Memoria da Commissão dos arquivos da Gran-Bretanha dirigida aos cartorarios, bibliothecarios, e antiquarios de Portugal, pelo que respeita aos trabalhos, e exames da mesma commissão: 1834.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1835. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=bntBAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=%22Memoria+da+Commiss%C3%A3o+dos+arquivos+da+Gran-Bretanha%22&hl=pt-BR&cd=1#v=onepage&q=&f=false>>. Acesso em: 25 jan. 2010. p. 13-14). Joel Serrão *et alii* esclarecem que “A aliança com a Inglaterra teve, evidentemente, uma longa preparação no tempo. Contactos económicos, militares e políticos entre os dois países pontuaram os séculos XII, XIII e primeira metade do século XIV” (SERRÃO, Joel; MARQUES, António Henrique de Oliveira; JORGE, Vítor Oliveira (Dirs.). **Nova história de Portugal.** Lisboa: Editorial Presença, 1991. v. 4, p. 319).

<sup>304</sup> BLACKBURN, op. cit., p. 127. De fato, a aliança com os ingleses, que proporcionou não apenas a independência de Portugal mas também o desenvolvimento das navegações, foi reiterada pelo Tratado de Tagilda, de 1372, destinado a “forjar um pacto contra Castela” (SERRÃO et al., 1991, v. 4, p. 515), pela Aliança Perpétua firmada com base no casamento de d. João I com a neta de Eduardo III, em 1396 (BLACKBURN, op. cit., p. 127) e por diversos atos assinados entre 1418 e 1472 (COMMISSÃO dos Arquivos Publicos da Gran-Bretanha, op. cit., p. 18-23). À época da renovação deste último tratado, Portugal já detinha uma estrutura de navegação oceânica e feitorias coloniais que permitiam a ele sustentar-se com os lucros obtidos da exploração mercantil das costas africanas.



ganizam sobre as bases desse parasitismo. Ao contrário de outros povos europeus, que se preparavam para empreender a revolução cultural e industrial iluminista, os ibéricos, estacionados à sombra do Estado, não têm interesse em combater o absolutismo do governo. Assim, enquanto ingleses e holandeses implantam as primeiras fábricas, os ibéricos entregam-se ao ócio sedentário.<sup>305</sup> A nacionalidade ibérica se degrada em uma erudição estéril e contemplativa que se expressa sob a forma preconceituosa de um culto à ignorância científica. Os professores da Universidade de Salamanca afirmavam que “nada ensina Newton que seja capaz de formar bons lógicos ou metafísicos”.<sup>306</sup> Na Espanha setecentista, segundo Richard Morse, só houve “um ‘gênio’: o pintor Goya”,<sup>307</sup> e em Portugal “não havia nem um geógrafo, nem um cosmógrafo; o tipo do desembargador tornara-se universal nos cargos, absoluto na inépcia e na sonolência, de uma nação que nada sabia”.<sup>308</sup>

Assim, o Brasil herdou do colonizador português não apenas a tradição patrimonialista mas também o ranço bacharelista, traço cultural este tão arraigado que, no século XIX, ser acadêmico de direito continuava a ser “condição *sine qua non* para pertencer ao mandarimato imperial”.<sup>309</sup> A fim de auxiliar a província indianóide do Pará, os representantes da região pediam, em 1835, ao rei que enviasse à região “carne, farinha e Bachareis”.<sup>310</sup> Referindo-se às distorções concernentes ao prestígio exacerbado dos bacharéis naquele contexto social em que predominavam numericamente trabalhadores submetidos à escravidão, Gilberto Freyre comenta que

O prestígio do título de “bacharel” e de “doutor” veio crescendo nos meios urbanos e mesmo nos rústicos desde o começo do Império. Nos jornais, notícias e avisos sobre “Bacharéis formados”, “Doutores” e até “Senhores Estudantes”, principiaram desde os primeiros anos do século XIX a anunciar o novo poder aristocrático que se levantava, envolvido nas suas sobrecasacas e nas suas be-

<sup>305</sup> BONFIM, Manuel. A América Latina: males de origem. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 1, p. 697.

<sup>306</sup> Ibid., p. 696.

<sup>307</sup> MORSE, op. cit., p. 74.

<sup>308</sup> BONFIM, op. cit., p. 696.

<sup>309</sup> ADORNO, 1988, p. 162.

<sup>310</sup> SANTA CRUZ, Marquês de [Romualdo Antonio de Seixas, arcebispo metropolitano da Bahia e primaz do Brasil]. **Memórias**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1861. p. 91.

cas de seda preta, que nos bacharéis-ministros ou nos doutores-desembargadores, tornavam-se becas “ricamente bordadas” e importadas do Oriente. Vestes quase de mandarins. Trajos quase de casta.<sup>311</sup>

O processo revolucionário que marca o início da era contemporânea provoca, no final do século XVIII, o aparecimento das primeiras constituições. Todas as constituições que, na primeira metade do século XIX, passam a ser adotadas pelas nações ocidentais, se apóiam nas matrizes norte-americana, de 1787, e francesa, de 1791. A própria Constituição de Cádiz, de 1812, inspirou-se na Constituição francesa,<sup>312</sup> a cujo modelo os espanhóis imprimiram algumas restrições ao que entenderam como excessos liberais. A primeira constituição do Brasil, promulgada por d. Pedro I em 1824, tem como paradigma a Constituição francesa e revela tendência liberal, ao passo que a primeira constituição republicana brasileira, de 1891, foi influenciada pela constituição norte-americana. Ressalvados o caso do Brasil (1822-1889) e algumas experiências monárquicas efêmeras no México em 1822-1823 e em 1861-1867, a regra foi a adoção do sistema republicano pelos novos Estados latino-americanos. Assim, o utilitarismo de Jeremy Bentham, para quem a moral se identifica com a utilidade do ato praticado, é uma das principais referências teóricas dos primeiros constituintes latino-americanos.<sup>313</sup> Como corolário do aparecimento das primeiras constituições modernas, em face da necessidade de se estudar e compreender esse novo instituto, são criadas nas faculdades de Ferrara, Pávia e Bolonha, na Itália, em 1797, as primeiras cadeiras de direito constitucional. A Universidade de Paris implanta em 1819 a cadeira de direito público e, em 1834, a de direito constitucional.<sup>314</sup> No Brasil, desde o início do funcionamento dos cursos jurídicos, em 1827,

---

<sup>311</sup> FREYRE, Gilberto. Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002a. v. 2, p. 1223.

<sup>312</sup> VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 48.

<sup>313</sup> VILLAR, Ernesto de la Torre; LAGUARDIA, Jorge Maria García. **Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano**. México: Unam Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976. p. 15.

<sup>314</sup> FRANCO, op. cit., v. 1, p. 32.

existe a cadeira de direito público,<sup>315</sup> na qual são estudados o direito constitucional e a Constituição imperial de 1824.

Da confluência das tendências que inspiram e moldam o Estado moderno — o racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, a urbanização, o iluminismo como teoria que propugna por igualdade de direitos e o liberalismo como corrente que postula por liberdade e controle sobre o governante — surge o constitucionalismo,<sup>316</sup> que atribui roupagem jurídica ao liberalismo político. O liberalismo utiliza o conceito de constituição como um expediente teórico de universalização.<sup>317</sup> Com o advento do constitucionalismo, o direito se eleva a um novo patamar: a lei, que na era pré-revolucionária servia para impor aos súditos a vontade do monarca, passa a ser definida como um instrumento de emancipação destinado a impor ao monarca a vontade da comunidade. O Estado de direito a que os pensadores renascentistas se referem é o Estado de direito liberal-burguês, em que a expressão ‘de direito’ não significa apenas Estado organizado segundo certas regras de direito, mas tem o sentido mais abrangente de um Estado comprometido com a garantia de direitos fundamentais individuais e políticos definidos pela ideologia liberal e destinado à superação histórica do Estado absolutista.<sup>318</sup> O modelo do Estado liberal é, na verdade, construído sobre a estrutura decadente do Estado medieval absolutista, substituindo-se o seu *conteúdo*, relativo à organização política e aos direitos fundamentais, e o *fundamento* da soberania exercida pelo governante. Convivem, no século XIX, dois tipos de constitucionalismo. Um de índole liberal,<sup>319</sup> derivado da Revolução Francesa, que elaborou o conceito formal-racional de constituição como o documento escrito, oriundo do debate livre, destinado a organizar juridicamente o Estado e definir os direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>320</sup> O outro, correspondente à corrente conservadora anti-revolucionária representada por Jean-Denis Lanjuinais e François-René Chateaubriand, que nega a hi-

---

<sup>315</sup> JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 2.

<sup>316</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 21-22.

<sup>317</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

<sup>318</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 1. ed., reimpr. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. p. 147.

<sup>319</sup> FRANCO, op. cit., v. 1, p. 32-33.

<sup>320</sup> SALDANHA, op. cit., p. 75.

pótese do Estado criado pela lei e desenvolve a noção orgânica de constituição como a norma na qual se deposita e condensa toda a experiência histórica da nação.<sup>321</sup> Esse confronto, a rigor, já antecipava a disputa entre o racionalismo universalista e o romantismo nacionalista.

Com a chegada das idéias liberais ao Brasil, os bacharéis se firmam como os representantes da nova doutrina. O poder político está dividido entre os latifundiários, de um lado, e, de outro, os militares e bacharéis.<sup>322</sup> Os primeiros se apóiam em seu poder econômico; os militares, na força das armas; os bacharéis ascendem pela via da política partidária e da burocracia estatal. O bacharel se prepara na universidade não apenas para as profissões jurídicas, as quais monopoliza, mas também para o exercício dos cargos políticos<sup>323</sup> e burocráticos, para as atividades literárias, artísticas e jornalísticas, influenciando intensamente no processo de formação da cultura nacional. A circunstância de que a sociedade ibero-americana convivia desde o século XV com o cotidiano da mão-de-obra escrava, aliada à tradição metafísica da educação jesuítica e à cultura bacharelista, consolidou a tendência à supervalorização da atividade intelectual e a repulsa ao trabalho físico. Ocorre que a carência de uma moral fundada no culto ao trabalho reduz drasticamente a capacidade de organização social e produtiva, porque a divisão racional do trabalho é possivelmente o mais eficaz método de racionalização da vida social e integração nacional. Onde falta a racionalidade dos meios de produção, isto é, “onde todos são barões”<sup>324</sup> e ninguém quer ser trabalhador, o princípio unificador do Estado tem de ser imposto por meios autoritários.

Nesse cenário, a juventude urbanizada e escravocrata do século XIX empenha-se em refinar seus modos e aprimorar sua aparência; carecem de encanto para ela tanto o trabalho manual, socialmente degradante, quanto o senhorio rural, associado pelos jovens à vida rústica e iletrada do campo. O bacharelado apresenta-se como o mais elevado ideal de vida, acessível a poucos nas colônias. O longo reinado (1840-1889) de Pedro II — ele próprio bacharel — consolidou a mística do “bacharel moço”, que destruiu a do “capitão-mor velho”.<sup>325</sup> O bachare-

---

<sup>321</sup> Ibid., p. 159.

<sup>322</sup> ADORNO, 1988, p. 75.

<sup>323</sup> VENANCIO FILHO, op. cit., p. 275.

<sup>324</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed., 10. reimpr. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2000. p. 32.

<sup>325</sup> FREYRE, 2002a, p. 1215.

lismo brasileiro é eminentemente teórico, livresco, preocupado com a erudição lingüística mas totalmente divorciado da realidade da nação. Os brilhantes oradores, políticos, escritores e juristas oriundos da academia compõem discursos esplêndidos sobre questões européias, como direitos humanos, direito eleitoral, comércio internacional e finanças públicas, mas ignoram o que acontece nas cidades e nas áreas rurais, onde o cotidiano escravista e despótico impede a concretização dos mais elementares direitos de cidadania.

O poder administrativo estava nas mãos dos bacharéis. Durante o período imperial, quase 70% dos ocupantes de cargos públicos de primeiro escalão nos poderes executivo e legislativo eram bacharéis em direito.<sup>326</sup> Em meados do século XIX, ocorre uma grave ruptura no bloco político anticonservador: os militares, sentindo-se privados do respeito e do reconhecimento a que entendiam fazer jus, identificam na classe dos bacharéis o grande rival da corporação e passam a se referir a ela como a *pedantocracia* e, depois, como a *canalhocracia*.<sup>327</sup> O jornal *O Militar* acusa em 1854 os bacharéis de corromper a política nacional e tolher “com essa teia inextricável de leis e regulamentos... todo e qualquer desenvolvimento material e industrial”<sup>328</sup> — com o que, por sinal, diziam uma parte da verdade. A disputa de poder entre militares e bacharéis — ou entre a farda e a beca, na expressão de Sérgio Buarque<sup>329</sup> — prosseguirá nos albos da República. Isso tudo contribui para manter o Estado brasileiro em condição estacionária, alheio à revolução científica e industrial que acontece na Europa. No regime gerido pelos bacharéis, o Estado absorve, pela tributação ou pelo endividamento público, todo o capital disponível na sociedade e o distribui

<sup>326</sup> Dos 219 ministros que atuaram no Brasil imperial — ou seja, de 1822 a 1889 —, 147 (portanto, quase 70%) eram bacharéis em direito, e os demais provinham das seguintes áreas: 49 militares, 10 engenheiros ou matemáticos, 6 médicos, um religioso e 7 sem formação universitária (PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. *The mandarins of Imperial Brazil. Comparative Studies in Society and History*, London [Cambridge University Press], v. 14, n. 2, mar. 1972, p. 235). Por outro lado, dos 233 senadores escolhidos naquele período, 153 (também quase 70%) eram oriundos do direito, e os outros provinham da carreira militar (22), medicina (11), engenharia ou matemática (9), outras faculdades (3), e 35 não tinham graduação completa (BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. *The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. Journal of International Studies and World Affairs*, Miami [Center for Latin American Studies at the University of Miami], v. 18, n. 4, nov. 1976, p. 427).

<sup>327</sup> VENANCIO FILHO, op. cit., p. 275.

<sup>328</sup> Ibid., p. 279.

<sup>329</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. *História geral da civilização brasileira*: tomo 2, vol. 5. Difusão Européia do Livro, 1960. p. 435.

aos seus beneficiários por meio do emprego público<sup>330</sup> e de outras benesses. A alienação romântica dos bacharéis, desconectada da problemática real da sociedade mas sustentada com o dinheiro do povo, os impede de perceber que seu discurso liberal carece de legitimidade democrática. De fato, o liberalismo brasileiro esteve sempre desacompanhado da democracia. A Constituição de 1824 evidencia essa contradição quando assegura a soberania popular mas nomeia o imperador como seu porta-voz.<sup>331</sup> Esse modelo não reserva espaço para a participação do cidadão nas decisões públicas: o monarca exerce o poder moderador, ao qual os demais poderes se subordinam; os fazendeiros maniatam o legislativo e o judiciário, enquanto os bacharéis proliferam sob o manto do Estado, com seu discurso pomposo mas inócuo, falando a um país de fantasia que só existe em suas mentes. Duas agremiações políticas disputam a hegemonia — o Partido Conservador, criado em 1840 pelas elites agrárias, e o Partido Liberal, criado em 1830 e assentado na estrutura burocrática bacharelesca —, mas nenhuma delas enfrenta a questão crucial, que é a da falta de espaço democrático. Os liberais lutam pela abolição da escravatura e pela proclamação da república, porém não percebem que a república sem democracia tangenciará as falhas estruturais do sistema de representação política nacional.

Há uma contradição interessante ligada ao bacharelismo liberal brasileiro: muito embora os bacharéis tenham contribuído decisivamente para o atraso científico no país, a corrente filosófica que mais os influenciou no século XX foi justamente o positivismo. Com efeito, sem embargo de certa penetração que tiveram outras correntes de pensamento da época, como o romântico, o cartesianismo e o utilitarismo, nenhuma teve tanto destaque quanto o positivismo.<sup>332</sup> Este foi o único que teve força para disputar espaço com a pedagogia católica,<sup>333</sup> que ainda exercia grande influência no sistema de ensino latino-americano,

---

<sup>330</sup> NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000. p. 128.

<sup>331</sup> Id. **Um estadista do Império**. São Paulo: Nacional, 1936. v. 1, p. 80.

<sup>332</sup> ZEA, Leopoldo. **El pensamiento latinoamericano**. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p.

77.

<sup>333</sup> É nesse momento, aliás, como uma reação ao avanço do positivismo, que surgem na América Latina as Pontifícias Universidades Católicas, tendo sido a primeira delas instalada no Chile em 1888 (PRADO, Maria Lígia Coelho. **América Latina no século XIX**: tramas, telas e textos. São Paulo: Ed. da USP; Bauru, SP: Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 1999. p. 100).

graças ao trabalho missionário e pedagógico realizado pelos padres jesuítas, franciscanos, vicentinos e maristas. O positivismo pareceu aos bacharéis o instrumento adequado para combater a “escravidão da religião”<sup>334</sup> e proporcionar base teórica para uma nova ordem social e política, na medida em que, por um lado, se alicerçava na noção epistemológica de que o único conhecimento autêntico é o conhecimento científico e, por outro lado, se tratava de uma filosofia construtiva, que pregava a ordem, diferente das outras filosofias introduzidas na América Latina, que focavam especificamente a destruição da hegemonia do pensamento católico.

Efetivamente, a filosofia positiva de Auguste Comte engloba uma teoria da ciência, que proclama o conhecimento positivo como o conhecimento real, útil, certo e preciso,<sup>335</sup> e uma teoria da sociedade, que aponta regras destinadas a modificar a sociedade de modo a conduzi-la ao seu estágio “positivo ou real”,<sup>336</sup> o qual corresponde ao “estado definitivo da espécie humana, aquele que mais se adequa à sua natureza, aquele em que todos os seus meios de prosperidade devem merecer o mais completo desenvolvimento e a sua aplicação mais direta”,<sup>337</sup> resultante da superação do antigo sistema feudal e teológico. Tanto em sua vertente comtiana como na ramificação inglesa, liderada por Herbert Spencer,<sup>338</sup> o positivismo é aclamado na América Latina como o remédio para restabelecer a ordem nas repúblicas, pôr fim aos absolutismos, à anarquia e à corrupção, fazer cessar as guerras e dar concretude aos ideais liberais. Eis a ligação que os bacharéis brasileiros faziam entre as doutrinas positivista e liberal: eles concebiam os princípios epistemológicos e métodos da primeira como suporte para a realização do objetivo emancipacionista da segunda. Da escola comtiana derivou principalmente uma doutrina educacional<sup>339</sup> destinada a retirar o indivíduo de seu obscuro mundo de superstições, habilitando-

---

<sup>334</sup> Id., loc. cit.

<sup>335</sup> COMTE, Augusto. **O espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes Monteiro. Porto (Portugal): Rés, [s/d]. p. 41.

<sup>336</sup> Ibid., p. 173.

<sup>337</sup> Ibid., p. 123.

<sup>338</sup> ZEA, 1976, p. 285.

<sup>339</sup> O positivismo comtiano encontra como adeptos Agustín Aragón no México, Juan Enrique Lagarrigue no Chile, Leopoldo Herrera na Argentina, os irmãos Lagarrigue no Chile, Javier Prado e Ugarteche no Peru (Ibid., p. 81-84) e, no Brasil, Luís Pereira Barreto, Miguel Lemos e Raimundo Teixeira Mendes (JAIME, Jorge. **História da filosofia no Brasil**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Faculdades Salesianas, 1997-2000. v. 1, p. 217 e 242).

o para as tarefas práticas da vida pessoal e comunitária. Já o positivismo inglês teve maior penetração<sup>340</sup> no campo filosófico político. Com Miguel Lemos e Teixeira Mendes,<sup>341</sup> o comtismo ortodoxo assume no Brasil, no final do século XIX, um perfil missionário, destinado a disputar o espaço pedagógico ocupado pelos padres católicos. A influência dessa escola é tão grande que o lema positivista *ordem e progresso* — em oposição à idéia de “anarquia e retrogradação” em que a França, segundo Comte, se encontra mergulhada desde 1789<sup>342</sup> — é inserido em 1889 na bandeira da república brasileira. Paralelamente, Tobias Barreto e Sílvio Romero, evolucionistas spencerianos vinculados à Faculdade de Direito do Recife, têm intensa atuação no meio político e sua obra apresenta cunho sociológico e historicista.

A expansão do positivismo é apontado pela ética da discussão como o primeiro problema com que a sociedade democrática deve se ocupar. Isso porque o positivismo estende cada vez mais o seu domínio sobre as ciências sociais e firma a supremacia da razão técnica, com a quase eliminação da razão prática. Razão técnica é aquela que caracteriza o modo de pensar e agir do empresário capitalista e do trabalhador industrial, orientado no sentido da correta eleição de estratégias para a adequada utilização da técnica e da ciência modernas com vista à dominação técnica sobre a natureza e sobre a sociedade. O conceito de razão técnica foi desenvolvido por Marcuse, em sua crítica à noção weberiana de racionalidade, a qual traz em si a ideologia tendente à institucionalização de uma dominação política. Habermas e Apel, em seus estudos sobre a ética da discussão, sustentam que a objetividade científica, tão desejada pelo positivismo, não pode prescindir de uma racionalidade prática intersubjetiva, a qual surge da linguagem e não da consciência subjetiva, ao contrário do que acreditava a filosofia do sujeito. “Se se admite a experiência comunicativa”, afirma Habermas, “e a teoria adota a forma de uma reconstrução de sistemas de regras, muda também a relação entre teoria e experiência frente ao paradigma

---

<sup>340</sup> Dentre os divulgadores da teoria de Spencer, destacam-se no Brasil, Tobias Barreto e Sílvio Romero (JAIME, op. cit., v. 1, p. 53), evolucionistas vinculados à Faculdade de Direito do Recife, além de Esteban Echeverría e Domingo Faustino Sarmiento na Argentina, José Victorino Lastarria no Chile, José Enrique Varona em Cuba, e historiador Justo Sierra Méndez no México, cuja obra, por sinal, dará respaldo teórico para a ditadura de Porfirio Díaz, que se estenderá de 1877 até 1911 (ZEA, 1976, p. 84-85).

<sup>341</sup> BORRALHO, Maria Luiza. Perfil de Augusto Comte. In: COMTE, op. cit., p. x.

<sup>342</sup> COMTE, op. cit., p. 29.



das ciências da natureza, previsto no programa positivista da ciência”<sup>343</sup>.

Por outro lado, a ética da discussão suscita o problema concerne à enorme expansão da área de influência da moral liberal individualista e às imensas dificuldades conseqüentemente acarretadas para a integração social, tendo em vista que a vida social é edificada não a partir das subjetividades individuais, mas a partir da intersubjetividade de opiniões e vontades compartilhadas, isto é, pressupõe que os membros da comunidade de significados intersubjetivamente partilhados se reconhecem mutuamente como competentes para entender-se sobre os direitos que devem reconhecer-se reciprocamente. Partindo da premissa de que a função de coordenação das ações dos sujeitos deve ser atribuída à linguagem, a ética da discussão concebe o “reconhecimento recíproco”<sup>344</sup> como a categoria ordenadora da vida social, o que resulta na necessária redução do papel da moral individualista. Destarte, o conceito-chave da ética da discussão é o conceito de razão comunicativa, com base na qual devem ser instituídos e orientados os processos de normatização dos comportamentos na sociedade. Em sua crítica ao positivismo, iniciada já em 1961,<sup>345</sup> ocasião em que acusou Karl Pop-

---

<sup>343</sup> HABERMAS, 2001a, p. 333.

<sup>344</sup> Ibid., p. 363.

<sup>345</sup> Habermas adere à crítica frankfurtiana ao positivismo por ocasião dos encontros de Tübingen, ocorridos em 1961 (DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 275). A partir de então, jamais abandonou essa postura crítica. O primeiro embate levantado pela ética da discussão de Habermas e Apel é justamente com o cientificismo positivista, que tende a reduzir toda a racionalidade à racionalidade do saber técnico e científico. A ética da discussão denomina *falácia cientificista-tecnicista* ao postulado metodológico do racionalismo crítico de Karl Popper segundo o qual a ciência unitária e a tecnologia social (*social engineering*) compõem, juntas, o fundamento da racionalidade crítica na política social de uma *sociedade aberta* (APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. p. 17). Segundo Popper, tanto os juízos de valor (proposições) quanto os juízos de fato (enunciados) podem ser submetidos à discussão racional; porém, na discussão racional sobre juízos de fato — isto é, na discussão científica —, o ideal norteador dos enunciados é o *acesso à verdade*, compreendida como a correspondência entre a afirmação e o fato; já na discussão sobre juízos de valor — isto é, na discussão política —, o ideal norteador das proposições é a *exigência de justiça*. Ocorre que, na discussão animada pelo ideal de justiça, a escolha da norma mais *justa* deixa-se fundamentar, entre outros fatores, no exame das *conseqüências* (POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. v. 2. p. 241), da opção por este ou por aquele valor, isto é, em juízos de fato, que podem turvar os juízos de valor. É por isso que, nas decisões políticas, fundadas em valores, pode haver falha: podemos vir a apreciar incorretamente as *conseqüências* da decisão, haja vista não estarmos trabalhando no campo da *verdade*, mas no da *justiça*. A

---

isso Popper chama de princípio do falibilismo, segundo o qual a consciência da falibilidade das decisões racionais faz com que se deixe de considerar a razão como algo absoluto e incondicional para concebê-la como uma razão suscetível de crítica: “o cerne da verdade é justamente o de que não existe qualquer critério geral de verdade” (Ibid., p. 394). A objetividade da decisão política, destarte, deve ser obtida através de um procedimento público de legitimação do processo de produção da norma, baseado em um meio comum de comunicação, ou seja, uma linguagem comum da razão, o que só é possível no âmbito de uma *sociedade aberta*. Sociedade aberta é a sociedade democrática na qual o indivíduo é chamado a tomar decisões pessoais e a conviver com as decisões dos demais e na qual ele pode modificar seu *status* social. Ela se contrapõe à sociedade fechada, que é a coletivista, fundada em crenças metafísicas, no contexto da qual não há como pensar em mobilidade social e na qual não existe a possibilidade da regulação dos conflitos por meio da deliberação pública crítica. Popper declara rejeitar o irracionalismo e acreditar na razão (Ibid., p. 241), que, para ele, significa não apenas acreditar na *minha* capacidade de apresentar opiniões fundamentadas corretamente, mas também acreditar na razão do *outro* (Ibid., p. 246), o que supõe a disposição cautelosa de abdicar de todo argumento de autoridade e ouvir e refletir sobre os argumentos críticos do outro (Ibid., p. 232). Dessa forma, se todos participarem da discussão pública em igualdade de condições, a lógica maniqueísta schmittiana amigo-inimigo acaba por se dissolver no debate. A crítica livre e recíproca das pretensões de validade defendidas por inimigos (no sentido schmittiano) gera um embate de idéias cujo caráter racional permite a ele substituir-se ao embate físico, irracional, o qual, por sua vez, se manifesta quando a crítica é proibida, seja mediante proibição política, direta, seja mediante proibição econômica, fática, quando se priva o inimigo de condições empíricas de fazer sua crítica ser ouvida. Daí Popper conclui que a *discussão crítica argumentativa* está para a *norma ética* assim como a *experiência* está para a *verdade científica*; enquanto a experiência revela a verdade fática, a discussão revela a norma ética, que, por sua vez, não representa uma *verdade*, mas apenas uma *decisão razoavelmente justa*. Ocorre que, em 1961, por ocasião dos adendos acrescidos à sua obra *The open society and its enemies* (‘A sociedade aberta e seus inimigos’, 1945), Popper acaba reconhecendo que a própria constituição de um espaço aberto de argumentação depende de uma “decisão fundamental” (Ibid., p. 401), isto é, de uma decisão primeira consistente na decisão de constituir ou não o espaço público de discussão e de submeter ou não as escolhas públicas a procedimentos de legitimação argumentativa. Compreendida nesses termos a *decisão fundamental* de criação do espaço público, é óbvio que não cabe em relação a ela a legitimação discursiva, por uma impossibilidade conceitual: se a *decisão fundamental* original se destina justamente a constituir o espaço público de discussão, este espaço ainda não existe antes da *decisão fundamental* que, por isso, será necessariamente uma decisão individual. E aqui Popper deixa ressurgir a lógica schmittiana amigo-inimigo, que redundna na negação da razão e na conseqüente irracionalidade intrínseca da decisão política. Em outras palavras, Popper vislumbra no racionalismo um momento de decisionismo insuperável, no ponto em que a própria escolha original em favor da razão se assenta numa decisão irracional — não no sentido de que essa decisão seria não criticável ou não sujeita à argumentação, mas no sentido de que, mesmo sendo aberta à problematização e à argumentação, ela permanece *livre*, porque o sujeito pode recusar-se a tomar a decisão de escolher a razão apesar de toda a argumentação crítica que se lhe ofereça. Segundo Popper, “é a caracterização emocional do homem, e não sua razão, que determina sua atitude” (Ibid., p. 235). Nesses termos, o indivíduo pode permanecer inserido numa relação política argumentativa deliberativa, ao mesmo tempo em que, no entanto, preserva seu momento de decisionismo irracional e sua postura orientada pela lógica amigo-inimigo. Não há como obrigá-lo a decidir de modo racional, isto é, de modo não emocional. Trata-se, como se vê, da disputa entre o racionalismo de Kelsen e o decisionismo de Schmitt, reproduzida nos debates entre Adorno e Popper, nos anos 1960, entre Habermas e Luhmann e entre Apel e

per de negar-se à reflexão sobre os pressupostos da atividade científica. A teoria do discurso denuncia que o positivismo jurídico historiciza o direito e nega a este qualquer conteúdo moral: o processo positivista de produção do direito se desfaz em puro decisionismo que compreende a norma como mero resultado do jogo de forças oriundas dos fatores reais de poder. Isso gera a descrença na possibilidade de que o direito

---

Hans Albert, nos anos 1970. O problema que se apresenta à ética da discussão consiste em descobrir como a própria escolha *em favor da razão* pode ser racionalmente fundada, em face do tese de Popper segundo a qual seria absurdo postular a existência de uma *decisão fundamental racional*, com base na qual se poderia fundamentar na razão a escolha em favor da razão, ou seja, em favor da discussão argumentativa. Segundo Popper, somente a “fê” na razão (Ibid., p. 241) poderia explicar a aceitação da idéia de que a passagem da irracionalidade para a racionalidade se faz através de uma decisão racional: se o indivíduo ainda não se encontra inserido no contexto da *racionalidade*, pois ainda não optou por essa inserção e assim permanece inserto no contexto da *irracionalidade*, como é que ele poderia empregar a *razão* para decidir passar para aquele contexto? O erro de Popper, segundo Apel, está em não distinguir entre fundamentação especulativa e fundamentação transcendental. A primeira se baseia num *fundamento absoluto*, que supõe uma verdade indubitável, demonstrável pela via da *razão dedutiva*. A fundamentação transcendental se baseia num *processo de fundamentação a partir de enunciados pressupostos*, que permite a investigação das condições de possibilidade dos fatos, a pressuposição intelectual de um determinado enunciado e a escolha consistente na admissão ou não daquele enunciado proposto; o fundamento transcendental é demonstrável pela via da *razão reflexiva*. No âmbito da fundamentação especulativa, realmente não é possível encontrar um fundamento primeiro para a escolha em favor da razão; mas a razão transcendental permite encontrar um fundamento racional-reflexivo para tal escolha, graças a uma tomada de consciência transcendental de que “quem não toma uma tal decisão [em favor da racionalidade], mas opta pelo ‘obscurantismo’, encerra assim a própria discussão, e sua decisão passa então a ser irrelevante *para a discussão*” (APEL, 2000a, p. 467). A ética da discussão, destarte, inverte a lógica popperiana: a idéia de que um participante da discussão argumentativa pode decidir pela irracionalidade constitui uma *contradição dialética*, nos seguintes termos: o sujeito que tenta argumentar racionalmente em favor da escolha contra a racionalidade está agindo de modo visivelmente contraditório (isto é, em *contradição dialética*), pois a sua postulação (de escolher a irracionalidade) deve poder ser defendida pela via *racional* argumentativa, e assim ele terá necessariamente que pressupor o valor que está a refutar, a saber, o valor da racionalidade. Ora, se, para que o sujeito possa decidir contra a racionalidade, ele tem de estar inserido no contexto da racionalidade, na medida em que a própria escolha contra a razão constitui um ato racional fundamentado argumentativamente, podemos concluir que a escolha contra a razão pressupõe uma escolha logicamente anterior em favor da razão, pois o próprio ato da decisão em favor da irracionalidade depende de ter o sujeito anteriormente assumido a posição racional que permita a ele tomar qualquer outra decisão — inclusive a de entregar-se à irracionalidade. Está aí implícita a noção, há pouco mencionada, de *consciência transcendental* fundada na razão reflexiva, que inverte, portanto, a lógica do irracionalismo: para Popper, a decisão em favor da razão pressupõe um momento anterior de irracionalidade, pois o sujeito, antes de decidir em favor da razão, encontra-se imerso no contexto da irracionalidade. Para Apel, ao contrário, a decisão em favor da irracionalidade é que pressupõe uma decisão anterior em favor da racionalidade, pois o ato de qualquer decisão é sempre um ato racional.

possa proporcionar algum fundamento moral para as relações entre os indivíduos, de modo que o direito se brutifica em pura facticidade, na qual a validade se dilui. No outro extremo, a teoria do discurso também se afasta do direito natural, no ponto em que este apresenta a si mesmo como uma ordem abstrata perfeita previamente estabelecida, ou seja, pré-política, que serve de modelo para os ordenamentos jurídicos históricos. Nesse caso, ao contrário do que acontece no modelo positivista, tem-se a proeminência da moral metafísica em demérito dos fatores culturais e históricos de poder. O direito natural moral a que Habermas se refere é o direito platônico, que concebe o direito como uma espécie de cópia da moral e que tenta esconder o direito sob o manto da moral para eximi-lo de enfrentar o mundo da vida ou, mais especificamente, a tensão entre a validade e a facticidade existente no mundo da vida. Para a teoria do discurso, o direito positivo da sociedade democrática — o qual, por definição, é sempre mutável — extrai sua legitimidade de uma racionalidade procedimental que deriva de um consenso comunicativo em função do qual os indivíduos regulamentam o processo de formação racional da vontade e da opinião. Posto ser o processo comunicativo integrado por indivíduos racionais que defendem livremente suas pretensões de validade com base em argumentos e que estão orientados para a obtenção do consenso, é plenamente possível considerar-se, no âmbito desse processo, tanto a facticidade *positivista* dos fatores culturais e históricos passíveis de influir nos resultados empíricos da norma que venha a ser produzida, quando a validade *naturalista* dos valores morais, que podem ser sustentados discursivamente com base em argumentos morais, da mesma maneira que quaisquer outros valores históricos, culturais e éticos.

Nas últimas décadas do século XIX, o Brasil acalentava a ilusão de ter quase se equiparado às grandes nações civilizadas: havia sido implantados governos republicanos; o sistema político, econômico e social agora era respaldado em critérios científicos positivos; foram construídas redes ferroviárias e fábricas, sobretudo de fiação e tecelagem; expandiram-se a indústria alimentícia e a mineração;<sup>346</sup> os governos investiam em sistemas de saneamento urbano e de iluminação de ruas. O passado de autoritarismo e violência à cidadania parecia ter ficado para trás. Logo se constataria, no entanto, que uma mentalidade

346

---

FURTADO, Celso. **A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos**. São Paulo: Nacional, 1976. p. 119.

colonialista e patrimonialista secular não se altera com facilidade. O juspositivismo provê os Estados latino-americanos de excelentes códigos legislativos que firmam amplos sistemas de garantia de direitos individuais, políticos e sociais, mas não logra, no entanto, modificar a realidade cultural e econômica da sociedade de modo a dar efetividade a esses direitos. O liberalismo, o republicanismo, o positivismo mais se assemelham a novas roupagens que mal disfarçam a estrutura autoritária de regimes políticos tendentes à preservação de um cenário marcado por profunda desigualdade social, falta de respeito à cidadania e uso do patrimônio público em benefício particular. A América Latina continua a se portar como colônia e toda sua estrutura econômica urbana, centrada nas fábricas e estradas de ferro, pertence de fato a europeus e norte-americanos.<sup>347</sup> Até meados do século XX a maioria do povo continuará no campo, explorado e oprimido pelas oligarquias rurais nas fazendas hortifrutigranjeiras, nas *haciendas* e *estancias* de gado e couro e nas *plantagens*<sup>348</sup> de cana, tabaco, algodão, cacau e café.

É evidente que tal estrutura econômica influi diretamente na produção das leis, em proveito dos grandes proprietários de terras e em prejuízo da massa trabalhadora. Como se vê, a modernidade jurídica latino-americana, de modo inteiramente paradoxal, em vez de ampliar as liberdades fundamentais, é usada para legitimar o sistema de discriminação e exclusão social. O discurso liberal da elite intelectual diverge do pensamento conservador em alguns tópicos, mas não toca nas questões fundamentais, que dizem respeito à origem e à validade dos títulos aquisitivos das grandes propriedades rurais e à legitimidade dos poderes constituídos. A doutrina civilista dos liberais, atrelada a uma interpretação individualista e formalista, acaba servindo, ao contrário, para oficializar a posse dos grandes senhores, mediante a negação de qualquer função social à propriedade. Em meados do século XIX os governos latino-americanos promovem uma espécie de reforma fundiária: privatizam as terras comunais dos índios e as entregam a particulares, provocando com isso o extermínio de inúmeras comunidades nativas;<sup>349</sup> nacionalizam as terras da Igreja por meio de leis de desamorti-

---

<sup>347</sup> STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. **A herança colonial da América Latina**. Tradução de José Fernandes Dias. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1983. p. 104.

<sup>348</sup> MAURO, Frédéric. **Origens da desigualdade entre os povos da América**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 22-23.

<sup>349</sup> RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **Lecciones de historia del derecho mexicano**. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1997. p. 150.

zação; nem sequer questionam, no entanto, a posse dos grandes latifúndios privados mantida pelos coronéis. O positivismo, paradoxalmente, acaba sendo instrumentalizado por correntes do pensamento autoritário, no sentido de fornecer elementos teóricos para a formalização do regime político vigente, instituindo um contexto no qual liberais e conservadores desenvolvem uma política de revezamento no poder, a fim de possibilitar a convivência relativamente pacífica de seus interesses. Esse acordo proporcionou a criação de um modelo inusitado de sistema de governo, intrinsecamente contraditório: a *ditadura liberal*, cujo exemplo mais marcante foram as sucessivas ditaduras na Venezuela, entre 1864 e 1889,<sup>350</sup> nas quais o caudilho Antonio Guzmán Blanco e seus seguidores impunham vários dogmas liberais.

Com isso, concluímos o segundo capítulo, em que procuramos demonstrar que a ausência de um espaço público constituinte de uma esfera pública política impede que se reconheça que o Estado brasileiro teria experimentado algum período de vivência democrática até 1988, quando teve início a fase de transição para a democracia. O erro crucial do pensamento bacharelista está, segundo podemos extrair de Habermas, no “mal-entendido positivista”<sup>351</sup> de acreditar que os direitos humanos estão à disposição do legislador. Assim, consentiram na atuação de regimes autoritários formalmente assumidos ou disfarçados, no âmago dos quais conviviam ironicamente o discurso enaltecedor da liberdade e do direito, ao lado de uma realidade marcada pela total falta de efetividade dos direitos privados e políticos mais elementares, como procuramos demonstrar neste capítulo. No próximo capítulo, pretendemos esboçar uma breve reconstrução da formação do judiciário brasileiro, a fim de averiguar, por um lado, de que forma a tradição autoritária patrimonialista do Estado brasileiro repercutiu na estrutura, cultura e funcionamento desse poder histórico e, por outro lado, em que medida a configuração atual assumida por esse poder se adapta ao modelo conceitual normativo adotado para efeito deste estudo. Depois de termos averiguado a formação e a situação atual do judiciário brasileiro, pretendemos, ainda no capítulo 3, delinear o papel que cabe ao poder judiciário no Estado democrático, para o que teremos de fazer al-

---

<sup>350</sup> Esse regime híbrido foi adotado também, à época, no Peru, Bolívia, Paraguai, Uruguai, Chile e nas repúblicas do Caribe e da América Central (DOZER, Donald Marquand. **América Latina: uma perspectiva histórica**. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Globo, 1974. p. 418-432).

<sup>351</sup> HABERMAS, 2002, p. 222.

guns comentários sobre o ativismo judicial, haja vista que os adeptos desse movimento recortam uma imagem da justiça oposta àquela que entendemos correta. Será com base no resultado dessas análises, relativas ao perfil da justiça brasileira e ao modelo normativo de judiciário apto a funcionar adequadamente no ambiente democrático, que poderemos concluir se existe ou não um déficit político institucional do poder judiciário brasileiro.

### 3. PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E ATIVISMO JUDICIAL

A proposta deste capítulo é avaliar o perfil do poder judiciário que o Estado brasileiro construiu ao longo da história e compreender de que modo o ativismo judicial atua no âmbito desse poder. Nos capítulos anteriores, apontamos o conceito normativo de democracia deliberativa como o marco de referência que deve orientar e balizar o processo de transição política no Brasil e, em seguida, vimos que o Estado brasileiro foi dominado, ao longo de toda sua história, por governos não democráticos de tipo autoritário, que legaram à sociedade uma estrutura estatal, social e econômica de caráter patrimonialista, bacharelista e burocrático-formalista fortemente influenciada pela tradição hierárquica escravista, sobre a qual a Constituição de 1988 implantou o modelo democrático. Esse modelo e essa tradição implicam enormes dificuldades para o desenvolvimento do processo de transição para a democracia. Agora chegamos ao ponto em que cabe indagar: como essa história de quinhentos anos de autoritarismo refletiu na formação e evolução do poder judiciário brasileiro? Faremos, por isso, uma breve averiguação sobre o processo evolutivo que, iniciado em 1500, legou à sociedade brasileira, em 1988, um aparato judiciário dotado de certo perfil que praticamente inviabiliza o funcionamento de canais de comunicação com a esfera pública. O intuito explícito da primeira parte deste último capítulo é recolher os elementos históricos e sociológicos mais significativos para a composição de uma base antropológica que permita passar ao principal problema da tese, que consiste em saber em que medida o déficit democrático deliberativo do *Estado* brasileiro acarretou um déficit político de seu poder judicial ou, em outras palavras, até que ponto a justiça brasileira, nos moldes em que se encontra constituída a partir de 1988, tem aptidão para desempenhar razoavel-



mente sua função política institucional e como isso reflete em termos de déficit político institucional.

Em seguida, discorreremos sobre algumas noções elementares relativas à definição das funções institucionais que cabem ao poder judiciário no Estado democrático, pois esse rol de competências é que nos dará elementos para estabelecer os limites de seu papel político institucional. Teceremos, então, alguns comentários sobre o ativismo judicial e a judicialização da política. Tal incursão teórica é necessária em face do objetivo de definir quais são as funções institucionais do aparato de justiça no Estado democrático deliberativo. Por quê? Porque é justamente no marco da discussão relativa ao ativismo judicial que se situa o divisor de águas entre os dois modelos atuais mais representativos de poder judiciário democrático. A função institucional do judiciário, que precisamos definir para identificar se existe ou não um déficit político, abrange decisões de conteúdo político? O trabalho a que nos propomos, consistente em esboçar o papel normativo do judiciário na sociedade democrática a partir da delimitação de suas funções típicas, nos levará, ao cabo, a optar pelo paradigma de um juiz de tipo ativista, ou o contrário? Por isso, não há como tangenciar essa questão, que abordaremos da seguinte forma: primeiro, trataremos em linhas gerais da questão da função judiciária, a partir da reconstrução das funções estatais na sociedade democrática segundo o modelo habermasiano; em seguida, introduziremos alguns comentários sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, com foco no objetivo específico de tornar claro o papel que a doutrina ativista atribui ao juiz. Por fim, após ter sido devidamente averiguada a questão do ativismo judicial, retornaremos, no último capítulo, à tarefa de definir a função política institucional do poder judiciário, ocasião em que concentraremos o foco sobre alguns aspectos importantes da questão.

### 3.1 FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A modelo de poder judiciário vigente atualmente no Brasil é o resultado da atuação das mesmas forças que definiram o perfil do próprio Estado brasileiro e, por isso, trata-se de um aparato judicial que foi moldado, desde o início, para dar conta de atender às necessidades de um Estado autoritário, patrimonialista e discriminatório e que, portanto, não está minimamente aparelhado para atender as exigências típicas de uma sociedade democrática. Basta lembrar que (a) entre 1500 e

1822 o país era mera colônia cujo administrador local era subordinado ao governo de Portugal, (b) entre 1822 e 1889 esteve sujeito a monarcas cujo poder se fundava em direito hereditário e que pertenciam precisamente à linhagem da família lusitana que já dominava a colônia no período anterior e (c) entre 1889 e 1998, o país, durante quase metade desse período,<sup>352</sup> foi comandado por ditaduras assumidas. Considerando que, dos 510 anos de história, apenas em relação a 55 anos se poderia questionar ter havido algum vislumbre de democracia — o que, de qualquer forma, como vimos no segundo capítulo, não chegou a ocorrer —, não há sequer como cogitar seriamente que a justiça brasileira pudesse ter sido organizada de modo a atender as expectativas de um regime democrático que nunca existiu. Ao contrário da América do Norte — para onde os imigrantes ingleses trouxeram uma considerável experiência democrática, que, de resto, continuou a ser desenvolvida nos séculos XIX e XX —, a América portuguesa formatou suas instituições políticas e jurídicas em sintonia com sua condição colonial, escravista e patrimonialista e, mesmo a partir de 1889, em sintonia com uma realidade social hierarquizante que deu ensejo à manutenção de um sistema político e jurídico violador de direitos e injusto.

Nas primeiras três décadas da colonização, os portugueses não tinham interesse nem condições materiais de dar início à colonização do território brasileiro, que, por isso, servia como mero entreposto destinado à exportação da ibirapitanga (pau-brasil). As normas jurídicas aplicadas até 1530 eram alvarás e cartas-régias do rei português. Em 1532, para afugentar franceses e espanhóis que tentavam se fixar nas regiões costeiras, d. João III deu início à colonização, com a expedição de Martim Afonso de Souza,<sup>353</sup> que fundou a primeira vila, em São Vicente, no litoral paulista. Como ninguém queria se arriscar na aventura transatlântica, o rei ofereceu, àqueles que se dispusessem a se transferir para a colônia, a soberania sobre os territórios ocupados, mediante delegação da coroa. Mesmo assim, apenas doze indivíduos, de pequena expressão social e econômica, apresentaram-se para a empreitada;<sup>354</sup> o território brasileiro foi dividido em doze faixas horizontais, denominadas capitânicas hereditárias. O sistema político-

---

<sup>352</sup> Referimo-nos às ditaduras militares de 1889-1894 e de 1964-1988 e à ditadura Vargas de 1930-1945.

<sup>353</sup> DOZER, op. cit., p. 82.

<sup>354</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 31.

econômico das capitanias se assemelha ao feudalismo europeu: o *capitão* se instala no país com base em suas próprias forças e recursos particulares,<sup>355</sup> porém recebe da coroa poderes absolutos dentro da área apossada, ao passo que o monarca conserva os direitos de suserania. Trata-se, na verdade, de um sistema híbrido, que funde elementos do feudalismo, do escravismo ibérico e do mercantilismo nascente, do qual os lusitanos assimilam a prática do monopólio, por força do qual as colônias só podem comerciar com sua metrópole. Os três elementos constitutivos da organização agrária — e, portanto, da estrutura econômica — do Brasil colonial nos três primeiros séculos já estão aí presentes: o latifúndio, a monocultura (sobretudo da cana) e o trabalho escravo.<sup>356</sup>

Como a vida política, econômica e social no Brasil estavam inteiramente alicerçadas no trabalho escravo, toda a atividade jurídica dos dois primeiros séculos se destinava a administrar o conflito entre os colonos europeus e os nativos americanos e, a partir de 1520,<sup>357</sup> a regular a incorporação de escravos africanos ao sistema. A partir de 1530, além dos alvarás e cartas-régias, passam a vigorar também as Ordenações e decretos baixados pelo monarca português, denominados cartas de lei, regimentos e provisões. O sistema de capitanias não era eficaz para consolidar o domínio da coroa portuguesa, sobretudo em face das investidas francesas na costa brasileira. Por isso, a 17 de dezembro de 1548, d. João III assina uma série de regimentos por força dos quais cria o Governo Geral do Brasil e instala o primeiro corpo funcional da colônia, cujos principais cargos eram: o governador geral,<sup>358</sup> o ouvidor geral, o provedor-mor e o capitão-mor da costa.<sup>359</sup> Essa grande expedição, que aporta em Salvador em 1549 e instala ali a capital da colônia, traz o primeiro magistrado a atuar no Brasil.<sup>360</sup> As

<sup>355</sup> FREYRE, 2002a, p. 153.

<sup>356</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense; Folha da Manhã, 2000. p. 121.

<sup>357</sup> BLACKBURN, op. cit., p. 148.

<sup>358</sup> O primeiro governador geral do Brasil foi Tomé de Sousa.

<sup>359</sup> MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do direito nacional**. 3. ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 114.

<sup>360</sup> Vieram também, na ocasião, um almoxarife dos mantimentos, um mestre de fortificações, escrivães da provedoria, dos contos e do almoxarifado, grande quantidade de burocratas subalternos, mecânicos e artesãos (Ibid., p. 114), um tesoureiro real, seis jesuítas, soldados, colonos e criminosos degredados de Portugal (SCHWARTZ, Stuart B.; LOCKHART, James. **A América Latina na época colonial**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 229).

funções administrativas e judiciárias se confundiam: o ouvidor geral era responsável pela resolução judicial dos litígios e aplicação das punições legais, mas também pela administração fazendária e pela chefia militar.<sup>361</sup> As decisões do ouvidor geral eram irrecorríveis, exceto em alguns casos para os quais era previsto recurso à Casa de Suplicação de Lisboa. Da mesma forma, aos provedores incumbia a gestão administrativa da fazenda e das alfândegas, mas também o julgamento dos litígios relativos à tributação, sesmarias e taxas aduaneiras. A implantação do governo geral e a aplicação das Ordenações na colônia enfraqueceram os donatários e a justiça local, mas não afetaram o clero, porque seus aldeamentos só estavam sujeitos à justiça eclesiástica.

Com a transposição do direito luso-romano para a colônia, o conquistador português elimina o direito consuetudinário nativo e impõe um sistema jurídico patrimonialista e autoritário. Ao longo das primeiras décadas, o direito colonial se transformará em uma mescla entre o desdobramento do direito lusitano reduzido a um sistema de regulação das parcas relações das quais os colonos tomavam parte e o direito indigenista de inspiração canônica, o qual, por sua vez, assimilava alguns institutos indígenas pré-coloniais. De que forma ocorria essa simbiose? Os nativos resistiam até à morte às tentativas de escravização;<sup>362</sup> por isso, a fim de possibilitar o controle duradouro dos territórios conquistados a coroa aliou-se à Igreja católica para a implementação de um projeto de conversão espiritual dos índios, desenvolvido sobretudo pelos jesuítas.<sup>363</sup> Esta ordem religiosa se dedicava pri-

---

<sup>361</sup> O primeiro ouvidor geral do Brasil foi Pero Borges.

<sup>362</sup> No início, enquanto a atividade extrativa se limita ao pau-brasil, os índios conseguem se adaptar. Entretanto, quando inicia o cultivo da cana, que consiste num trabalho mais sedentário e metódico, os nativos começam a fugir e a organizar ataques aos povoados coloniais (VAINFAS, Ronaldo. **Ideologia e escravidão**: os letrados e a sociedade escravista no Brasil colonial. Rio de Janeiro: Vozes, 1986. p. 30). Outrossim, diferente do colonizador espanhol, o imigrante português não é um soldado nem um jurista, mas um agricultor, marinheiro ou comerciante (MAURO, op. cit., p. 17).

<sup>363</sup> A criação da ordem jesuítica resultou, em grande parte, de uma reação de Roma à Reforma luterana. Com efeito, diante das as violentas críticas lançadas por Martin Luther a partir de 1517, o papa Paulo III convocou o Concílio de Trento (1545-1563) com o objetivo de analisar essas críticas. O Concílio, no entanto, reafirmou todos os dogmas católicos, inclusive o do monopólio da interpretação da Bíblia pela Igreja, e decidiu restaurar a Inquisição em sua forma primitiva, na qual a denúncia é anônima (MANDROU, Robert. **Magistrados e feitiços na França do século XVII**: uma análise de psicologia histórica. Tradução de Nicolau Sevcenco e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 80); o réu não é informado sobre o teor da acusação; (NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 59); a tortura é prevista pela lei como meio de obtenção de confissão (MANDROU,

mordialmente à ação missionária, exercida por meio da pregação, da confissão e do ensino. Em pouco tempo eles já monopolizavam o sistema de ensino em Portugal e no Brasil<sup>364</sup> e, dessa forma, assumiam o controle da formação educacional dos filhos da elite,<sup>365</sup> o que lhes garantia certa autoridade sobre os senhores locais. Se, por um lado, os jesuítas defendiam o respeito aos direitos humanos, por outro lado, eles reforçavam a tradição bacharelesca e retórica do colonizador ibérico — que influirá, nos séculos seguintes, na consolidação do perfil da classe jurídica e, por consequência, do modelo de administração estatal.

A linha pedagógica adotada pelos padres, apoiada em Aristóteles e Tomás de Aquino, valorizava as atividades literárias e acadêmicas, a retórica, o latim, a lógica formal, colocando em segundo plano o trabalho técnico e produtivo, bem como as doutrinas liberais e racionalistas. Defensores de uma ordem moral inflexível e obedientes a uma severa hierarquia interna, os padres assumem a tarefa de cristianização e defesa dos índios e passam a agrupá-los em povoados, chamados *missões* ou *reduções*, onde é adotado um sistema de vida comunitário.<sup>366</sup> Há um grande afluxo das tribos para as reduções, por ser o único lugar onde os índios encontram alguma proteção, sob o comando pa-

---

op. cit., p. 82), a qual, por sua vez, é a principal prova da culpa; os hereges são queimados vivos no auto-de-fé. Em 1555, o papa Paulo IV inicia a publicação do *Index Librorum Prohibitorum*, catálogo de livros proibidos que era atualizado periodicamente. Portanto, é justamente para propagar a Contra-Reforma que o papa Paulo III aprova, pela bula *Regimini Militantis Ecclesiae*, de 27 de setembro de 1540, a criação da *Societatis Jesu* (Companhia de Jesus), que havia sido fundada por Inácio de Loyola em 1534.

<sup>364</sup> O primeiro colégio jesuíta do Brasil foi instalado em Salvador, em 1550 (TOBIAS, José Antonio. **História da educação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Juriscredi, 1973. p. 46-47).

<sup>365</sup> SCHWARTZ et al, op. cit., p. 192.

<sup>366</sup> Dezenas de milhares de índios refugiaram-se nos aldeamentos criados pelos padres em torno das igrejas e colégios com o apoio da coroa. No Brasil, a primeira missão surge em Salvador, em 1552. Em seguida, na década de 1570 (SCHWARTZ et al., op. cit., p. 191), surgirão as *reducciones* de Lima (Peru) e da cidade do México, que depois se irradiarão para o norte do México e Paraguai, por milhares de quilômetros quadrados (JOHNSON, Paul. **História do cristianismo**. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Imago, 2001. p. 494). Chegaram a ser criadas 54 missões, das quais trinta prosperaram: oito no Paraguai, quinze na Argentina e sete no Brasil, estas conhecidas como os Sete Povos das Missões, no Rio Grande do Sul. Esse conjunto de reduções guaranis, que ocupava uma vasta região hoje dividida entre Paraguai, Argentina e Rio Grande do Sul, ficou conhecida como o Estado Jesuíta e perdurou de 1609 até 1767, quando os jesuítas foram expulsos da América pelas coroas ibéricas (RANGEL, 1997, p. 104). por ocasião do Tratado de Madrid, de 1750, em função do qual Espanha e Portugal permutavam territórios latino-americanos a fim de solucionar antigas divergências de fronteiras (SERRÃO et al., 1986, v. 8, p. 273)

ternalístico dos jesuítas, cujos castigos são brandos.<sup>367</sup> Ocorre que sua inserção abrupta no universo cultural europeu ocasiona a desagregação do sistema de valores indígena. Em troca do socorro jesuíta, o índio é obrigado a renunciar às suas tradições consideradas inadmissíveis pelos padres, tais como a poligamia, o casamento temporário, seus ritos de fé, seus deuses e o culto à memória de seus antepassados.

As missões ou reduções são organizadas segundo seu próprio sistema interno de normas. Inspirados nos costumes jurídicos das próprias tribos sedentárias, os jesuítas introduzem nas missões — e, portanto, no direito das reduções jesuíticas — a noção de propriedade coletiva, que contraria o pensamento ibérico individualista da época. Na verdade, esse princípio coletivista regerá todas as relações no interior das missões até o século XVIII. Os lotes são repartidos entre as famílias e redistribuídos periodicamente. A produção pertence àqueles que trabalharam no terreno. No entanto, o plano dos jesuítas de incutir paulatinamente no espírito do índio missioneiro a idéia da propriedade privada fracassa, pois não conseguem despertar neste a ambição por riqueza material. O trabalho também é coletivo, em regime de mutirão,<sup>368</sup> que conduz a outro fracasso; a submissão dos nativos à rotina rígida de trabalho à qual não estavam habituados, aliada à exposição permanente às doenças portadas pelos europeus, acarreta o aumento da mortalidade nas tribos.

Por conta dessa postura protecionista, os padres se colocam em permanente conflito com os colonos.<sup>369</sup> Considerando que a reforma de 1549 estabeleceu uma tensão entre os latifundiários, de tendência descentralizadora, e o governador geral, que busca a concentração do poder nas mãos do rei português, percebemos que havia no Brasil três forças políticas parcialmente antagônicas: a Igreja, os proprietários de terras e a burocracia estatal. Nesse contexto, a legislação dos primeiros séculos se concentra na regulação da questão indígena, como se observa no Regimento promulgado em 1549 pelo governador geral Tomé de

---

<sup>367</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. Tradução Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 26.

<sup>368</sup> Aliás, o próprio termo *motirão* é de origem tupi (FERREIRA, Moacyr Costa. **Dicionário morfológico tupi-guarani**. 2. ed. São Paulo: Edicon, 2004. p. 69).

<sup>369</sup> Destacam-se nessa primeira fase missionária, como defensores intransigentes dos índios brasileiros, os padres Manuel da Nóbrega e José de Anchieta.

Souza,<sup>370</sup> o qual constituirá, de resto, a norma fundamental da administração pública no país até sua revogação em 1677. A linha política instituída naquele Regimento se orientava por três metas: (a) a busca da paz na colônia, com a derrota das tribos rebeladas e de seus aliados franceses; (b) a evangelização dos índios aliados e sua proteção contra a escravização; (c) o apoio, inclusive material, aos projetos dos jesuítas.

A rivalidade entre jesuítas e colonos se agrava, até que, em 1651, o padre Antonio Vieira começa a proferir seus célebres sermões indianistas.<sup>371</sup> Um mês depois do *Sermão da Sexagésima*, d. João IV edita o Regimento de nove de abril 1655, que proíbe qualquer violência, injúria ou guerra contra os índios, institui a Junta das Missões sob a presidência do bispo André Fernandes e atribui a administração das aldeias aos jesuítas. A 20 de março de 1570 a coroa edita uma carta régia<sup>372</sup> que proíbe o *rescate* (sequestro e aprisionamento) de nativos pacíficos e impõe aos colonos os seguintes limites: só podem ser escravizados os índios antropófagos ou capturados em guerra justa, que é aquela travada contra tribos que se recusam a reconhecer a autoridade do rei e de seus prepostos, quais sejam, os colonos.<sup>373</sup> A carta régia de março de 1570 provoca furiosos protestos dos colonos, que levam o rei a determinar a instauração da Junta da Bahia — composta pelos governadores, o ouvidor geral Fernão da Silva e alguns jesuítas — a qual, em seis de janeiro de 1574, flexibiliza a lei contestada e decide ser passível de escravização todo índio que permaneça fora da vila portuguesa ou do aldeamento religioso por mais de um ano. Em face dessa norma, o destino dos nativos era exilar-se nas reduções ou sujeitar-se ao *rescate*. Em meio a tantas dificuldades relacionadas à escravização de nativos americanos, os proprietários mais ricos passam a substituir a mão-de-

---

<sup>370</sup> THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses: 1500-1640**. Tradução de Jesús Hortal. São Paulo: Loyola, 1981. p. 74. O mesmo ocorre na América espanhola, cuja legislação tem nas *Leyes Nuevas* de 1542 seu primeiro marco importante.

<sup>371</sup> No *Sermão da quinta domingo da quaresma*, pronunciado em 1651 na catedral de Lisboa (VIEIRA, 1959, t. 4, p. 121-211) e no *Santo Antonio aos peixes*, proferido em São Luís do Maranhão em 1654 (Ibid., t. 7, p. 245-280), ele denuncia que os colonos portugueses perturbam as atividades missionárias pois invadem-nas para caçar os gentios. No *Sermão da Sexagésima*, recitado na capela real de Lisboa em março de 1655 (Ibid., t. 1, p. 3-38), ele acusa os religiosos das ordens não-jesuíticas de negligenciar sua missão evangelizadora e, cobertos de falso zelo apostólico, acumpliciar-se dos colonos pecadores.

<sup>372</sup> Ibid., p. 105.

<sup>373</sup> PRADO JÚNIOR, 1985, p. 35.

obra indígena por escravos africanos, mais resistentes ao trabalho sedentário, menos suscetíveis às doenças oriundas do Velho Continente<sup>374</sup> e menos habilitados para a fuga ou a revolta, porque, além de não conhecerem a região, estão isolados e desarticulados entre si.<sup>375</sup> O tráfico atlântico cresce vertiginosamente: se no século XVI foram trazidos ao Brasil cerca de 370 mil africanos, no século XVII virão 1.870.000 e, no século XVIII, mais de 6.130.000 escravos.<sup>376</sup>

Sob o comando de Filipe II da Espanha a partir de 1580, a administração da justiça no Brasil sofre reformulações, caracterizadas pela expansão da burocracia e, portanto, do controle hierárquico. Em 1596 são criados os cargos de juiz de fora e de procurador dos índios. Em 1609, Filipe III instala em Salvador o primeiro Tribunal da Relação, como a suprema instância judiciária no Brasil, com a função precípua de fazer valer as leis da metrópole. O cargo mais elevado da corte é o do chanceler, cuja competência inclui o exame das acusações contra o governador geral. Assim, a jurisdição superior no Brasil, que era exercida de forma monocrática pelo ouvidor geral, se transfere para o Tribunal da Relação, ao qual o ouvidor é incorporado. O Brasil passa a contar com dez magistrados, cujos misteres são muito amplos, já que a idéia de justiça, como já mencionado, abrange a garantia do bem-estar geral do reino. O sistema administrativo altamente burocratizado, construído pelos portugueses desde o século XIV, faz da magistratura “a espinha dorsal do governo real tanto nas colônias quanto na metrópole”.<sup>377</sup> No mesmo ano da instalação do Tribunal em Salvador, Filipe III, para reafirmar a determinação da coroa em defender a liberdade dos índios, edita a Lei de 30 de julho, segundo a qual os gentios, cristãos ou pagãos, são livres por natureza e devem receber salário justo pelos serviços prestados. Dentro de cada aldeamento jesuítico é instalado um magistrado especial, escolhido pelo governador do Brasil, competente para julgar as demandas entre índios e brancos. A chegada dos juízes da Relação ao Brasil em 1609, decididos a pôr fim à escravidão indígena, é a gota d’água que faz transbordar o cadinho dos conflitos entre

---

<sup>374</sup> SCHWARTZ et al, 2002, p. 54.

<sup>375</sup> Os traficantes tinham a cautela de mesclar escravos aprisionados em regiões diversas da costa africana, de modo a evitar a formação de grupos de mesma origem étnica.

<sup>376</sup> BLACKBURN, op. cit., p. 458.

<sup>377</sup> SCHWARTZ, 1979, p. 57.



os colonos, os Habsburgos<sup>378</sup> e os jesuítas. As populações do Rio de Janeiro, Paraíba e Salvador, lideradas pelas câmaras municipais, realizam passeatas defronte aos prédios do governo e colégios jesuítas, lançando ameaças. Esses distúrbios, aliados à enxurrada de cartas de protesto enviadas à coroa, redundam na substituição da Lei de 1609 pelo Estatuto de 10 de setembro de 1611, que reitera as liberdades indígenas mas autoriza a escravização em certos casos.

Como se vê, as normas e as políticas públicas eram elaboradas, definidas e modificadas pelo governante, com base em sua opinião pessoal e na influência do clero e dos latifundiários, e não contavam com a participação de nenhum setor da sociedade. Nessa época, a doutrina ainda não havia estabelecido a distinção entre esfera pública e esfera privada; não existia um patrimônio público, no sentido moderno, mas apenas os domínios do rei. Na estrutura de poder colonial, a magistratura, embora fosse incapaz de garantir os direitos humanos mais elementares, era imprescindível para a manutenção do controle administrativo da metrópole sobre seu vasto império colonial. Isso impunha à coroa alguns cuidados. Somente podia se candidatar ao cargo de juiz quem houvesse cursado a Faculdade de Direito de Coimbra, única existente em todo o império português, que proporcionava aos alunos não apenas formação jurídica, mas também política e social, preparando-os para a administração pública em geral e infundindo neles o senso de lealdade e obediência ao rei. O processo de seleção do magistrado, denominado Leitura dos bacharéis,<sup>379</sup> era feito pelo Desembargo do Paço em Lisboa, mediante investigação da origem social e vida pregressa do candidato com base em oitiva de testemunhas e em informações solicitadas ao juiz real da localidade onde residiam os pais e avós do candidato. Não podiam ingressar na magistratura quem tivesse sangue árabe, mulato ou judeu, nem aqueles homens cujos pais ou avós fossem operários, artesãos ou pequenos comerciantes. O sistema judiciário, dessa forma, era estruturalmente discriminatório e elitizado.

Na época em que dirigiu os destinos do Brasil, Portugal era governado por monarcas absolutistas que atuavam com base em sua vontade pessoal. Quando d. João V morre, em 1750, após um longo governo absolutista e pedulário, o Estado está mergulhado em dívidas, so-

<sup>378</sup> A dinastia dos Habsburgos governou a Espanha durante quase dois séculos, iniciada com Carlos I (reinado: 1516-1556) e encerrada com Carlos II (reinado: 1665-1700).

<sup>379</sup> CALMON, Pedro. **A vida espantosa de Gregório de Matos**. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1983. p. 29.

bretudo com a Inglaterra, e o povo padece sob miséria e pesados impostos. D. José assume o trono e, com o intuito de restabelecer a saúde financeira do reino, três dias depois da morte de João V nomeia, como seu ministro, Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, que se destacará como o baluarte do despotismo esclarecido lusitano. Para fortalecer a coroa e reorganizar o sistema educacional, ele adota a premissa iluminista de secularização do poder político e, em 1759, expulsa de Portugal os jesuítas, que são a única força capaz de impedir a centralização do poder nas mãos do monarca ou, segundo Scantimburgo, “a guarda pretoriana do império teocrático”.<sup>380</sup> Os litígios judiciais são excluídos do alcance do direito canônico, o qual fica confinado ao âmbito eclesiástico. Para sanear as finanças do Estado, ele reestrutura a gestão pública e o exército, proíbe a exportação de ouro para a Inglaterra, investe em setores produtivos (agricultura, indústria e comércio) e passa a fiscalizar os gastos da nobreza e do clero.

É interessante ressaltar que o despotismo esclarecido extraía da doutrina iluminista apenas os elementos úteis à manutenção do regime absolutista:<sup>381</sup> dado que para o Iluminismo a clareza de raciocínio depende da universalidade dos conceitos, concluíam os ibéricos que o governo deve ser unitário, a fim de evitar a dispersão das idéias; outrossim, a concretização dos ideais de igualdade e de eficiência dependeria de um governo forte e centralizador, capaz de comandar com agilidade os fatores de produção. Naquela época ainda prevalecia a doutrina da política de segredo de Estado, estabelecida por Machiavelli em *Il principe* (1532). Contra a doutrina do segredo, que respaldava uma dominação baseada na *voluntas* da pessoa ou oligarquia governante, a filosofia iluminista desenvolvia, de modo lento e polêmico, uma racionalidade voltada à publicidade das decisões estatais, as quais deveriam se basear na *ratio*, e não na *voluntas*. A publicidade da norma jurídica encontrava sua justificação para Locke no *common consent*, e para Montesquieu, na *raison humaine*. Mas serão os fisiocratas que estabelecerão a relação explícita entre a lei e a razão que se expressa na *opinion publique* que “reconhece e torna visível a *ordre naturel*, para que o monarca esclarecido possa, então, fazer dela, configurada em normas gerais, a base de sua ação”, de modo que “a soberania deve ser, por

---

<sup>380</sup> SCANTIMBURGO, João de. **O Brasil e a Revolução Francesa**. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 39. Carlos III fará o mesmo na América hispânica em 1767, expropriando todos os bens daquela ordem religiosa.

<sup>381</sup> SCHWARTZ et al., 2002, p. 400.

esse caminho, levada a convergir com a razão”.<sup>382</sup> Para viabilizar o progresso da sociedade com base na supremacia da razão, o projeto filosófico da modernidade estrutura-se em torno dos princípios da liberdade e da igualdade, cuja tensão precisa ser operacionalizada por meio de um processo racional de deliberação pública.<sup>383</sup> O desprezo dos ibéricos pelo primeiro desses princípios, no entanto, gera flagrante contradição entre o discurso liberal e a realidade absolutista, que afeta até hoje os conceitos de política e cidadania nos países latino-americanos. Falta à Ilustração ibérica o caráter revolucionário que a caracteriza na França e na América do Norte.

Durante todo o período imperial, a estrutura judicial brasileira sofreu pouquíssimas alterações. O segundo Tribunal da Relação só será criado em 1751, no Rio de Janeiro. Como não houve no Brasil nenhuma compilação de leis semelhante àquela editada na América espanhola,<sup>384</sup> os juízes no Brasil sempre trabalharam com uma legislação copiosa e esparsa, composta de leis da metrópole e leis coloniais, estas versando geralmente sobre a situação dos indígenas, a tributação e o envio da produção agrícola e mineral à metrópole. A coroa concedia aos magistrados reais altos salários, além de outras vantagens e privilégios, por acreditar que, assegurando a eles um elevado *status* social, conseguiria mantê-los isolados da sociedade e imunes às pressões sociais e econômicas. Tais esforços, porém, produziam o efeito contrário: premiado com tamanha autoridade, mas sem contar com a legitimidade que deveria precedê-la, o magistrado, guiado pelo espírito patrimonialista que caracterizava o homem ibérico, se via inteiramente descomprometido com a vontade da sociedade e passava a empregar a

---

<sup>382</sup> HABERMAS, 1984, p. 72.

<sup>383</sup> Id., 1997, v. I, p. 60.

<sup>384</sup> Em 20 de novembro de 1542 foram assinadas as *Leyes Nuevas*, elaboradas por um conclave de juízes e intelectuais nomeados para tal fim pelo rei Carlos V em razão da situação de ampla desordem nas Índias americanas e, também, em razão das pressões indigenistas. A destruição das nações indígenas prosseguia; após alguns anos de retiro, Bartolomé de Las Casas retomara suas críticas à violência dos colonizadores e, em 1531, lançara uma severa admoestação ao Conselho das Índias reiterando denúncias contra os colonos (SAINT-LU, André. Introducción. In: LAS CASAS, Bartolomé de. **Brevísima relación de la destrucción de las Indias**. 13. ed. Madrid: Catedra, 2003. p. 17). O tema ganhara dimensão internacional. Os dois principais líderes hispânicos na América, Francisco Pizarro e Diego de Almagro, entraram em guerra devido a desacordo quanto às fronteiras de seus territórios (Peru e Chile), que culminou com a execução de Almagro em 1538 e de Pizarro em 1541. Isso tudo levou à elaboração das *Leyes Nuevas*, que são apontadas como a primeira Constituição política das Américas (RANGEL, op. cit., p. 120) e se destinavam a organizar o governo da colônia.

autoridade no sentido da realização de seus objetivos pessoais. O *status* e poder político do magistrado despertavam o interesse dos patriarcas das famílias ricas; a riqueza destes, por sua vez, seduzia o juiz. Surgia daí a associação entre magistrados e a alta sociedade colonial, ora mediante simples laços de amizade (ligações não ritualizadas), ora pelo casamento do magistrado com a filha do aristocrata local (ligações ritualizadas).<sup>385</sup> Muito embora o Alvará de 22 de novembro de 1610 proibisse o magistrado de casar-se na colônia, pelo menos 17% dos 168 desembargadores que trabalharam no Brasil até 1759 casaram-se com mulheres brasileiras.<sup>386</sup> Bem preparados tecnicamente,<sup>387</sup> autores de belos textos que valorizavam a justiça e a igualdade, os magistrados letrados, apesar da proibição legal, dedicavam-se a atividades mercantis e tornavam-se proprietários de terras. Quase todos eram donos de escravos e alguns, como Afonso Garcia Tinoco, “um dos membros mais competentes e conscienciosos do Tribunal brasileiro”,<sup>388</sup> nas horas vagas dedicava-se ao comércio escravista.

As reformas pombalinas se estenderam ao Brasil; como a área mais lucrativa da colônia se deslocara do nordeste para o sudeste e centro-sul, Pombal transferiu em 1763 a capital de Salvador para o Rio de Janeiro. No intuito de coibir o contrabando de ouro, proibiu as atividades de ourivesaria na colônia. Uma grande emigração de mais de vinte mil ilhéus açorianos foi promovida, a fim de ampliar a oferta de mão-de-obra e aplacar os conflitos locais entre colonos e índios. Foram criados os bancos comerciais de Grão-Pará, Pernambuco e outros menores. Com vistas a reforçar a segurança externa, o exército e a frota foram reequipados, e as fortalezas, reconstruídas de acordo com o novo sistema de bastiões do engenheiro Prestre de Vauban. Uma consequência imediata das reformas pombalinas, nesse contexto, foi o incremento do poder econômico da burguesia. Por outro lado, a expulsão dos jesuítas obrigou o governo português a reorganizar a instrução pública. A metodologia de ensino jesuítica foi substituída pelo *Verdadeiro método de estudar*, desenvolvido pelo iluminista Luis Antônio Verney em 1746.<sup>389</sup> Verney propunha o expurgo da filosofia escolástica tomista-

---

<sup>385</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 141.

<sup>386</sup> Ibid., p. 142.

<sup>387</sup> Ibid., p. 64.

<sup>388</sup> Ibid., p. 67.

<sup>389</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação:** crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94

aristotélica e de toda teoria metafísica, e sua substituição pelas novas doutrinas lógicas, físicas e matemáticas desenvolvidas por Locke, Descartes, Francis Bacon e Antonio Genovesi.<sup>390</sup> Mas essas mudanças não foram suficientes para corrigir o caráter formalista e ergóforo da elite, resultante da tradição patrimonialista e bacharelista que caracterizava a cultura ibérica.

No campo jurídico, Pombal empreendeu a reforma da Universidade de Coimbra e editou a Lei da Boa Razão em 18 de agosto de 1769, que separou definitivamente o direito secular do direito canônico-romano<sup>391</sup> e retirou do foro eclesiástico a competência para decidir questões temporais, ao estabelecer a distinção entre crime e pecado e dispor que no foro secular não “se pode conhecer dos pecados, que só pertencem privativamente, e exclusivamente ao foro interior e à espiritualidade da Igreja”.<sup>392</sup> Ao aplicar as normas ditadas pelo rei, o juiz deve interpretá-las segundo os ditames da boa razão, ficando desobrigado de recorrer aos pareceres dos glosadores. Essa ampliação da margem de interpretação da lei explica em parte a grande vitalidade das Ordenações Filipinas, que vigorou por muitos séculos. A *boa razão* mencionada na lei nada mais é do que a *ratio* moderna, fundadora do humanismo iluminista. Usar a boa razão significa, portanto, adequar a decisão aos princípios universais e inalteráveis do direito natural, aos quais o homem tem acesso por meio não da revelação cristã mas da racionalidade. Essa valorização tardia do racionalismo humanista se destina a forçar uma modernização rápida capaz de recuperar Portugal do atraso em relação aos demais Estados europeus, já que, até o século XVIII, a indústria ibérica ainda não entrara na fase capitalista.<sup>393</sup> Em 1772, Pombal realiza a revisão dos estatutos da Universidade de Coimbra e em 1774 funda a Academia Real de Ciências em Lisboa. Os novos estatutos de Coimbra instituem a cátedra de *história do direito português*, até então inexistente, e determinam que seu titular redija a primeira obra sobre essa disciplina para fazer frente aos diversos compêndios de *história do direito romano* então disponíveis. Dando cumprimento ao estatuto, a Academia Real de Ciências publica em 1778 a *Historia juris civilis lusitani*, de Pascoal José de Mello Freire dos Reis

---

<sup>390</sup> SCANTIMBURGO, op. cit., p. 37.

<sup>391</sup> VALLADÃO, op. cit., p. 44.

<sup>392</sup> NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 25.

<sup>393</sup> PRADO JÚNIOR, 1985, p. 123.

(1738-1798), e, entre 1780 e 1793, as *Institutiones juris lusitanea* do mesmo autor, em sete volumes.<sup>394</sup>

As transformações causadas pelas reformas pombalinas no direito e no sistema judiciário português e brasileiro quase não ultrapassam o âmbito puramente teórico, já que o verdadeiro propósito de Pombal é fortalecer o poder real. Todo o quadro administrativo do império continua a ser formado em Coimbra. Outrossim, têm de ser previamente aprovados pelo rei não apenas os livros e compêndios utilizados em Coimbra, mas qualquer livro ou periódico editado na metrópole ou nas colônias.<sup>395</sup> A coroa tenta assim manter o controle absoluto sobre a divulgação das idéias. A política de Pombal encontra resistência tanto nos setores conservadores, que não se conformam com a perda dos privilégios, quanto nos setores liberais, descontentes com a tendência centralizadora do governo. Com a morte de d. José em 1777, Maria I a Piedosa toma posse e instaura o movimento conhecido como *viradeira*,<sup>396</sup> afastando Pombal e anulando grande parte das reformas por ele efetuadas.

Das revoluções liberais de 1776 e de 1789 irrompe a obra magna da filosofia das Luzes: o Estado moderno, desvinculado da Igreja, legitimado pelo voto popular, incumbido de assegurar as liberdades negativas e positivas dos cidadãos e dotado de um sistema de freios e contrapesos que atribui o exercício do poder a três órgãos equipolentes; um Estado que acredita ser possível e legítimo alcançar a felicidade em vida, que crê na bondade natural do homem e em sua capacidade de autogovernar-se e que confia na autoemancipação da humanidade pela via da razão. O projeto da modernidade estabelece um novo modelo de organização do Estado, fundado na democracia, na constituição como ato limitador do poder do governante e na liberdade entendida como a proteção dos direitos humanos. Esse novo paradigma, de tipo liberal democrático republicano, se apóia, no plano filosófico, na primazia da razão e dos direitos humanos, e no plano político, na primazia da constituição. As bases filosóficas do novo modelo de Estado estão na doutrina humanista, no liberalismo individualista, no capitalismo e na racionalidade filosófica e técnico-produtiva, que, ao expressar os valores da burguesia emergente em oposição ao feudalismo fundiário medieval, será responsável pela Revolução Industrial. Os juristas continen-

---

<sup>394</sup> Ibid., p. 28.

<sup>395</sup> Ibid., p. 28-29.

<sup>396</sup> SCANTIMBURGO, op. cit., p. 38.

tais, contrários ao jusnaturalismo teológico, recuperam as leis romanas e as adaptam aos interesses burgueses, com foco nos direitos de propriedade e das obrigações.

O direito racional clássico, suporte jurídico da Revolução Francesa, se estruturará em torno de três princípios:<sup>397</sup> (a) o da igualdade formal, segundo o qual todos são iguais perante a lei — e que será criticado no século XX por desconsiderar as diferenças econômicas entre os indivíduos e, com isso, frustrar o ideal de igualdade substancial;<sup>398</sup> (b) o princípio da legalidade, segundo o qual o direito deve ser codificado pelo legislador em normas gerais, abstratas e impessoais — princípio que, radicalizado pelo juspositivismo, acabará por esvaziar o direito de seu conteúdo de justiça;<sup>399</sup> e (c) o princípio da efetividade dos direitos, que inspira a criação de um direito público paralelo ao direito privado e destinado a garantir a igualdade formal e os direitos subjetivos. O conceito de liberdade natural evolui para o de liberdade civil, mais restrito, que é formulado cientificamente por Kant no último quartel do século XVIII. No opúsculo *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlichen Absicht*<sup>400</sup> ('Idéia de uma história universal do ponto de vista cosmopolita', 1784), ele expõe as bases de uma teoria jurídica dos direitos naturais fundada na ordem política, em oposição à doutrina católica dos direitos humanos, fundada no poder divino. Essa teoria será depois desdobrada no opúsculo *Zum Ewigen Frieden, ein philosophischer Entwurf*<sup>401</sup> ('A paz perpétua: um projeto filosófico', 1795) e nas obras *Critik der Urteilskraft und Schriften*<sup>402</sup> ('Crítica da faculdade do juízo', 1790) e *Die Metaphysik der Sitten: 1. Metaphysik Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Metaphysik Anfangsgründe der Tugendlehre*<sup>403</sup> ('A metafísica dos costumes: 1. Os primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito, 2. Os primeiros princípios metafísicos da doutrina da virtude', 1797). É da filosofia kantiana que provém

<sup>397</sup> RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **El derecho como arma de liberación em América Latina**. México: Centro de Estudios Euménicos, 1984. p. 43.

<sup>398</sup> O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 51, jul. 1998, p. 55.

<sup>399</sup> CITTADINO, op. cit., p. 14-15.

<sup>400</sup> KANT, Immanuel. Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita. In: Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 21-36.

<sup>401</sup> Ibid., p. 119-172.

<sup>402</sup> Id., 1995.

<sup>403</sup> Id. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

a noção de pessoa como sujeito de direitos universais anteriores à instituição política do Estado. Este só consegue se organizar porque o homem possui a faculdade inata de agir racionalmente segundo normas abstratas, isto é, ele é dotado de razão prática.

A queda do *Ancien Régime*<sup>404</sup> e o advento das constituições modernas estabeleceram uma ruptura na história do direito político: antes das constituições, era o monarca, em última análise, quem ditava as leis; a partir da implantação da ordem constitucional, o sistema normativo passa a ser elaborado segundo procedimentos democráticos e dentro de certos limites materiais estabelecidos na lei maior, aos quais o próprio titular do poder deve se submeter. A fonte da soberania não é mais o direito natural ou divino, mas um texto normativo produzido pelo poder constituinte para reger o funcionamento do Estado e dos órgãos públicos e para estabelecer os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A fé religiosa e o respeito às tradições, que persuadiam o homem medieval a obedecer as regras jurídicas, haviam sido abandonados, e a filosofia indagava: o que pôr agora em seu lugar? As respostas só começarão a surgir no século XX. O que pôr no lugar da fé e da tradição decaídas; a *decisão pura*<sup>405</sup> como princípio último das escolhas normativas? O *overlapping consensus* ('consenso sobreposto') das vontades conflitantes destinado a possibilitar que, numa sociedade pluralista, cada indivíduo possa concordar livre e racionalmente em aderir a uma concepção pública de justiça por parecer-lhe verdadeira ou razoável?<sup>406</sup> O *agir comunicativo*<sup>407</sup> como fonte de legitimação da racionalidade jurídica crítica? A resposta, em qualquer hipótese, terá de ser buscada na constituição: o Estado constitucional, concebido como aquele no qual o poder político está sujeito ao direito, representa o estágio mais avançado do Estado de direito, que Machiavelli definira como laico, Hobbes concebera como estrutura juridicamente positivada e ao qual Rousseau acrescentara a dimensão de legitimidade ao apresentá-lo como o resultado de um acordo formulado entre os cidadãos e, portan-

---

<sup>404</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **The old regime and the revolution, volume II**: notes on the French Revolution and Napoleon. Edited and with an introduction and critical apparatus by François Furet and François Mélonio; translated by Alan S. Kahan. Chicago: University of Chicago Press, 2001. p. 20.

<sup>405</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 59.

<sup>406</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 197.

<sup>407</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 36.



to, como expressão da vontade geral. A constituição agora, ao definir a estrutura do Estado e o rol de direitos formadores da esfera da cidadania, se coloca como a fonte, a condição e o desígnio da atividade jurisdicional, demarcando o início, o meio e o fim da função do magistrado.

Na América Latina, as Revoluções liberais de 1776 e 1789 estimulam a luta pela independência, pelo fim da escravidão e pela constitucionalização. Comprimidos entre a cosmovisão norte-americana, moderna e liberal, e a ibérica, mediévia e autoritária, os latino-americanos vivenciam o dilema da “esquizofrenia da intelectualidade”.<sup>408</sup> Até a expulsão dos jesuítas em 1767, as universidades latino-americanas mostram-se refratárias às idéias modernas; a partir daí, os ideais iluministas passam a sofrer menor rejeição na América Latina do que na metrópole. Enquanto na Espanha ilustrada é mantida a proibição dos livros de Montesquieu, Voltaire e Beccaria, no México, ao contrário, surgem as primeiras revistas científicas enciclopédicas e as “sociedades econômicas de amigos do país”,<sup>409</sup> destinadas a discutir o planejamento da economia local. Um fator decisivo para a independência dos países latino-americanos foi a ampliação da classe média.<sup>410</sup> Não havia postos de trabalho para a crescente população de *criollos*, mulatos e mamelucos livres, porque as metrópoles mercantilistas mantinham sobre a economia das colônias um controle rigoroso, proibindo as atividades industriais e o comércio com outros países. A partir da Revolução norte-americana, os conflitos na América Latina assumem contornos mais politizados, de cunho autonomista. Crescem as revoltas de escravos, como o grande levante indígena no Peru (1780-1783) liderado por Tupac Amaru II (José Gabriel Condorcanqui);<sup>411</sup> ocorrem chacinas de fugitivos, destruição de quilombos, assassinatos e rixas entre grupos políticos, sublevação de tropas e tentativas de independência.

---

<sup>408</sup> MORSE, op. cit., p. 78.

<sup>409</sup> SCHWARTZ et al., 2002, p. 398.

<sup>410</sup> Ibid., p. 381-382.

<sup>411</sup> POMER, Leon. **As independências na América Latina**. 13. ed., 1. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 128. A América Latina perdeu, nessa ocasião, uma grande chance de se modernizar: se a rebelião do Peru não tivesse sido sufocada pela coroa espanhola, poderia ter sido o equivalente meridional do Grande Despertar das colônias inglesas na década de 1730 (MORSE, op. cit., p. 82), quando os agricultores e artesãos venceram o formalismo teológico de Harvard e Yale.

Em maio de 1789 explode, no Brasil, a Conjuração Mineira<sup>412</sup>, violentamente sufocada por d. Maria I.<sup>413</sup> Novas rebeliões emancipacionistas ocorrem com a conjuração bahiana dos alfaiates de Salvador em 1798,<sup>414</sup> a inconfidência carioca em 1794 e a revolução pernambucana em 1801.<sup>415</sup> Em 1807 Bonaparte invade a Península Ibérica; d. João VI foge com a família e membros da corte para o Rio de Janeiro em novembro de 1807, sob a proteção de quatro navios de guerra ingleses, e passa a dirigir seus negócios a partir da colônia.<sup>416</sup> A abdicação de Carlos IV e Fernando VII, herdeiros do trono espanhol, a seis de maio de 1808, em favor de Joseph Bonaparte, desencadeia o movimento de independência na América hispânica, cujos conflitos se estenderão por duas décadas. Muito embora certas regiões, como o Panamá, Trinidad e Tobago, Cuba, Porto Rico, República Dominicana e Jamaica, só tenham conquistado sua autonomia mais tarde, costuma-se<sup>417</sup> fixar o ano de 1821 como o marco da consolidação da Independência da Mesoamérica, e 1828, o da América do Sul hispânica. Dessa forma, com a guerra de independência batendo às portas da América portuguesa, d. João VI resolve, em setembro de 1822, entregar o trono a seu filho e herdeiro Pedro, por uma espécie de concessão negociada de independência à colônia brasileira, em função da qual conseguirá manter o cetro nas mãos da família Bragança e, mais do que isso, preservar a monarquia por mais 67 anos, postergando, assim, para o final do século XIX o desfecho do processo emancipacionista republicano —

---

<sup>412</sup> Hélio Viana prefere a expressão Conjuração Mineira em vez de Inconfidência Mineira, porque inconfidente, que significa infiel, tem conotação pejorativa e é imprópria para retratar o fato histórico; os conjurados, de fato, foram condenados pelo crime de inconfidência, que significa infidelidade ao rei, porém, na realidade, eles não passavam de revolucionários liberais (GRIECO, Donatello. **História sincera da Inconfidência Mineira**. Rio de Janeiro: Record, 1990. p. 27).

<sup>413</sup> A atitude adotada pelo governo em 1792 em relação ao alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que se encontrava preso desde 1789 e que assumira espontaneamente a responsabilidade pela conjuração, evidencia o caráter autoritário do regime e o intuito de obter a obediência dos súditos por meio da instilação do temor à violência estatal: a 21 de abril daquele ano, d. João VI, filho de d. Maria I, manda retirar Tiradentes da prisão, enforcá-lo e esquarterá-lo publicamente e, depois, manter os pedaços de seu corpo expostos na praça central de Vila Rica.

<sup>414</sup> MORSE, op. cit., p. 387.

<sup>415</sup> ADORNO, 1988, p. 47-48.

<sup>416</sup> SCANTIMBURGO, op. cit., p. 137.

<sup>417</sup> POMER, op. cit., p. 112.

que, na América espanhola, como vimos, já estava concluído em 1828, com a independência do Uruguai.<sup>418</sup>

Portanto, a declaração de independência brasileira implicou uma espécie de emancipação negociada<sup>419</sup> entre a família real e as elites agrárias, que temiam o alastramento das guerras de independência. As classes populares ficaram totalmente à margem desse processo. Em 1822, a população do Brasil não chegava a quatro milhões de habitantes,<sup>420</sup> a maior parte fixada na faixa costeira. Apenas a maçonaria, por congregar muitos bacharéis, conseguiu ter alguma atuação no processo,<sup>421</sup> a qual empregou no sentido de incentivar a laicização do governo e a assimilação das idéias liberais, destacando-se, nesse particular, a ação de Hipólito José da Costa Pereira Furtado de Mendonça, editor do *Correio Brasiliense*, cuja proposta liberal de adoção da monarquia constitucional representativa foi acolhida pela assembléia constituinte de 1824. O programa liberal conquistou algum espaço na Constituição imperial brasileira de 1824 também graças ao fato de que um dos membros do Conselho de Estado que a elaborou era o jurista José da Silva Lisboa,<sup>422</sup> líder do movimento de independência e defensor, a partir de 1826, do projeto de criação dos cursos jurídicos no Brasil.

Os latifundiários mantiveram, assim, o poder de manipulação das autoridades públicas. A independência negociada em 1822 abafou os movimentos insurretos e abolicionistas e, ao mesmo tempo, manteve todos os privilégios e benefícios com que contavam as elites coloniais; não houve ruptura nem mesmo na linhagem das famílias que mandavam nas províncias. Os magistrados continuaram atrelados ao governante, que os nomeava e destituía ao seu bel-prazer. Mesmo depois da independência, a Constituição imperial de 1824 dispunha que “Os Juizes de Direito serão perpetuos” (art. 153) e que “Só por Sentença poderão estes Juizes perder o logar” (art. 155), mas em outros artigos tornava tais proteções inócuas. O rei podia determinar a perda do cargo

---

<sup>418</sup> Id., loc. cit.

<sup>419</sup> CARMO, Sônia Irene Silva do; COUTO, Eliane Frossard Bittencourt. **História:** passado e presente: consolidação do capitalismo e o Brasil Império. São Paulo: Atual, 1997. p. 73.

<sup>420</sup> SCANTIMBURGO, op. cit., p. 84.

<sup>421</sup> Ibid., p. 85.

<sup>422</sup> Nas obras *Princípios de direito mercantil* (1789) e *Princípios da economia política* (1804), Lisboa, influenciado pelos *Essays on nations welth* ('Ensaio sobre a riqueza das nações', 1776), de Adam Smith, propõe um sistema econômico orientado pela razão e fundado nos valores da liberdade, do trabalho e da justiça.

do juiz sob o argumento de abuso de poder ou prevaricação — conceitos extremamente amplos e maleáveis —, mediante processo cuja tramitação era regulamentada pelo próprio rei (art. 156). O artigo 153 autorizava a transferência do juiz para outra localidade pela “maneira que a Lei determinar” — e quem fazia a lei, na época, era o rei. O artigo 154 atribuía ainda ao rei a competência para suspender o juiz, “ouvido o Conselho de Estado” — cujos membros eram nomeados pelo rei. No que tange à legislação infraconstitucional, d. Pedro I editou a Lei de 20 de outubro de 1834, determinando que se continuasse a aplicar no Brasil a legislação portuguesa.<sup>423</sup> A organização do trabalho continuou a mesma: a mão-de-obra escrava respondia pela maior parte da produção nacional, proveniente dos latifúndios rurais. O país continuou atuando como fornecedor de matéria-prima para a Europa e importador de mercadorias manufaturadas.

Com o advento da república, a estrutura e funcionamento do judiciário não sofrem mudança significativa, pois, como vimos em tópico anterior, a proclamação da república resultou de um acordo entre militares e latifundiários em função do qual o poder político continuou a ser manipulado pelas mesmas oligarquias agrárias que dominavam as cidades na época do império. A Constituição de 1934 é que trouxe a primeira alteração importante, ao instituir o concurso público para ingresso na carreira. Três anos depois, a Constituição de 1937 introduziu os princípios da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, destinados a proteger o juiz contra pressões externas. Isso, de qualquer forma, não impediu que o poder executivo e as oligarquias econômicas continuassem a interferir profundamente na carreira e na atuação do judiciário. Ao analisar o judiciário do início do século XX, José Murilo de Carvalho afirma que “a justiça brasileira caracterizava-se, nessa época, pelas figuras do ‘juiz nosso’, do ‘delegado nosso’, isto é, era uma justiça posta a serviço dos interesses dos mandões”.<sup>424</sup> Vargas, em 1931, aposentou por decreto ministros do Supremo Tribunal considerados infiéis ao governo,<sup>425</sup> e a ditadura mili-

---

<sup>423</sup> SCANTIMBURGO, op. cit., p. 131.

<sup>424</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998. p. 137. [457 p.]

<sup>425</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Linha sucessória dos ministros. **Arquivo**, Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha\\_sucessoria\\_tabela\\_231009.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_231009.pdf)>. Acesso em: 7 fev. 2010.

tar de 1964 repetiu tal procedimento contra juízes<sup>426</sup> e ministros do Supremo,<sup>427</sup> com base no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Assim moldado, desde suas origens lusitanas, para atender as expectativas do Estado autoritário e patrimonialista, o judiciário brasileiro da república manteve o perfil de ser, por um lado, rigoroso e eficaz na repressão aos atos ou opiniões dissidentes da opinião do governo, prestando-se, nesse ponto, a convalidar as decisões oficiais arbitrárias em situações cruciais, mas, por outro lado, túbio e incapaz para garantir os direitos fundamentais e punir as agressões a esses direitos. Vejamos alguns exemplos. Em 1947, logo após o término de uma ditadura de quinze anos, o Tribunal Superior Eleitoral, por pressão do governo, cassou a licença do Partido Comunista Brasileiro que, como vimos anteriormente, representava a maior força de oposição efetiva ao regime.<sup>428</sup> Na ocasião, os jornais *O Estado de São Paulo*, *Correio da Manhã* e *Folha da Manhã*, apesar de declaradamente anticomunistas, afirmaram que a medida era inconstitucional, atentava contra a democracia e que traria “graves conseqüências tirar a existência legal de um partido que representava centenas de milhares de pessoas”.<sup>429</sup> Após a cassação, o jornal *Estado* reiterou que aquela atitude gerava profunda insegurança nas pessoas porque o “golpe contra o Partido Comunista abria caminho para novos golpes contra os demais partidos”.<sup>430</sup> O próprio procurador-geral da república, Temístocles Cavalcanti, representante do governo, deu parecer contrário ao pedido de cassação, sustentando que o cancelamento de registro de partido político é um dos atos mais graves que o tribunal eleitoral pode praticar e que as denúncias de que o PCB apoiava interesses externos contra a soberania brasileira

---

<sup>426</sup> RANGEL, Carlos. **1978: a hora de enterrar os ossos**. Rio de Janeiro: Tipo, 1979. p. 21.

<sup>427</sup> A 16 de janeiro de 1969 foram aposentados compulsoriamente os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, e logo em seguida foram forçados a pedir aposentadoria o decano do Supremo Tribunal, Lafayette de Andrada, e seu presidente, Gonçalves de Oliveira (COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF**. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 86).

<sup>428</sup> RÊGO, op. cit., p. 123 (grifo nosso).

<sup>429</sup> SILVA, Heber Ricardo da. A democracia ameaçada: repressão política e a cassação do PCB na transição democrática brasileira (1945-1948). **Histórica Revista On Line do Arquivo Público de São Paulo**, São Paulo, ed. 39, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao39/materia06/texto06.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

<sup>430</sup> Id., loc. cit.

eram desprovidas de fundamento e de prova sequer indiciária.<sup>431</sup> Logo depois de seu parecer, Temístocles foi afastado do caso e substituído pelo subprocurador Alceu Barbedo, que opinou pela cassação.<sup>432</sup> Essa decisão não apenas afetou diretamente centenas de milhares de eleitores que, ainda que não fossem comunistas, votavam em candidatos do PCB, mas impediu que os principais opositores ao governo arbitrário se manifestassem a participassem da vida político. Este exemplo demonstra a extensão que uma decisão judicial politicamente ativista pode ter no sentido de prejudicar o funcionamento da democracia.

---

<sup>431</sup> SILVA et al, 1998a, v. 13, p. 30, 90 e 93.

<sup>432</sup> O voto vencedor, da lavra do desembargador J. A. Nogueira, que constitui certamente uma das páginas mais medíocres da história do judiciário brasileiro, traz, em vez de argumentos jurídicos, um discurso ideológico rancoroso que ostenta uma falsa erudição, carregado de impropérios e adjetivos que fazem dele um libelo de emotividade, ódio e intolerância em relação à opinião divergente. Esse documento é interessante na medida em que revela bem a dimensão de preconceito e autoritarismo latente na cultura política brasileira. Vale mencionar alguns argumentos da referida decisão judicial: a doutrina comunista “desintegra a unidade íntima e divina do ser humano para convertê-lo em humflimo autômato que obedece às menores ordens do chefe onipotente”; o PCB “não é um partido [...] porque é uma conjuração!”; o cancelamento do registro do PCB, para o magistrado, era questão de “salvação nacional, questão de vida e morte para a qual são convocados todos os valores espirituais e morais, para que o Brasil não soçobre em ondas de incultura, de primarismo de origem de inspiração estrangeira” (Ibid., p. 106). Como se nota, a decisão se apóia em fundamentos pretensamente morais, mas não indica fundamentos jurídicos. O relator afirma no voto que “nos Estados Unidos cogita-se medida semelhante contra o Partido Comunista local” (Id., loc. cit.); não era verdade; o partido comunista dos Estado Unidos nunca foi cassado. Ao contrário, o *chief judge* Charles Evans Hughes, da Suprema Corte norte-americana, decidiu, no caso *Jonge versus Oregon*, que “o direito dos Estados se protegerem contra o abuso dos privilégios constitucionais, através de tentativas para o uso da força e da violência em lugar da ação política pacífica, com o fim de operar mudanças revolucionárias no Governo, não poderia chegar ao extremo de suprimir o direito à livre manifestação do pensamento e o de associação” (Ibid., p. 98). De resto, o voto vencedor, como motivo para a cassação, atribuía ao partido comunista as qualidades de uma agremiação que ofende “os valores espirituais e morais”, “inculta”, “primarista”, “antinacional”, “conjuradora”, “tétrica”, “agitadora”, “colérica”, “desintegradora”, “onipotente”, “antidivina”, “escravizante” e “russiana”, dentre outros adjetivos. O voto divergente do juiz Sá Filho, por sua vez, apontava a contradição elementar da tese vencedora: se o país afirma adotar a democracia como regime político, e se a essência da democracia pressupõe a pluralidade de partidos, a tolerância com as ideologias contrárias e o respeito às minorias, é contraditório cassar os direitos políticos do partido minoritário que não concorda com a ideologia dominante; ao autorizar o funcionamento tão-somente dos partidos ideologicamente alinhados ao governo e vedar a liberdade de expressão e a liberdade política dos cidadãos que acreditam em outras ideologias, o Estado deixa de ser democrático. Citava Abbott Lawrence Lowell, para quem “a democracia não suprime as opiniões que lhe são hostis” (Ibid., p. 95). O segundo voto vencido, do desembargador Álvaro Ribeiro da Costa, aduzia que a “implantação do regime democrático exige, para que bem se constitua, a colaboração de todas as forças orgânicas da nação, sendo, pois, essencial para a existência desta, que se não elimine a contribuição de quaisquer correntes partidárias” (Ibid., p. 102).

A partir de 1988, começaram a se abrir espaços para que a imprensa denunciasse irregularidades cometidas dentro do judiciário, de modo que hoje existem muitos casos que se tornaram públicos e que permitem notar que, até alguns anos atrás, praticamente não existia nenhum canal de controle da atividade dos juízes, o que contribuía para manter a incapacidade da justiça brasileira de desempenhar seu papel institucional, que consiste em garantir os direitos fundamentais e o funcionamento regular do regime democrático — que significa, em outras palavras, impedir que o indivíduo que exerce cargo de poder estatal se utilize do cargo e do aparato público para praticar arbitrariedades. Tornou-se pública a idéia de que a impunidade no país é mantida, em grande parte, pela omissão do judiciário em punir as transgressões, inclusive aquelas praticadas pelos próprios juízes. Os exemplos, hoje, são inúmeros. Por isso, escolhemos alguns a título ilustrativo, como o caso do juiz Roberto Haddad, que se mostra interessante porque evidencia o déficit institucional do judiciário em todas as dimensões correspondentes às responsabilidades que cabem a esse poder no regime democrático: esse exemplo evidencia a falta de aptidão da justiça brasileira para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos honestos, vítimas de transgressores que podem tanto ser banqueiros estelionatários, como narcotraficantes ou desembargadores corruptos de tribunais; a incapacidade de assegurar o processo democrático, na medida em que as redes de corrupção mantêm os cidadãos e os órgãos de imprensa afastados por meio de ferramentas destinadas a assegurar o segredo no interior dos processos de decisão pública e de definição das políticas públicas; e a falta de vias públicas de controle e fiscalização da ação dos juízes e tribunais.

Em maio de 2001, a Empresa Folha da Manhã S.A. (jornal Folha de São Paulo) foi condenada a pagar indenização por danos morais, no valor equivalente a 1.500 salários mínimos, ao juiz Roberto Haddad,<sup>433</sup> do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede em São Paulo (TRF-3), por ter publicado em 1999 matérias nas quais sugeria estar aquele juiz envolvido em corrupção e revelava parte dos bens adquiridos por aquele juiz: um apartamento de 842,41 metros quadrados no

---

<sup>433</sup> A ação de indenização por danos morais ajuizada pelo juiz Roberto Haddad contra a Folha de São Paulo foi julgada em maio de 2001 pelo juiz Paulo Alcides Amaral Salles, da 12. Vara Cível Central de São Paulo, que indeferiu as provas e a oitiva do juiz Roberto Haddad que o jornal réu havia requerido (VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no banco dos réus**. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 49).

Jardim Europa, em São Paulo;<sup>434</sup> oito chácaras em Salto de Pirapora, que deram origem ao Sítio Sherwood, com 133 mil metros quadrados, num condomínio fechado em frente ao sofisticado Haras Monte Cristo; o Haras Manège Sherwood; 33 veículos, incluindo três automóveis Mercedes-Benz, dois BMW, uma caminhonete Mitsubishi, utilitários, motos, reboques e carros antigos; um iate de 53 pés (16 metros), com sala e três cabinas; a empresa Shelter Dock Marine, de construção e exploração de marinas;<sup>435</sup> a empresa Reno-Car Renovadora de Automóveis Ltda.;<sup>436</sup> lanchas e imóveis na capital e no litoral paulista.<sup>437</sup> Quando o juiz Amaral Salles proferiu a sentença favorável a seu colega juiz Haddad, condenando o jornal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia instaurado inquérito contra Haddad para apuração das denúncias veiculadas pelo jornal.<sup>438</sup> Ao analisar o inquérito, em 10 de abril de 2003, o STJ decidiu afastar o juiz Haddad do cargo,<sup>439</sup> em razão de falsificação de documento apresentado pelo juiz à Receita Federal. No mês seguinte, Haddad pediu ao Supremo Tribunal Federal (STF) o trancamento do inquérito, por meio de um *habeas corpus* cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, que, no dia 4 de maio de 2004,<sup>440</sup> votou pela concessão do *habeas corpus* ao impetrante, mas acabou ficando vencido, porque os demais ministros denegaram o pedido. As investigações desse caso no início vinculavam apenas um outro membro do TRF-3, juiz Theotônio Costa, acusado de venda de alvarás de soltura a narcotraficantes, recebimento de propinas e superfaturamento de aquisição de prédio para o tribunal,<sup>441</sup> mas, aos poucos, revelaram conexões com inúmeras autoridades públicas dos três poderes e desencadearam a Operação Anaconda,<sup>442</sup> a formação da “tropa de choque”<sup>443</sup> e a CPI do Judiciário no Senado.

---

<sup>434</sup> Ibid., p. 53.

<sup>435</sup> Ibid., p. 21-23.

<sup>436</sup> Ibid., p. 37.

<sup>437</sup> Ibid., p. 21, 27, 53 e 54.

<sup>438</sup> Ibid., p. 50.

<sup>439</sup> Ibid., p. 55-56.

<sup>440</sup> Ibid., p. 60, 68 e 69.

<sup>441</sup> Ibid., p. 98.

<sup>442</sup> A Operação Anaconda foi o nome pelo qual ficou conhecida uma investigação realizada em 2002 e 2003 pela polícia federal, com base em escutas telefônicas, para apuração de negociação de sentenças judiciais em favor de criminosos, que teve como foco inicial decisões dos juízes João Carlos da Rocha Mattos, da 4. Vara Criminal Federal de São Paulo (Ibid., p. 227) e a juíza Adriana Soveral (Ibid., p. 163). O relatório final da polícia federal afirma que “os dossiês encontrados com Wagner Rocha, o ‘Peru’ [um dos réus], e com João Carlos da



O déficit político do Judiciário brasileiro está, portanto, na falta de capacidade para dar efetividade aos direitos dos cidadãos. Não é difícil constatar a veracidade do postulado de que o judiciário brasileiro não cumpre seu papel institucional consistente em garantir os direitos, quando se observa os dados que vem sendo disponibilizados à opinião pública nos últimos anos. Tomemos como exemplo a situação da justiça estadual da Bahia, conforme informações constantes da inspeção preventiva realizada naquela jurisdição pelo Conselho Nacional da Justiça, nos dias 15 a 17 de outubro de 2008. O CNJ apontou naquela ocasião, dentre outras irregularidades, “dezenas de milhares de petições aguardando juntada há vários anos, sem qualquer controle para que as mais antigas sejam juntadas com prioridade”; “milhares de processos aguardando despachos, decisões e sentenças há mais de cem dias, muitos há vários anos”; “milhares de inquéritos policiais aguardando há anos regular andamento”; “milhares de processos simplesmente não são remetidos à conclusão e ficam aguardando reclamação das partes”; “milhares de processos já despachados aguardando cumprimento (expedição de mandado de citação, expedição de carta de intimação, expedição de ofícios diversos, remessa à imprensa) há vários anos”; “milhares de processos criminais [...] paralisados há vários anos”; “não são realizadas correições ou inspeções periódicas em número significativo”; “em muitas serventias não há sequer registro da realização de alguma inspeção ou correição efetiva nos últimos anos”; “os juízes podem se inscrever para promoção ou remoção sem a necessidade de apresentarem certidão sobre a existência de processos em atraso e a devida justificativa”; “a falta de servidores é justificativa comum para os infundáveis atrasos verificados”; “não há controle dos mandados entregues aos oficiais de justiça ou controle do prazo para cumprimento das diligências, circunstância que permita ampla subjetividade na escolha das prioridades”; “não há controle da devolução dos autos pelos Drs. Advogados que os levam com vista para fora do cartório. Há notícia de processos que foram retirados de cartório há mais de um ano e ainda não foram devolvidos, inexistindo procedimento de

---

Rocha Mattos, referentes a magistrados federais, bem demonstram a índole da organização criminosa, que utiliza a investigação sub-reptícia, a coação, a intimidação e o constrangimento” (Ibid., p. 206).

<sup>443</sup> A “tropa de choque” era composta por um grupo de procuradores federais de São Paulo que se organizaram para apurar suspeitas de irregularidades na Justiça Federal de São Paulo (Ibid., p. 80).

intimação ou de busca e apreensão”; “em parte das unidades judiciárias não há controle seguro do ponto dos servidores”; “milhares de processos [relativos a relação de consumo] redistribuídos [para as novas varas de relação de consumo da capital] estão paralisados (salvo poucas exceções), em estantes que identificam apenas a vara de origem (sem qualquer ordem cronológica ou numérica que permita a localização dos autos em prazo razoável)”; “não há livros de registro de sentenças”; “o controle das armas apreendidas e respectiva remessa para o exército é precário”; “não há efetivo controle e seguro armazenamento das drogas apreendidas”; “os processos criminais são remetidos ao arquivo (quando disponível) sem qualquer controle dos bens apreendidos”; as varas realizam “ínfimo número de audiências”; “há notícia de magistrados que lecionam no período vespertino. Outros têm carga horária letiva superior a 20 horas semanais”; “durante a inspeção foi constatado que a magistrada de Senhor do Bonfim esteve ausente por vários dias sem comunicação ao Tribunal de Justiça”; “há varas que [...] não dão atendimento satisfatório nos balcões [mas, incoerentemente] permitem grande trânsito de [certos] advogados no interior do cartório, com amplo acesso a autos de processos e provas neles inseridas (a exemplo da 1ª Vara de Tóxicos de Salvador)”; “não há controle dos alvarás de soltura expedidos”; “as licitações pertinentes às obras também são questionadas, pois a habilitação se dá após a classificação da proposta vencedora, os editais consignam exigências impertinentes que podem afastar diversas empresas do certame [o que sugere o direcionamento das licitações], há acréscimos de serviços e de custo sem as devidas justificativas”; há “405 comissionados, para as mais diversas funções, um deles desde 1988 sem que fosse possível a identificação clara da sua função” [funcionários *fantasmas*]; “o banco de dados da folha de pagamento não foi disponibilizado para os analistas”, mas “as informações [verbais] indicam que o controle é falho e dá margem a pagamentos indevidos”; “o concurso de 2004 previa 275 vagas para a capital, mas foi dada posse e exercício para 550 servidores (nomeação a maior de 301 servidores). Já para o interior havia 1.750 vagas, das quais se deu posse a 1.031 (há 719 aguardando chamada)”; “Foram constatadas práticas que podem estar comprometendo a fiscalização [da arrecadação pelo tribunal de taxas, custas, emolumentos e outras verbas], pois o órgão de controle interno é responsável pela liquidação da despesa cuja execução deveria fiscalizar”; “parte dos valores rece-

bidos pelos cartórios ‘extrajudiciais’ pode não estar sendo devidamente contabilizada nos relatórios bancários”.<sup>444</sup>

Um poder judiciário que se encontra nas condições reveladas por essa inspeção correicional evidentemente não tem condição de assegurar adequadamente os direitos dos cidadãos, considerando, *ab initio*, os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à justiça. É preciso ressaltar, ademais, que a análise empírica da real situação em que se encontra hoje o judiciário brasileiro, no que tange aos índices e prazos de solução dos litígios e de efetivo cumprimento das decisões, é inviabilizada pela total escassez de informações, que tem como causa motriz a falta de controle da quantidade e objeto dos processos em tramitação e da fase processual em que se encontram. Aliás, observe-se, por curiosidade, que da ficha de tramitação do processo do CNJ no qual foi realizada a inspeção em tela (processo nº 0002387-37.2008.2.00.0000) consta a informação “SIGILOSO”<sup>445</sup> — mantendo-se assim a tradição de sonegar à opinião pública informações concernentes a serviços públicos mantidos pelo erário. De fato, os excertos da ata de inspeção do CNJ acima citados extraímos de um relatório redigido e publicado pelo próprio Tribunal de Justiça, no qual foram transcritos trechos daquela ata.

No que se refere especificamente ao déficit do judiciário brasileiro concernente à sua inaptidão para garantir a efetividade do processo comunicativo democrático e, portanto, o direito de participação dos cidadãos, vejamos outro exemplo. Em outubro de 1988, a nova constituição extinguiu a figura ditatorial do decreto-lei, colocando em seu lugar o instituto da medida provisória. O parágrafo único do artigo 62 dispunha explicitamente que o prazo de vigência da medida provisória

---

<sup>444</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Portaria n. 78/2008: auto circunstanciado de inspeção preventiva: justiça comum estadual da Bahia: esclarecimentos. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Arquivos**. Salvador (Bahia), 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/relatoriocnj.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

<sup>445</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Corregedoria. Consulta processo eletrônico. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 14 jun. 2010. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta\\_processo.php?num\\_processo\\_consulta=200810000023870&consulta=s&pg=0](https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200810000023870&consulta=s&pg=0)>. Acesso em: 23 jun. 2010.

era de trinta dias, sem possibilidade de reedição, não deixando a menor margem para interpretação diversa: “As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação”. Tratou-se, certamente, do maior avanço trazido pela Constituição de 1988, pois, pela primeira vez na história do Brasil, os poderes executivo e legislativo eram colocados em seus devidos lugares. Se a constituição tivesse sido cumprida pelos governantes e juízes, a democracia brasileira estaria hoje mais consolidada. No entanto, já no primeiro semestre de 1989 o presidente José Sarney passou a reeditar suas medidas provisórias não apreciadas pelo congresso, repetindo o mesmo texto anterior sob outra numeração, em desprezo ostensivo ao texto expresso da constituição. A partir daí, a prática se tornou corriqueira. A questão é institucionalmente grave, por dois motivos: primeiro porque, com isso, o poder executivo continua, na prática, a legislar sobre toda e qualquer matéria, esbulhando a autoridade do parlamento, a soberania popular e a autonomia política dos cidadãos e, com isso, obstruindo o surgimento de uma esfera pública política; segundo, porque essa atitude, consistente em desprezar frontal e abertamente norma fundamental e explícita da constituição, é adotada pelo chefe executivo e pelos magistrados da corte suprema da nação, e, por isso, serve como modelo deletério que contribui para manter a descrença da sociedade em seu sistema de direito, o que, por sua vez, estimula cada cidadão a igualmente descumprir as leis.

Com efeito, diante dessa prática autoritária adotada pelos governos pós-1988, como se posicionou o Supremo Tribunal? Em vez de, já desde o primeiro momento, invalidar as reedições de medidas provisórias, o Tribunal, expondo sua fraqueza e submissão ao executivo, permaneceu durante anos desviando-se do ônus de decidir a questão e optando, normalmente, por arquivar as ações em que se discutia o problema, até que em junho de 1997 a corte proferiu uma decisão paradigmática, segundo a qual o presidente da república, apesar da expressa vedação constitucional, podia reeditar medida provisória tantas vezes quantas quisesse, desde que o parlamento não as recusasse expressamente antes da expiração de seu prazo de validade.<sup>446</sup> Não bastasse

---

<sup>446</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.617-2. Acórdão de 11 de junho de 1997, publicado em 15 de agosto de 1997. Relator Ministro Octávio Gallotti. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo79.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2010. A ementa dispunha: “Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não

isso, o Tribunal jamais realizou controle acerca da relevância e urgência que a constituição exige para a edição de medida provisória mas, ao contrário, tem proclamado a inusitada tese de que tal juízo de conveniência cabe ao próprio chefe do executivo,<sup>447</sup> ou seja, quem decide se a matéria é passível de ser objeto de medida provisória é o próprio esbulhador da competência legislativa. É para evitar essa insegurança jurídica que Habermas alerta para a necessidade de o juiz explicitar a teoria hermenêutica que adota para o exercício da função judicante, esclarecendo, assim, que paradigmas jurídicos, políticos, filosóficos, éticos e morais deverão influenciar mais intensamente suas decisões.<sup>448</sup>

Destarte, diante da completa submissão da Suprema Corte à vontade do presidente da república nesse particular, foi, mais uma vez, o poder legislativo que, tentando corrigir a aberração jurídica, novamente restringiu a prática arbitrária da reedição ilimitada de medidas provisórias. Em 11 de setembro de 2001 conseguiu alcançar o exigente quórum necessário para aprovar a Emenda Constitucional nº 32, aumentando para 120 dias o período de vigência da medida provisória. Na verdade, a EC 32/2001 nada mais fez do que repetir a norma que o congresso constituinte já havia consignado no texto de 1988, à qual, no entanto, o judiciário não teve capacidade de assegurar efetividade; o texto constitucional de 2001 apenas ampliou de trinta para 120 dias o prazo máximo de vigência da medida provisória. A partir daí, a situação foi minimizada, embora não solucionada; se o governo Fernando Henrique Cardoso (de janeiro de 1995 a setembro de 2001) editou 263 e reeditou 5036 medidas provisórias,<sup>449</sup> o governo Lula (de janeiro de 2002 a dezembro de 2010) editou 412 medidas provisórias,<sup>450</sup> porém não promoveu nenhuma reedição. De qualquer forma, em decisão recente, de abril de 2010, o Supremo voltou a declarar que “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional pode ser reeditada

---

apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias”.

<sup>447</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 162/DF. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 1-8-1993, publ. DJ 27-8-1993. Conferir ainda a ação direta de inconstitucionalidade nº 2150-8/DF.

<sup>448</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 262-263.

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. **Democracia e defesa nacional: a criação do ministério da defesa na presidência de FHC. Barueri (SP): Manoel, 2005. p. 104.**

<sup>450</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Medidas provisórias.** Brasília, dec. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Quadro/\\_Quadro%20Geral.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm)>. Acesso em: 11 dec. 2010.

dentro do prazo de validade de trinta dias, contado de sua publicação, mantendo a eficácia da lei desde sua primeira edição”.<sup>451</sup> Com esta decisão, o Tribunal atribuiu validade a 35 reedições da Medida Provisória nº 1.807-1, que trata de matéria tributária, previdenciária e comercial, e que foi reeditada de fevereiro de 1999 até agosto de 2001. Eis aí mais um exemplo nítido da total inaptidão do aparato judiciário brasileiro para dar respaldo ao regime democrático.

### 3.2 TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA

Com a vitória da oposição, representada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro, nas eleições de 1986 — o que garantiu a maioria oposicionista no congresso nacional, depois convertido em assembléia constituinte — e a promulgação da Constituição em 1988, a velha e enraizada tradição autoritária sofreu séria ruptura formal e institucional. A Constituição de 1988 marca o início da transição do modelo de Estado autoritário patrimonialista para o modelo democrático e implanta no país uma democracia pós-autoritária não consolidada.<sup>452</sup> A nova constituição consolidou os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, aprofundou o assistencialismo social, ampliou os direitos dos trabalhadores e a autonomia administrativa e financeira dos estados da federação. Vários princípios e instrumentos jurídicos introduzidos em 1988 são aptos a dar suporte para que se implemente no país o modelo democrático deliberativo. O poder judiciário foi fortalecido. Foram ampliados os mecanismos de controle da ação dos agentes públicos com a criação dos conselhos da magistratura e do ministério público (arts. 103-B e 130-A), o aprofun-

---

<sup>451</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 416174. Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. 13 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtualProcesso.asp?numDj=82&dataPublicacao=10/05/2010&incidente=2199595&codCapitulo=6&numMateria=65&codMateria=3>>. Acesso em: 28 jul. 2010. A corte, nessa recente decisão, atribuiu validade às 35 reedições da Medida Provisória nº 1.807-1, que teve sua primeira versão assinada pelo governo em 25 de fevereiro de 1999 e, a partir daí, foi reeditada mensalmente até agosto de 2001. Aliás, os assuntos regulamentados naquela norma não atendem aos requisitos da urgência e relevância, de modo que nem sequer do ponto de vista formal poderia ter sido decretada como medida provisória: trata-se de um volumoso diploma legal cujos 93 minuciosos artigos disciplinam questões tributárias, previdenciárias, comerciais, lucros auferidos no exterior, altera diversas leis federais, dentre outras.

<sup>452</sup> LINZ et al., op. cit., p. 27.

damento dos procedimentos de controle de gastos (arts. 31, 39, 62, § 1º, d, 68, 70 e seguintes, 75), a ampliação do rol de pessoas legitimadas para a ação popular (art. 5º, LXXIII) e para a ação de inconstitucionalidade (art. 103), a criação do projeto de lei de iniciativa popular (art. 14, III) e do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a proteção explícita ao patrimônio moral do indivíduo (art. 5º, X), o parcial desatrelamento do judiciário ao executivo pela disposição de que os projetos de lei referentes à estrutura do judiciário são de iniciativa dos tribunais superiores (arts. 93, 96 e 103-B, § 4º, I) e pela instituição de certa autonomia orçamentária do judiciário (art. 99). Em fases de mudança estrutural, as instituições públicas e privadas não estão moldadas nem aparelhadas para o desempenho das funções que o novo sistema passará a exigir delas. No estágio em que o Estado brasileiro se encontra agora, correspondente a uma democracia pós-autoritária em fase de transição para uma democracia consolidada, atuam simultaneamente elementos do modelo antigo e do novo, muitas vezes em conflito. A Constituição criou a medida provisória; enquanto as forças democráticas tentam restringi-la ao papel de medida destinada a enfrentar situações urgentes e excepcionais, as forças retrógradas tentam nela ressuscitar o antigo instituto do decreto-lei. A Constituição fortaleceu o judiciário: enquanto os progressistas tentam converter os tribunais em foros garantidores de direitos humanos, os saudosistas alteram a constituição para criar a ferramenta autoritária da súmula vinculante. A tradição política autoritária lusobrasileira consistente na produção das leis pelo poder administrativo, que se estende agora para a cúpula do judiciário ao atribuir ao Supremo Tribunal essa mesma competência, a par de consistir em esbulho ao poder legislativo, impede que a opinião se converta em vontade e, dessa forma, exclui a possibilidade de participação, direta ou indireta, da sociedade civil no processo político, preservando como razão primordial da norma o complexo de interesses estratégicos da economia, porque, em face da falta de participação e de controle, o Estado e a sociedade tornam-se mais vulneráveis à cooptação por parte do poder econômico. Nesse contexto fortemente limitador do desenvolvimento de uma cultura cívica, o mundo da opinião não encontra espaço nem meios para expressar sua vontade na esfera pública que, por conseguinte, tende a se estreitar cada vez mais. Tal quadro revela o grave déficit político do Estado brasileiro, hoje bastante evidenciado graças à ampliação do espaço de divulgação de informações, que se reflete em um déficit do aparelho judiciário, que se carac-

teriza, por um lado, pela ausência de espaços de participação do cidadão nas decisões e na formulação das políticas públicas e, por outro, pela flagrante falta de efetividade dos direitos fundamentais. Como sempre ocorre nos totalitarismos e autoritarismos, o Brasil é um Estado fraco dominado por uma esfera privada forte, representada por poderosas oligarquias econômicas,<sup>453</sup> que impõe à coletividade seus interesses particulares por meio do controle que exercem sobre os órgãos de poder. Os dois breves períodos da história do país (1889 a 1930 e 1945 a 1964) em que não vigoraram regimes formalmente autoritários não foram suficientes para permitir nem mesmo a implementação de mecanismos eficazes de representação e canais de comunicação entre o cidadão e seus representantes, muito menos a efetivação de meios de controle da ação dos agentes públicos. Essa é a fase que está se iniciando, de reformulação estrutural das instituições públicas e privadas para adaptação às exigências trazidas pelo novo modelo de Estado.

Encerremos, aqui, esta resumida análise da formação e evolução do judiciário brasileiro, que desenvolvemos tendo em vista o contexto nacional e internacional em que ocorreu, e a partir da qual acreditamos ter fornecido algum elemento útil para enfrentarmos a questão que será objeto do último capítulo: o poder judiciário brasileiro sofre de um déficit político? Qual é precisamente o papel político institucional do poder judiciário no Estado democrático e em que medida a definição desse papel nos auxiliar na tarefa de identificar a existência ou não do tal déficit? Será esse o tema do próximo capítulo. Antes, porém, faremos um rápido excursão acerca do ativismo judicial.

### 3.3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Deve o juiz, no contexto do Estado democrático, proferir decisões de cunho político substantivo ou que interfiram na definição de políticas públicas? Para responder a essa questão, abordaremos, no presente tópico, alguns aspectos sobre o ativismo judicial, fazendo a necessária distinção entre ele e a judicialização da política, para concluir até que ponto as atitudes e posturas do magistrado classificáveis como ativistas podem ser identificadas como funções inerentes ao papel do juiz no contexto do Estado democrático. Em outras palavras, pretendemos verificar se o perfil de juiz que o ativismo judicial tende a

---

<sup>453</sup>

SAES, op. cit., p. 17.



desenhar é um perfil adequado para o modelo democrático de sociedade.

O fortalecimento do poder judiciário e sua crescente interferência na esfera política é um fenômeno comum a todas as sociedades democráticas contemporâneas. Lê-se quase todos os dias nos jornais notícias a respeito de decisões judiciais que interferem de alguma forma em questões políticas. Juízes cassam mandatos de políticos eleitos,<sup>454</sup> baixam portarias proibindo menores de idade de sair à rua à noite,<sup>455</sup> mandam órgãos executivos de saúde pública ampliarem a lista de doenças cobertas pelo orçamento público ou custear tratamentos médicos caríssimos no exterior,<sup>456</sup> revogam a lei de imprensa,<sup>457</sup> estabelecem

<sup>454</sup> Em março de 2009, o Superior Tribunal Eleitoral cassou o mandato do governador do Maranhão eleito em 29 de outubro de 2006, Jackson Lago, por abuso de poder político e econômico, e colocou em seu lugar Roseana Sarney, filha do ex-presidente da república José Sarney (RCED Recurso Contra Expedição de Diploma nº 671 - São Luís/MA, acórdão de 3 mar. 2009, relator ministro Eros Roberto Grau, publ. DJE Diário da Justiça Eletrônico, t. 59, 3 mar. 2009, p. 35. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2010).

<sup>455</sup> JUIZ substituto de Mâncio Lima proíbe menores de circular nas ruas após as 23 horas. **Jus Brasil Notícias**, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1444996/juiz-substituto-de-mancio-lima-proibe-menores-de-circular-nas-ruas-apos-as-23-horas>>. Acesso em: 3 jun. 2010. JUIZ da comarca de Feijó publica portaria do carnaval 2010. **Acre Feijó**, 4 fev. 2010. Disponível em: <<http://acrefeijo.blogspot.com/2010/02/justica-juiz-da-comarca-de-feijo.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010. JUIZ da comarca de Irauçuba proíbe menores de 16 anos em clubes. **Notícias de Pentecoste**, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www.noticiasdepentecoste.com/2010/05/juiz-da-comarca-de-irauçuba-proibe.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010. JUSTIÇA proíbe menores de freqüentar bares e casas noturnas após 23 horas. **Bom Dia Bauru**, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://redebomdia.com.br/Noticias/Dia-a-dia/2469/Justica+proibe+menores+de+freqüentar+bares+e+casas+noturnas+apos+as+23h>>. Acesso em: 3 jun. 2010. PEREIRA, Igor Augusto. Juiz de Itajá lança portaria que regula circulação de menores. **Portal do Tribunal de Justiça**, 29 maio 2009. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=11897>>. Acesso em: 3 jun. 2010. PAIM, Patrícia. Justiça proíbe menores nas ruas sem os pais depois das 22 horas. **Comércio da Franca**, 20 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.comerciodafranca.com.br/materia.imprimir.php?id=53434>>. Acesso em: 3 jun. 2010. INTERIOR tem toque de recolher: justiça determina limite de horário para jovens em ruas de cinco cidades; em Mozarlândia, último município a adotar a medida, opiniões se dividem. **Portal do Ministério Público do Estado de Goiás**, Cidades, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=11&pageLink=1&conteudo=noticia/1017941f6e93a6bd6e8ad9f324b3a3e1.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

<sup>456</sup> JUDICIALIZAÇÃO da saúde coloca ao STJ desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. **Superior Tribunal de Justiça**, 4 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562)>. Acesso em: 3 jun. 2010. STJ obriga governo a fornecer remédio para tratamento de linfoma.

limites para a atuação das comissões parlamentares de inquérito, interferindo diretamente no funcionamento interno do parlamento,<sup>458</sup> criam o passe livre no transporte coletivo para deficientes físicos,<sup>459</sup> instituem lei de greve para funcionários públicos.<sup>460</sup> Esse fenômeno, consis-

---

**Jus Brasil Notícias**, 14 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141646/stj-obriga-governo-a-fornecer-remedio-para-tratamento-de-linfoma>>. Acesso em: 3 jun. 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança MS 11367 DF 2006/0005691-0**. Relator ministro Castro Meira. STJ, S1 Primeira Seção, 8 out. 2008, DJE 20 out. 2008. Resumo: Mandado de segurança. Fornecimento de medicação. Ministro da Saúde. Omissão específica ou ato concreto. Ausência. Legitimidade passiva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905910/mandado-de-seguranca-ms-11367-df-2006-0005691-0-stj>>. Acesso em: 3 jun. 2010. ESTADO do Mato Grosso é obrigado a fornecer remédio para tratar hepatite C. **Jus Brasil Notícias**, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141660/estado-do-mato-grosso-e-obrigado-a-fornecer-remedio-para-tratar-hepatite-c>>. Acesso em: 3 jun. 2010. ANDRADE NETO, Geraldo Dutra de. Determinação ao poder público para custeio de tratamento do viciado em drogas e emprego de meios coercitivos pelo poder judiciário na nova lei de tóxicos: possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas. **Revista Forense Eletrônica BDJur STJ**, Brasília, 30 jan. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8822/Determina%C3%A7%C3%A3o\\_a\\_o\\_Poder\\_P%C3%ABlico.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8822/Determina%C3%A7%C3%A3o_a_o_Poder_P%C3%ABlico.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 3 jun. 2010.

<sup>457</sup> Em abril de 2009, na arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF n° 130, o Supremo Tribunal revogou a lei de imprensa (Lei n° 5.250, de 1967), declarando-a incompatível com a constituição (SUPREMO julga lei de imprensa incompatível com a constituição federal. **Notícias STF**, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 3 jun. 2010).

<sup>458</sup> A decisão do Supremo que estipulou limites para a atuação de comissões parlamentares de inquérito do congresso nacional — definindo, assim, a competência de órgão legislativo federal — motivou críticas por parte de parlamentares contra tal interferência, sob o argumento de que “essas medidas enfraquecem e impossibilitam o trabalho da CPI” (BERNARDES, Cristiane. CPI pede medidas institucionais contra limites impostos pelo STF. **Agência Câmara**, 29 out. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=127757>>. Acesso em: 3 jun. 2010).

<sup>459</sup> Em acórdão proferido em maio de 2008, na ação direta de inconstitucionalidade ADI n° 2649, o Supremo Tribunal manteve o passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual para pessoas carentes portadoras de necessidades especiais (PASSE livre em transporte interestadual é mantido pelo Supremo. **Notícias STF**, 8 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88527>>. Acesso em: 3 jun. 2010).

<sup>460</sup> Em outubro de 2007, no julgamento dos mandados de injunção MI n° 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal criou uma lei de greve para os funcionários públicos, adotando como base o texto da Lei n° 7.783, de 1989, que regulamenta a greve na iniciativa privada (SUPREMO determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. **Notícias STF**, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 3 jun. 2010).

tente na interferência dos juízes em questões de âmbito político e social, foi objeto de um extenso estudo realizado, entre 1992 e 1995, sob a direção de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, professores de ciência política da *University of North Texas* e da *Lunds Universitet*, na Suécia, respectivamente. Parte dos resultados do estudo foram publicados no livro *The global expansion of judicial power* ('A expansão global do poder judicial', 1997), no qual foram propostas as expressões "judicialização da política" (*judicialization of politics*)<sup>461</sup> e "ativismo judicial" (*judicial activism*).<sup>462</sup>

A judicialização da política é definida, na referida obra, como "a expansão do campo de atuação dos tribunais ou juízes em prejuízo do dos políticos e/ou administradores por meio da transferência do poder decisório da legislatura ou dos gabinetes executivos para os tribunais".<sup>463</sup> Judicialização da política é um processo social por meio do qual o próprio poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial. A judicialização o juiz não escolhe; não é o juiz que a promove; ela é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais. O ativismo judicial, por sua vez, implica uma tomada de posição por parte do juiz no sentido de atuar de modo politicamente ativo e implementar linhas de ação destinadas a expandir o campo de decisão judicial ou amplificar o poder político do tribunal. Do juiz ativista, "por definição, pode-se esperar que aproveite cada oportunidade para usar suas decisões no sentido de privilegiar os valores políticos que ele preza".<sup>464</sup> O ativismo judicial pode acontecer, também, sob a roupagem de uma ação coletiva coordenada para a interferência dos juízes na vida política, muitas vezes por intermédio de seus órgãos corporativos.<sup>465</sup> Destarte, diferentemente da judicialização da política, que consiste em um processo político que independe da vontade dos juízes, o ativismo judicial é uma atitude espontânea do magistrado que adota uma postura hermenêutica flexibilizante no sentido de interpretar as leis de modo a alargar as competências do judiciário e abarcar na

---

<sup>461</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 1.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>465</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 54.

decisão judicial matérias de natureza política. A judicialização da política se realiza, no plano substantivo, pela ampliação da área de atuação dos juízes e tribunais no sentido de rever atos ou decisões praticados pelos poderes legislativo e executivo e, dessa forma, interferir em programas de conteúdo político e no processo de definição de políticas públicas, que, segundo a concepção liberal clássico-moderna de democracia, estariam incluídos na alçada exclusiva dos poderes legislativo e executivo,<sup>466</sup> e, no plano formal, pela adoção de métodos e procedimentos tipicamente judiciais pelos poderes legislativo (como no caso das comissões parlamentares de inquérito) e executivo (como ocorre no contencioso tributário, agências e conselhos governamentais, tribunais administrativos, *ombudsmen* de organismos públicos ou paraestatais, árbitros e conciliadores).<sup>467</sup>

Embora as expressões *judicialização da política* e *ativismo judicial* tenham surgido na década de 1990, a tendência à expansão política do poder judicial já se percebia desde as primeiras décadas da independência norte-americana e, portanto, desde a implantação do Estado democrático contemporâneo. Prova disso é que um marco do ativismo judicial, segundo Torbjörn Vallinder,<sup>468</sup> é a decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, em que foi declarada a superioridade hierárquica da constituição e criado o controle de constitucionalidade no sistema constitucional daquele país.<sup>469</sup> A partir da década de 1970, intensificou-se drasticamente a interferência dos juízes em questões que deveriam ser resolvidas na arena política por meio do debate democrático. Essa expansão da atuação judiciária foi resultado de um conjunto de causas. Tate e Vallinder fazem um amplo relatório dos fatores que determinaram a expansão do poder judicial nos países democráticos contemporâneos. Como fatores históricos apontam a queda do comunismo no leste europeu e a desintegração da União Soviética, que fizeram com que os Estados Unidos se posicionassem como a superpotência mundial.<sup>470</sup> Posto que, desde o término da Segunda Guerra, os Estados Unidos haviam

<sup>466</sup> TATE et al, op. cit., p. 28. GARAPON, op. cit., p. 41-42.

<sup>467</sup> TATE et al., op. cit., p. 28. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47.

<sup>468</sup> TATE et al., op. cit., p. 17.

<sup>469</sup> HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court cases: the most influential decisions of the Supreme Court of the United States.** New York: Checkmark Books, 2007. p. 467-468.

<sup>470</sup> TATE et al., op. cit., p. 2.

emergido como o modelo de poder democrático e, conseqüentemente, a Suprema Corte norte-americana e o *judicial review* adquiriram enorme prestígio dentro e fora de seu país, os novos regimes democráticos surgidos na América Latina, Ásia e África entenderam conveniente fortalecer seus tribunais judiciais como forma de evitar o retorno às ditaduras. Na Europa, logo após a queda da ditadura nazista, ganhara espaço o modelo austríaco de justiça constitucional desenvolvido por Kelsen no período entre-guerras para exercer o controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, a criação de órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, em especial a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos, influenciou o processo de judicialização da política, pois os parlamentos dos países que participaram daquela Convenção foram obrigados a adequar suas legislações às exigências relativas aos direitos dos respectivos cidadãos.

Atuaram, ainda, no sentido de promover a judicialização da política os seguintes fatores:<sup>471</sup> a democracia, a separação de poderes, a política de proteção dos direitos, o acionamento dos tribunais por grupos de interesse e por partidos de oposição ao governo, a ineficácia das instituições majoritárias, a perda de credibilidade nas instituições políticas e a delegação por parte das instituições majoritárias. A *democracia* e a exigência de *separação dos poderes* estimularam a expansão judicial como forma de assegurar condições para que o judiciário atue de modo independente dos demais poderes e esteja em posição de igualdade em relação aos mesmos. Nas modernas democracias ocidentais, a independência judicial não se resume ao âmbito interno do judiciário, mas também implica a proteção diante de pressões econômicas e sociais às quais os juízes estão permanentemente expostos. Apenas esses fatores, no entanto, não seriam suficientes para impulsionar o ativismo judicial, porque a própria idéia de separação de poderes induz o juiz a concluir que sua função consiste apenas em interpretar as leis, deixando o processo normativo nas mãos dos poderes políticos.<sup>472</sup> Assim, outro fator que estimulou a tendência intervencionista dos juízes foi a existência de uma *política de direitos*, ou seja, a implementação de um programa político baseado na proteção a um conjunto de direitos fundamentais definidos na Constituição. A justiça constitucional muitas vezes é chamada a atuar como protetora de indivíduos ou de

---

<sup>471</sup> Ibid., p. 28-32.

<sup>472</sup> Ibid. p. 29.

minorias étnicas ou parlamentares que tenham seus direitos ofendidos ou sejam impedidos de participar do processo político caso não haja controle sobre as ações da maioria. A judicialização da política também foi incentivada pelo *uso das cortes judiciais por grupos de interesse* que descobriram o potencial utilitário dos tribunais para atingir seus objetivos, tais como os grupos de homossexuais que lutam pelo reconhecimento jurisprudencial de direitos civis decorrentes de sua união conjugal, as mulheres que buscam em juízo o direito de abortar em determinados casos ou as entidades científicas que pugnam judicialmente pela autorização para pesquisas com células-tronco.

O *uso dos tribunais pela oposição parlamentar* é um procedimento que se intensifica nos países que adotam o controle abstrato de constitucionalidade, nos quais este acaba servindo como instrumento de resistência a iniciativas do governo que a oposição não conseguiria derrotar pela via do processo majoritário. Assim, parte da classe política, que, por ser minoritária, não consegue fazer valer sua opinião através dos mecanismos habituais do sistema político, transfere para as cortes judiciais os seus conflitos internos, muitas vezes lançando mão de denúncias cruzadas através dos meios de comunicação, com o intuito de que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou liquide politicamente. Diante do fenômeno da hipertrofia do executivo, a oposição encontrou no judiciário um órgão de soberania do Estado capaz de bloquear e corrigir uma política governamental que foi imposta sem diálogo democrático. Se os poderes eleitos diretamente pelo povo não conseguem resolver suas questões por meio do processo político ou se os detentores do poder são processados e julgados nos tribunais por suas ações ilícitas, isso propaga uma *imagem negativa* das instituições políticas e, como consequência, o povo passa a ver as instituições majoritárias como entidades inúteis e corruptas e acaba por apoiar a ação política do judiciário.<sup>473</sup> Por fim, contribui para a expansão do poder judicial a própria *delegação* do poder de decisão que as instituições majoritárias fazem em favor dos tribunais. A solução de assuntos polêmicos ou que envolvam política de direitos acaba muitas vezes sendo transferida para a autoridade judicial porque os custos políticos da decisão nesses casos são muito altos e podem prejudicar a imagem do político e suas pretensões eleitorais. Nesse sentido, a jurisdição se apresenta como um mecanismo de

473

Ibid., p. 31.

que o agente político se vale para esquivar-se das conseqüências de uma decisão politicamente desgastante.

Estas são as condições estruturais que estimulam o fenômeno da judicialização da política. Porém, pouco adiantaria a coexistência desses fatores se os próprios juízes não se dispusessem a adotar uma postura ativista. Tate e Vallinder observaram<sup>474</sup> que os magistrados ativistas procuram utilizar cada oportunidade em que irão exercer o poder de decisão para expandir o espectro político sobre o qual ela deverá incidir. Assim, as decisões políticas, que deveriam ser resultado de um amplo debate racional entre defensores de diferentes pontos de vista, acabam muitas vezes sendo geradas no âmbito judicial, o que, outrossim, coloca em xeque o dogma da neutralidade do juiz, na medida em que este passa a exercer um papel político partidário e, portanto, passa a ser influenciado por convicções ideológicas — ainda quando não reconheça esse fato. Tavares<sup>475</sup> afirma que não se deve sacramentar os agentes judiciários como seres neutros e livres de paixões, interesses e fraquezas, pois é perfeitamente presumível que tais elementos podem ser levados em consideração ou influir inconscientemente na elaboração da decisão.

O ativismo judiciário, segundo Cappelletti,<sup>476</sup> não é um fenômeno isolado, mas se insere no contexto das transformações que o Estado e o direito vêm sofrendo. Não é apenas o poder judicial que vem se expandindo, mas todos os ramos da máquina estatal. Esse crescimento, verificado especialmente na área legislativa, parece estar longe de ser concluído e seu efeito é provocar uma transformação no funcionamento de todos os órgãos que compõem o aparelho da administração pública. A intensificação da intervenção legislativa<sup>477</sup> na vida privada e a conseqüente hipertrofia dessa função se tornou um problema típico dos Estados modernos: os parlamentos assumiram tarefas tão numerosas e diversificadas que, para evitar a paralisia, tiveram de transferir aos outros poderes parte de sua atividade; inicialmente transferiam apenas ao executivo, mas depois passaram a fazê-lo também aos órgãos judiciais. A própria lógica de funcionamento dos colegiados parlamentares não permite que suas decisões políticas acompanhem a velocidade das

---

<sup>474</sup> Ibid., p. 34.

<sup>475</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 475.

<sup>476</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 20.

<sup>477</sup> Ibid., p. 43.

transformações da sociedade, pois a criação da legislação demanda um procedimento complexo e demorado, o que faz com que inúmeras demandas sociais sejam veiculadas no âmbito dos poderes executivo ou judiciário, onde a solução poderá ser mais célere.

Rosanvallon aborda a questão sob o enfoque filosófico. Em sua obra *La démocratie inachevée* ('A democracia inacabada', 2000), o professor do Collège de France faz a crítica da democracia representativa rousseauiana, que ele vincula a uma soberania de tipo monista (*moniste*) e unitária (*son unité*).<sup>478</sup> Ao longo do século XX foi-se tornando evidente que o instituto da representação legislativa não tem condições de garantir sozinho aquilo que Philip Pettit chama de "liberdade como não-dominação" (*freedom as non-domination*).<sup>479</sup> Diante do risco da atuação arbitrária do parlamentar, muitos cientistas políticos abandonaram a crença no projeto da democracia representativa em prol de uma democracia deliberativa e passaram a buscar novos mecanismos institucionais de participação e de representação do cidadão nas decisões públicas ou, nas palavras de Pettit, passaram a buscar institucionalizar instâncias contramajoritárias que atuem como mecanismos de dispersão do poder.<sup>480</sup> Por outro lado, as atrocidades cometidas, em nome da racionalidade, por ocasião das Guerras Mundiais evidenciaram que o fato de a democracia e os direitos estarem consagrados em textos constitucionais não basta para assegurar a sua efetividade; a constituição precisa estabelecer mecanismos institucionais capazes de protegê-los. O poder judiciário passa, assim, a ser apontado como a instituição designada para proteger a constituição e os direitos.<sup>481</sup>

<sup>478</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée**: histoire de la souveraineté du peuple en France. Paris: Gallimard, 2000. p. 429.

<sup>479</sup> PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. New York: Oxford University Press, 1997. p. 21.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>481</sup> Em 1929 Carl Schmitt publicou o ensaio *Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung* ('O tribunal do Reich como guardião da Constituição'), reeditado, em versão ampliada, em 1931, sob o título *Der Hüter der Verfassung: Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart* ('O guardião da Constituição: estudo acerca das várias espécies e possibilidades de defesa da Constituição'). Nele Schmitt defendia a tese de que o guardião supremo da Constituição deve ser o presidente do Reich, não o poder judiciário e nem sequer a corte suprema do país (SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19). No mesmo ano de 1931, logo após o lançamento do livro de Schmitt, Kelsen publicou o ensaio *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* ('Quem deve ser o defensor da Constituição?'), contestando direta e explicitamente o mencionado texto de Schmitt e alertando para a circunstância de que Schmitt "pretende ampliar as atribuições do presidente do Reich mediante uma interpretação mais que extensiva do artigo 48 [da Constitui-



Existe hoje uma forte vertente teórica que defende a adoção do modelo deliberativo de democracia, com a conseqüente instituição de mecanismos de controle da atividade dos agentes públicos e a abertura de novos canais de participação do cidadão nas decisões políticas. Subsiste, no entanto, uma margem de discordância no que tange à extensão e à natureza dos modos alternativos de participação e ao papel político do poder judiciário dentro desse novo contexto. Para Rosanvallon, o modelo de constituição proposto por Condorcet é o mais adequado para viabilizar o funcionamento das sociedades de massa contemporâneas. Nesse modelo, a participação democrática do cidadão não se dá apenas pela via do voto, mas, com apoio no conceito de “soberania complexa” (*souveraineté complexe*),<sup>482</sup> busca-se instituir uma pluralidade de modos alternativos de exercício do direito político de participação e de implementação da vontade comum, aderindo aos instrumentos de representação mecanismos de participação direta ou semidireta. Uma das formas alternativas de participação política está precisamente na via judiciária, em situações nas quais o poder judiciário é convocado a decidir questões de cunho político substantivo e interferir na definição de políticas públicas. O ativismo judicial, nesse contexto, é visto como uma resposta positiva dos juízes ao processo de pluralização dos modos de expressão da vontade popular e de exercício pelo cidadão de seu direito de participação política.

A tendência à judicialização da política e das relações sociais verificada em todo o mundo ocidental contou, no Brasil, com dois fatores adicionais de motivação: de um lado, a grave atrofia da esfera pública, provocada por séculos de intenso ativismo normatizante do poder executivo; de outro, a hegemonia dos interesses do poder econômico no processo de produção das leis e de formulação das políticas públicas.<sup>483</sup> O movimento de judicialização tem como marco consolida-

---

ção alemã de 11 de agosto de 1919, conhecida como Constituição de Weimar], de forma a que ele se torne nada menos do que o senhor soberano do Estado, ou seja, que ele alcance uma posição de poder cuja extensão Carl Schmitt não consegue ocultar, mesmo não a reconhecendo como ‘ditadura’” (KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 13).

<sup>482</sup> ROSANVALLON, op. cit., p. 430.

<sup>483</sup> Eis algumas decisões que revelam a tendência atual de interferência direta do judiciário brasileiro em questões de cunho político.

1) Em sentença proferida em 8 de abril de 2010 na ação civil pública ajuizada pela Colônia de Pescadores Z13 contra a União, o juiz federal Nicolau Konkel Junior extinguiu o Parque Nacional de Ilha Grande, em Umuarama/Paraná, criado por decreto federal de 30 de setembro de 1997, por entender que, “uma década depois da edição do decreto, o IBAMA ainda não

dor a edição da Constituição de 1988, que implantou no país o regime democrático de governo e na qual foram instituídos vários instrumentos processuais que estenderam a margem de interferência dos cidadãos nas decisões e ações estatais pela via judicial, tais como: a ampliação do rol de atores legitimados para ajuizar ação popular e ação direta de inconstitucionalidade, incluído, neste caso, o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partidos políticos com representação no congresso nacional; confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, o que ampliou a “comunidade de intérpretes da constituição”,<sup>484</sup> a expansão do rol de competências do ministério pú-

---

promoveu nenhum ato de desapropriação, mantendo o estado de incerteza dos proprietários de áreas localizadas no perímetro destinado ao parque nacional” (PRADO, Luiz. Juiz federal extingue parque nacional e puxa a orelha da administração pública. **Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www.lui Prado.com.br/2010/05/13/juiz-federal-extingue-parque-nacional-e-puxa-a-orelha-da-gestao-publica/>>. Acesso em: 4 jun. 2010).

2) Desentendimentos ocorridos entre a direção da empresa Vale do Rio Doce e moradores de assentamentos de sem-terra localizados em Ourilândia do Norte e São Felix de Xingu, no Pará, culminaram, em julho de 2008, com a ocupação da Estrada de Ferro Carajás por trabalhadores ligados ao Movimento Sem Terra (MST) e ao Movimento dos Trabalhadores na Mineração (MTM). Diante desse fato, o juiz federal de Marabá, Carlos Henrique Haddad, deferiu liminar proibindo a ocupação da ferrovia, sob pena de multa diária, e, depois de concretizada a ocupação, condenou os líderes do movimento, Eurival Martins Carvalho, Raimundo Benigno e Luiz Salomé, ao pagamento de multa no montante de R\$ 5.200.000,00 (MAGALHÃES, João Carlos. Justiça federal multa lideranças do MST e MTM em R\$ 5,2 milhões por invasão da Vale. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jul. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u425971.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2010).

3) Após um acidente ocorrido em 2004, que danificou a ponte sobre o rio São João, na Serra do Mar, a América Latina Logística (ALL), que opera a ferrovia Curitiba-Paranaguá, realizou reformas na ponte. No acidente, 35 vagões despencaram de uma altura de 55 metros. A reforma empreendida pela ALL destinou-se a tornar a ponte mais resistente, com o que, no entanto, perderam-se as características arquitetônicas originais da construção, que data do século XIX. Em vez do aço original, produzido na Bélgica em 1885, foi usado um aço moderno, mais resistente. Em vez de parafusos, foi empregada solda. O próprio desenho arquitetônico das vigas foi redesenhado, a fim de suportar o fluxo crescente de composições cada vez maiores. Por isso, o juiz Fernando Andrioli Pereira, da comarca de Morretes, no litoral paranaense, ao julgar uma ação civil pública impetrada pela procuradoria do estado do Paraná, determinou que a ALL recuperasse as características originais da ponte (CARRIEL, Paola. Juiz ordena reparo da ponte São João. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 3 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1010052&tit=Juiz-ordena-restauro-da-ponte-Sao-Joao>>. Acesso em: 4 jun. 2010).

<sup>484</sup>

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 54. O conceito de “comunidade aberta de intérpretes da constituição”, desenvolvido por Peter Häberle, foi assimilado por Habermas para a concepção de seu paradigma formal ou procedimental do direito, o qual se caracteriza por não adotar nenhuma concepção particular acerca do conceito de bem (ao contrário dos liberais) e nenhum sistema de valores vinculado a certa identidade cultural (ao contrário dos co-

blico; a criação do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo.

Cappelletti vê a criação jurisprudencial da política como uma via civicamente saudável de efetivação dos direitos fundamentais, por contar com uma espécie de “legitimação democrática e representativa”;<sup>485</sup> Dworkin afirma que a interferência dos tribunais em questões políticas é essencial à preservação da democracia porque transforma o debate fundado em valores num debate fundado em princípios.<sup>486</sup> A nosso ver, os benefícios imediatos apontados pelos autores substancialistas como resultado do ativismo judicial não compensam os danos estruturais causados ao sistema democrático. A ‘legitimação democrática representativa’<sup>487</sup> que se pode descobrir na atividade jurisprudencial é de natureza absolutamente teórica e simbólica, já que *de facto* o juiz não tem legitimidade política que o autorize a se posicionar como representante da vontade popular — sobretudo o juiz brasileiro, que é escolhido mediante exame de seleção baseado em conhecimento teórico avaliado por meio de testes de perguntas e respostas ou, nos tribunais, mediante indicação autoritária por parte da oligarquia interna dominante com base em critérios subjetivos, fundados no interesse privado da referida oligarquia. Outrossim, a estratégia, proposta por Dworkin, consistente em substituir os *valores* pelos *princípios* como base de argumentação dos debates<sup>488</sup> só será útil para o objetivo de *preservação da democracia* se não deslocar o debate, da arena política para o recôndito insondável dos gabinetes de tribunais nos quais se

---

munitaristas), o que significa dizer que ele não atribui em princípio ao direito nenhum conteúdo material, mas se limita a definir o direito legítimo de acordo com padrões procedimentais discursivos. Habermas afirma, nesse sentido, que “quanto mais o público for unido através dos meios de comunicação de massa e incluir todos os membros de uma sociedade nacional ou até todos os contemporâneos, o que o transformaria numa figura abstrata, tanto mais nítida será a diferenciação entre os papéis dos atores que se apresentam nas arenas e dos espectadores que se encontram na galeria” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 108). Quando diz que todos os cidadãos devem participar do processo hermenêutico, Habermas não pensa num tipo de participação periférico. A legitimidade desse processo só se aperfeiçoa quando os cidadãos deixam a platéia e vão para o palco, deixam a periferia do acontecer histórico e passam a influir no seu núcleo (Id. **Más allá del estado nacional**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2000a. p. 151), onde se situam os poderes parlamentar, administrativo e judiciário.

<sup>485</sup> CAPELLETTI, op. cit., p. 96.

<sup>486</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 102.

<sup>487</sup> CAPELLETTI, op. cit., p. 96.

<sup>488</sup> DWORKIN, 2000, p. 102.

decidem os processos judiciais, isto é, se não dificultar ainda mais a já difícil tarefa de estimular o dissenso e a participação cívica do cidadão nas discussões e deliberações públicas. É possível que o debate político alicerçado mais em princípios do que em valores proporcione decisões mais profícuas e equitativas, desde que isso não acarrete a frustração da finalidade primordial do sistema democrático, que consiste em persuadir os cidadãos a expor suas idéias dissidentes e permitir que essas idéias sejam livremente debatidas e influenciem na decisão, se for o caso; esse desiderato de Dworkin, no entanto, será nocivo para a democracia — e, em certos casos, desastroso — se a substituição da base argumentativa do debate (do patamar axiológico para o patamar deontológico) exigir que o núcleo decididor seja retirado dos espaços democráticos deliberativos e deslocados para o interior de varas e cúpulas judiciais.

É ingênua e perigosa a proposta de, com fundamento na necessidade de criação de vias alternativas de participação, transferir para o órgão judiciário o direito fundamental de deliberação, que pertence legitimamente ao cidadão, porque se baseia na crença infundada de que juizes super-homens ou Hércules terão melhores condições do que o cidadão ou seu representante para chegar à decisão politicamente correta. O que o Estado, inclusive o Estado-juiz, pode fazer para ampliar as vias de participação não é internalizar o debate político para dentro dos tribunais, enquadrando-o aos rigorosos limites, disciplina e formalidades do processo judiciário, mas o que pode e deve fazer é agir no sentido da implementação ou fortalecimento de mecanismos capazes de estimular uma cidadania ativa, cujas práticas propiciem a efetiva participação do cidadão nas decisões públicas, diretamente ou por meio de representantes legitimamente escolhidos por ele, orientados pelo ideal comunicativo de constante aperfeiçoamento do processo democrático.

No Brasil, essa interferência ilegítima, implementada por meio do ativismo judicial, mostra-se particularmente nociva para a sociedade porque estabelece uma espécie de paternalismo judiciário que coloca em risco todo o sistema democrático recém implantado, na medida em que transfere para a órbita do judiciário uma relação de dependência e clientelismo que existe historicamente entre o indivíduo e o poder executivo. Não bastasse isso, ou seja, não bastasse tolher a participação popular e contribuir para a manutenção do estado de atrofia da esfera pública, o ativismo judicial desperta nos cidadãos expectativas que o

judiciário não terá condições de atender.<sup>489</sup> A filosofia política aponta hoje para o momento em que a sociedade terá de abandonar a utopia de um *Estado-providência*, no qual o ideal de vida boa de cidadãos passivos, civicamente apáticos e descomprometidos com as decisões unilaterais tomadas pela cúpula consiste em permanecer à espera de que um dos poderes estatais — até mesmo o judiciário — solucione os seus problemas e lhes entregue, por força das mencionadas decisões, os serviços e prestações a que entendem ter direito, e evoluir no sentido da consolidação de um *Estado democrático deliberativo* fundado num sistema de responsabilidades e no debate argumentativo e reflexivo, no âmbito do qual cada cidadão seja, e se perceba, responsável, comprometido com as decisões públicas e livre para sustentar suas idéias e proposituras.

Isso vale também para o poder judiciário. O tribunal constitucional, propugna Habermas, “precisa utilizar os meios disponíveis no

---

489

Ao tratar da distinção entre direitos positivos (compreendidos como aqueles que dependem de uma prestação) e direitos negativos (aqueles em relação aos quais todos devem apenas se abster de impedir que o titular do direito o exerça, mas que não dependem de nenhuma prestação), Sunstein assevera que “a linha que separa o direito ‘negativo’ do direito ‘positivo’ acaba sendo inútil” (SUNSTEIN, 1993, p. 70), porque os direitos negativos, de índole liberal, na verdade apresentam um conteúdo “afirmativo” (Id., loc. cit.). Outrossim, o que chamamos de direito positivo não passa de um outro modo de manifestação do direito negativo. A doutrina tradicional classifica, por exemplo, o direito de propriedade como direito negativo, porque seu exercício só depende de que ninguém impeça o proprietário de usufruir do bem; por outro lado, o direito de um “sem teto” obter um imóvel para morar é visto como direito positivo, porque depende de que o Estado ou alguém despenda recursos para conceder ao “sem teto” uma moradia. Para Sunstein, o que ocorre, na realidade, é o contrário. Para garantir o direito de propriedade o Estado mantém um enorme aparato burocrático, judicial e militar que impede que terceiros turvem o exercício desse direito; sob esse prisma, o direito de propriedade é um direito positivo, pois exige uma postura ativa do Estado no sentido de impedir que os demais cidadãos turvem o domínio do proprietário sobre o bem. Já o direito do “sem teto” obter uma moradia, que a teoria tradicional enquadrava incorretamente como direito positivo, não só não depende de uma prestação afirmativa do Estado como ao contrário, depende que o Estado efetivamente se abstenha de impedir que o “sem teto” tome posse de algum imóvel para ali instalar sua residência. O direito de investir-se no domínio do imóvel é, destacar, um direito negativo, pois depende de que o Estado se abstenha de impedir que o cidadão se aposse do bem do qual ele não é proprietário. Sob a ótica do direito de propriedade, portanto, o Estado posta-se de modo ativo, afirmativo, positivo, quando movimenta seu poderoso aparato administrativo e bélico para impedir que os cidadãos obstruam o proprietário de exercitar seu direito de propriedade, e, por outro lado, o Estado assume postura negativa, passiva, meramente contemplatória, quando opta por não interferir na ação por meio da qual o cidadão toma posse de imóvel do qual não é proprietário. Assim, para defender a propriedade — que configuraria, na visão tradicional, direito negativo — é que o Estado tem de ser ativo, a fim de evitar a invasão, mas para permitir o acesso à terra — que representaria direito positivo — basta que o Estado se abstenha de agir e permita a invasão.

âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade”.<sup>490</sup> A experiência democrática, na maioria dos países, é uma experiência recente. Em muitos deles essa experiência iniciou-se há duas décadas — como é o caso do Brasil. O indivíduo, ao longo dessa trajetória milenar de autoritarismos, fossem eles bem-intencionados ou tirânicos, desenvolveu uma forte tendência a se retrair e a não assumir opiniões dissidentes à postura majoritária. A própria estrutura cultural e institucional das coletividades foi sendo moldada para desestimular e, não raramente, marginalizar e punir aquele que diverge e critica as idéias dominantes.<sup>491</sup> Por outro lado, o modo autoritário que essa longa história civilizatória imprimiu na própria estrutura das relações sociais impede, muitas vezes, que o cidadão consiga adotar uma postura aberta a reflexiva diante das opiniões divergentes, de modo que o debate se transforma em um simples exercício de exposição unilateral de opiniões pessoais desprovidas de argumentação e, não raro, descamba para a troca irracional de ofensas pessoais. Isso torna extremamente difícil a tarefa de fomentar e organizar um sistema político fundado na participação ampla e livre dos cidadãos no debate público. Por isso, dadas as tendências naturais ou adquiridas que tem o ser humano de recusar-se a expor suas opiniões divergentes<sup>492</sup> e de recusar-se a refletir sobre as opiniões divergentes, não basta que o Estado garanta em toda sua plenitude a liberdade de expressão e de manifestação; o Estado e a sociedade precisam criar e manter mecanismos poderosos capazes de persuadir o cidadão não apenas a participar mas sobretudo a exteriorizar suas opiniões dissidentes e propostas críticas.<sup>493</sup> Eis o grande desafio da filosofia política do século XXI: conceber mecanismos capazes de inverter a lógica estratégica que orienta o comportamento da maioria das pessoas no sentido de concordar com a opinião majoritária e ocultar suas divergências; considerando que o “dissenso” (*dissent*)<sup>494</sup> é a matéria-prima do processo democrático, substituir o obscurantismo monista da “ignorância pluralística” (*pluralistic ignorance*)<sup>495</sup> pelo

---

<sup>490</sup> HABERMAS, 1997, v. 1, p. 340.

<sup>491</sup> SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 33-38.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p. 33-38.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>495</sup> *Ibid.*, p. 82.

“conhecimento pluralístico” (*pluralistic knowledge*).<sup>496</sup> No momento em que o tribunal judiciário ocupa o espaço político da cidadania e passa a decidir questões que deveriam ser debatidas e decididas pela própria sociedade, ele está atuando exatamente no sentido contrário: em vez de persuadir e estimular a participação, o Estado-juiz está reforçando a tendência à perpetuação da atrofia da esfera pública. Quanto menor for a quantidade de pontos de vista divergentes trazidos ao debate, mais pobre será a deliberação; quanto maior for o número de argumentos divergentes, melhor qualidade terá a decisão. Quando o juiz profere uma decisão política, ele suprime a deliberação pública; a sentença judicial toma o lugar da deliberação política. Por isso, caminha na contramão da rota da democracia o tribunal que é ativista no sentido de avançar para além dos limites da discussão jurídica e decidir questões de mérito político, as quais deveriam estar sendo discutidas pela sociedade: o Estado-juiz deveria estar buscando e implementando mecanismos para convencer os cidadãos a participarem do debate público e exporem os seus pontos de dissenso.

Ora, se até mesmo grandes constitucionalistas norte-americanos, como Sunstein — que atuam no contexto de uma sociedade dotada, segundo Habermas, de “vivência democrática”<sup>497</sup> mais significativa do que a dos demais povos — sustentam que os Estados Unidos devem criar mecanismos eficazes para estimular o cidadão a manifestar seus pontos de vista discordantes no debate público,<sup>498</sup> essa precaução se mostra muito mais premente em uma sociedade que não tem vivência democrática e na qual, por conseguinte, os instrumentos persuasivos à participação e ao dissenso precisam ser ainda mais eficazes e poderosos. De fato, na conjuntura de uma sociedade que nunca vivenciou efetivamente a democracia e que, em consequência disso, já é marcada pela aguda atrofia da esfera pública, o ativismo paternalista do judiciário é muito mais preocupante, porque ele vai gerar dificuldades adicionais, e talvez até inviabilizar, a pretensão de se desenvolver um regime democrático deliberativo substantivo, baseado no debate racional, na participação política e no comprometimento cívico com responsabilidade. O papel do judiciário na democracia é garantir os direitos fundamentais do indivíduo e das minorias previstos na constituição, dentre os quais consta o direito de participação política; portanto, quando o

---

<sup>496</sup> Id., loc. cit.

<sup>497</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 288.

<sup>498</sup> SUNSTEIN, 2003, p. 30.

juiz decide matéria política está não apenas deixando de garantir o direito de participação — e, com isso, descumprindo o seu papel político-institucional, que é o de garantir os direitos —, como está obstruindo e sonhando esse direito fundamental do cidadão.



#### 4. DÉFICIT POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO

Pretendemos neste último capítulo demonstrar em que medida o judiciário brasileiro deixa de cumprir seu papel institucional e, a partir daí, concluir que ele padece de um déficit político institucional estrutural.<sup>499</sup> Tratamos nos capítulos anteriores do conceito de democracia deliberativa e, com base na noção de esfera pública política, tentamos demonstrar que a sociedade brasileira não conheceu a vivência democrática até 1988. Em seguida, tentamos demonstrar que o judiciário brasileiro estruturou-se em forma de um aparato autoritário e começamos a delinear o papel normativo do judiciário no contexto democrático. No presente capítulo, pretendemos evidenciar que esse judiciário não tem condições de atender às funções judiciais típicas do modelo democrático. O papel político desempenhado pelo judiciário não é a-histórico mas, ao contrário, cada tipo de regime político implica diferentes exigências em relação a esse poder; interessa, no âmbito deste estudo, definir os limites do papel do judiciário no modelo democrático deliberativo. Por outro lado, quando atribuímos ao judiciário um certo papel político adequado ao regime democrático, estamos tacitamente sobrecarregando o conceito de ‘poder judiciário’ com uma dimensão normativa. Essa ‘adequação’ do aparelho judiciário ao modelo demo-

---

<sup>499</sup> Concebemos a idéia de déficit estrutural em oposição à de déficit conjuntural. Ambos se referem à situação em função da qual o aparato judiciário não consegue desempenhar razoavelmente suas funções institucionais. Contudo, o judiciário conjunturalmente deficitário está episódica e temporariamente impedido de desempenhar seu papel democrático por imposição de algum fator real de poder — como, por exemplo, uma ditadura que se instala inesperadamente sobre o alicerce de uma sociedade democrática e se mantém em vigor durante alguns anos; já o judiciário estruturalmente deficitário é aquele no qual a falência da própria estrutura do poder o impede de dar conta de suas funções institucionais. Não há espaço aqui para descer a detalhes sobre essa questão, sendo apenas interessante esclarecer o sentido operacional que atribuímos à expressão *déficit estrutural*, já que cada uma das duas situações em tela conduzem a diferentes soluções: o saneamento do déficit estrutural depende de mudanças na organização e nas regras de funcionamento do poder.

crático, que buscamos identificar com base no grau de eficácia de sua atuação, traz latente a idéia de sua capacitação para manter a integridade do regime democrático, e aí está a dimensão normativa do conceito: judiciário politicamente eficaz, ou não deficitário, é aquele que atua no sentido de contribuir para a manutenção do regime democrático.

Tal afirmação fica mais clara se cogitarmos uma situação um pouco mais complexa: se concebermos o Brasil de 2010 como um Estado pós-autoritário em transição para a democracia, o perfil de judiciário que traçaremos corresponderá ao papel que o aparato de justiça deve desempenhar no âmbito de uma democracia não consolidada de modo a contribuir para a consolidação do regime democrático. Isto é, no Estado em transição do autoritarismo para a democracia, os juízes devem dar conta de determinadas funções a fim de contribuir para que o regime caminhe do modelo transitório para o modelo democrático consolidado. No Estado democrático, o cidadão deve passar a ter condições de participar das deliberações públicas, o que não acontecia no Estado autoritário. As estruturas do aparato estatal, inclusive judiciário, portanto, devem ser adaptadas às novas exigências durante o período de transição. Segundo Habermas, é “só com a transição para o Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política”.<sup>500</sup> Essa transição é difícil, muitas vezes dramática, porque a sociedade tem como ponto de partida uma situação, construída pelo regime autoritário e caracterizada por profunda injustiça social e corrupção dos padrões morais e da infraestrutura cultural e, como ponto de chegada, uma situação totalmente diversa, de índole democrática, caracterizada pela garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Esse percurso exige mudanças drásticas e estruturais no modo de organização do Estado. Habermas alerta que é “necessário, pois, perguntar: quanto tempo será necessário para atravessar este ‘vale de lágrimas’, e quais serão os sacrifícios exigidos até lá?”<sup>501</sup> Em tese, seria possível identificar diferenças entre o modelo de um judiciário adequado ao regime democrático consolidado e o de um judiciário adequado ao regime de transição,

---

<sup>500</sup> HABERMAS, 2002, p. 134.

<sup>501</sup> Id., 2003, p. 111.

porque o Estado de transição se caracteriza pelo fato de manter simultaneamente elementos do regime precedente e do sucessor, ou seja, elementos do regime autoritário decadente e do regime democrático iniciático. De qualquer forma, não há espaço no presente estudo para descermos a tais detalhamentos, de modo que nos limitaremos a tentar identificar genericamente o modelo normativo de judiciário adequado para atuar no âmbito do Estado democrático deliberativo.

Pois bem, considerando que, no capítulo anterior, tentamos demonstrar que o judiciário brasileiro estruturou-se em forma de um aparato autoritário, cabe agora esclarecer definitivamente quais são essas funções que permitem qualificar o judiciário como apto ou não para atender as exigências da sociedade democrática para, na sequência, concluir que ele não tem condições de atender às funções judiciais típicas do modelo democrático. Se partirmos da hipótese de que o judiciário brasileiro padece de um déficit político estrutural porque não está apto a cumprir sua função política institucional, a par de termos de fixar os limites contextuais dessa função — o que faremos em seguida —, teremos de esclarecer a seguinte questão: de que modo a atrofia da esfera pública política atua na estrutura e no funcionamento da justiça no sentido de impedir que ela realize suas funções políticas essenciais, considerando que o ato da decisão judicial não deve ser influenciado pela opinião pública? Coloquemos a questão em outros termos: se compreendemos que a decisão judicial deve refletir o conteúdo da norma ou do valor constitucional no sentido de garantir os direitos do indivíduo ou da minoria, inclusive em face da vontade da maioria e, portanto, esta vontade majoritária não deve influenciar as decisões judiciais, não parece, à primeira vista, correto afirmar que a atrofia da esfera pública política atua no sentido de impedir que o judiciário desempenhe eficazmente o seu papel. É preciso, no entanto, atentar para a seguinte distinção: a esfera pública política, de fato, não deve influir no ato concreto da decisão judiciária, porque, por força da divisão das funções estatais, a tarefa de resolução jurídica definitiva dos conflitos de interesses constitui atribuição do órgão judicial. Porém, incumbe à esfera pública política apontar o modelo de poder judiciário e de processo judicial que entende adequados para a sociedade, bem como os princípios e regras de funcionamento interno e interação desse poder com as demais esferas sociais; incumbe, portanto, à esfera pública política influenciar na definição do conteúdo das normas constitucionais destinadas a dar concretude a tais modelos, princípios e regras. Por

consequente, ainda que entendamos não ser atribuição da esfera pública política influenciar diretamente o ato da decisão judicial particular, devemos concluir que é sua atribuição, no entanto, influenciar na elaboração das normas que definem, por um lado, a estrutura judiciária e os modos de atuação dos atores judiciais e, por outro lado, os princípios e normas que devem orientar a atividade administrativa e jurídica desenvolvida por esses atores.

Ressalte-se ainda: os juízes devem estar imunes a pressões externas não porque sejam eles próprios os titulares da soberania, mas porque o poder soberano assim decidiu, isto é, o soberano inseriu na constituição a norma segundo a qual as decisões judiciais — diferentemente das decisões legislativas — não devem ser tomadas com base em argumentos de oportunidade ou interesse político, mas com base em argumentos jurídicos, vale dizer, não com base na opinião política pública, mas com base na vontade objetiva que essa opinião política pública, normalmente por meio de representantes parlamentares, consagrou na norma. Isso, por sua vez, impõe a formulação de uma segunda hipótese: o déficit político institucional do judiciário brasileiro decorre do fato de que não existe uma esfera pública política suficientemente ativa para influenciar o Estado no sentido de instituir um poder judiciário capaz de desempenhar eficazmente as funções políticas institucionais que cabem a ele no âmbito da sociedade democrática. Em outros termos: em decorrência dos fatores históricos e culturais que determinaram o processo de formação e modelagem do Estado brasileiro e de seus ramos de poder, jamais existiu no Brasil uma esfera pública política capaz de influenciar o aparelho normativo do Estado no sentido de instituir um aparato judiciário e um conjunto de princípios e regras procedimentais e processuais que fossem adequados para possibilitar que o aparelho de justiça cumprisse funções institucionais adequadas ao modelo democrático de Estado, mesmo porque não era esse o modelo adotado pelo Estado brasileiro. Porém, mais do que isso, a sociedade, justamente por causa desses mesmos fatores históricos e culturais, ainda não conta com uma esfera pública política suficientemente vigorosa para influenciar o legislador no sentido de realizar as adaptações de que o aparato judiciário carece para alcançar esse patamar ideal de correspondência à demanda democrática. Isso provoca o déficit político estrutural do judiciário brasileiro, é o que concluiremos se partirmos do pressuposto de que um judiciário politicamente defici-

tário é aquele que deixa de cumprir razoavelmente suas funções institucionais.

#### 4.1 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS

O papel do poder judiciário no Estado democrático de direito consiste em garantir os direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos políticos. Desse postulado decorrem duas consequências. Primeiro: se cabe ao judiciário, nesse contexto, garantir não apenas a autonomia privada, mas também os direitos políticos por meio dos quais se expressa a autonomia política do cidadão, podemos definir como função e ônus do judiciário garantir a regularidade do processo democrático. Em que, no entanto, consiste exatamente essa garantia processual, é o que investigaremos mais à frente. Segundo: o dever funcional de garantir os direitos exige do judiciário que assegure simultaneamente a efetividade do sistema de responsabilidades que permeia o sistema de direito e confere a ele validade e facticidade. E, neste ponto, nos defrontamos com outra ordem de problemas graves, ligados à questão da corrosão da consciência normativa provocada pela sensação de impunidade generalizada, que corresponde à perda da validade do direito — considerada sua dimensão de adesão espontânea — e, conseqüentemente, da facticidade do direito — considerada enquanto *impositividade*. Assim, para situar cada um dos elementos componentes desse postulado sintético, vamos reconstruir, de modo bastante sucinto, os passos do processo democrático deliberativo de produção do direito, o que permitirá identificar a posição e o espaço que estão resguardados para a atuação judiciária nesse processo.

A pretensão de validade do direito se inspira no ideal de autopreservação da sociedade moderna, porquanto, se os cidadãos não identificam em seu sistema de direito uma dimensão de validade, não existe outro fator capaz de fundamentar a adesão espontânea dos indivíduos às leis, o que conduz à desintegração social. Ocorre que uma das tendências que marcam a atual crise da sociedade burguesa é justamente a de estar a lei parlamentar progressivamente perdendo seu efeito impositivo.<sup>502</sup> O regime liberal democrático moderno<sup>503</sup> pode ser

---

<sup>502</sup> HABERMAS, 1997, v. 2, p. 173.

<sup>503</sup> Reitere-se que o conceito de *democracia*, neste estudo, é compreendido não como mera forma de governo baseada no poder popular, mas no sentido substantivo de *democracia constitucional deliberativa*, para a qual, segundo Rawls, é crucial a presença de uma *razão*

caracterizado como aquele no qual o sujeito de direitos, dotado de ampla margem de liberdade de ação, está autorizado a fazer tudo o que a lei não proíba e que *não* implique ofensa a direito de outrem. Para a preservação de um regime cujas relações estejam baseadas na liberdade de atuação individual, é indispensável que cada indivíduo *opte* por respeitar as normas, porque, do contrário, isto é, se os cidadãos optarem por adotar a postura transgressora, o sistema social irá se desintegrar até reduzir-se à condição de caos ou até que se implante um regime de governo não democrático, que imporá a reintegração sistêmica da sociedade. Parece bastante óbvio que não é possível conceber um regime ideal de liberdades privada e política, no qual os cidadãos não prestem adesão espontânea ao direito, porque, nesta hipótese baseada em relações infracionais, teria de existir, em tese, um fiscal ao lado de cada cidadão — o que, de resto, também não ocorreria (ainda em tese) no contexto de um regime autoritário, no qual a liberdade dos cidadãos é controlada através de aparelhos repressivos coletivos. A eficácia de um regime político de liberdades depende de que cada cidadão seja um *fiscal do direito* em potencial. A perda de referências éticas decorrente do desencantamento do mundo foi agravada, no Brasil, pela obstrução ao surgimento de uma esfera pública política, obstrução essa que se impunha com base na força da tradição patrimonialista e na assimilação retórica de um positivismo distorcido de modo a justificar o formalismo jurídico extremo que excluiu do direito brasileiro seu conteúdo ético. Essa percepção do direito, formalista e vazia, somada à visão hierárquica e discriminatória das relações sociais, fez com que o indivíduo perdesse a noção de que, quando desrespeita uma norma abstrata qualquer, está, em algum ponto, ofendendo o direito de outro cidadão, e que, por trás do “pedaço de papel”<sup>504</sup> pelo qual a lei se revela, existem pessoas, cujos direitos a norma visa garantir.

O sistema democrático de direito possui, portanto, um duplo aspecto de validade, na medida em que é composto por regras de liberdade e regras de coerção. Essa dicotomia reconduz em parte à distinção, fundamental na teoria de Habermas, entre agir comunicativo e agir estratégico. Muito embora o agir estratégico corresponda a um agir jurí-

---

*pública* que espelhe a opinião e a vontade dos cidadãos quanto a “elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica” (RAWLS, John. **O direito dos povos**: seguido de “A idéia de razão pública revista”. Tradução de Luís Carlos Borges e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 183).

504

LASSALE, op. cit., p. 34-35.

dico, porque se vale de meios *legais* para tentar fazer prevalecer interesses privados, ele (o agir estratégico) tem, no entanto, algo em comum com o agir antijurídico ou infracional, que é a recusa em adotar a postura comunicativa. Poderíamos indagar: o que é preciso para se garantir o reconhecimento mútuo entre os sujeitos de direito no âmbito de um regime democrático de direito? A resposta é: é preciso que haja obrigações ilocucionárias. De fato, ao atribuir à *liberdade* comunicativa a capacidade de possibilitar o reconhecimento intersubjetivo à custa de um consenso construído com os meios fornecidos pelo direito, Habermas pressupõe, no interior das relações de reconhecimento intersubjetivo, a presença de *obrigações* que só se verificam no contexto do agir performativo, já que, no contexto do agir estratégico, as liberdades subjetivas de ação garantidas pelo direito se desligam e se desoneram de quaisquer obrigações ilocucionárias ou comunicacionais. Em outras palavras, as liberdades que garantem a autonomia privada liberam o sujeito também das obrigações correlatas à liberdade comunicativa. Por isso, se a autonomia privada não é complementada pela autonomia pública, sua legitimidade fica seriamente comprometida, pois as relações intersubjetivas, nesse caso, se dão no interior de um ambiente dominado por comportamentos estratégicos, orientados ao êxito particular do sujeito, o que inviabiliza as pretensões de reconhecimento recíproco e conduzem a *luta por reconhecimento* a um impasse.

Pode-se dizer, portanto, que a liberdade comunicativa só vigora entre atores que assumem uma atitude performativa frente às pretensões de validade que se entabulam reciprocamente. Considerando, outrossim, que a ação comunicativa depende sempre da intersubjetividade, compreende-se por que a liberdade comunicativa supõe obrigações ilocucionárias, que exigem dos sujeitos a adoção de uma postura orientada à busca do consenso pela via discursiva. Tais obrigações ilocucionárias, intrínsecas ao agir performativo, consistem no compromisso, previamente assumido pelos participantes da discussão, de subordinar seus projetos de vida aos conteúdos normativos da decisão consensual resultante da tomada de posição mútua, desde que essa decisão esteja lastreada em razões que possam ser aceitas em comum por todas as partes por ela afetadas. Para o sujeito que baseia suas decisões na liberdade meramente subjetiva (não comunicativa), não importa saber se as razões que resultam decisivas para ele poderiam ser aceitas também pelos demais. Daí por que a autonomia privada do sujeito jurídico consiste, em sua essência, na “liberdade negativa de retirar-se do espaço

público das obrigações ilocucionárias para uma posição de observação e de influência recíproca”.<sup>505</sup> Justamente porque a autonomia privada dispensa o sujeito de direito de prestar contas de, e de apresentar razões publicamente aceitáveis para, seus planos de ação, é que essa autonomia precisa ser complementada pela autonomia pública, que delimita o campo de ação do sujeito pela estipulação de obrigações ilocucionárias correspondentes à liberdade comunicativa. Sem isso, a pretensão de garantia de liberdades subjetivas inviabiliza a si própria, posto que só existem verdadeiras liberdades subjetivas onde são asseguradas *iguais* liberdades subjetivas; se a liberdade subjetiva de um ator não estiver limitada pela dos demais atores, a liberdade de cada um não passará de mera previsão formal empiricamente irrealizável. A imposição dos limites necessários para garantir a condição de *igualdade* das liberdades é que pressupõe certas obrigações. Cada um pode usufruir integralmente de sua liberdade contanto que não cause dano à liberdade do outro. Não há nada de autoritário na fórmula que opõe à liberdade o medo da punição; ela é, antes, o pressuposto de viabilidade da democracia liberal.

Por outro lado, as próprias liberdades comunicativas devem estar adstritas a limites bem definidos, para evitar que terminem por anular as liberdades subjetivas. Para que um sistema de direitos seja capaz de fazer valer, de modo equilibrado, a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos, ele deve, em primeiro lugar, prever aqueles direitos subjetivos que os sujeitos outorgam-se reciprocamente a fim de regular sua convivência com os meios assegurados pelo direito positivo. Essa regulação, no entanto, tem que se dar em bases de legitimidade, a qual só pode ser extraída, nas sociedades democráticas contemporâneas, dos procedimentos de autolegislação. O triunfo da racionalidade moderna e o desencantamento do mundo assinalam a ruptura entre direito e moral, Estado e religião, ciência e magia. Até o século XVII, a tradição e a religião continham fundamentos éticos de caráter mítico ou sacro, coletivamente impositivos, que eram suficientes para garantir a aceitação do direito e, assim, assegurar a integração social. Com o advento da modernidade, aquelas cosmovisões éticas se desintegraram e deram lugar a uma moral pós-tradicional da consciência, a qual, por não ser dotada de impositividade e não exercer influência persuasiva sobre os indivíduos, não serve mais de fundamento para o

505

HABERMAS, 1997, v. I, p. 156.



direito.<sup>506</sup> A sociedade pluralista moderna, nesse sentido, passa a ser o palco em que cada indivíduo ou grupo age em consonância com seu próprio projeto existencial ou visão de mundo, sem sujeitar-se a nenhuma norma ética ou religiosa, de modo que se torna necessário encontrar alguma justificação de cunho racional para a normatividade das regras jurídicas.

Aqui se insere a função do juiz, que, no Estado democrático de direito, consiste em garantir, em última instância, o respeito aos direitos privados e políticos e, por consequência, a legitimidade do procedimento democrático de formação do direito. O que distingue o direito dos outros sistemas normativos é sua coercitividade. A coercitividade do direito, na verdade, deriva da autoridade normativa inerente ao poder político do Estado, ou seja, o soberano se vale do poder político de que dispõe para tornar obrigatórias as decisões jurídicas normativas, a fim de instrumentalizar o direito no sentido de promover a integração da sociedade. Destarte, o direito tem a função instrumental de garantir estabilidade ao Estado.<sup>507</sup> Porém, o direito, enquanto sistema de normas de conduta destinada à organização da convivência intersubjetiva, não tem força própria para impor essas normas; para isto ele depende do aparato estatal judiciário. Portanto, o poder político institucionaliza o direito, o direito institui as normas de convivência que se pretendem obrigatórias e os tribunais garantem a efetividade do direito expressa no binômio validade-facticidade, que implica coercitividade. A segurança jurídica de que o cidadão depende para poder elaborar seu projeto de vida resulta, assim, de um processo complexo que se inicia com a decisão política de instituir a norma pretensamente coercitiva — ou seja, instituir o direito — e se consolida com a decisão jurídica por meio da qual o tribunal confere efetividade ao direito. O que se tenta deixar claro aqui é que o medo da sanção não representa uma idéia autoritária mas, ao contrário, uma idéia que visa a segurança jurídica inerente à certeza da efetividade das liberdades fundamentais. Considerando que, no exercício dessa função, o juiz não pode ser substituído por nenhum outro agente, é imprescindível que ele a desempenhe com eficácia; não o fazendo, ele estará contribuindo decisivamente para o colapso do regime democrático. O princípio constitucional que atribui a certos direitos o caráter de cláusula pétrea e, dessa forma, estabelece

---

<sup>506</sup>

HABERMAS, 1997, v. II, p. 308.

<sup>507</sup>

Ibid., v. I, p. 182.

que tais direitos estão excluídos da esfera de disponibilidade do legislador político, constitui, em si, apenas uma restrição retórica à ação política. Esse princípio só terá eficácia enquanto a norma constitucional tiver força normativa suficiente para impedir o ato revogador, e tal força normativa se apóia, por um lado, no reconhecimento público da validade do sistema de direito — ao qual, como vimos, só se chega hoje pela via do processo comunicativo, e que remete à autonomia política do cidadão — e, por outro lado, na atuação de um poder judiciário capaz de assegurar a efetividade dos direitos, dentre os quais o direito de participação, que remete à autonomia privada do indivíduo. Note-se que ambas devem ser garantidas pelo judiciário: a autonomia privada expressa nos direitos individuais e a autonomia pública que permite ao cidadão participar da esfera pública política. Ainda que a constituição disponha que os direitos humanos representam cláusula pétrea e estão fora do alcance do legislador político, o fato é que essas cláusulas podem, na prática, ser modificadas — e, na hipótese extrema, a própria constituição pode ser inteiramente revogada, no caso, por exemplo, da queda do regime pela via revolucionária. Se partirmos do pressuposto de que as próprias normas fundamentais da constituição, definidoras do modelo de Estado, podem ser alteradas pelo poder político, notaremos a importância do papel do judiciário no Estado democrático, enquanto garantidor da eficácia concreta de direitos fundamentais que, em si, são abstratos e retóricos, pois é dessa garantia que resultará a força normativa da constituição, a validade e a faticidade do direito e, conseqüentemente, a possibilidade de preservação da integração social em um contexto democrático deliberativo. Dependendo da postura que assuma, o juiz atuará como peça fundamental para a garantia dos direitos e da origem democrática do direito e, portanto, para a preservação do ordenamento jurídico democrático ou, ao contrário, será responsável por sua ruína. Um sistema judiciário incapaz de assegurar os direitos e a regularidade do processo democrático não tem condições de garantir a validade do direito, que pressupõe a adesão autônoma dos cidadãos, e esse vácuo na estrutura social deixado pelo que podemos chamar de *ausência de jurisdição* tende a ser preenchido pela ação oportunista de agentes não democráticos oficiais (governantes autoritários) ou não oficiais (grupos terroristas, esquadrões da morte).

O regime democrático exige mais do juiz do que o regime autoritário. Este pressupõe um judiciário fraco, que se submeta aos interes-

ses do governante; aquele pressupõe um judiciário suficientemente forte para impor o respeito à ordem constitucional até mesmo ao governante. Habermas acentua que, quando o tribunal assume o ônus de garantir direitos liberais e definir uma ordem de valores republicana, ele na verdade está fazendo mais do que isso; ele está zelando para que o processo de criação do direito se realize, em primeiro lugar, em consonância com os critérios procedimentais de legitimação estabelecidos pela comunidade e, em segundo lugar, de modo a resguardar os direitos humanos democraticamente definidos na constituição. Nesse sentido, ao judiciário, enquanto intérprete da constituição, cabe assegurar a efetividade do processo de criação democrática do direito, tornando efetivo um “sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública”,<sup>508</sup> ou seja, um sistema de direitos que, por estar apto a garantir na mesma medida e simultaneamente a autonomia privada e a autonomia política, se apresenta como a solução mais eficaz para se preservar o caráter democrático do processo de produção e aplicação do direito. Disso decorre que proteger os direitos fundamentais sem garantir as identidades culturais diferenciadas não é suficiente para assegurar ao ordenamento jurídico a legitimidade de que ele necessita. Essa legitimidade só se configura quando o sistema proporciona a participação discursiva dos indivíduos no processo de criação e aplicação do direito, de forma a garantir, ao mesmo tempo, os direitos individuais e o reconhecimento das identidades culturais das diversas comunidades sociais. Para o cumprimento dessa dúplici função, o juiz se vale do processo de interpretação do direito, por meio do qual realiza, no plano interno, a aplicação de um direito contingente, e no plano externo, uma fundamentação racional. Ocorre que, no que tange à fundamentação racional extrínseca, o processo hermenêutico deve garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*.<sup>509</sup> Em outros termos: ao aplicar a norma jurídica ao caso concreto, o intérprete deve garantir a implementação efetiva das expectativas de comportamento definidas pelo Estado por meio do processo legislativo — o que significa dizer que o intérprete deve garantir a *segurança jurídica* da efetividade da norma. Mas isso não basta; o intérprete deve também garantir a *correção* da interpretação. Decisão *correta* é aquela que se apresenta, ao mesmo tempo, como uma decisão *consistente*, no que tange à

508

Ibid., p. 347.

509

Ibid., p. 247.

legitimidade da norma, e *justa*, no que se refere à sua adequação ao caso concreto. Para conseguir a adequação da decisão, o intérprete faz uso dos chamados “discursos morais de fundamentação e de aplicação”<sup>510</sup> das leis, os quais supõem uma concepção paradigmática do direito, que unifica o processo hermenêutico com o processo histórico, traz para o interior do processo hermenêutico a realidade histórica ou, em outras palavras, estabelece uma “relação circular entre normas jurídicas e estados de coisas, entre variantes de interpretação e relações com fatos”.<sup>511</sup> A concepção do direito é paradigmática, isto é, cada sociedade concebe o direito segundo um paradigma histórico específico que conforma a doutrina jurídica, a legislação e acaba por influenciar o próprio ato hermenêutico. Por isso, a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto tomará rumo diferente de acordo com o paradigma esposado pelo tribunal interpretante. À luz do paradigma comunicativo do direito, que estabelece uma relação interna entre autonomia privada e autonomia pública, a justiça que cabe ao tribunal realizar consiste em garantir simultaneamente os direitos individuais fundamentais e a participação nas decisões públicas, de modo a promover concomitantemente o bem-estar individual e os projetos coletivos compartilhados.

Considerando especificamente o tema que nos interessa neste momento, que é a delimitação da função do judiciário no Estado democrático, surgem da reflexão anterior dois argumentos que conduzem a uma mesma indagação. Primeiro argumento: a opção por um ou por outro paradigma de direito é uma opção eminentemente política, e não jurídica. Ou seja, é de natureza política a escolha que o juiz faz quanto ao princípio hermenêutico que deverá orientar o ato de aplicação da norma ao caso concreto: a interpretação se apoiará no paradigma liberal, que privilegia o direito individual; no paradigma republicano, que prioriza um projeto compartilhado coletivamente; no paradigma comunicativo, que tenta conciliar os direitos privados fundamentais com os programas coletivos pela via da deliberação pública? Segundo argumento: é preciso esclarecer se a incumbência atribuída ao judiciário de garantir a soberania popular, os direitos políticos e a efetividade de projetos coletivos compartilhados pressupõe que o juiz deva proferir decisões sobre questões de mérito político. Uma avaliação açodada

---

<sup>510</sup> Ibid., p. 291.

<sup>511</sup> Ibid., p. 294.

desse dois argumentos pode levar à seguinte conclusão: ora, se a escolha do princípio hermenêutico orientador do processo de decisão jurídica representa um momento *político* da atividade judiciária e se, além disso, incumbe ao juiz a função de garantir a soberania popular e a validade do processo democrático, podemos concluir que incumbe ao órgão judicial tomar as decisões políticas necessárias para dar efetividade aos projetos coletivos eventualmente abrangidos pelo paradigma hermenêutico por ele adotado e para implementar o processo democrático. Não nos parece, no entanto, estar correta essa conclusão. Conforme veremos no tópico seguinte, quando afirmamos que cabe ao juiz garantir os projetos coletivos, a autonomia política e o próprio processo político, não estamos dizendo que o juiz deve substituir-se à esfera pública política e passar a definir ele mesmo os projetos coletivos e as políticas públicas; o judiciário deve garantir a efetividade dos projetos e políticas definidos pelos cidadãos pela via comunicativa ou, mais do que isso, deve garantir que o procedimento democrático deliberativo de fato aconteça, em consonância com as regras constitucionais e de modo que permita à sociedade definir, racional e autonomamente, aqueles projetos e políticas. Como se vê, surgem divergências teóricas no momento de demarcar os limites do papel privilegiado que a democracia atribui ao judiciário. Um judiciário forte, necessário para a preservação do regime democrático, é aquele que ocupa espaços de decisão política que foram negligenciados pelos poderes políticos ou é aquele que apenas garante os direitos fundamentais dos indivíduos? Isso nos reconduz ao debate em torno do ativismo judicial.

#### **4.1.1 Procedimentalismo e substancialismo**

Aprofundemos um pouco a questão do ativismo judicial: se os poderes políticos se mostram indecisos ou omissos a respeito de determinado problema de cunho político, o que deve fazer o judiciário: decidir sobre o mérito do assunto, decidir sobre o assunto mas sem emitir opinião quanto ao mérito ou simplesmente não deve proferir decisão nenhuma sobre o assunto? Duas correntes se destacam ao abordar a questão da intervenção judicial ativista em temas políticos. Uma delas, conhecida como substancialista, defende o ativismo judicial por entender que esse intervencionismo judiciário é necessário para que se consiga garantir os direitos e conter o risco da tirania da maioria. Para os substancialistas, as decisões judiciais devem alcançar a esfe-

ra política para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e para compelir os demais poderes a agir em consonância com a constituição. O ativismo judicial e a produção jurisprudencial de decisões de caráter normativo, sob essa ótica, contribuem para o aprimoramento do projeto igualitário sem que isso implique prejuízo para as liberdades fundamentais. As sociedades contemporâneas, marcadas pela complexidade e pelo pluralismo político, exigem a ampliação das vias de participação do cidadão na política, e o processo judicial representa precisamente um desses novos canais de participação. Particularmente forte no Brasil, a corrente substancialista acredita que, se uma questão política não pode ser solucionada pelas vias políticas e se a sociedade não consegue se articular para sanar esse lapso de modo democrático, o fato de o poder judiciário dar a solução de mérito político contribui para o aprofundamento da democracia, e esse ato decisório judicial deve ser tido como legítimo no contexto do regime democrático, pois, na medida em que se destinou a preservar direitos previstos na constituição, serviu não para depauperar mas sim para assegurar tal regime.

Centrada em Dworkin, a corrente substancialista sustenta que a interpretação constitucional na tomada de decisão deve se realizar por meio de um processo racional fundamentado em padrões jurídico-políticos reconhecidos pela comunidade jurídica. Dworkin menciona a noção consolidada no direito norte-americano no sentido de que “quando os juízes criam novas leis, suas decisões são fortemente influenciadas por tradições jurídicas, apesar de serem, não obstante isso, pessoais e originais” e de que “novas decisões refletem a moralidade política do próprio juiz, mas que refletem igualmente a moralidade que se acha inscrita nas tradições do direito costumeiro, que bem podem ser diferentes”,<sup>512</sup> para depois complementá-la, afirmando que, segundo a “tese dos direitos, [...] as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes”, de modo que “a história institucional age, não como restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração” (p. 136).<sup>513</sup> A jurisprudência de conteúdo político daí derivada dá ensejo a um conjunto de precedentes que compõe uma espécie de “constituição não escrita” (*unwritten constitution*):

---

<sup>512</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 135.

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 136.

“Há certos benefícios”, afirma Terri Jennings Peretti, “em aceitar que temos uma constituição não escrita, ou pelo menos reescrita continuamente por juízes não-eleitos que decidem em conformidade com suas preferências políticas pessoais, à luz de seus padrões de admissibilidade política”,<sup>514</sup> opinando que a abertura política do papel da Suprema Corte norte-americana não só é inevitável como é legítima e desejável, na medida em que assegura a estabilidade política do sistema e a boa qualidade do processo político.

Na democracia norte-americana, o que justifica o papel politicamente ativista do judiciário no plano constitucional, segundo Dworkin, é o fato de que a Suprema Corte é o *foro de princípios*<sup>515</sup> que, por isso mesmo, não se deixa levar pelas barganhas de interesses inerentes às trocas políticas. Sunstein redarguiu afirmando que aquela corte não é o único foro de princípios do Estado, nem em tese nem de fato, e aponta vários exemplos para demonstrar que os maiores resultados decorrentes de decisões tomadas com base em princípios vieram justamente de deliberações do legislativo ou do executivo,<sup>516</sup> como no caso do movimento trabalhista, do *New Deal*, do movimento ambientalista, do movimento pela redução da regulamentação estatal e do movimento feminista. Ao comentar decisões da Corte Constitucional norte-americana, Dworkin critica o passivismo judicial quando afirma que

os passivistas citam o caso *Lochner* e outros, nos quais a Suprema Corte — erradamente, como hoje se pensa —, recorreu aos direitos individuais para impedir ou frustrar programas legislativos justos e desejáveis. Mas teríamos mais a lamentar se a Corte tivesse aceitado irrestritamente o passivismo: as escolas do Sul poderiam ainda estar segregadas, por exemplo. Na verdade, se fôssemos reunir as decisões mais lamentadas da Corte ao longo da história constitucional, acharíamos muitas outras nas quais o erro esteve na falta de intervenção em momentos nos quais, como hoje pensamos, os princípios constitucionais de justiça exigiam uma intervenção. Os norte-americanos sentiriam mais orgulho de sua história política se esta não incluís-

---

<sup>514</sup> PERETTI, Terri Jennings. **In defense of a political court**. 1. reprint. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2001. p. 252.

<sup>515</sup> DWORKIN, 2000, p. 101.

<sup>516</sup> SUNSTEIN, 1993, p. 146.

se, por exemplo, os casos *Plessy* ou *Korematsu*. Nesses dois casos, a decisão majoritária do legislativo foi profundamente injusta, e também, como muitos juristas hoje acreditam, inconstitucional; lamentamos que a Suprema Corte não tenha intervido para fazer justiça em nome da Constituição.<sup>517</sup>

Em *A matter of principle* (Harvard, 1985), Dworkin reafirma que a intromissão do poder judiciário nas questões políticas é essencial à preservação da democracia, na medida em que transforma o debate fundado em valores num debate norteado por princípios: “A revisão judicial é [...] uma característica penetrante porque obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois”.<sup>518</sup> No mesmo sentido, Mauro Cappelletti vê a criação jurisprudencial do direito como uma forma salutar de efetivação dos direitos fundamentais que, por isso mesmo, não atenta contra a democracia mas, ao contrário, contribui para sua consolidação:

O fato de que o caráter democrático dos processos legislativo e executivo seja submetido a limitações e condicionamentos reais, freqüentemente inevitáveis, na verdade não justificaria inteiramente a conclusão de que não se deve fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa, e que isto não se deva fazer por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.<sup>519</sup>

A tendência substancialista estaria, dessa forma, em consonância com o curso natural da evolução do Estado moderno, que se afasta cada vez mais do modelo positivista, ineficaz e conservador. Tratar-se-ia da “revolta contra o formalismo”, que “tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrendo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *esco-*

---

<sup>517</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999. p. 449.

<sup>518</sup> Id., 2000, p. 102.

<sup>519</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 96.



*lha*”<sup>520</sup> sempre presente na interpretação que conduz à decisão judicial. A visão substancialista da atuação judicial foi adaptada pela doutrina à realidade brasileira, na qual os problemas políticos estão muito longe de ser resolvidos: o que caracteriza a sociedade moderna, segundo Celso Fernandes Campilongo, é “a separação de funções entre o direito e a política”.<sup>521</sup> No entanto, como a “representação política está em crise”,<sup>522</sup> deve ocorrer certa interação entre o mundo da política e o do direito: “As instituições representativas podem criar o direito novo, desde que, no processo legislativo, respeitem os limites impostos pelo próprio direito. Os tribunais também podem tomar decisões de cunho político inovador, desde que, no processo judicial, observem as balizas estabelecidas pelo sistema político”.<sup>523</sup> Esta última afirmação se mostra um tanto retórica e vazia de conteúdo, considerando que não há como um tribunal, no âmbito do processo judicial, observar “as balizas estabelecidas pelo sistema político”. A primeira “baliza” do sistema político democrático contemporâneo é justamente o princípio da *participação* do cidadão nas decisões públicas — que, a certa altura, se conjugou ao princípio da *representatividade* a fim de potencializar a interferência da esfera pública política no processo decisório —, e é ostensivo que nem sequer o juiz brasileiro é dotado de representatividade política, já que o acesso ao cargo acontece pela via do concurso público e sua atuação é protegida pela garantia de vitaliciedade, que torna essa atuação virtualmente imune a qualquer espécie de controle político. É ambígua a afirmação de que, no ambiente democrático, ao proferir decisão judicial de cunho político inovador o tribunal estará observando ‘as balizas estabelecidas pelo sistema político’; coloquemos, portanto, as idéias em seus devidos lugares: primeiro, as ‘balizas’ que o sistema constitucional estabelece para o poder judiciário referem-se ao processo judicial, não ao processo político, já que a constituição não prevê, em nenhum momento, que este processo deva tramitar no interior da atividade jurisdicional; segundo, as ‘balizas’ estabelecidas pelo sistema constitucional para o processo político se dirigem ao poder legislativo e, em certos momentos, à própria sociedade organizada (como no caso da ação popular, da iniciativa popular de projeto de lei, etc.); terceiro,

---

<sup>520</sup> Ibid., p. 32.

<sup>521</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 76.

<sup>522</sup> Ibid., p. 73.

<sup>523</sup> Ibid., p. 76.

o sistema constitucional não deixa espaço para que a tramitação do processo político seja deslocada para o interior do processo judiciário, de modo que não faz sentido dizer que o juiz tem legitimidade para proferir decisão de conteúdo político partidário desde que observe ‘as balizas estabelecidas pelo sistema político’; em outras palavras, o juiz tem de obedecer ‘as balizas estabelecidas pelo sistema político’ para o exercício da atividade jurisdicional, não para o exercício da decisão política, que a constituição não atribui a ele. É ambíguo, portanto, o postulado ora analisado, porque, ao proferir decisão normativa de cunho político, o juiz não apenas não está garantindo a principal ‘baliza’ do regime democrático, que é o direito de participação do cidadão, como está colaborando decisivamente para manter esse direito soterrado sob a pesada carga da tradição política de uma esfera pública atrofiada e paralisada.

Rawls, nesse aspecto, adota posição mais moderada. Para ele, certa dose de ativismo deve se esperar do judiciário quando se trate de proteger direito, e a decisão do tribunal, nesse caso, estaria fundada na razão pública e na autoridade superior do povo, uma vez que,

ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei [isto é, o direito fundamental previsto na lei] seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem. Quando o tribunal assume esse papel e o desempenha efetivamente, é incorreto dizer que é francamente antidemocrático fazê-lo. É, de fato, antimajoritário no que se refere à lei ordinária, pois um tribunal com poderes de revisão judicial pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, a autoridade superior do povo dá sustentação a isso.<sup>524</sup>

Outrossim, há autores substancialistas<sup>525</sup> que não apenas apóiam o ativismo judicial, como sustentam que a intensificação da interferência judicial nos demais poderes é uma condição de possibilidade do Estado contemporâneo, no qual o juiz deixa de ser mero aplicador do direito e passa a intervir no processo político, utilizando os poderes

<sup>524</sup> RAWLS, 2000, p. 285.

<sup>525</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

inerentes à função judicial para estabelecer valores fundamentais que devem ser respeitados pelos demais poderes do Estado, e, com isso, passa a intervir na condução da política para que ela se oriente no sentido da busca da justiça. Segundo essa concepção, a expectativa de concretização de uma igualdade substancial, e não apenas formal, teria provocado a redefinição da relação entre os três Poderes,<sup>526</sup> atribuindo ao judiciário, em certa medida, a competência para invocar o justo contra a lei majoritária. Como resultado disso, o poder judiciário — e em especial a justiça constitucional — deixou de ser uma instituição politicamente neutra e assumiu o importante papel de garantidor dos direitos fundamentais, o qual exercita por meio do controle sobre os demais poderes.

A outra vertente importante — conhecida como procedimentalista e representada principalmente por Habermas, Garapon, Sunstein e John Hart Ely<sup>527</sup> — vê o ativismo judicial como uma prática perniciosa para o regime democrático, na medida em que dificulta ainda mais o já difícil fortalecimento de uma cidadania ativa e, em países de antiga tradição autoritária como o Brasil, se soma ao ativismo do poder executivo, para robustecer a muralha que impede o cidadão de exercer seu direito fundamental de participação, obstando assim que a opinião pública se converta em vontade. As vias alternativas de participação não podem transferir para o órgão judiciário o direito fundamental de deliberação, que pertence legitimamente ao cidadão. A igualdade só é efetiva se a sociedade contar com uma cidadania ativa, cujas práticas propiciem o permanente aperfeiçoamento do processo democrático, de modo que o ativismo judicial é pernicioso para a sociedade na medida em que tolhe ou, no mínimo, desestimula o legítimo processo democrático, que deve ocorrer na esfera pública, não no recôndito impenetrável dos gabinetes judiciais. O poder judicial, por não estar sujeito a nenhum processo de legitimação política e a nenhuma forma de controle social direto, é desprovido de legitimidade política para interferir na

---

<sup>526</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

<sup>527</sup> É importante ressaltar que Ely defende o conceito de uma democracia de tipo representativo, em que um sistema constitucional de proteção das minorias torne mais legítimo o processo político de acesso ao poder estatal e de tomada de decisões políticas. Para Sunstein e para Habermas, o modelo representativo está superado e deve dar lugar à democracia deliberativa, na qual o cidadão tem assegurada a sua condição moral republicana de partícipe das decisões públicas, condição essa que lhe é negada pelo liberalismo individualista.

definição de políticas públicas e do conteúdo substantivo dos direitos. Por isso, Garapon afirma que

este novo modelo, que elimina um desenvolvimento infinito, procede de uma nova economia política da justiça. Não é para o Estado-providência e para a sua burocracia que nos devemos virar, mas para si mesmo, para os recursos próprios do grupo social. [...] A nossa democracia já não tem os meios de fazer respeitar as decisões autoritárias vindas do centro e executadas de uma forma voluntarista. É por isso que é necessário procurar a adesão dos interessados. Isso verifica-se tanto em relação à acção do Estado como à acção da justiça.<sup>528</sup>

Ely menciona uma hipótese extrema: se eu defendo a tese de que as decisões políticas devem ser necessariamente tomadas no âmbito do processo político e nunca no âmbito do processo jurisdicional, no fundo estou aderindo à concepção cética segundo a qual “o processo de adotar políticas é um valor superior ao conteúdo das decisões sobre política”<sup>529</sup> — ou seja, o *processo* vale mais do que o *conteúdo* — e, com isso, estou assumindo o risco de ver respaldada a constitucionalidade de um novo holocausto que porventura venha a ser normatizado pela maioria episódica. Ely enfatiza que esse exemplo hipotético “só serve [...] para fortalecer o enfoque em favor do qual tenho argumentado”,<sup>530</sup> segundo o qual a lacuna constitucional, que deixa margem para que um grupo minoritário da sociedade seja vítima de discriminação, deve ser preenchida por uma decisão “aprovada para propiciar um processo livre e democrático”,<sup>531</sup> ou seja, a própria constituição deve prever mecanismos democráticos que permitam à sociedade, e mais especificamente às minorias, enfrentar uma situação como essa formulada no exemplo, de modo que a solução de tal problema político não fique a depender da atitude redentora de algum juiz ou tribunal heróico. Assim, considerando que “há uns quarenta anos as pessoas ‘descobriram’ que os juízes eram humanos e, portanto, tendiam, em uma variedade de contextos legais, consciente ou inconscientemente, a fazer ‘escorregar’

---

<sup>528</sup> GARAPON, op. cit., p. 255-256.

<sup>529</sup> ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** 14th print. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2002. p. 181.

<sup>530</sup> Ibid., p. 182.

<sup>531</sup> Id., loc. cit.

seus valores pessoais para dentro da fundamentação jurídica de sua decisão”,<sup>532</sup> e considerando, destarte, a existência dessa margem inevitável de interferência das convicções ideológicas e idiosincrasias do juiz no momento da decisão, deve o órgão jurisdicional ser compelido a deixar claras e explícitas as teorias processuais, e respectivas precondições, que regerão o processo de tomada de decisão. Habermas, da mesma forma, quando trata do papel da jurisdição constitucional à luz da proposta procedimentalista de John Hart Ely, assevera que

o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. [...] Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política.<sup>533</sup>

No modelo substancialista, no qual predomina a ação judiciária politicamente ativista, o trabalho de interpretação realizado no julgamento está desvinculado de qualquer limite em termos de reserva de competência legislativa, pois o tribunal não apenas pode como deve criar norma política quando *entender* que houve omissão ou *erro* por parte dos poderes políticos. Isso obviamente dá margem a que a norma não escrita, dotada de tamanha elasticidade, em algum momento supere a norma escrita. Dada a possibilidade de o cidadão passar a ter de sujeitar-se a regras que não constam da norma escrita, o problema que se insinua é o seguinte: não há como garantir que a superação da norma legislativa escrita pela norma judicial não escrita não irá ocorrer em sentido contrário aos princípios e valores constantes da constituição. Isso porque a atividade jurisdicional não está sujeita a nenhuma espécie de controle político. Alertamos, por ocasião dos debates sobre a proposta de instituição da súmula vinculante, para os riscos implicados na ampliação do poder dos tribunais para a tomada de decisões políticas:

532

Ibid., p. 44.

533

HABERMAS, 1997, v. I, p. 340.

A análise um pouco apurada da proposta demonstra que um de seus efeitos primários será a inclusão do tribunal sumulista entre os órgãos legislativos, numa espécie de metamorfose política.

Estar-se-á criando, na verdade, um órgão paralegislativo, cujo monstruoso poder irá além do de editar normas; aprovará atos normativos interpretativos das normas legais, que excluirá dos juízes a possibilidade de interpretar a lei segundo sua convicção e as características do processo. A súmula vinculante terá mais força que a lei e que a própria norma constitucional, pois as interpretará e delimitará o que elas dizem e o que não dizem. Será a norma acima da norma.

Apenas para ilustrar a idéia, imaginemos que a Constituição diga, sobre determinado assunto, que *sim*, e o tribunal sumulista, por um equívoco qualquer (ninguém é indene de erro), interprete que a Constituição, quando disse *sim*, pretendia dizer *não*. Todos os juízes do país terão que passar a desprezar a norma constitucional, que diz *sim*, e obedecer a *interpretação* assentada na súmula, que diz *não*, haja vista ser essa interpretação vinculante.

Procura-se apenas ressaltar, com essa conjectura extremada e fantasiosa, que a súmula vinculante, do ponto de vista prático, abarcará mais poder que a própria Constituição, pois esta obriga os juízes à sua aplicação, mas não a determinada interpretação.

[...] Como se depreende, o poder vinculante da súmula se apresenta como uma inovação na área do direito público, pois estabelece uma nova divisão do poder do Estado, ao instituir o poder paralegislativo, tendente à elaboração de normas interpretativas do direito positivo, a ser exercido pelo órgão judiciário. [...]

Mais do que isso, a súmula vinculante confere ao tribunal um modo indireto de poder constituinte permanente, igualmente privilegiado por agregar, à

virtual *norma constitucional abstrata e genérica* por ele elaborada, a sua necessária interpretação.

Estará implantado no sistema jurídico nacional um instrumento que permitirá ao tribunal, em dado momento e em tese, até mesmo inverter o sentido de dispositivos constitucionais, por via de um processo imensamente simplificado, prescindindo-se, para tanto, das rígidas exigências impostas pela Constituição para a aprovação de emendas constitucionais.

[...] Mais do que fomentar a invasão de competência constitucional do Poder Legislativo pelo Judiciário, a súmula vinculante apresenta certa feição totalitarista, na medida em que conduz à concentração do poder nas mãos dos órgãos judiciários de cúpula, em detrimento da unidade do Poder Judiciário. A um único órgão integrante do Poder incumbirá, com exclusão de todo o restante da estrutura judiciária, construir a interpretação jurisprudencial das normas legislativas”.<sup>534</sup>

Esse é um problema que tende a ser minimizado na medida em que a teoria da constituição consiga incorporar em seus estudos o fator político e, principalmente, na medida em que os juízes passem a ser compelidos a explicitar em suas decisões os argumentos políticos e ideológicos que, tradicionalmente, permanecem ocultos por trás do pano de fundo da decisão ou nos bastidores do debate jurídico realizado no tribunal. Por sinal, esse hábito que o juiz brasileiro tem de se recusar a revelar as convicções políticas e ideológicas que influenciaram a decisão judicial pode ser analisado à luz do que Sunstein chama de “autoritarismo jurídico”,<sup>535</sup> cujos traços característicos são os seguintes:

ele [o autoritarismo jurídico] vê as normas, de nível constitucional ou não, como acordos entre partes movidas por interesses pessoais. Ele normalmente se mostra cético quanto a qualquer esforço no sentido de raciocinar sobre problemas sociais e

---

<sup>534</sup> LEITE, Roberto Basiloni. **Manual de direito sumular do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 64-68.

<sup>535</sup> SUNSTEIN, 1993, p. 108.

econômicos. Ele despreza tais esforços por concebê-los como mera máscara para o interesse próprio ou como incapazes de resolver as disputas sociais e políticas, que ele trata como se fossem elas baseadas em premissas fixas e incomensuráveis demais para serem objeto de deliberação.<sup>536</sup>

Nesse contexto autoritário de argumentação jurídica, a resolução do problema social ou econômico só seria “possível por meio da guerra ou de um acordo entre partes que negociam com base em interesses pessoais”.<sup>537</sup> Ocorre que é inevitável que as pré-compreensões do intérprete relativas a valores políticos e morais interfiram na decisão. Esse conjunto de pré-compreensões fundamenta o sistema de princípios substantivos<sup>538</sup> que orienta — ainda que inconscientemente — as decisões do intérprete. A compreensão de qualquer texto jurídico exige que o intérprete empregue algum princípio de fundo, ou princípio interpretativo, seja ele semântico ou substantivo. “Aqueles que negam a existência desses princípios não conhecem nem a si mesmos”, declara Sunstein; “Acreditam que seus próprios pontos de vista são tão evidentes por si mesmos que de forma nenhuma equivalem a princípios interpretativos, mas, em vez disso, são ‘parte’ do texto”.<sup>539</sup> No entanto, os princípios interpretativos estão implícitos no próprio ato da interpretação do texto. Ainda que o intérprete sustente que sua leitura da norma é puramente gramatical, ele está implicitamente se valendo de um princípio interpretativo gramatical ou semântico. O problema, portanto, não está em saber se existem ou não princípios exegéticos, já que eles são da própria essência do ato hermenêutico; a questão é saber se o princípio interpretativo empregado tem caráter substantivo ou meramente semântico. Aí reside o erro do intérprete dogmático, que acredita na neutralidade da decisão por ele proferida por entender que a sua

---

<sup>536</sup> Ibid., p. 108-109.

<sup>537</sup> Ibid., p. 109.

<sup>538</sup> Sunstein distingue dois tipos de princípios interpretativos: os princípios semânticos, “cuja aceitação conta como parte do que se dispõe a dizer a linguagem pertinente de forma simples e de maneira lexicográfica”, e os princípios substantivos, que exigem não uma mera verificação lexicográfica, mas “uma justificação política substantiva”. O princípio semântico é suficiente para permitir a compreensão do sentido da norma que dispõe, por exemplo, que o presidente da república deve ter no mínimo 35 anos de idade, mas não é suficiente para fundamentar a idéia de que é obrigatória a observância ao entendimento original dos autores da constituição norte-americana no momento da aplicação da norma constitucional (Ibid., p. 102).

<sup>539</sup> Ibid., p. 103-104.



compreensão da norma se lastreia na literalidade do texto, na sistematicidade do sistema jurídico ou, ainda, na intenção originária do constituinte. Na verdade, o originalismo não passa de uma “versão mais proeminente do formalismo no direito”.<sup>540</sup> Neste caso, o intérprete formalista sustenta que a decisão por ele prolatada é neutra porque ele se limitou a fazer a leitura da norma em consonância com o entendimento original dos pais fundadores da constituição. Tal argumento é inválido porque o próprio compromisso com o entendimento original constitui um princípio substantivo. “É impossível até mesmo decidir como caracterizar o entendimento original sem tomar como base considerações de ordem moral”.<sup>541</sup>

Partindo da distinção fregeana entre pensamento (*Gedanken*) e representação (*Vorstellung*),<sup>542</sup> Habermas afirma que nós não apreendemos os pensamentos e fatos do mundo de modo direto, mas sim por intermédio de *representações*; o que chega aos nossos sentidos são meras representações de objetos e pensamentos aos quais não temos acesso imediato. Ocorre que a estrutura do pensamento é muito mais complexa do que a estrutura do ato representativo do pensamento. Por conseguinte, diferentemente dos pensamentos, que extrapolam os limites da consciência individual, a representação está sempre vinculada a um sujeito histórico situado em determinado tempo e lugar, e essa concretude fática do ato representativo o condiciona de diversas maneiras e em relação a cada sujeito. Ele considera ingênua a pretensão kantiana de que a razão prática pode se esclarecer sobre suas próprias limitações;<sup>543</sup> a razão, isolada na subjetividade da consciência do sujeito, tende a “iludir-se sobre si própria” exatamente quando se arroga “de abranger o todo”,<sup>544</sup> porque a razão está inseparavelmente incorporada à práxis social, que é a sociedade e que, portanto, incorpora valores ideológicos e políticos no nível inconsciente do sujeito. Considerando, por um lado, as inevitáveis limitações dos recursos hermenêuticos dogmáticos e, por outro lado, a impossibilidade de impedir que as pré-compreensões do intérprete influenciem a decisão, a minimização do problema em pauta — qual seja, o risco implicado na decisão judicial de cunho político proferida pelo tribunal, em face da obscuridade dos

---

<sup>540</sup> Ibid., p. 104.

<sup>541</sup> Ibid., p. 102.

<sup>542</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 27.

<sup>543</sup> Id., 2000a, p. 422.

<sup>544</sup> Ibid., p. 423.

argumentos políticos que a fundamentam — estaria em exigir que o juiz se esforce para identificar e explicitar essas pré-compreensões, de modo que elas sejam expostas à análise racional argumentativa e questionadas publicamente. Habermas, no entanto, não acredita na possibilidade de solução desse problema senão pela via discursiva. Pode-se dizer que ele concorda com a premissa dworkiniana da existência de uma resposta jurídica correta para o litígio, porém essa resposta correta se constrói a partir de procedimentos comunicativos racionais que se fundamentam em uma ética discursiva — e, neste ponto, Habermas se afasta do paradigma liberal e nega a possibilidade de eficácia do ativismo judicial, incompatível com a exigência de que a decisão resulte de um processo comunicativo.

Os tribunais, segundo a corrente procedimentalista, devem assumir um papel agressivo, em vez de esperar por uma decisão democrática, em duas situações: (a) naquela em que se identifique a violação de direitos centrais para o processo democrático e em relação à qual se mostre improvável que venha a ser sanada pela via política, tal como no caso da obstrução ao direito de voto ou à liberdade de expressão;<sup>545</sup> e (b) no caso em que um grupo ou interesse minoritário não consegue espaço para se fazer ouvir no processo político em razão de que as lideranças hegemônicas impedem o acesso daquela minoria ao espaço comunicativo público.<sup>546</sup> Note-se que a postura ativista assumida pelo tribunal nessas duas hipóteses se destina a garantir o funcionamento adequado do processo democrático deliberativo, mas não envolve decisão de mérito político.

#### 4.1.2 Minimalismo judiciário

A discussão acerca da extensão política do papel do juiz na sociedade democrática nos leva à indagação concernente à relação entre democracia e constitucionalismo: em que medida a proteção constitucional dos direitos fundamentais interfere no processo democrático ou, ainda, como se pode operacionalizar a tensão entre a necessidade de proteção aos direitos e a exigência de efetivação da vontade coletiva expressa pela via democrática? Vista sob a ótica deliberativa, a relação

---

<sup>545</sup> SUNSTEIN, 1993, p. 142.

<sup>546</sup> Ibid., p. 143.

entre democracia e constituição é uma relação de complementaridade: a democracia precisa da proteção constitucional dos direitos e, por outro lado, a constituição só se realiza plenamente se os direitos por ela assegurados forem exercidos e concretizados na vida real, o que só ocorrerá se o processo democrático funcionar adequadamente. A própria definição de democracia deliberativa exclui a decisão política da órbita da jurisdição. Se a ordem democrática não prescinde de que os cidadãos sejam efetivamente capazes de se autogovernar e se ela supõe um compromisso amplo com a argumentação, não cabe ao órgão jurisdicional proferir decisões que impliquem opção política, pois essas decisões impedem a concretização do princípio constitucional do autogoverno e a expressão ampla da argumentação política, para a qual o órgão jurisdicional não tem legitimidade nem aptidão.

O aperfeiçoamento constante da sociedade democrática depende de uma postura que seja oposta ao ativismo judicial e capaz de estimular a participação de seus membros na esfera deliberativa da vida política.<sup>547</sup> Poderíamos, neste ponto, levantar a seguinte objeção: ora, se o liberalismo constitucional consegue promover reformas políticas e sociais pela via judiciária, qual é o problema? O problema é que não basta saber se ‘é possível’ implementar tais reformas pela via judicial; é preciso também indagar ‘como’, ‘para que’, ‘para quem’ e ‘em prol de que valores’ se realizarão as reformas. As condicionantes das reformas, que refletem valores substantivos constantes do texto constitucional, devem ser definidas no espaço democrático, pois o órgão jurisdicional não é dotado sequer de legitimidade para deliberar sobre elas. Em outras palavras, ‘resolver a demanda política’ não é o mesmo que ‘resolver democraticamente a demanda política’; falta, na primeira hipótese, a dimensão de legitimidade da decisão, e, ademais, existe o sério risco de que falte também, naquela hipótese, a dimensão do *acerto* da decisão, em razão das deficiências, já mencionadas anteriormente, relativas à amplitude política de seu conteúdo substantivo. O sistema constitucional que se propõe a buscar no judiciário soluções políticas pode ser qualificado como um sistema “excepcionalmente pobre para proporcionar uma reforma social em larga escala”.<sup>548</sup> Portanto, é um erro pretender que o judiciário realize mudanças políticas tidas como necessárias, porque essa tentativa dispersa energias e recursos que deveriam

547

Ibid., p. 241.

548

Ibid., p. 147.

estar concentrados na política e, dessa forma, se estabelece uma situação em que a decisão do tribunal acaba por obstruir um desfecho político conveniente, que poderia ter ocorrido se não tivesse havido a interferência judicial.

Às vezes o consenso não é possível, em razão de divergências insuperáveis.<sup>549</sup> A solução para o desacordo insuperável, no entanto, não está em transferir para o judiciário a tarefa de ditar a política. Em relação àquele rol de interesses que não foram atendidos na negociação, os membros da sociedade devem formular um acordo de compensação dos interesses inconciliáveis;<sup>550</sup> parte das matérias discutidas são objeto de consenso substantivo; no entanto, as disputas de interesses não consensuais deverão ser solucionadas através de um acordo de compensação, ao qual as partes chegam por meio de um processo democrático regido por um conjunto de regras procedimentais que possam ser aceitas por todos, ainda que por razões diferentes. Como estas regras procedimentais devem ser definidas previamente por meio de um consenso público, conclui-se que na base de todo o complexo normativo democrático está o consenso, seja aquele que se logrou alcançar em questões substantivas, seja aquele relativo aos procedimentos destinados à obtenção de um acordo legítimo quanto a conflitos de interesses inconciliáveis. Especificamente no que se refere ao acordo entre partidos acerca de interesses inconciliáveis, está bem claro que o grau de legitimidade e justiça do resultado desse acordo não se mede pelo conteúdo do acordo, mas sim pela observância das condições de validade do processo deliberativo, que têm sua própria justificação racional. O conceito de acordo parcialmente teorizado (*incompletely theorized agreement*), desenvolvido por Sunstein, se aproxima daquilo que Habermas chama de acordo de compensação dos interesses inconciliáveis, já que acordo parcialmente teorizado é aquele por meio do qual os membros da sociedade entram em consenso quanto a práticas ou resultados, isto é, quanto às condições do processo deliberativo, mantendo no entanto suas posições divergentes relativas a certas questões fundamentais substantivas.<sup>551</sup> Assim, todos se propõem prévia e con-

---

<sup>549</sup> Sunstein chama a isso de “desacordo duradouro” (*enduring disagreement*) (Ibid., p. 8).

<sup>550</sup> Id., 2001c, p. 363.

<sup>551</sup> Ibid., p. 9. Ao discorrer sobre o uso criativo que o poder jurisdicional pode empregar para solucionar demandas políticas sem opinar sobre o seu mérito, de modo a fortalecer a democracia, Sunstein elabora um exemplo: “Suponha, por exemplo, que o tribunal seja acionado para proibir o presidente da Comissão Federal de Comunicações de editar norma que regula-

sensualmente a aceitar a validade da decisão que venha a ser tomada pelo grupo caso sejam atendidas as condições processuais de validade fixadas no acordo parcialmente teorizado, apesar da persistência de divergências substantivas.<sup>552</sup> A teoria democrática, portanto, aponta outros caminhos para a solução do conflito não consensuável, distantes da via judiciária, que passam pela instituição de mecanismos legais aptos a abrir aos cidadãos vias alternativas de ação participativa.<sup>553</sup>

---

mente a exibição de violência na indústria de entretenimento, com base no argumento de que o regulamento ofenderia a liberdade de expressão. O tribunal tem várias alternativas. Ele pode revogar o regulamento com base no argumento da liberdade de expressão; ele pode manter o regulamento; ou ele pode dizer que um regulamento que trata de questões constitucionais tão sérias não pode ser considerado válido a menos que o Congresso tenha participado de sua elaboração. A terceira opção é bem menos intrusiva do que a primeira, porque ela respeita mais as prerrogativas democráticas. Ela deixa aberta a possibilidade de que, caso o parlamento esclareça o ponto duvidoso, a norma se torne válida. E se o legislativo resolver aprovar uma lei pertinente à matéria, o argumento de sua validade se tornará ainda mais forte” (Ibid., p. 241).

<sup>552</sup> A Súmula Vinculante n° 4, editada pelo Supremo Tribunal em 9 de maio de 2008, trata da base de cálculo do adicional de insalubridade, dispondo que “o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Segundo a solução encontrada pelo Supremo, o salário mínimo não pode ser usado como base de cálculo, porque a constituição o proíbe. Ao lerem apenas a primeira parte da Súmula, alguns juízes concluíram: se o salário mínimo não pode ser utilizado, o tribunal inferior deverá indicar outra base de cálculo em cada caso. Ocorre que a última frase da súmula determina que o salário mínimo, conquanto não possa ser utilizado como base de cálculo, também não pode “ser substituído por decisão judicial”. Ora, se o tribunal inferior não pode usar o salário mínimo como indexador, mas também não pode substituir o salário mínimo por outro indexador, como decidir a questão? O ministro Marco Aurélio esclareceu: “a inconstitucionalidade do fator de indexação previsto em lei não autoriza a substituição pelo Judiciário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 6.266/DF. Confederação Nacional da Indústria. STF, Sessão do Tribunal Pleno, Brasília, 30 abr. 2008, Recurso Extraordinário n. 565.714-1, f. 477. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=540773>>. Acesso em: 1 jun. 2010). Portanto, o sentido da Súmula Vinculante n° 4 é o seguinte: o salário mínimo, previsto na lei ordinária, não pode mais servir como base de cálculo do adicional de insalubridade, porque essa lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988, a qual vedou o uso do salário mínimo como indexador, porém o judiciário deve continuar aplicando o salário mínimo como indexador até que o poder legislativo corrija tal inconstitucionalidade, posto que não cabe ao judiciário legislar. O Supremo, como se vê, aplicou a técnica processual da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade da norma declarada inconstitucional, desenvolvida pela doutrina constitucional alemã e conhecida como “declaração de incompatibilidade” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 178). A declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade foi aplicada pela corte constitucional alemã em casos nos quais a norma ordinária excluía determinado benefício a um grupo de cidadãos sem que houvesse justificativa plausível para tal discriminação, de modo que a inconstitucionalidade decorria da incompatibilidade entre aquela norma e o princípio da igualdade (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 213).

<sup>553</sup>

HABERMAS, 1997, v. I, p. 36.

A amplitude do campo de atuação política dos tribunais deve ser definida tendo em vista a sua adequação ao potencial transformador do judiciário<sup>554</sup> que, considerando os limites institucionais deste, se mostra bastante restrito se confrontado com o potencial transformador das forças políticas da sociedade. Em primeiro lugar, a atuação dos cidadãos pelas vias políticas democráticas tem muito mais condições de possibilitar o aperfeiçoamento do sistema de direito do que o trabalho realizado dentro de tribunais, já que estes devem, em princípio, aplicar as leis já existentes. Além disso, o envolvimento do cidadão no processo político de formação da vontade política estimula o espírito cívico de cidadania e o seu comprometimento com os interesses da comunidade, ao passo que a transferência do papel deliberativo da esfera pública para o poder judiciário tende a fomentar o paternalismo estatal e o enfraquecimento desses vínculos cívicos e comunitários. Em segundo lugar, decisões judiciais normalmente são ineficazes para promover as mudanças sociais necessárias para o aperfeiçoamento da sociedade e para sua adaptação à incessante evolução econômica, tecnológica e científica. Em terceiro lugar, o fato de o juiz estar habituado a atuar com foco no litígio impede, por via de regra, que ele apreenda as questões objetos do debate em toda a sua amplitude e complexidade. O juiz, por exemplo, que decide impor à Secretaria de Saúde de um pequeno município a obrigação de custear o tratamento nos Estados Unidos de um paciente portador de leucemia, com base no argumento da garantia do direito fundamental à vida, provavelmente não terá condições de saber se esse tratamento comprometerá toda a arrecadação destinada aos gastos com saúde pública que deveria beneficiar milhares de outros cidadãos naquele exercício financeiro — e isso talvez devesse ser ponderado no momento da decisão e talvez levasse a soluções alternativas criativas, que poderiam surgir no âmbito da esfera pública deliberativa, mas que não surgem no contexto da esfera judiciária.

Vejamos a crítica que Loiane Verbicaro lança contra o minimalismo judicial: “O republicanismo [que Verbicaro chama ora de *conservador*, ora de *passivista*] de Sunstein, em consonância com seu referencial teórico, defende um minimalismo judicial; o liberalismo igualitário [que Verbicaro chama de *progressista*] de Dworkin, ao contrário, sustenta uma defesa mais substancial do Poder Judiciário à realização

554

SUNSTEIN, 1993, p. 150.

da democracia e dos direitos fundamentais”.<sup>555</sup> Antes de tudo, cabe apontar uma certa perplexidade diante das adjetivações propostas pelo autor: republicanismo *conservador* e liberalismo igualitário *progressista*. Não está muito clara a justificativa de tais qualificativos, já por ser notório que, em termos históricos, o liberalismo igualitário contemporâneo é anterior ao republicanismo contemporâneo; na verdade, aquele aparece em 1971, por ocasião da publicação nos Estados Unidos da obra *A theory of justice* (‘Uma teoria da justiça’), de John Rawls, ao passo que o republicanismo contemporâneo surge em 1982, com a obra *Liberalism and the limits of justice* (Liberalismo e os limites da justiça), na qual Michael Sandel contesta a proeminência atribuída por John Rawls à *justiça* e afirma que a justiça não passa de uma “virtude compensatória”,<sup>556</sup> que se revela apenas quando a sociedade não tem condições de garantir o desenvolvimento de virtudes mais espontâneas e mais aptas a estimular a sua melhora moral, como, por exemplo, a fraternidade e a solidariedade.<sup>557</sup> Com base nesse raciocínio, Sandel substitui a noção de *justiça* pela de *comunidade* como virtude essencial da sociedade. Portanto, Verbicaro decerto não pretendeu equiparar *progressista* a atual, ao referir-se ao liberalismo, e *conservador* a antigo, ao referir-se ao republicanismo, porque é o liberalismo que está mais próximo das raízes clássicas conservadoras do pensamento liberal mais puro, enquanto o republicanismo é que se afastou dessas raízes, incorporando elementos mais recentes desenvolvidos pela crítica ao liberalismo. O autor, portanto, deve entender *progressista* no sentido difuso de algo que contribui para o *progresso* da sociedade, em confronto com o *conservador*, que se opõe a esse progresso. Seria necessário, no entanto, auscultar o próprio autor para que ele precisasse que relação entende existir entre a ação politicamente ativista do juiz e o *progresso* da sociedade. Embora a falta de elementos possa nos conduzir a algum equívoco, parece que Verbicaro relaciona o *progresso* da sociedade ao êxito da democracia, nos seguintes termos: o juiz ativista — que ele vincula ao paradigma liberal igualitarista — é progressista porque sua ação politicamente intrusiva e substitutiva da ação de uma esfera pú-

<sup>555</sup> VERBICARO, Loiane Prado. O republicanismo de Cass Sunstein e o liberalismo igualitário de Ronald Dworkin. Uma análise à luz da função exercida pelos tribunais nas democracias contemporâneas. **Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, Maringá (PR), v. 12, n. 2, jul./dez. 2007, p. 287.

<sup>556</sup> SANDEL, Michael J. **El liberalismo y los límites dela justicia**. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 51.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 52.

blica política contribui para promover a democracia e isso, por sua vez, conduz ao *progresso* da sociedade.

Deixemos para trás, no entanto, esse ponto preliminar, e analisemos o mérito da crítica em questão: a idéia de Verbicaro parte de uma premissa equivocada. O liberalismo republicano de Sunstein seria, em sua concepção, menos “substancial” no que diz respeito à “realização da democracia” do que o liberalismo igualitarista de Dworkin porque, no primeiro modelo, o juiz interfere na deliberação política apenas em casos excepcionais. Não nos parece correto, no entanto, supor que a interferência substantiva do juiz no processo de deliberação política proporciona uma “defesa mais substancial” especificamente da “realização da democracia”. Há aí, no mínimo, uso inapropriado de termos científicos. Até seria racionalmente sustentável postular que o ativismo judicial oferece garantia mais substancial aos direitos individuais e das minorias, os quais estão constantemente expostos aos interesses majoritários, porém não faz sentido dizer que o ativismo judicial promove a “defesa mais substancial” do *processo democrático* do que o minimalismo judicial (que, como visto, Verbicaro chama inadequadamente de “passivismo judicial”, recorrendo à terminologia de Dworkin). Ao tentar impedir que o juiz se imiscua na atividade política deliberativa da sociedade, a vertente minimalista está defendendo precisamente a “substância” do processo democrático — ou a “realização da democracia”, na expressão de Verbicaro —, “substância” essa que pressupõe a participação ativa dos cidadãos nas decisões das quais serão destinatários, e não o expurgo dessa participação pelo juiz todo-poderoso. O fator que ofende a “substância” da democracia é essa interferência *substantiva* do juiz no processo deliberativo, já que ela sinaliza a substituição da tradição lusobrasileira do paternalismo governamental por um paternalismo judiciário que contribui para a manutenção da atrofia da esfera pública, pela redução ou exclusão do espaço de participação deliberativa dos cidadãos no processo político.

Portanto, conclui-se que Verbicaro pretende sustentar que o liberalismo igualitarista de Dworkin tem melhores condições de promover a garantia substantiva “dos direitos fundamentais”, mas não a da “realização da democracia”, já que esta pressupõe participação popular, e quando o judiciário decide questões políticas substanciais ele tolhe a participação popular, na medida em que assume o papel que a sociedade deveria estar desempenhando. Verifica-se, destarte, uma certa confusão terminológica com o conceito de ‘democracia substan-



tiva’, que é aquela na qual o Estado consegue garantir satisfatoriamente a efetividade dos direitos fundamentais. Ocorre que, quando tratamos da noção de ‘democracia substantiva’, a exigência de garantia da efetividade dos direitos fundamentais em nenhum momento autoriza a idéia de que poderiam ser dispensadas aquelas outras exigências, relativas à participação do cidadão e à legitimidade das decisões políticas, e que se poderia, conseqüentemente, transferir para o judiciário o papel de representante da vontade popular e substituto da esfera pública política. Poderíamos reconhecer, neste ponto, que a democracia substantiva é aquela que consegue garantir a efetividade dos direitos fundamentais? Sim, poderíamos. Conseqüentemente, se partirmos da idéia de uma sociedade em que os juízes tomem decisões políticas substantivas por entenderem que os órgãos parlamentares ou o debate político público não estão desempenhando esse mister de modo satisfatório, poderíamos então concluir que essa sociedade é mais apta para assegurar “uma defesa mais substancial [...] à realização da democracia e dos direitos fundamentais”?<sup>558</sup> Não; no que tange à garantia da ‘realização da democracia’ (cujo elemento primordial é a participação), a resposta com certeza é não; se, no entanto, em vez de nos referirmos à ‘realização da democracia’, restringirmo-nos à questão da garantia dos ‘direitos fundamentais’, talvez se pudesse reconhecer certa aptidão do modelo ativista judiciário para proporcionar tal garantia — que, de qualquer forma, seria apenas parcial, pois nessa hipótese não estaria sendo garantido o direito fundamental de participação.

Em termos mais teóricos, Luiz Werneck Vianna *et alii* querem entregar ao judiciário a tarefa de solucionar os problemas decorrentes do déficit político do Estado e da sociedade; afirmam que o juiz deve “assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, *a vontade geral implícita no direito positivo*, especialmente nos textos constitucionais, *e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente*” (grifo nosso).<sup>559</sup> A amplitude da competência que eles pretendem atribuir ao juiz o investe, na verdade, no papel de intérprete da vontade geral, para o qual ele não tem legitimidade nem aptidão. O juiz deve garantir efetividade aos *direitos* previstos na lei; para isso, pode ter de fundamentar sua decisão nos princípios latentes no sistema de

558

Id., loc. cit.

559

VIANNA et al., 1999, p. 38.

direito. A tarefa de identificar os princípios latentes (“implícitos”) no sistema de normas, no entanto, não se confunde com a tarefa de identificar a “vontade geral” da comunidade que estaria, segundo Werneck et alii, por sua vez implícita nos princípios implícitos nas leis. A vontade geral atua no espaço comunicativo de convergência da opinião dos membros da sociedade, no interior do qual ele logram alcançar o consenso, e desse consenso é que surgem os princípios que devem reger a vida social. Isto é, a vontade geral do povo determina quais são os princípios, mas os princípios não são a vontade geral; são fruto dela. O juiz tem autoridade para identificar na norma os princípios definidos pela vontade geral, mas não tem autoridade para se arrogar o papel de representante da vontade geral e, em nome dela, estabelecer ele próprio princípios ou direitos que ele afirme perceber, nas entrelinhas dos princípios jurídicos, que a vontade geral da comunidade pretenderia estabelecer.

A decisão judicial só deve interferir em questão política se for para: (a) garantir direito fundamental do cidadão, inclusive os direitos políticos como o voto e a liberdade de expressão; (b) permitir acesso ao debate público político a grupo minoritário excluído pela maioria política. Dessas duas funções resulta o dever judicial de garantir a normalidade do processo democrático. Os juízes ativistas, em que pese sua boa intenção, se constituem como um fator pernicioso para a democracia, pois a atuação deles inibe o desenvolvimento das virtudes cívicas. O estímulo à participação política, ao contrário, tende a inspirar no indivíduo o espírito republicano de co-responsabilidade e de comprometimento com os interesses e o patrimônio públicos e tende a conferir à sociedade uma perspectiva mais ampla a respeito de si própria, de seu papel, de seus objetivos e de seu destino enquanto coletividade nacional, pois a deliberação política proporciona uma margem de argumentação muito mais ampla do que aquela que está disponível para a decisão judicial. A falta desse sentimento popular de co-responsabilidade e de compromisso é uma deficiência que pesa sobre a decisão judicial e que reduz drasticamente o potencial de eficácia desse tipo de decisão, se comparada à decisão democrática. O descomprometimento político do cidadão com a decisão judicial, somado à incapacidade logística do juiz para perceber e dimensionar as implicações e repercussões não-jurídicas de sua decisão, faz com que a incapacidade do juiz para dar eficácia às suas decisões atinja um ponto dramático nos casos em que haja necessidade de reforma social.

### 4.1.3 A ilusão da neutralidade judicial

Aquele que vê no ativismo judiciário uma atitude salutar para a cidadania democrática muitas vezes o faz porque acalenta a ilusão da neutralidade da decisão judicial. Essa crença na existência de princípios neutros que norteariam a atividade hermenêutica dos juízes pode ser percebida no originalismo de Robert Bork<sup>560</sup> e no interpretativismo de Herbert Wechler.<sup>561</sup> É equívoco, no entanto, pensar que o juiz age com neutralidade quando profere a decisão. Pode-se cogitar que, na maior parte dos casos, o envolvimento do juiz com as forças políticas é menor do que o do agente público exercente de cargo eletivo, e que o juiz está menos exposto à pressão política. Porém, a parcialidade do juiz fundada em convicções ideológicas, morais ou econômicas é muito mais difícil de ser enfrentada e controlada pela sociedade do que a do agente político: o fato de o juiz não estar obrigado a explicitar os argumentos não-jurídicos que influenciaram na decisão impede que esses argumentos sejam objeto de impugnação formalmente válida e de análise crítica em outra instância jurídica ou política, mantendo-os virtualmente intocáveis, protegidos pelo manto do sigilo. Ademais, como o sujeito investido da função julgadora não precisa realizar nenhum esforço de reflexão no sentido de racionalizar e trazer à lume suas tendências ideológicas, com o passar do tempo ele próprio vai perdendo o contato com essas idéias e elas vão submergindo no latíbulo do inconsciente; a tal ponto pode chegar esse processo de interiorização de normas e valores sociais e morais<sup>562</sup> que muitas vezes o juiz não terá sequer consciência da influência que suas convicções ideológicas causam na interpretação da norma e no julgamento do caso. Nesse sentido, a dificuldade de controle e solução de problemas decorrentes da parcialidade ideológica no campo da decisão judicial é muito maior do que no campo da política, onde os argumentos ideológicos são conhecidos e existe espaço para debate racional argumentado em torno desses argumentos.

A idéia de neutralidade, por sua vez, conduz a outro problema grave: está implícito nessa idéia um juízo pré-político segundo o qual o

---

<sup>560</sup> Id., 1993, p. 95-96.

<sup>561</sup> Ibid., p. 76.

<sup>562</sup> FREUD, Sigmund. **The psychopathology of every life**. Translated by Anthea Bell. New York: Penguin Books, 2003. p. x.

*status quo* é sempre justo. Ao optar por se manter neutro em face da norma aplicada, o juiz pressupõe tacitamente que o *status quo* estabelecido pela lei — ou seja, a atual distribuição das propriedades, rendas e direitos — não deve ser questionado e, portanto, é justo. Ocorre que o *status quo* não é um fato da natureza, mas uma situação artificial que foi criada pelo direito, e, ao defender a tese de que essa situação atual (correspondente à ‘tradição’ ou à ‘letra da lei’) deve ser mantida, o intérprete, na verdade, adotou um princípio interpretativo que tem conteúdo substantivo, ainda que pareça não ter. Isso porque, ao optar pelo princípio interpretativo da neutralidade, o juiz está optando tacitamente por certos valores substantivos — quais sejam, os privilégios atualmente assegurados — em prejuízo de outros valores que o *status quo* relegou. Ora, essa postura constitui uma tomada de posição em prol de valores substantivos, muito embora camuflada sob a aparência formal de neutralidade. Destarte, no que diz respeito à relação entre jurisdição e política, a postura assumida pelo juiz enseja uma dicotomia que pode ser simplificada nos seguintes termos: ou o juiz, no exercício da atividade decisória, assume a postura de neutralidade, e nesse caso estará tacitamente optando pela manutenção da estrutura de valores políticos substantivos em vigor, ou ele adota a postura ativista e assume a defesa de valores diferentes daqueles preferidos pela lei.

A segunda postura é *de per se* imprópria, e a primeira, pode conter equívoco. Na segunda hipótese, a atitude ativista do juiz esbarra em sua falta de legitimidade política para formular normas genéricas e abstratas em nome da sociedade, que propicia, de resto, uma margem de erro vastíssima. O agente judiciário que se arroga a competência de criar normas públicas ou definir políticas públicas na verdade está investindo a si mesmo no papel de representante da soberania popular, para o qual não está constitucionalmente habilitado e, normalmente, não tem sequer preparo. Por outro lado, no que tange à primeira hipótese, há mister de distinguir entre duas situações possíveis quanto ao juiz que supõe que, ao proferir a decisão, consegue manter a neutralidade política pelo fato de que se limita a aplicar a norma nos termos em que ela está formulada (ou, mais propriamente, nos termos em que ele entende estar ela formulada): essa sua suposição pode estar certa ou errada, ou seja, a interpretação da norma por ele realizada pode ou não estar livre da interferência de suas ideologias e pré-concepções. Se estas influíram na decisão, ainda que de modo inconsciente, seu postulado de neutralidade é falso, de modo que, em vez de fundamentar inde-

vidamente sua decisão no princípio interpretativo da neutralidade, ele deveria trazer à luz e explicitar aqueles argumentos políticos. Se, ao contrário, o juiz conseguiu de fato preservar em sua sentença os conteúdos substantivos exatamente como constam da lei, sua atuação está correta do ponto de vista institucional, pois a função jurisdicional consiste em dar efetividade aos valores substantivos que a sociedade, por intermédio do processo político democrático, discrimina na norma. Mesmo assim, seria incorreto dizer que a decisão em si é neutra, pois, como visto há pouco, a decisão estará garantindo determinados valores, preferidos pela lei, em prejuízo de outros valores, de modo que o que há nesse caso não é neutralidade, mas passivismo judicial, que representam conceitos distintos.

Sejamos honestos, no entanto, para reconhecer que esta última hipótese é no mínimo rara, pois se baseia em pressupostos bastante exigentes: de que os juízes autores da decisão tentaram de fato proferir uma decisão inteiramente isenta de influências ideológicas; de que as ideologias e preconceitos do juiz não tiveram nenhuma influência no ato judicial de interpretação da norma, nem mesmo no nível inconsciente, e, mais do que isso, de que, na aplicação ao caso prático de conceitos relativos a valores substantivos constantes da norma, os juízes conseguiram dizer a que fator ou condição real do litígio corresponde cada um daqueles conceitos abstratos sem ter necessariamente de recorrer às suas próprias convicções políticas (morais, éticas, econômicas) e opções ideológicas.

O melhor argumento em favor do ativismo judicial com que nos deparamos é apresentado por Vianna e Burgos, nos seguintes termos: como poderemos sustentar a idéia de que o ativismo judicial representa uma ameaça à liberdade, a reclamar um entusiástico movimento em prol da política destinado a restaurar as instituições clássicas da democracia e os valores republicanos no homem comum, ou seja, destinado a restaurar a cidadania cívica, se os tempos atuais se caracterizam pela “diluição das identidades sociais e, com ela, a perda de substância da vida associativa e dos partidos, [...] inclusive pelos naturais efeitos derivados do processo de globalização em curso”<sup>563</sup> Neste sintético trecho, os autores destacam alguns problemas fundamentais relacionados à prática democrática contemporânea e à função judicial. As identida-

563

---

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 369.

des sociais e os projetos de vida compartilhados pulverizaram-se e deram lugar a um sistema complexo de identidades individuais e projetos de vida particularizados. Conseqüentemente, a vida associativa em geral e os partidos políticos em particular estão, cada vez mais, perdendo sua substância e sua capacidade de ação. Esse fenômeno é a característica política mais marcante da sociabilidade contemporânea. Em outras palavras, a característica política central da sociabilidade contemporânea é apresentar uma propensão bem menor ao associativismo, ao partidarismo e à ação voltada para a concretização de projetos de vida compartilhados, com a correspondente substituição de demandas coletivas, associativas ou partidárias por demandas voltadas à garantia de direitos e à satisfação de interesses particulares. Portanto, a expectativa liberal procedimentalista, passivista ou minimalista de que ao judiciário não cabe substituir a deliberação pública por uma decisão judicial de conteúdo político mas, sim, garantir aos cidadãos o direito fundamental de participação nas decisões políticas, parece ser vista por Vianna e Burgos como uma pretensão ingênua e utópica, pois, devido à própria “natureza da sociabilidade contemporânea”, os cidadãos não querem e não irão participar da deliberação política, por maiores que sejam os apelos e tentativas de persuasão nesse sentido. Destarte, ou o judiciário profere uma decisão concedendo o pedido das partes, ainda que se trate de matéria de conteúdo político,<sup>564</sup> ou os interesses políticos da coletividade — e dos membros individuais dessa coletividade — serão esmagados pela ação particular de pessoas movidas por interesses privados estratégicos, porque, por um lado, os cidadãos, dada a “natureza (inevitavelmente não-associativa) da sociabilidade contemporânea”, não terão condições empíricas de empreender ações políticas deliberativas suficientemente fortes para fazer valer os interesses políticos da coletividade e, por outro lado, não terão a quem recorrer, já que estamos pressupondo que (a) os agentes políticos se omitiram, (b) o judiciário se declarou incompetente para proferir decisão de mérito sobre a questão e transferiu esse encargo para a esfera pública e (c) esta, por sua vez, não dará conta da exigente responsabilidade que lhe foi atribuída no sentido de chegar a uma solução pela via deliberativa.

564

---

Como, por exemplo, a proibição de construção de rodovia em área cujo ‘projeto político’ mais adequado seria manter a preservação florestal, ou a proibição de instalação de um edifício multicolorido na cabeceira da ponte de acesso à cidade, que implicaria a afronta ao ‘plano político’ de preservação do patrimônio estético e cultural da comunidade.

Essa argumentação de fato sensibiliza, porém é preciso apreender em toda sua complexidade a problemática do papel do judiciário democrático. Garapon — que se preocupa com o fato de que “tudo, hoje, pode ser questionado perante uma jurisdição, até a política estrangeira”<sup>565</sup> — aponta diversas causas para o surgimento da judicialização da política, dentre as quais: (a) o enfraquecimento do Estado em decorrência da globalização da economia;<sup>566</sup> (b) o “desmoronamento simbólico”<sup>567</sup> do homem democrático e a “decomposição do político” na sociedade democrática, diante da constatação de que a sociedade civil, dada a sua apatia, e o poder político, dada a sua incapacidade logística, não conseguem dar conta de atender as demandas sociais;<sup>568</sup> (c) a prática rotineira da aprovação de textos legais mal redigidos e dúbios, o que torna difícil manter em pé o princípio liberal clássico segundo o qual o juiz deve limitar-se a aplicar a lei tal como ela está redigida; (d) a “desnacionalização do direito”,<sup>569</sup> que permitiu aos juízes passar a interpretar a lei nacional à luz de princípios e normas de caráter supranacional; (e) o avanço do paradigma democrático no mundo, que tende a retirar o poder soberano das mãos de um órgão político único e inapelável e dispersar esse poder entre centenas ou milhares de autoridades judiciárias, já que “a justiça oferece o espetáculo de um poder desmultiplicado, ele próprio dividido, sujeito a recursos, a apelos e a revisões”.<sup>570</sup>

Outrossim, há exemplos prementes que parecem confirmar os argumentos ativistas ou substancialistas. Se o Tribunal Superior do Trabalho não tivesse regulamentado a greve no serviço público, estendendo para essa hipótese a legislação aplicável às greves na iniciativa privada, a questão talvez estivesse até hoje carente de regulamentação, porque nem o legislativo nem os sindicatos conseguem chegar sequer a um consenso parcial. Podemos apontar o caso da *lei seca* como outro exemplo, em sentido oposto: se os juízes tivessem acolhido as ações em que grupos interessados pretendiam obter a invalidação da lei seca,<sup>571</sup> ter-se-ia possibilitado a ocorrência de milhares de acidentes de

---

<sup>565</sup> GARAPON, op. cit., p. 44.

<sup>566</sup> Ibid., p. 22.

<sup>567</sup> Id., loc. cit.

<sup>568</sup> Ibid., p. 23.

<sup>569</sup> Ibid., p. 36.

<sup>570</sup> Ibid., p. 49.

<sup>571</sup>

A medida judicial mais notória contra a lei seca foi a ação direta de inconstitucionalidade nº 4103, proposta em 4 de julho de 2008 pela Associação Brasileira de Bares e Restau-

trânsito que, afinal, acabaram sendo evitados em razão da manutenção daquela lei.<sup>572</sup> Em outras palavras, se os tribunais acionados nesse caso tivessem assumido uma postura politicamente ativista, no sentido de interferir na política de trânsito rodoviário do país, essa interferência teria sido possivelmente desastrosa. Com efeito, as estatísticas realizadas já nas primeiras semanas de vigência da lei seca indicavam a redução do número de mortes em acidentes de trânsito entre 15% e 30%, dependendo da região.<sup>573</sup> Em São Paulo, a imprensa noticiou, em 13 de

---

rantes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103. **Acompanhamento processual.** Relator ministro Eros Grau. Brasília, 1 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2628419>>. Acesso em: 10 dez. 2010). A ADIn foi contestada em maio de 2009 pela Associação Brasileira de Medicina de Tráfego e encontra-se paralisada desde setembro de 2009.

<sup>572</sup> *Lei seca* é o nome pelo qual ficou conhecida a Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008, convertida na Lei nº 11.705, de 19 de julho de 2008, que proíbe a comercialização de bebidas alcoólicas nas rodovias federais e tipifica como infração gravíssima o ato de dirigir sob efeito de bebida alcoólica, em qualquer dosagem. Várias ações foram ajuizadas apontando a inconstitucionalidade dessa lei, em diversos aspectos: o da proibição de venda de bebida alcoólica em empresas situadas em rodovias federais (RAVA, Ben-Hur. Proibir venda de bebida alcoólica é inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 20 fev. 2008. Disponível em: <<http://plantaosinhos.blogspot.com/2008/02/proibir-venda-de-bebida-alcoolica.html>>. Acesso em: 7 ago. 2008); o da obrigatoriedade de submeter-se o motorista ao teste do bafômetro, o que corresponde a produzir prova contra si mesmo (ALVES, Paulo Ricardo da Conceição. A inconstitucionalidade da Lei nº 11.705/08 “Lei Seca”. **Clube Jurídico do Brasil**, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.20052>>. Acesso em: 7 ago. 2008); o da presunção formal de culpa pela negativa de submeter-se ao exame; o da presunção material de que qualquer dosagem de bebida alcoólica induz o ilícito penal de perigo abstrato a oitrem (OLIVEIRA, Alexandre Lopes de; MAURITY, Pedro. A lei seca é inconstitucional: crime ou infração administrativa? **Ponte Aérea**, 11 jul. 2008. Disponível em: <<http://xicovargas.uol.com.br/index.php/208>>. Acesso em: 7 ago. 2008).

<sup>573</sup> RICHARD, Ivan. Lei Seca freou tendência de alta de acidentes e mortes no trânsito, avalia PRF. **Agência Brasil**, Brasília, 2 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/08/01/materia.2008-08-01.8588578966/view>>. Acesso em: 7 ago. 2008. LEI seca reduz número de acidentes em Londrina: dados da Companhia de Trânsito apontaram redução de 14,7% no número de ocorrências após a implantação da “Tolerância Zero”. **BondeneWS**, Londrina (Paraná), 1 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.bonde.com.br/bonde.php?id\\_bonde=1-3-32-17-20080801](http://www.bonde.com.br/bonde.php?id_bonde=1-3-32-17-20080801)>. Acesso em: 7 ago. 2008. LEI seca já reduziu em 30% acidentes em Campo Grande. **Tribuna News**, Campo Grande (Mato Grosso do Sul), 7 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.tribunanews.com.br/news.php?newsid=9540>>. Acesso em: 7 ago. 2008. LEI Seca: índice de acidentes cai 17% no Acre. **O Estado do Acre**, Rio Branco (Acre), 25 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.oestadoacre.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2058&Itemid=2](http://www.oestadoacre.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2058&Itemid=2)>. Acesso em: 7 ago. 2008. MONTEIRO, Bianca. Lei Seca: acidentes de trânsito diminuíam na Capital e crescem no interior. **Última Hora**, Fortaleza, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://verdesmares.globo.com/v3/canais/noticias.asp?codigo=229007&modulo=178>>. Acesso em: 7 ago. 2008.



julho de 2008, a redução em 57% do número de mortes em acidentes de trânsito.<sup>574</sup> Dois anos depois, as notícias continuam a indicar a redução do número de acidentes em todas as regiões.<sup>575</sup> Se partirmos do pressuposto de que as estatísticas estão corretas e que a redução das mortes em acidente de trânsito são consequência da lei seca, não podemos negar que está em jogo um valor fundamental garantido pela constituição, que é a vida, inclusive não apenas a vida do próprio cidadão que ingere bebida alcoólica mas também a de outros cidadãos que não o fazem.

Ocorre que nem mesmo este último exemplo contribui efetivamente para justificar a defesa do ativismo judicial, porque, muito embora no referido episódio os juízes tenham assumido postura notoriamente favorável à nova lei,<sup>576</sup> o fato é que o autor da norma não foi o judiciário, que apenas aderiu a ela; o autor da norma foi, num primeiro momento, o poder executivo e, em seguida, o parlamento, que convalidou a medida provisória. Por outro lado, quanto aos exemplos citados, poderíamos ponderar que os temas políticos em questão ainda não tinham sido submetidos ao debate e à reflexão em grau suficiente para possibilitar sua regulamentação. Ou seja, se a sociedade ainda não conseguiu chegar a um consenso sobre determinado assunto, o certo é de

---

<sup>574</sup> PEREIRA, Elvis. Com Lei Seca, cai número de mortes em acidentes cai 57% em SP.

**O Estado de São Paulo**, São Paulo, 13 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/cidades/not\\_cid205320,0.htm](http://www.estadao.com.br/cidades/not_cid205320,0.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2008.

<sup>575</sup> PLANTÃO. Operação Lei Seca: menos 11,6% de acidentados em abril. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/transito/mat/2010/05/07/operacao-lei-seca-menos-11-6-de-acidentados-em-abril-916530564.asp>>. Acesso em: 21 jun. 2010. THUM, Tássia. Lei Seca reduz em 43% número de mortes nas vias da Barra da Tijuca. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 jun. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/06/lei-seca-reduz-em-43-numero-de-mortes-nas-vias-da-barra-da-tijuca.html>>. Acesso em: 21 jun. 2010. LEI Seca reduz índices de vítimas em acidentes de trânsito em SP. **Portal do Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=207663>>. Acesso em: 21 jun. 2010. LEI Seca reduz número de mortes no trânsito em 6,2%: no Estado, queda é de 4,5%. **Aqui Notícia**, Limoeiro (Pernambuco), 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://aquinoticiaspe.blogspot.com/2010/06/lei-seca-reduz-numero-de-mortes-no.html>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

<sup>576</sup> O presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, juiz Mozart Valadares Pires, disse que “não vê dispositivos inconstitucionais na lei. A lei não atinge nenhum direito individual, pois não proibe a ingestão de bebida alcoólica. Você [...] só não pode dirigir depois e colocar vidas em risco” (RODRIGUES, Gizella. Caminho da lei seca na justiça. **Correio Brasiliense**, Brasília, 9 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=mostranoticia&mat\\_id=14444](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=14444)>, Acesso em: 7 ago. 2008).

xá-lo sem regulamentação até que se obtenha o consenso pela via democrática. A demora para se chegar ao consenso sobre questão política substantiva não autoriza que se transfira ao judiciário o poder de decisão política, porque com isso se estará, além de tudo, atropelando e tumultuando o curso natural da evolução do debate político público. Retomando um dos exemplos: o legislativo não regulamentava a greve no serviço público porque as forças políticas da sociedade ainda não tinham condições de proferir a melhor decisão política para o caso. Mesmo com todos os defeitos que podem apresentar o poder legislativo oriundo de uma tradição de cinco séculos de autoritarismo, o parlamentar, ainda assim, é dotado de maior sensibilidade política para perceber que determinado tema ainda não tem condições de ser adequadamente regulamentado. Afinal, a greve é um fenômeno coletivo que surge de modo mais ou menos espontâneo e deve ser tolerado pela sociedade que, de uma forma ou de outra, permitiu que as desavenças em determinado setor econômico chegassem a um ponto tão extremado. Da mesma forma, o tribunal não deve se precipitar em querer discutir e anular às pressas uma lei aprovada pelo congresso nacional que fixa certa política pública para o transporte rodoviário do país, sem aguardar maiores informações sobre os efeitos desta durante um lapso razoável de tempo — se é que o juiz em algum momento chegará a ter acesso a informações dessa natureza, considerando que sua função e o próprio aparelho judiciário são inteiramente voltados para a solução de casos concretos individuais e não para análises estatísticas de cunho sociológico e macroeconômico.

Há outro problema na crítica ativista ao procedimentalismo. Quando se diz que ‘se, diante do insipiente nível de associativismo da sociedade contemporânea, não atribuirmos ao judiciário a competência para decidir as demandas políticas, tais demandas não encontrarão nenhum outro lugar para ser pleiteadas’, na verdade se está tacitamente partindo do pressuposto de que essas demandas *precisam necessariamente* ser atendidas, ou seja, de que essas demandas *deverão necessariamente* ser deferidas. Isso porque eu posso corretamente afirmar o seguinte: ‘se o judiciário não apreciar tal demanda de caráter político (por ser ela de caráter político e não ser da competência do judiciário), e, por outro lado, se as instâncias políticas oficiais, metaoficiais ou informais não *deferirem* o pleito político, não existe problema nenhum a ser resolvido, porque esse fato (qual seja, o indeferimento do pleito político) apenas demonstra que o pleito não merecia, ou ainda não me-

rece, ser atendido, por mais que os pleiteantes e outros simpatizantes externos entendam que ele deveria ser atendido'. Assim, o fato de o pleito político não ser *acolhido* ou *deferido* nas instâncias políticas não serve, logicamente, como argumento para afirmar que, diante dessa possibilidade de insucesso nos canais políticos, 'a sociedade precisa que o judiciário se coloque como um instrumento complementar de participação do cidadão nas decisões políticas, tendo em vista o paradigma da representação complexa que caracteriza a sociedade contemporânea'. Um raciocínio não tem relação nenhuma com o outro: se o pleito político não obtém espaço ou acolhimento pelas vias políticas, isso de modo algum justifica que passemos a postular que se deva transferir esse pleito político para a via judiciária apesar de esta via não ter legitimidade para decidir questões de conveniência política. Ora, se o pleito político não encontrou espaço ou respaldo nas vias próprias, pode-se presumir validamente que ele talvez não merecesse o espaço nem o respaldo postulados. E, apesar do insucesso sofrido pelos pleiteantes na via das instituições políticas, o judiciário continuará sendo um órgão desprovido de legitimidade para a decisão política.

Portanto — excluídas evidentemente as hipóteses de ofensa a direito do cidadão e de bloqueio ao direito comunicativo de participação da minoria no processo deliberativo público político, cuja proteção representa tarefa central e prioritária do judiciário —, a única justificativa que parece existir para se defender a tese de que 'o *insucesso* efetivo ou previsível de determinado pleito político nas vias políticas *autoriza* os cidadãos interessados a transferir sua demanda política para a via judiciária' é a justificativa de que, na construção dessa linha de argumentação pró-ativista, partimos da premissa inquestionável de que o referido pleito *deve* sempre ser atendido e, como as instituições políticas não o atenderam ou não o atenderão, o judiciário *deverá* necessariamente deferir a pretensão, mesmo que não tenha competência institucional para questões políticas — porquanto a *certeza prévia* da inquestionabilidade da necessidade de procedência do referido pleito político dispensa a legitimidade do órgão que irá deferi-lo, isto é, a *certeza prévia* de que a procedência do pleito configura a decisão politicamente mais justa torna desnecessário questionar quem o está deferindo ou se o órgão concedente tem ou não legitimidade política. Para testar essa hipótese, basta inverter o raciocínio. Se, ao contrário do que conjecturamos nos parágrafos anteriores, partirmos do pressuposto de que o referido pleito político pode ser viável ou não viável, ou, em ou-

tras palavras, que a justiça da decisão política tanto pode estar no deferimento como no indeferimento da demanda, qual seria o argumento para se criar uma espécie de ‘recurso’ ao judiciário no interior do processo político democrático que tem por objeto demandas sociais de caráter político inteira ou parcialmente desatendidas na via política, ‘recurso’ esse que resulta de uma manobra jurídica por meio da qual o tribunal assume o papel de um *mecanismo de participação social complementar*? Não conseguimos supor outro argumento que não esse.

Convém encerrar este tópico, no qual expusemos sinteticamente as razões que indicam que não se deve ver a tendência ao ativismo judicial como uma postura capaz de contribuir para o aperfeiçoamento da democracia, mas, ao contrário, como um fator de desestímulo à participação dos cidadãos nas decisões públicas e, portanto, como uma atitude que dificulta ou inviabiliza o surgimento de uma esfera pública política. O ativismo judicial se apresenta, assim, como um movimento, assumido pela esfera estatal judiciária, que se mostra particularmente pernicioso no contexto da realidade brasileira, que nunca contou com uma esfera pública política ativa em razão de que a sociedade nunca havia experimentado a vivência democrática até o início dos anos 1990. Concluída, assim, essa análise, passaremos, no tópico seguinte, às últimas reflexões: diante das noções até aqui fixadas, e em face das condições de formação e evolução do judiciário brasileiro, podemos concluir que ele padece de um déficit político?

## 4.2 INEFICÁCIA E DÉFICIT POLÍTICO

Vimos nos tópicos anteriores que a função do poder judiciário no Estado democrático consiste em garantir os direitos fundamentais do cidadão e das minorias, dentre os quais está incluído o direito de participação, e em garantir a regularidade do processo democrático. Não cabe aos tribunais, no entanto, interferir em decisão sobre questões políticas substantivas, pois, do ponto de vista formal, eles não são dotados de legitimidade política e, do ponto de vista material, essa atitude contribui decisivamente para manter a atrofia da esfera pública e, por fim, por essas razões e também pela falta de aptidão do aparato judiciário para conhecer e analisar as causas e consequências do problema político, as decisões políticas proferidas pelo órgão judicial tendem a ser incorretas, quando não desastrosas. Apresentaremos, agora, a

última reflexão do trabalho, relativa à questão do déficit político do judiciário.

O poder judiciário brasileiro padece de um déficit político, o qual, contudo, não tem os contornos que se costuma a ele atribuir. Como vimos, há autores que identificam o déficit político do judiciário ao fato de que o juiz brasileiro seria inapto para a tomada de decisões de caráter político e não conseguiria apreender com clareza a extensão de sua função política, acrescentando que tal inaptidão decorre da circunstância de estar ele ainda profundamente vinculado à tradição autoritária e ao formalismo positivista; esta premissa causal está correta, a consequencial está errada. A origem do déficit não está no chamado passivismo judicial, mas sim na incapacidade demonstrada pelo judiciário de cumprir sua verdadeira função político-institucional em razão da inadequação estrutural e funcional ao modelo de Estado democrático deliberativo. Antes de discorrer sobre o déficit político propriamente, convém fazer um último e breve excursão acerca de uma certa ambiguidade que parece macular o conceito corrente de ativismo judicial.

#### 4.2.1 Ativismo político e ativismo judiciário

Os defensores do substancialismo costumam deplorar a postura do juiz que se recusa a interferir na política por meio de suas decisões, chamando tal postura de *passivismo judicial*, em oposição à idéia de *ativismo judicial*. Ao recusar-se a imiscuir-se na questão política, o juiz *passivista* estaria se colocando na cômoda posição de “um mero *espectador inerte* do drama processual”, de modo que “o *passivismo* do Judiciário é contrário ao interesse social na promoção da justiça”.<sup>577</sup> Ocorre, nessa argumentação, certa confusão conceitual, que procuraremos desfazer. O postulado de que o juiz não deve se limitar a ser um ‘mero espectador inerte do drama processual’ não é argumento válido para se autorizar o juiz a invadir a esfera de atuação dos outros poderes e, menos ainda, a esfera de decisão democrática que cabe à sociedade e à soberania popular. É correto afirmar que o judiciário deve ser *eficaz*, *forte* e *atuante*, porém ele deve sê-lo não para invadir o âmbito de atuação dos outros poderes ou a esfera da autonomia política do cidadão; o judiciário deve ser *eficaz*, *forte* e *atuante* no desempenho das tarefas

<sup>577</sup>

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. *Revisita de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009, p. 29.

que a ele competem no regime democrático. Mas isso não é o mesmo que dizer que ele deve ser *politicamente ativista*; alguém pode até acreditar que o juiz deva ser *eficaz e, ao mesmo tempo, ativista*, mas essas duas qualidades não se confundem de maneira nenhuma. Da mesma forma, é preciso distinguir entre um juiz *ineficaz*, ou seja, que não cumpre o seu papel institucional seja por que motivo for, do juiz *politicamente passivista*, que é aquele que não se imiscui em questões políticas substantivas — mas que, em tese, pode ser altamente eficaz, rápido e rigoroso no cumprimento de suas verdadeiras funções institucionais, que consistem em garantir os direitos fundamentais e a regularidade do processo democrático.

Há, portanto, na crítica ao *passivismo* acima mencionada, nítida confusão entre *passivismo judicial* e *déficit político* ou simplesmente *ineficiência funcional*. O *passivismo judicial*, no sentido consagrado por Dworkin,<sup>578</sup> diz respeito propriamente à postura do juiz que entende que ao poder judiciário não cabe interferir institucionalmente em questões cuja decisão caiba à autoridade política e que atua, em suas atividades judiciais, observando esse princípio. Já o comportamento do juiz que se posiciona como “mero espectador inerte do drama processual” e de modo “contrário ao interesse social na promoção da justiça”<sup>579</sup> é o juiz inapto para o desempenho das funções político-institucionais constitucional e conceitualmente atribuíveis à jurisdição no Estado democrático, dentre as quais não se inclui a função de proferir decisões sobre questões políticas substantivas, substituindo-se aos poderes políticos. Portanto, essa postura do juiz que se coloca como mero espectador inerte do drama social — e que, de fato, existe — nada tem a ver com o *passivismo judicial*; o que existe nesse comportamento deletério é um *déficit político* de jurisdição, isto é, um déficit no desempenho das funções político-institucionais inerentes à jurisdição. Seria conveniente, a fim de aclarar o raciocínio, explicitar a distinção entre o que poderíamos chamar de *ativismo político judicial* e *ativismo jurisdicional judicial*. O *ativismo político judicial* equivale ao conceito tradicional de *ativismo judicial*, sobre o qual nos referimos até agora, e o *ativismo jurisdicional judicial* consiste na *atividade jurisdicional* propriamente dita, ou seja, o rol de funções que efetivamente incumbem ao poder judiciário no Estado democrático. Tal distinção permite explici-

578

DWORKIN, 1999, p. 446.

579

CAMBI, op. cit., p. 29.

tar com mais clareza a conclusão deste estudo relativamente à existência de um déficit político judiciário. Assim, o *ativismo político judicial* se refere à atividade do juiz que interfere em questões de mérito político, ao passo que *ativismo jurisdicional judicial* representa uma postura ativa do juiz não para interferir em questões políticas substantivas, mas para o desempenho das funções inerentes à jurisdição democrática.

Tentamos demonstrar, ao longo deste trabalho, que o judiciário brasileiro, por razões históricas e culturais, não está habilitado, em termos estruturais e organizacionais, para desempenhar as funções jurisdicionais que, no ambiente democrático, dele se exige. Por isso, a tomada de consciência dessa distinção — entre *ativismo político judicial* e *ativismo jurisdicional judicial* —, torna mais clara a noção de que a sociedade brasileira de fato clama por que o judiciário se torne ativista não no sentido de interferir nas decisões políticas, mas no sentido propriamente judiciário, isto é, no sentido de realizar as funções típicas da justiça. A sociedade quer um judiciário que atue, não como substituto dos poderes políticos e esvaziador da autonomia política dos cidadãos, mas que atue especificamente como judiciário. Porém, como essa distinção não tem sido apontada, a própria doutrina se confunde e passa a pleitear que os juízes assumam o *ativismo político judicial*, quando no fundo o que ela realmente pretende é que os juízes assumam o *ativismo jurisdicional judicial*, ou seja, que o juiz comece a utilizar com vigor as suas competências puramente jurisdicionais. Por exemplo, que seja ativista para realizar inspeções judiciais *in loco* a fim de identificar infrações ambientais e sanitárias; que seja ativista para determinar de ofício a produção de provas necessárias ao esclarecimento de questões judiciais, em vez de continuar comodamente se omitindo dessa obrigação sob o manto do equivocado princípio positivista segundo o qual a prova só pode ser produzida por iniciativa da parte interessada; que seja ativista para aplicar, ao sujeito que agride direito fundamental de outrem, penalidades pedagogicamente eficazes. Todos esses exemplos de posturas que a sociedade e, no fundo, a doutrina, esperam do novo judiciário reposicionado em 1988, não implicam ativismo judicial (ou seja, *ativismo político judicial*), mas implica apenas que os juízes realizem suas funções puramente jurisdicionais (o que estamos chamando de *ativismo jurisdicional* do judiciário).

Em suma, a sociedade brasileira — e, muitas vezes sem o perceber, seus doutrinadores — pugnam simplesmente por uma *atividade jurisdicional*, que não vem sendo adequadamente fornecida pelo Esta-

do. Propugnam por um juiz firme e ativo que apenas aja como juiz — considerando o perfil de juiz adequado ao modelo democrático —, o que não significa que querem um juiz politicamente ativista, que venha a ocupar os espaços de soberania que cabem aos cidadãos e que devem, a partir de agora, ser a ele abertos e franqueados, após cinco séculos de autoritarismo. Mas como distinguir na ação do juiz a atividade política da atividade jurisdicional? Um critério para tal distinção é o seguinte: atividade política, que não cabe à autoridade judicial, é aquela cuja decisão deve provir da soberania popular e que, portanto, pressupõe a participação democrática deliberativa; em outras palavras, a questão tem cunho político inadequado para a interferência judiciária quando se percebe que a decisão sobre ela deva ser tomada pela sociedade, diretamente ou por meio de representantes. Parece haver uma concordância geral em torno da assertiva de que o judiciário brasileiro padece de um déficit político democrático. Esse déficit, no entanto, está não em um pretenso passivismo político, mas na falta de capacidade de desempenhar as funções que cabem ao poder judiciário no Estado democrático de direito. A decisão de cunho jurisdicional, diferentemente da decisão política, é aquela que não precisa ser proferida diretamente pela soberania popular. É fácil perceber, por exemplo, que a definição do plano diretor da cidade comporta uma decisão da qual os cidadãos devem participar; trata-se de uma decisão política. Já a ordem de apreensão dos computadores de um político acusado de desvio de dinheiro público é uma decisão que não depende de participação popular e que representa uma postura *ativista* do juiz, não no sentido de um *ativismo político* mas no sentido da simples atuação jurisdicional típica, conquanto rigorosa. Portanto, no sentido de um *ativismo jurisdicional*. Tanto essa questão (relativa à apreensão dos computadores) não possui dimensão política, mas meramente jurisdicional, que a decisão poderia ser questionada quanto à sua legalidade ou ilegalidade, mas não quanto à sua legitimidade política.

Concluimos, assim, que ao menos parte dos doutrinadores brasileiros que defendem o *ativismo judicial* — que estamos chamando aqui de *ativismo político judicial* — na verdade pretendem defender o *ativismo jurisdicional judicial*, e, dessa forma, não divergem substancialmente da tese exposta neste trabalho, qual seja, a tese de que o judiciário brasileiro sofre de um déficit político democrático de jurisdição. É justamente a percepção, ainda que um pouco imprecisa, da existência desse déficit que gera naqueles estudiosos o anseio por que os tri-



bunais assumam uma postura mais ativista, agressiva e arrojada. Por fim, tais reflexões demonstram que — ao contrário do que sustenta literalmente Eduardo Cambi — quem age de modo “contrário ao interesse social na promoção da justiça”<sup>580</sup> é, na verdade, o juiz politicamente ativista, o qual se vale da competência jurisdicional para, extrapolando seus limites, interferir em questões políticas que deveriam ser debatidas e decididas por quem detém a soberania política, que é a comunidade ou seus representantes legitimamente eleitos. Parafraseando a crítica daquele autor, podemos afirmar que é o juiz politicamente ativista que atua no sentido decisivo de manter o cidadão na condição de ‘mero espectador inerte do drama processual’ político, na medida em que esse juiz, ao ocupar o lugar deliberativo no qual deveria estar atuando a comunidade política, impede que o cidadão evolua de sua condição de mero destinatário passivo das decisões políticas e que se desate o nó que há quinhentos mantém a atrofia da esfera pública. Outrossim, a postura do magistrado que exercita a atividade jurisdicional de modo a que esta não substitua a decisão que, no regime democrático, está reservada a outro poder de Estado ou à sociedade, muito embora possa ser corretamente classificada como *passivismo político judicial*, não configura, no entanto, *déficit político* do judiciário, porque esse aparente déficit na verdade não passa de condição inerente à função judicial, em cujo âmbito de competência não está incluída a decisão de cunho político. E neste ponto é que ocorrem as confusões terminológicas: parte da doutrina constitucionalista incide em falso silogismo quando sustenta que, como o juiz passivista não interfere na decisão política, seu trabalho por isso padece de uma espécie de déficit político. A falha está na premissa maior, oculta nesse falso silogismo, segundo a qual incumbiria ao poder jurisdicional interferir diretamente na decisão política quando entender que os poderes políticos ou a sociedade não estão dela se desincumbindo a contento.

#### **4.2.2 A deliberação como fator de saneamento do déficit**

A justiça brasileira, nos moldes em que se encontra atualmente constituída, não está apta a desempenhar razoavelmente sua função política institucional e, por isso, padece de um déficit político estrutural. O déficit, como vimos, não está no fato de que os órgãos judiciá-

---

580

Ibid., p. 29.

rios interferem na atividade política menos do que deveriam ou de que os juízes são despreparados para a decisão política; a inaptidão do juiz para decidir questões políticas substantivas ou de formulação de políticas públicas constitui condição inerente à sua função. Mas, como visto, um déficit existe, e decorre da inaptidão para as funções que de fato o judiciário deve desempenhar, no contexto democrático, consistentes em: (a) assegurar efetividade aos direitos do cidadão, dentre os quais se inclui o direito político de participação, protegendo-os da ação transgressora de outros cidadãos, de atores privados, de maiorias episódicas e dos demais poderes; (b) assegurar a regularidade do processo democrático; e (c) realizar o controle de legalidade e de responsabilidade (*accountabilities system*) sobre a atuação dos agentes públicos e privados, aplicando as penalidades cabíveis, de modo a evitar a erosão da consciência normativa e a perda de validade do direito. Quando o tribunal decide proferir decisão judicial sobre questão política substantiva, em vez de garantir ao cidadão o direito fundamental de participação, está na verdade tolhendo a oportunidade do exercício desse direito. Ao desatender suas obrigações básicas — por razões estruturais de fundo antropológico estudadas nos tópicos anteriores —, o judiciário brasileiro abdica ao seu papel de garante do processo democrático, estabelece a convicção da impunidade geral e, com isso, realimenta uma cultura jurídica de menosprezo à lei que tende a culminar no caos e na corrupção dos alicerces do regime democrático. Nesse contexto, o judiciário deficitário e inapto para o cumprimento do seu papel institucional se apresenta como o principal responsável formal pelo eventual insucesso do projeto democrático e retorno ao regime autoritário.

Uma das causas dessa inaptidão está no fato de que a estrutura judiciária atual é quase a mesma que funcionava na época colonial. As únicas mudanças significativas foram a introdução do concurso público para ingresso nas carreiras jurídicas, a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juízes. As promoções e o preenchimento das vagas nos tribunais tiveram pouca alteração, do ponto de vista político. Essas mudanças quase não afetam o problema relativo à falta de espaço de participação e de fiscalização por parte da sociedade e a falta de canais de comunicação entre a esfera estatal judiciária e a esfera pública política. Assim, o aparelho judicial praticamente não abre nenhum espaço de participação nas decisões relativas à organização e funcionamento do poder, e não prevê nenhuma forma de controle social sobre o exercício da atividade judicial. Até a criação do Conselho Nacional de Justiça, as

denúncias contra magistrados costumavam ficar paradas durante anos nas corregedorias e tribunais responsáveis pela punição, e algumas delas só começaram recentemente a tramitar, ainda assim timidamente, depois que a imprensa e os parlamentares as tornavam públicas, não raro com base em provas recolhidas pelos próprios órgãos de comunicação social. Os integrantes das cortes superiores e inferiores são escolhidos por pequenas oligarquias políticas, à revelia da opinião pública e, na verdade, à revelia da própria comunidade jurídica, que terá de aceitar, em caráter vitalício, a autoridade do indivíduo imposto pela oligarquia.

O processo de escolha para a corte suprema não é mais democrático do que o das instâncias inferiores, o que se pode perceber pelas indicações realizadas pelo presidente da república. A Constituição estabelece expressamente, no art. 101, como condição para a indicação ao cargo de ministro do Supremo Tribunal o “notável saber jurídico”. Na verdade, todas as constituições brasileiras, desde a de 1934, previam a exigência de “notável saber jurídico”, e a de 1891 exigia apenas “notável saber”; portanto, mesmo a primeira constituição republicana, muito embora não prescrevesse que o saber do candidato fosse “jurídico”, previa, no entanto, que esse saber fosse “notável”. *Notável* significa eminente, ilustre, importante. Ao exigir ‘notável saber jurídico’, e não ‘elevado saber jurídico’, ou apenas ‘saber jurídico’, o constituinte claramente determinou ao presidente da república que indique para o cargo juristas que detenham sabedoria jurídica reconhecida pela comunidade, *notável*, notória. Segundo Ricardo Fiuza, a expressão ‘notável’ supõe um “saber comprovado pela própria vida do jurista”.<sup>581</sup> O processo de escolha do ministro da suprema corte brasileira, no entanto, não está guarnecido de nenhum instrumento que garanta efetividade a tal exigência. O candidato não precisa apresentar sequer um currículo acadêmico a fim de demonstrar a produção intelectual desenvolvida ao longo de sua carreira. Mais do que isso: o candidato não só não precisa comprovar formalmente a produção acadêmica, como, de fato, não precisar *ter empreendido* nenhuma produção acadêmica. No Estado democrático de direito, o candidato ao cargo vitalício de juiz da suprema corte deve contar com um currículo jurídico profissional e acadêmico de destaque no cenário nacional e suficientemente profícuo para permi-

581

---

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 234.

tir que a população conheça seu perfil cultural e ideológico mas, ainda assim, a indicação do nome do candidato deve ser submetida a amplo debate público nacional. No entanto, não é isso que ocorre; a sabatina realizada pelo Senado tem se mostrado como mero ato formal de confirmação da indicação feita pelo presidente da república. No entanto, essas questões relacionadas a deficiências estruturais do judiciário encontram-se fora dos limites traçados para o presente estudo e, por isso, não serão enfrentadas; apenas interessa aqui mencionar tais deficiências como uma das causas mediatas da inaptidão dos tribunais para o proferimento de decisões corretas acerca de matéria política substantiva.

A jurisdição brasileira não consegue assegurar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos, e esse é o fator indutor do déficit político do judiciário. Mencionamos, há pouco, o resultado de uma das primeiras correições realizadas pelo CNJ, na justiça estadual da Bahia. Constatou-se, ali, que não se estava diante de uma mera situação de dificuldade de garantir eficácia a sentenças judiciais prolatadas — o que, por si só, já seria um problema grave. Segundo os números revelados naquele relatório, dezenas de milhares de petições de mero andamento de processos ainda não julgados permanecem durante anos aguardando para serem juntadas aos autos; depois de juntadas, elas aguardam por mais alguns anos para serem despachadas. Some-se a isso a circunstância de que o sistema processual brasileiro abre ao infrator uma infinidade de recursos e meios de protelação da decisão definitiva, que quase inviabiliza o efetivo cumprimento tempestivo das sentenças que afinal transitam em julgado. Daí ser inevitável a indagação: como pode alguém acreditar que um aparelho judiciário que não apresenta sequer condições de oferecer garantias mínimas de ressarcimento adequado e tempestivo de direitos individuais elementares ofendidos, terá condições de passar agora, de uma hora para outra, a decidir questões de conteúdo político material, invadindo o espaço reservado à deliberação pública, ancorado na fé de que ele será capaz de solucionar problemas de amplitude social e macroeconômica que nem mesmo as forças políticas conseguiram resolver? Assim, diferentemente do que tem defendido parte da doutrina, concluímos ser esse o déficit político de que padece o judiciário brasileiro — de forma que não configura déficit a falta de capacidade ou de disposição do juiz brasileiro para a decisão política material. O novo sistema constitucional vigente a partir de 1988 apresenta sérias dissonâncias em relação à prática jurisdic-

cional, presa ainda a antigas matrizes ideológicas moldadas pelos governos autoritários que se sucederam desde 1500. A Constituição de 1988 implementou mudanças estruturais nos sistemas jurídico e judiciário, que colocaram à disposição dos juízes ferramentas que permitem a ele desempenhar razoavelmente bem seu papel institucional, consistente em garantir os direitos e exercer o controle de responsabilidades dos atores públicos e privados. No entanto, por razões de ordem estrutural e cultural vinculadas à tradição autoritária patrimonialista e à falta de vivência democrática, os juízes precisarão tomar consciência do exato papel que cabe a eles no Estado democrático, o que os levará a procurar os métodos necessários para dar eficácia àquelas ferramentas jurídicas e a evitar o desperdício dos recursos colocados à sua disposição com ações não apenas estéreis mas politicamente nocivas, que não se enquadram no rol de suas competências, como as que implicam a interferência indevida do judiciário em questões de caráter político substantivo.

O que se deve fazer para sanar esse déficit? Com as reflexões desenvolvidas nos capítulos anteriores tentou-se demonstrar que esse déficit decorre, em síntese, dos seguintes fatores: (a) em razão de deficiências estruturais e funcionais resultantes do processo de formação e consolidação de que se origina, o judiciário não é capaz de desempenhar as funções institucionais que a ele competem no contexto do Estado democrático, porque não consegue assegurar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos e à regularidade da processo democrático, seja no que se refere à incapacidade de proferir e executar em definitivo suas decisões dentro de um prazo razoável; seja no que tange à incapacidade de produzir uma jurisprudência estável que proporcione à sociedade o mínimo de segurança jurídica quanto à interpretação da vasta e confusa legislação produzida pelos três níveis (união, estados e municípios) e pelas três esferas (legislativo, executivo e judiciário) de poder; seja no que diz respeito à incapacidade de evitar a erosão da consciência normativa decorrente da sensação de impunidade que, ao contrário, tende a se disseminar para todas as camadas sociais; seja no que tange à incapacidade de promover a inclusão dos cidadãos no processo decisório público e, menos ainda, de conferir a esses processo político o necessário caráter comunicativo e deliberativo; seja no que se refere à quase total falta de canais de comunicação com a sociedade e à violenta oposição que esse aparato judiciário oferece a toda e qualquer tentativa de acesso popular ao espaço interno do poder com o in-

tuito de controle ou fiscalização. (b) Se, por um lado, o aparato judiciário é inapto para atender razoavelmente à demanda democrática, por outro lado, não existe hoje no país uma esfera pública política suficientemente ativa para influenciar o poder político a realizar mudanças estruturais no judiciário que possam capacitá-lo para as funções institucionais que a ele competem. (c) Existem forças conservadoras, vinculadas à tradição autoritária patrimonialista, que atuam no sentido de impedir que o modelo democrático se instale, e são essas forças que trabalham para, de um lado, manter inalterado o atual perfil da justiça brasileira e, de outro lado, manter a atrofia da esfera pública. Para isso, os próprios juízes, ironicamente, são instrumentalizados pelas forças conservadoras, de modo tão hábil que as duas vertentes judiciais antagônicas — ‘conservadora’ e ‘progressista’ — acabam colaborando com o projeto antidemocrático: a vertente judicial conservadora tende a se opor sistematicamente a toda e qualquer mudança proposta pela sociedade que afete a estrutura e o funcionamento do judiciário e, como não existe no país espaços públicos adequados para o debate racional fundamentado — e muito menos espaços públicos que incluam dentre os debatedores representantes legítimos do judiciário —, a disputa entre juízes e sociedade se mantém no plano dos interesses puros, e portanto, no plano irracional; por sua vez, a vertente judicial que se autoproclama progressista parte para o ativismo judicial, com base no qual acredita estar paternalmente ajudando a comunidade, mas, na verdade, está inadvertidamente contribuindo para manter os cidadãos à margem das decisões e para perenizar a atrofia da esfera pública, que tanto interessa às forças autoritárias. Não percebe que a sociedade não precisa de ajuda paternalista verticalizada, mas precisa de que sejam instituídos espaços democráticos de participação e de deliberação horizontais e mecanismos que permitam o desenvolvimento de uma esfera pública política ativa.

Diante de tais observações, o trânsito do modelo autoritário para o democrático exige que se produzam mudanças no poder judiciário tendentes a torná-lo apto a garantir razoavelmente os direitos fundamentais e, acima de tudo, a estimular a participação dos cidadãos nas discussões e decisões públicas. As soluções devem ser buscadas pela sociedade, pela via comunicativa, com foco nesse objetivo — a efetividade dos direitos —, e abrangem problemas relacionados tanto à estrutura material do aparato judicial como à postura intelectual, filosófica e hermenêutica dos juízes e à tomada de consciência por eles de sua fun-

ção política institucional no contexto de uma democracia. Esse processo autocrítico passa pela necessidade de se indagar sobre a instituição de canais de participação dos cidadãos nas discussões relativas à organização e funcionamento da justiça e ao processo judicial. Tal debate já vem sendo realizado pelos próprios agentes que atuam dentro do espaço judiciário, como se observa em propostas que vêm sendo levantadas pelas associações nacionais. A Associação Juízes para a Democracia apresentou proposta ao presidente da república no sentido de que ele, mediante decreto, regulamente um processo público para a indicação de ministro do Supremo Tribunal, prevendo a máxima divulgação do histórico dos candidatos, prazo para debate e canais de recepção de opiniões e sugestões dos cidadãos e instituições sociais. A Associação sustenta que “o atual estágio da democracia brasileira já não admite que uma decisão de tamanha relevância fique adstrita quase que exclusivamente ao chefe do poder executivo”.<sup>582</sup> A Associação dos Magistrados Brasileiros empreendeu várias campanhas em 2010 voltadas para questões políticas: a campanha “Eleições limpas: não vendo meu voto”,<sup>583</sup> voltada para a edição de lei que tornasse mais rigorosas as exigências para apresentação de candidatura a cargo político; a campanha “Gestão democrática do judiciário”, destinada a implementar um processo de planejamento e administração participativa dos recursos orçamentários dos tribunais;<sup>584</sup> a campanha “Cidadania e justiça também se aprendem na escola”, em função da qual a Associação editou cartilhas para serem distribuídas por juízes em salas de aula de ensinso básico e fundamental.<sup>585</sup> Ao proferir a conferência de abertura do Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho de 2010, o deputado federal Flávio Dino, sob o aplauso da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, assegurou que “O ativismo judicial é imprescindível, necessário e positivo para a democracia”.<sup>586</sup> São essas

---

<sup>582</sup> EDITORIAL: a escolha dos ministros do STF. **Juízes para a Democracia**, São Paulo, ano 13, n. 51, set./nov. 2010. p. 2.

<sup>583</sup> ELEIÇÕES limpas contribuíram para a sociedade debater voto consciente. **AMB Informa**, Brasília, n. 133, nov. 2010. p. 2.

<sup>584</sup> CAMPANHA estimula participação dos magistrados: inclusão dos juízes na definição de estratégias pode conferir mais eficiência à justiça. **AMB Informa**, Brasília, ed. especial, out. 2009. p. 11.

<sup>585</sup> CAMPANHAS da AMB em destaque na imprensa: cartilhas, propostas para novo CPC e aprovação do ficha limpa ganham as manchetes. **AMB Informa**, Brasília, n. 128, jun. 2010. p. 15.

<sup>586</sup> O JUDICIÁRIO não é a boca inanimada da lei. **Jornal Anamatra – Especial XV Conamat**, Brasília, abr./maio 2010. p. 11.

as reflexões que queremos oferecer ao debate relativo ao papel do poder judiciário na sociedade democrática, sem a pretensão de apontar soluções aos problemas mas, apenas, para tentar identificar as causas e a origem da inadequação do aparato judicial para desempenhar com eficácia suas funções institucionais e, portanto, do déficit político institucional de que ele se ressentia. Só nos aventuramos a emitir uma única opinião, nesse particular: o processo de resolução dos problemas, quaisquer que venham a ser as conclusões finais, deve ser implementado pela via deliberativa, impulsionado por mecanismos políticos, jurídicos e sociais que não apenas permitam mas estimulem e persuadam os cidadãos a participar do processo comunicativo normativo de modo racional, argumentativo e livre, expondo e sustentando suas opiniões e propostas divergentes.



## CONCLUSÃO

O Brasil entra no século XXI iniciando sua primeira experiência democrática mas carregando o peso de um sistema social injusto, caracterizado pelo patrimonialismo e pelo preconceito e estruturado, ao longo de cinco séculos de autoritarismo, sobre um complexo de instituições privadas e estatais moldadas para atender as finalidades típicas do Estado autoritário e, por conseguinte, inaptas para atuar no ambiente democrático. Os projetos políticos continuam a ser definidos à revelia da vontade da maioria dos cidadãos, muito embora todo o trabalho de implementação desses projetos, bem como seus efeitos, recaiam diretamente sobre os ombros dessa maioria. Não se trata apenas de desprezar a voz dos índios, negros, operários e minorias políticas; a própria voz dos intelectuais, professores, cientistas e cidadãos da classe média também não é ouvida pelas elites, que ainda se agarram a uma autoridade decisória que detêm há séculos, destituída de legitimidade, e que mantém o país na condição de titular de um dos maiores índices de desigualdade do mundo, segundo apontam todas as pesquisas recentes.

Os modelos tradicionais de democracia, cuja atuação depende exclusivamente de mecanismos representativos, mostram-se limitados e insuficientes para dar conta de assegurar a integração social e, simultaneamente, a promoção do bem-estar da sociedade contemporânea, que se caracteriza como um fenômeno altamente complexo e conflituoso. A própria noção de bem-estar se ampliou para incorporar novas categorias de direitos e de necessidades individuais. O crescimento populacional, por si só, gera um importante aumento de pressão política e social sobre os agentes públicos. Paralelamente, porém, ao aumento da população, o triunfo da racionalidade moderna e o desencantamento do mundo destruíram os fundamentos míticos ou sacros que davam sustentação às cosmologias éticas vigentes até o século XIX e colocaram os direitos humanos e a liberdade como valores primordiais

do sistema político e jurídico, de modo que a sociedade pluralista contemporânea se converteu em um cenário no qual cada indivíduo acalenta o seu próprio projeto existência e cada grupo social, ainda que minoritário, defende sua própria visão de mundo, sem sujeitar-se a nenhuma norma moral, ética, religiosa ou metafísica que seja capaz de impor um projeto e uma visão unitários. Por isso, os instrumentos de *representação* política, hoje, precisam ser complementados por mecanismos alternativos de exercício do direito político de participação e de implementação da vontade comum. A participação democrática não se dá mais apenas pela via do voto. A imensa gama de projetos de vida e visões de mundo, que disputam espaço no contexto de sociedades dotadas de recursos limitados e insuficientes para atender a todas as demandas, só pode ser operacionalizada de modo eficaz por meio de processos deliberativos destinados à produção de normas estatais, institucionalizados de modo a proporcionar a efetiva participação dos integrantes da esfera pública política no processo decisório. Esse processo deliberativo deve permear todo o espaço social e estatal, ou seja, a esfera pública de deliberação não representa um espaço isolado e fechado, dentro da sociedade, no interior do qual acontece a ação comunicativa; o espaço deliberativo deve corresponder ao próprio espaço do Estado e da sociedade *lato sensu*, o que significa dizer que ele engloba todos os novos instrumentos alternativos de participação, de denúncia, de manifestação de opinião, de controle e fiscalização da ação dos agentes estatais, paraestatais e delegados.

Um dos canais alternativos de participação política está precisamente na esfera judiciária. A Constituição de 1988, por um lado, expandiu as vias de acesso ao judiciário e, por outro, ampliou o poder dos tribunais de tal modo que estes, agora, têm condições de proferir decisões sobre matérias de cunho político substantivo e interferir na definição de políticas públicas. Em termos mais precisos, a ampliação do papel do judiciário promovido pela nova constituição permite que os tribunais empreendam uma interpretação juridicamente válida das normas competenciais, no sentido de incluir no âmbito da atuação jurisdicional a resolução de questões políticas substantivas. A constituição, sem dúvida, agasalha essa possibilidade hermenêutica, e é justamente isso que deu causa ao surgimento de uma vertente, dentro do mundo jurídico, que confia no ativismo judicial como uma resposta positiva dos tribunais ao movimento por meio do qual a sociedade busca novos espaços de participação e, portanto, entende o ativismo judi-

cial como um fenômeno que contribuiu para o ideal de emancipação dos cidadãos.

Ocorre que existem dois problemas que não podem ser negligenciados quando analisamos os efeitos e implicações do ativismo judicial: um problema conceitual e, outro, empírico. Por um lado, a eficácia do regime democrático depende da existência de uma esfera pública política ativa, que pressupõe não apenas a garantia da liberdade de expressão e do direito de participação livre, crítica e argumentativa no processo de deliberação pública, mas também a existência de uma comunidade de cidadãos dispostos e minimamente capacitados para participar do debate com espírito performativo, isto é, voltados para o consenso. Segundo Habermas, “o processo da política deliberativa constitui o âmbito do processo democrático”.<sup>587</sup>

Por outro lado, a primeira experiência democrática efetiva da sociedade brasileira foi desencadeada em 1988 e se encontra ainda em fase de transição. A história do Brasil, até 1988, encerra um ciclo de governos autoritários que se *inicia* com a fundação do Brasil em 1500 na condição de colônia, *prossegue* até o final do século XIX com a manutenção de regimes políticos marcados pelo patrimonialismo e de um sistema econômico produtivo apoiado na pura e simples escravidão de grande parte trabalhadores, e *termina* no século XX, que pode ser, por analogia, visto como uma aldeia que se acomoda sobre três grandes pilares autoritários: ( $\alpha$ ) a Primeira República (1898-1930), na qual se dissolveram conceitos do liberalismo positivista no caldo do coronelismo, marcada por um sistema eleitoral ostensivamente fraudulento que permitia a manipulação aberta das eleições políticas em todos os níveis, obstruindo assim o mais elementar direito democrático, que é o voto; ( $\beta$ ) a ditadura assumida de Getúlio Vargas (1930-1945), espécie de nacionalismo corporativista; e ( $\gamma$ ) a ditadura militar (1964-1988), também assumida formalmente. O período de vinte anos que sobra, entre 1945 e 1964, não foi suficiente para proporcionar nem mesmo o início de uma vivência efetivamente democrática, já que foi assinalado por diversos governos efêmeros, alguns dos quais duraram meses ou dias, outros que se encerraram dramaticamente, e todos altamente instáveis e quase paralisados pela permanente ameaçada de forças golpistas. No curso dessa longa jornada, as instituições públicas e privadas do país foram sendo moldadas para servir a governos de tipo autoritá-

---

587

Id., 1997, v.II, p. 18.

rio, e ocorre que as características exigidas das instituições para atuarem adequadamente no ambiente autoritário são inadequadas para o ambiente democrático.

Assim, posto que assumamos como contexto normativo uma sociedade de tipo democrático, constatamos, por um lado, sob a ótica conceitual, que a intromissão dos juízes nas questões de mérito político são perniciosas porque invadem o espaço comunicativo que tem de ser ocupado pelos cidadãos e, por outro lado, sob a ótica pragmática, que na situação concreta do Estado brasileiro esse problema se agrava, porque a esfera pública política é quase que inteiramente atrofiada. Nesse contexto, o ativismo político judiciário, somado à tradição ainda vigente do ativismo político do poder executivo (que se expressa por meio das medidas provisórias, por exemplo), ainda que possa trazer algum benefício imediato às partes no âmbito restrito à questão política concreta julgada em cada caso, no entanto a médio e longo prazo, e do ponto de vista macrossocial, contribui fortemente para manter a atrofia da esfera pública política. Em vez disso, o judiciário, sobretudo em países nos quais os cidadãos têm pouca vivência democrática, deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para estimular a participação — ou, poderíamos até dizer, o aprendizado da participação — dos cidadãos nas discussões e decisões públicas; o tribunal que, por meio da decisão judicial, interfere na definição de políticas públicas age de modo paternalista e, dessa forma, substitui a ação comunitária política, invadindo o espaço que esta deveria estar sendo estimulada a assumir.

Não bastasse isso, tentamos demonstrar que a comunidade, mesmo na fase iniciática do aprendizado da vivência democrática, tem melhores condições do que o tribunal de chegar a uma decisão mais próxima do ideal de justiça, nos termos em que a compreende aquela comunidade, desde que essa decisão derive de um processo democrático deliberativo no qual os cidadãos possam exercer seu direito comunicativo de modo livre e argumentativo. A discussão pública racional permite uma filtragem crítica das propostas e opiniões que o órgão judiciário não consegue realizar dentro de seus limites empíricos de ação reflexiva. Acrescente-se, por fim, que a energia gasta pelos tribunais para a prolação e execução — possivelmente infrutífera, quando envolve problemas sociais — está sendo retirada do campo de atuação no qual o judiciário efetivamente deve atuar, que consiste na *garantia* dos direitos fundamentais dos cidadãos, da regularidade do processo políti-

co e do exercício do direito de participação e da efetividade do sistema de responsabilidades dos atores públicos e privados.

A jovem democracia brasileira tem dado mostras de vigor. Na verdade, cabe reconhecer que o ímpeto de parte do aparato jurídico nacional no sentido de assumir posturas politicamente ativistas deriva, nitidamente, de um anseio ético por cooperar para o êxito do projeto emancipacionista democrático da modernidade. As vertentes ativistas do judiciário não aceitam a opção de permanecerem omissas, apáticas, diante da intensa movimentação social que se percebe no Brasil que busca aproveitar os espaços criados pela Constituição de 1988 para reestruturar as instituições de forma a capacitá-las para possibilitar que, dentro de algum tempo, tenhamos uma sociedade mais justa e equilibrada. Em nossa modesta visão, o que ainda precisa ser feito é aprofundar a reflexão acerca do verdadeiro papel que cabe ao judiciário no contexto do Estado democrático, para que toda essa vívida energia positiva nutrida pelos brasileiros seja operacionalizada e direcionada da forma mais eficaz possível no sentido da consolidação da democracia, que acontecerá quando cada cidadão conseguir sentir-se um verdadeiro partícipe da sociedade em que está inserido.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves de (Org.). **A democratização no Brasil**: atores e contextos. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 203 p.
- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. 266 p.
- ADORNO, Theodor Wiesengrund. **The authoritarian personality**: studies in prejudice. New York: W.W. Norton, 1993. 506 p.
- \_\_\_\_\_; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 254 p.
- ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. 728 p.
- ALMEIDA, Alberto Carlos; YOUNG, Clifford Alexander. **A cabeça do brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. 277 p.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org.). **Ordenações Filipinas** (fac-símile). Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.
- ALVES, Paulo Ricardo da Conceição. A inconstitucionalidade da Lei nº 11.705/08 “Lei Seca”. **Clube Jurídico do Brasil**, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.20052>>. Acesso em: 7 ago. 2008.
- AMARAL, Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1981. 161 p.
- ANDERSON, Lisa. **Transitions to democracy**. New York: Columbia University Press, 1999. 316 p.
- ANDOR, László. **Hungary on the road to the European Union**: transition in blue. Westport (CT, USA): Greenwood, 2000. 199 p.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 189 p.
- ANDRADE NETO, Geraldo Dutra de. Determinação ao poder público para custeio de tratamento do viciado em drogas e emprego de meios coercitivos pelo poder judiciário na nova lei de tóxicos: possibilidade

- de bloqueio de valores em contas públicas. **BDJur STJ**, Brasília, 30 jan. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8822/Determina%C3%A7%C3%A3o\\_ao\\_Poder\\_P%C3%BAblico.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8822/Determina%C3%A7%C3%A3o_ao_Poder_P%C3%BAblico.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 3 jun. 2010.
- APEL, Karl-Otto. **The response of discourse ethics**. Leuven (Belgium): Peeters, 2001. 118 p.
- \_\_\_\_\_. **Transformação da filosofia: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. 445 p.
- \_\_\_\_\_. **Transformação da filosofia: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000a. 491 p.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 569 p.
- BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1988. v. XVII, tomo VIII.
- BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. **Journal of International Studies and World Affairs**, Miami [Center for Latin American Studies at the University of Miami], v. 18, n. 4, 423-450, nov. 1976.
- BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- BERNARDES, Cristiane. CPI pede medidas institucionais contra limites impostos pelo STF. **Agência Câmara**, 29 out. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=127757>>. Acesso em: 3 jun. 2010.
- BERNSTEIN, Richard J. (Org.). **Habermas y la modernidad**. Traducción Francisco Rodríguez Martín. 5. ed. Madrid: Cátedra, 2001. 350 p.
- BILBIJA, Ksenija; FAIR, Jo Ellen; MILTON, Chyntia E.; PAYNE, Leigh A. (Eds.). **The art of truth-telling about authoritarian rule**. Madison (WI, USA): University of Wisconsin Press, 2005. 138 p.
- BLACKBURN, Robin. **A construção do escravismo no Novo Mundo: do barroco ao moderno 1492-1800**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2003. 738 p.

BLAY, Eva Alterman; LANG, Alice Beatriz da Silva Gordo. **Mulheres na USP: horizontes que se abrem**. São Paulo: Humanitas, 2004. 147 p.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997. 2. v.

BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge (MA, USA): Massachusetts Institute of Technology Press, 1997. 447 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 810 p.

\_\_\_\_\_; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009. CD-Rom.

BONFIM, Manuel. A América Latina: males de origem. In: SANTIAIGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 1, p. 607-895.

BORGES, Gustavo. **Getúlio e o mar de lama: a verdade sobre 1954**. Rio de Janeiro: Lacerda, 2001. 246 p.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 216 p.

BORRALHO, Maria Luiza. Perfil de Augusto Comte. In: COMTE, Augusto. **O espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes Monteiro. Porto (Portugal): Rés, [s/d]. p. iii-xvii.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Anais da Câmara dos Deputados, v. 1**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Corregedoria. Consulta processo eletrônico. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 14 jun. 2010. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta\\_processo.php?num\\_processo\\_consulta=200810000023870&consulta=s&pg=0](https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200810000023870&consulta=s&pg=0)>. Acesso em: 23 jun. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Medidas provisórias**. Brasília, dec. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Quadro/\\_Quadro%20Gera1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Gera1.htm)>. Acesso em: 11 dec. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança MS 11367 DF 2006/0005691-0**. Relator ministro Castro Meira. STJ, S1



Primeira Seção, 8 out. 2008, DJE 20 out. 2008. Resumo: Mandado de segurança. Fornecimento de medicação. Ministro da Saúde. Omissão específica ou ato concreto. Ausência. Ilegitimidade passiva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905910/mandado-de-seguranca-ms-11367-df-2006-0005691-0-stj>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.617-2. Acórdão de 11 de junho de 1997, publicado em 15 de agosto de 1997. Relator Ministro Octávio Gallotti. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo79.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 162/DF. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 1-8-1993, publ. DJ 27-8-1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103. **Acompanhamento processual**. Relator ministro Eros Grau. Brasília, 1 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2628419>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Linha sucessória dos ministros. **Arquivo**, Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha\\_sucessoria\\_tabela\\_231009.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_231009.pdf)>. Acesso em: 7 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6.266/DF. Confederação Nacional da Indústria. STF, Sessão do Tribunal Pleno, Brasília, 30 abr. 2008, Recurso Extraordinário n. 565.714-1, f. 477. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=540773>>. Acesso em: 1 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 416174. Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. 13 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtualProcesso.asp?numDj=82&dataPublicacaoDj=10/05/2010&incidente=2199595&codCapitulo=6&numMateria=65&codMateria=3>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Portaria n. 78/2008: auto circunstanciado de inspeção preventiva: justiça comum estadual da Bahia: esclarecimentos. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Arquivos**. Salvador (Bahia), 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/relatoriocnj.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. PARTIDOS políticos registrados no TSE: histórico dos partidos políticos. **Partidos, Partidos políticos**. Brasília, 28 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/arquivos/historico\\_partidos.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/arquivos/historico_partidos.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **PCB, processo de cassação do registro (1947)**. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1980. xvii, 140 p.

BRÍGIDO, Carolina; NOBLAT, Ricardo. Em discussão no STF, Joaquim Barbosa acusa Gilmar Mendes de 'destruir a credibilidade da Justiça'. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 Abr. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/04/22/em-discussao-no-stf-joaquim-barbosa-acusa-gilmar-mendes-de-destruir-credibilidade-da-justica-755380337.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BROWNEE, Jason. **Authoritarianism in the age of democratization**. New York: Cambridge University Press, 2007. 264 p.

CALIL, Gilberto Grassi. **O integralismo no pós-guerra: a formação do PRP (1945-1950)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. 399 p.

CALMON, Pedro. **A vida espantosa de Gregório de Matos**. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1983. 220 p.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1963. 7 v.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 167, p. 25-51, jan. 2009.

CAMPANHA estimula participação dos magistrados: inclusão dos juízes na definição de estratégias pode conferir mais eficiência à justiça. **AMB Informa**, Brasília, ed. especial, out. 2009. p. 11.

CAMPANHAS da AMB em destaque na imprensa: cartilhas, propostas para novo CPC e aprovação do ficha limpa ganham as manchetes. **AMB Informa**, Brasília, n. 128, jun. 2010. p. 15.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 195 p.

CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. 2. ed. José Olympio, 1940. 257 p.

CANALE, Dário. Problemas da construção da história do Partido Comunista Brasileiro. **Revista Novos Rumos**, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 77-92, jan./mar. 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. 134 p.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 699 p.

CARMO, Sônia Irene Silva do; COUTO, Eliane Frossard Bittencourt. **História**: passado e presente: consolidação do capitalismo e o Brasil Império. São Paulo: Atual, 1997. 160 p.

CARNEIRO, Glauco. **História das revoluções brasileiras**: com uma análise do Brasil de 1964 a 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1989. 605 p.

CARRIEL, Paola. Juiz ordena reparo da ponte São João. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 3 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1010052&tit=Juiz-ordena-restauro-da-ponte-Sao-Joao>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. 243 p.

CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998. 457 p.

CHACON, Vamireh. **História das idéias socialistas no Brasil**. 2. ed. rev. e aum. Fortaleza (CE): Edições UFC; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981. 348 p.

CHAUÍ, Marilena; NOGUEIRA, Marco Aurélio. O pensamento político e a redemocratização do Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 71, p. 173-228, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck

(Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 17-42.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

COHEN, Joshua. **Philosophy politics democracy**: selected essays. Cambridge (MA, USA): Harvard University Press, 2009. 394 p.

COMISSÃO dos Arquivos Públicos da Gran-Bretanha. **Memoria da Comissão dos arquivos da Gran-Bretanha dirigida aos cartorarios, bibliothecarios, e antiquarios de Portugal, pelo que respeita aos trabalhos, e exames da mesma comissão**: 1834. Lisboa: Imprensa Nacional, 1835. Disponível em:

<<http://books.google.com/books?id=bntBAAAAYAAJ&printsec=frontco->

[ver&dq=%22Memoria+da+Commiss%C3%A3o+dos+arquivos+da+Gran-Bretanha%22&hl=pt-BR&cd=1#v=onepage&q=&f=false](http://books.google.com/books?id=bntBAAAAYAAJ&printsec=frontco-ver&dq=%22Memoria+da+Commiss%C3%A3o+dos+arquivos+da+Gran-Bretanha%22&hl=pt-BR&cd=1#v=onepage&q=&f=false)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

COMTE, Augusto. **O espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes Monteiro. Porto (Portugal): Rés, [s/d]. 239 p.

COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF**. Brasília: Thesaurus, 2008. 326 p.

COSTA, Cruz. **Augusto Comte e as origens do positivismo**. Rio de Janeiro: José Magalhães, 1951. 59 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

CRUZ, Renato. **TV digital no Brasil**: tecnologia *versus* política. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2008. 255 p.

CYTRYNOWICZ, Hadassa; MIGDAL, Genha (Orgs.). **O conto ídiche no Brasil**. São Paulo: Humanitas: FFLCH-USP, 2007. 402 p.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 308 p.

DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Jua-rez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008. p. 187-192.

DÓRIA, Palmério. **Honoráveis bandidos**: um retrato do Brasil na era Sarney. São Paulo: Geração, 2009. 208 p.

DOZER, Donald Marquand. **América Latina**: uma perspectiva histórica. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Globo, 1974. 664 p.

DUVERGER, Maurice (Dir.). **Constitutions et documents politiques**. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981. 879 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999. 514 p.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

EDITORIAL: a escolha dos ministros do STF. **Juízes para a Democracia**, São Paulo, ano 13, n. 51, set./nov. 2010. p. 2.

ELEIÇÕES limpas contribuíram para a sociedade debater voto consciente. **AMB Informa**, Brasília, n. 133, nov. 2010. p. 2.

ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1998a. xi, 282 p.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. 14th print. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2002. 268 p.

ESTADO do Mato Grosso é obrigado a fornecer remédio para tratar hepatite C. **Jus Brasil Notícias**, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141660/estado-do-mato-grosso-e-obrigado-a-fornecer-remedio-para-tratar-hepatite-c>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. 2 v.

FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 20001. 81 p.

FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1998a. p. 44-68.

FERREIRA, Moacyr Costa. **Dicionário morfológico tupi-guarani**. 2. ed. São Paulo: Edicon, 2004. p.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martini-ano Ferreira e. **Aulas de teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 280 p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. 296 p.

FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (Orgs.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 473 p.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1960. 2 v.

FREIRE, Felisbelo. **História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 1983. 370 p.

FREUD, Sigmund. **The psychopathology of every life**. Translated by Anthea Bell. New York: Penguin Books, 2003. xi, 273 p.

FREYRE, Gilberto. Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 2, p. 105-645.

\_\_\_\_\_. Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002a. v. 2, p. 647-1379.

FURTADO, Celso. **A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos**. São Paulo: Nacional, 1976. 340 p.

GADAMER, Hans Georg. **El giro hermenéutico**. Traducción por Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1995. 240 p.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. 731 p.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002a. 621 p.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**: o sacerdote e o feiticeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 525 p.

GRIECO, Donatello. **História sincera da Inconfidência Mineira**. Rio de Janeiro: Record, 1990. 187 p.

GRIFFIN, Roger (Ed.). **Fascism, totalitarianism and political religion**. New York: Routledge, 2005. 225 p.

GRINBERG, Keila (Org.). **Os judeus no Brasil**: inquisição, imigração e identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 473 p.

GÜNTHER, Klaus. ¿Impera el derecho sobre la política? (apresentação ao debate Habermas-Dworkin). **La política**, n. 4, p. 5-11, out. 1998.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis Frank. **Why deliberative democracy?** Princeton (New Jersey, USA): Princeton University Press, 2004. 217 p.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. 168 p.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. 179 p.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. 392 p.

\_\_\_\_\_. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999a. 222 p.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento e interesse**: com um novo posfácio. Tradução de José N. Neck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. 367 p.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. 236 p.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre factibilidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Ensayos políticos**. Traducción por Ramón García Cotarelo. 4. ed. Barcelona: Península, 2000. 285 p.

\_\_\_\_\_. **Era das transições**. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 222 p.

\_\_\_\_\_. **Israel o Atenas:** ensayos sobre religión, teología y racionalidad. Edición y traducción de Eduardo Mendieta. Madrid: Trotta, 2001. 213 p.

\_\_\_\_\_. **La lógica de las ciencias sociales.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. 2 reimpr. Madrid: Tecnos, 2001a. 510 p.

\_\_\_\_\_. La modernidad: un proyecto inacabado. In: HABERMAS, Jürgen. **Ensayos políticos.** Traducción de Ramón García Cotarelo. 4. ed. Barcelona: Península, 2000. p. 265-283.

\_\_\_\_\_. **Más allá del estado nacional.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2000a. 185 p.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 398 p.

\_\_\_\_\_. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo (Orgs.). **Habermas:** sociologia. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 101-118.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002a. 540 p.

\_\_\_\_\_. O tempo tinha um fundo duplo: Adorno nos anos 50 — uma nota pessoal. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 155, out./dez. 2003a. p. 19-26.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271 p.

\_\_\_\_\_. **Profils philosophiques et politiques.** Trad. par Françoise Dastur, Jean-René Ladmiral et Marc B. de Launay. Paris: Gallimard, 1974. 296 p.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como “ideologia”.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001b. 152 p.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa, I:** racionalidad de la acción y racionalización social. Versión de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 2001c. 517 p.



\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa, II:** crítica de la razón funcionalista. Versión de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 2001d. 618 p.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa:** complementos y estudios previos. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Cátedra, 2001e. 507 p.

\_\_\_\_\_. **Teoría y praxis:** estudios de filosofía social. Traducción de Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí; revisión de traducción de Jacobo Muñoz. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997a. 439 p.

\_\_\_\_\_. **Textos e contextos.** Tradução de Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001f. 207 p.

\_\_\_\_\_. **The divided west.** Malden (MA/USA): Polity Press, 2006. 224 p.

\_\_\_\_\_. Três modelos de normativos de democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995.

HAMBLOCH, Ernest. **Sua majestade o presidente do Brasil:** um estudo do Brasil constitucional (1889-1934). Tradução de Leda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000. 274 p.

HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court cases:** the most influential decisions of the Supreme Court of the United States. New York: Checkmark Books, 2007. 594 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2003. cxi, 615 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed., 10. reimpr. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2000. 220 p.

\_\_\_\_\_; CAMPOS, Pedro Moacyr; FAUSTO, Boris (Eds.). **História geral da civilização brasileira:** do descobrimento à expansão territorial, v. 2, parte 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1984.

\_\_\_\_\_. **História geral da civilização brasileira:** tomo 2, vol. 5. Difusão Européia do Livro, 1960. p. 435.

HONNETH, Axel. Jürgen Habermas: percurso acadêmico e obra. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 138, p. 9-32, jul./set. 1999.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter et al. **Textos escolhidos.** Tradução de Edgard Afonso Ma-

lagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica:** uma documentação. Tradução de Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 1990. 236 p.

INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de indicação de percepção social:** justiça. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2010. p. 5-7. 21 p. Disponível em:

<[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117\\_sips\\_justica.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117_sips_justica.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2010.

INTERIOR tem toque de recolher: justiça determina limite de horário para jovens em ruas de cinco cidades; em Mozarlândia, último município a adotar a medida, opiniões se dividem. **Portal do Ministério Público do Estado de Goiás**, Cidades, 15 jul. 2009. Disponível em:

<<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=11&pageLink=1&conteudo=noticia/1017941f6e93a6bd6e8ad9f324b3a3e1.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 579 p.

JAIME, Jorge. **História da filosofia no Brasil**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Faculdades Salesianas, 1997-2000. 3 v.

JOHNSON, Paul. **História do cristianismo**. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Imago, 2001. 347 p.

JORGE, Fernando. **Getúlio Vargas e o seu tempo:** um retrato com luz e sombra, volume I (1883-1900). 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985. 490 p.

JUDICIALIZAÇÃO da saúde coloca ao STJ desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. **Superior Tribunal de Justiça**, 4 abr. 2010. Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562)>. Acesso em: 3 jun. 2010.

JUIZ da comarca de Feijó publica portaria do carnaval 2010. **Acre Feijó**, 4 fev. 2010. Disponível em:

<<http://acrefeijo.blogspot.com/2010/02/justica-juiz-da-comarca-de-feijo.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010;

JUIZ da comarca de Irauçuba proíbe menores de 16 anos em clubes. **Notícias de Pentecoste**, 14 maio 2010. Disponível em:

<<http://www.noticiasdepentecoste.com/2010/05/juiz-da-comarca-de-iraucuba-proibe.html>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

JUIZ substituto de Mâncio Lima proíbe menores de circular nas ruas após as 23 horas. **Jus Brasil Notícias**, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1444996/juiz-substituto-de-mancio-lima-proibe-menores-de-circular-nas-ruas-apos-as-23-horas>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

JUSTIÇA proíbe menores de freqüentar bares e casas noturnas após 23 horas. **Bom Dia Bauru**, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://redebomdia.com.br/Noticias/Dia-a-di-a/2469/Justica+proibe+menores+de+frequentar+bares+e+casas+notur nas+apos+as+23h>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

\_\_\_\_\_. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. 182 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antonio Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 384 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Tradução, introdução e notas de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 620 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 681 p.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Traducción por Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

KIELLER, Márcio. **PCB-PCdoB**: a unidade comunista no Brasil. Curitiba: Instituto Brasileiro de Relações do Trabalho, 2002. 97 p.

LAMOUNIER, Bolívar; MOURA, Alkimar Ribeiro. **De Geisel a Collor**: o balanço da transição. São Paulo: Ed. Sumaré: CNpQ, 1990. 197 p.

LARA, Silvia Hunold (Org.). **Ordenações Filipinas**: livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 515 p.

LAS CASAS, Bartolomé de. **Brevísima relación de la destrucción de las Indias**. 13. ed. Madrid: Catedra, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição política**. Tradução de Manoel Soares. São Paulo: Global, 1987. 57 p.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LEI Seca: índice de acidentes cai 17% no Acre. **O Estado do Acre**, Rio Branco (Acre), 25 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.oestadoacre.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2058&Itemid=2](http://www.oestadoacre.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2058&Itemid=2)>. Acesso em: 7 ago. 2008.

LEI seca já reduziu em 30% acidentes em Campo Grande. **Tribuna News**, Campo Grande (Mato Grosso do Sul), 7 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.atribunanews.com.br/news.php?newsid=9540>>. Acesso em: 7 ago. 2008.

LEI Seca reduz índices de vítimas em acidentes de trânsito em SP. **Portal do Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=207663>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

LEI seca reduz número de acidentes em Londrina: dados da Companhia de Trânsito apontaram redução de 14,7% no número de ocorrências após a implantação da “Tolerância Zero”. **Bondenews**, Londrina (Paraná), 1 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.bonde.com.br/bonde.php?id\\_bonde=1-3-32-17-20080801](http://www.bonde.com.br/bonde.php?id_bonde=1-3-32-17-20080801)>. Acesso em: 7 ago. 2008.

LEI Seca reduz número de mortes no trânsito em 6,2%: no Estado, queda é de 4,5%. **Aqui Notícia**, Limoeiro (Pernambuco), 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://aquinoticiaspe.blogspot.com/2010/06/lei-seca-reduz-numero-de-mortes-no.html>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

LEITE, Roberto Basilone. Efetividade dos direitos e democracia: a cultura infracional. In: LOIS, Cecilia Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone. **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate**. São Paulo: LTr, 2007. p. 187-205.

LEITE, Roberto Basiloni. **Manual de direito sumular do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. 344 p.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of democratic transition and consolidation:** Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Baltimore, Maryland (USA): The Johns Hopkins University Press, 1996. 480 p.

LLOYD, Alan. **Marathon:** the story of civilizations in collision course. New York: Random House, 1973. 211 p.

LUCKMAN, Robin; GOETZ, Anne Marie; KALDOR, Mary. Democratic institutions and democratic politics. In: BASTIAN, Sunil; LUCKMAN, Robin (Eds.). **Can democracy be designed?:** the politics of institutional choice in conflict-torn societies. New York: Zed Books, 2003. p. 14-59.

LUKACS, John. **Historical conscienciousness:** the remembered past. 4th pr. New York: Schocken Books: Library of Congress, 2004. 413 p.

LULA indica o novo ministro do STF para ocupar vaga de Eros Grau. **Ene10 Notícias**, 3 dez. 2010. Disponível em:

<<http://www.ene10.com/2010/12/3/lula-indica-o-novo-ministro-stf-para-ocupar-a-vaga-de-eros-grau-3191.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

MAGALHÃES, João Carlos. Justiça federal multa lideranças do MST e MTM em R\$ 5,2 milhões por invasão da Vale. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jul. 2008. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u425971.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiros na França do século XVII:** uma análise de psicologia histórica. Tradução de Nicolau Sevcenco e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1979. 459 p.

MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do direito nacional.** 3. ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 206 p.

MARX, Karl. **El capital:** critica de la economia politica, III. Traducción por Wenceslao Roces. 2. ed., 10. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1975. 3 v.

MATIAS, Moisés. **Os outros segredos do Maranhão.** São Luiz: Estação Gráfica, 2002. 170 p.

MAURO, Frédéric. **Origens da desigualdade entre os povos da América.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. 116 p.

MIANI, Rozinaldo Antonio. A luta pela redemocratização no Brasil através da charge no jornal Movimento. In: WOITOWICZ, Karina Janz (Org.). **Recortes da mídia alternativa: histórias e memórias da comunicação no Brasil**. Ponta Grossa (Paraná): Ed. UEPG, 2009. p. 19-30. [312 p.]

MICHELMANN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. **Nomos** [Justification in law, ethics and politics], New York, v. 28, p. 71-91, 1986.

MONTEIRO, Bianca. Lei Seca: acidentes de trânsito diminuem na Capital e crescem no interior. **Última Hora**, Fortaleza, 4 ago. 2008. Disponível em:

<<http://verdesmares.globo.com/v3/canais/noticias.asp?codigo=229007&modulo=178>>. Acesso em: 7 ago. 2008.

MORSE, Richard M. **O espelho de próspero: cultura e idéia nas Américas**. Tradução de Paulo Neves. 1. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 189 p.

MUNCK, Gerardo L. **Authoritarianism and democratization: soldiers and workers in Argentina, 1976-1983**. Pennsylvania (PA, USA): Pennsylvania State University Press, 1998. 334 p.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000. 183 p.

\_\_\_\_\_. **Um estadista do Império: Nabuco de Araújo: sua vida, suas opiniões, sua época**. São Paulo: Nacional, 1936. 2 v.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 252 p.

NEHAB, Werner. **Anti-semitismo, integralismo, neo-nazismo: 50 anos de combate ao veneno subterrâneo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. 224 p.

NELSON, Daniel N. (Ed.). **After authoritarianism: democracy or disorder?** Westport (CT, USA): Greenwood, 1995. 187 p.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

- \_\_\_\_\_; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence (Eds.). **Transições do regime autoritário: América Latina**. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazerte; revisão de tradução de Walter Lellis Siqueira. São Paulo: Vértice: Revista dos Tribunais, 1988. 353 p.
- O JUDICIÁRIO não é a boca inanimada da lei. **Jornal Anamatra – Especial XV Conamat**, Brasília, abr./maio 2010. p. 11.
- OLIVEIRA, Alexandre Lopes de; MAURITY, Pedro. A lei seca é inconstitucional: crime ou infração administrativa? **Ponte Aérea**, 11 jul. 2008. Disponível em: <<http://xicovargas.uol.com.br/index.php/208>>. Acesso em: 7 ago. 2008.
- OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. **Democracia e defesa nacional: a criação do ministério da defesa na presidência de FHC**. Barueri (SP): Manoele, 2005. 571 p.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Convenções. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_escravatura.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_escravatura.php)>. Acesso em: 23 jan. 2010.
- PAIM, Patrícia. Justiça proíbe menores nas ruas sem os pais depois das 22 horas. **Comércio da Franca**, 20 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.comerciodafranca.com.br/materia.imprimir.php?id=53434>>. Acesso em: 3 jun. 2010.
- PANDOLFI, Dulce Chaves. **Camaradas e companheiros: memória e história do PCB**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. 258 p.
- PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of Imperial Brazil. **Comparative Studies in Society and History**, London [Cambridge University Press], v. 14, n. 2, p. 215-244, mar. 1972.
- PASSE livre em transporte interestadual é mantido pelo Supremo. **Notícias STF**, 8 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88527>>. Acesso em: 3 jun. 2010.
- PAULO NETTO, José. Em busca da contemporaneidade: a esquerda brasileira pós-64. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000), a grande transação**. 2. ed. São Paulo: Ed. SENAC São Paulo, 2000. p. 219-245.
- PEREIRA, Elvis. Com Lei Seca, cai número de mortes em acidentes cai 57% em SP. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 13 jul. 2008. Disponível em:

<[http://www.estadao.com.br/cidades/not\\_cid205320,0.htm](http://www.estadao.com.br/cidades/not_cid205320,0.htm)>, Acesso em: 7 ago. 2008.

PEREIRA, Igor Augusto. Juiz de Itajá lança portaria que regula circulação de menores. **Portal do Tribunal de Justiça**, 29 maio 2009. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=11897>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Pactos políticos: do populismo à redemocratização**. São Paulo: Brasiliense, 1985. 222 p.

PERETTI, Terri Jennings. **In defense of a political court**. 1. reprint. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2001. 384 p.

PETTIT, Philip. **Republicanism: a theory of freedom and government**. New York: Oxford University Press, 1997. 328 p.

PIANA, Daniela. **Judicial accountabilities in new Europe: from rule of law to quality of justice**. Burlington (Vermont, USA): Ashgate, 2010. 237 p.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 280 p.

PINHO, José Antonio Gomes de. Inovações em contexto de múltiplas adversidades: o caso de Vitória da Conquista, Bahia. In: JACOBI, Pedro Roberto; PINHO, José Antonio (Orgs.). **Inovação no campo da gestão pública local: novos desafios, novos patamares**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 185-200.

PLANTÃO. Operação Lei Seca: menos 11,6% de acidentados em abril. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/transito/mat/2010/05/07/operacao-lei-seca-menos-11-6-de-acidentados-em-abril-916530564.asp>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

POMER, Leon. **As independências na América Latina**. 13. ed., 1. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 1999. 143 p.

PONTES, Felipe. Confusão no lançamento de ‘Honoráveis bandidos’ da terra de Sarney. **Portal Literal**, Rio de Janeiro, 8 nov. 2009. Disponível em: <<http://portalliteral.terra.com.br/blogs/confusao-no-lancamento-de-honoraveis-bandidos-na-terra-de-sarney>>. Acesso em: 28 abr. 2010.



POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. 2 v.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense; Folha da Manhã, 2000. 408 p.

\_\_\_\_\_. **História econômica do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. 368 p.

PRADO, Luiz. Juiz federal extingue parque nacional e puxa a orelha da administração pública. **Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www.luizprado.com.br/2010/05/13/juiz-federal-extingue-parque-nacional-e-puxa-a-orelha-da-gestao-publica/>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

PRADO, Maria Ligia Coelho. **América Latina no século XIX: tramas, telas e textos**. São Paulo: Ed. da USP; Bauru, SP: Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 1999. 228 p.

PRESIDENTE do STF destaca papel do Congresso na redemocratização do país. **Direito2.com.br**, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/stf/2008/jun/10/presidente-do-stf-destaca-papel-do-congresso-na-redemocratizacao>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 140-160.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios**. São Paulo: Alfa-Omega, 1976. 230 p.

RANGEL, Carlos. **1978: a hora de enterrar os ossos**. Rio de Janeiro: Tipo, 1979. 103 p.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **El derecho como arma de liberación em América Latina**. México: Centro de Estudios Euméricos, 1984. 132 p.

\_\_\_\_\_. **Lecciones de historia del derecho mexicano**. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1997. 171 p.

RAVA, Ben-Hur. Proibir venda de bebida alcoólica é inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 20 fev. 2008. Disponível em:

<<http://plantaosinhores.blogspot.com/2008/02/proibir-venda-de-bebida-alcolica.html>>. Acesso em: 7 ago. 2008.

RAWLS, John. **O direito dos povos**: seguido de “A idéia de razão pública revista”. Tradução de Luís Carlos Borges e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 259 p.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

RCED Recurso Contra Expedição de Diploma nº 671 - São Luís/MA, acórdão de 3 mar. 2009, relator ministro Eros Roberto Grau, publ. DJE Diário da Justiça Eletrônico, t. 59, 3 mar. 2009, p. 35. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2010

RÊGO, André Heráclio do. **Família e coronelismo no Brasil**: uma história de poder. São Paulo: A Girafa, 2008. 379 p.

RENAUT, Alain (Dir.). **História da filosofia política**: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945). Tradução de Elsa Pereira e Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. 417 p.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed., 22. impr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. 474 p.

RICHARD, Ivan. Lei Seca freou tendência de alta de acidentes e mortes no trânsito, avalia PRF. **Agência Brasil**, Brasília, 2 ago. 2008. Disponível em:

<<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/08/01/materia.2008-08-01.8588578966/view>>. Acesso em: 7 ago. 2008.

RODRIGUES, Gizella. Caminho da lei seca na justiça. **Correio Brasiliense**, Brasília, 9 jul. 2008. Disponível em:

<[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=mostranoticia&mat\\_id=14444](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=14444)>, Acesso em: 7 ago. 2008.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal, tomo IV, volume I, 1930-1963**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 504 p.

RORTY, Richard (Ed.). **The linguistic turn**: essays in philosophical method, with two retrospective essays. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. 407 p.

ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée**: histoire de la souveraineté du peuple en France. Paris: Gallimard, 2000. 594 p.

SAES, Décio. **A formação do Estado burguês no Brasil (1888-1891)**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990. 364 p.

SAINT-LU, André. Introducción. In: LAS CASAS, Bartolomé de. **Brevisima relación de la destrucción de las Indias**. 13. ed. Madrid: Catedra, 2003. p. 9-58.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 260 p.

\_\_\_\_\_. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 548 p.

SANDEL, Michael J. **El liberalismo y los límites dela justicia**. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2000. 238 p.

SANTA CRUZ, Marquez de [Romualdo Antonio de Seixas, arcebispo metropolitano da Bahia e primaz do Brasil]. **Memórias**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1861. 188 p.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** (edição fac-similar). Brasília: Senado Federal, 2005. xiv, 930 p.

SCANTIMBURGO, João de. **O Brasil e a Revolução Francesa**. São Paulo: Pioneira, 1989. 338 p.

SCHLESINGER JR., Arthur Meier. **The cycles of american history: the eminent historian reflects on past and future trends in American politics**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 1999. 512 p.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 234 p.

\_\_\_\_\_. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 168 p.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la constitución**. 1. ed., reimpr. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. 459 p.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751**. Tradução Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979. 356 p.

\_\_\_\_\_; LOCKHART, James. **A América Latina na época colonial**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 543 p.

SERRÃO, Joel; MARQUES, Antônio Henrique de Oliveira (Dir.). **No-va história da expansão portuguesa**. Lisboa: Estampa, 1986. 12 v.

\_\_\_\_\_; JORGE, Vítor Oliveira (Dirs.). **Nova história de Portugal**. Lisboa: Editorial Presença, 1991. 12 v.

SHTROMAS, Aleksandras; FAULKNER, Robert K.; MAHONEY, Daniel J. (Eds.). **Totalitarianism and the prospects for world order: closing the door on the twentieth century**. Oxford (UK): Lexington Books, 2003. 495 p.

SIEGEL, Achim (Ed.). **The totalitarian paradigm after the end of Communism: towards a theoretical reassessment**. Amsterdam: Rodopi, 1998. 328 p.

SILVA, Heber Ricardo da. A democracia ameaçada: repressão política e a cassação do PCB na transição democrática brasileira (1945-1948).

**Histórica Revista On Line do Arquivo Público de São Paulo**, São Paulo, ed. 39, dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao39/materia06/texto06.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

SILVA, Hélio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. **História da república brasileira**. São Paulo: Três, 1998. 18 v.

\_\_\_\_\_. **Washington Luís: 13º presidente do Brasil, 1926-1930**. São Paulo: Três, 1984. 143 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. 650 p.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 3. ed. rev. e actual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian: Serviço de Educação, 2000. 596 p.

SKIDMORE, Thomas. A lenta via brasileira para a democratização: 1974-1985. In: STEPAN, Alfred (Org.). **Democratizando o Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 27-81.

\_\_\_\_\_. (textos); ALVES FILHO, Ivan (Org.). **Tudo é política: 50 anos do pensamento de Nelson Werneck Sodré em inéditos em livro e censurados**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. 136 p.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 13. 166 p.

STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. **A herança colonial da América Latina**. Tradução de José Fernandes Dias. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1983.

STJ obriga governo a fornecer remédio para tratamento de linfoma. **Jus Brasil Notícias**, 14 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141646/stj-obriga-governo-a-fornecer-remedio-para-tratamento-de-linfoma>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001. 290 p.

SUNSTEIN, Cass et al. **Punitive damages**: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. 285 p.

\_\_\_\_\_. **The partial constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993. vi, 418 p.

\_\_\_\_\_. **Why societies need dissent**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. x, 246 p.

SUPREMO determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. **Notícias STF**, 25 out. 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

SUPREMO julga lei de imprensa incompatível com a constituição federal. **Notícias STF**, 30 abr. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. xii, 556 p.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. xvi, 633 p.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997. 670 p.

THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses: 1500-1640**. Tradução de Jesús Hortal. São Paulo: Loyola, 1981. 254 p.

THOMPSON, Mark R. **Democratic revolutions: Asia and Eastern Europe**. New York: Routledge, 2004. 180 p.

THUM, Tássia. Lei Seca reduz em 43% número de mortes nas vias da Barra da Tijuca. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 jun. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/06/lei-seca-reduz-em-43-numero-de-mortes-nas-vias-da-barra-da-tijuca.html>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

TISMANEANU, Vladimir. **Reinventing politics: Eastern Europe from Stalin to Havel**. New York: The Free Press (Simon and Schuster), 2000. 320 p.

TOBIAS, José Antonio. **História da educação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Juriscredi, 1973. 253 p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **The old regime and the revolution, volume II: notes on the French Revolution and Napoleon**. Edited and with an introduction and critical apparatus by François Furet and Françoise Mélonio; translated by Alan S. Kahan. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 512 p.

VAINFAS, Ronaldo. **Ideologia e escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Vozes, 1986. 168 p.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. 273 p.

VARGAS, Getúlio. **Diário**. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995. 2 v.

VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no banco dos réus**. São Paulo: Publifolha, 2005. 368 p.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. 357 p.

VERBICARO, Loiane Prado. O republicanismo de Cass Sunstein e o liberalismo igualitário de Ronald Dworkin. Uma análise à luz da função exercida pelos tribunais nas democracias contemporâneas. **Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, Maringá (PR), v. 12, n. 2, p. 275-289, jul./dez. 2007.

VIANA, Oliveira. **O idealismo da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1939. 355 p.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. 559 p.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. 288 p.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p.

VIEIRA, Antonio. **Obras completas: sermões**. Porto: Lello & Irmão, 1959. 15 t.

VILLAR, Ernesto de la Torre; LAGUARDIA, Jorge Maria García. **Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano**. México: Unam Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976. 315 p.

VIVIANI, Oswaldo, 'Honorários bandidos' já é o livro mais vendido do país. **Portal GTerra**, Teresina (Piauí), 21 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.gterra.com.br/geral/honoraveis-bandidos-ja-e-o-livro-mais-vendido-do-pais-22088.html>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. 14. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão de Johannes Winckelmann e Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2000. 2 v.

\_\_\_\_\_. **The theory of social and economic organization**. Transl. by A. M. Henderson and Talcott Parsons. New York: The Free Press (Simon and Schuster), 1997. 436 p.

\_\_\_\_\_. **Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie**, v. 1. Tübingen: Mohr, 1976. 944 p.

WEDEEN, Lisa. **Ambiguities of domination: politics, rhetoric, and symbols in contemporary Syria**. Chicago: University of Chicago Press, 1999. 244 p.

WHITE, Stephen. **The recent work of Jürgen Habermas: reason, justice and modernity.** New York: Cambridge University Press, 1995. 197 p.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política.** Tradução de Lilyane Deroche-Gurgel e Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. 741 p.

WU, Yu-Shan. **Comparative economic transformations: mainland China, Hungary, the Soviet Union, and Taiwan.** Stanford (CA, USA): Stanford University Press, 1994. 282 p.

ZEA, Leopoldo. **El pensamiento latinoamericano.** 3. ed. Barcelona: Ariel, 1976. 543 p.