

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

**André Demetrio Alexandre
Gustavo Dalpupo de Lara
Katya Kozicki
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Thomas Bustamante
Vera Karam de Chueiri
(ORGANIZADORES)**

**ASPECTOS POLÍTICOS E
HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO**

VOLUME III



**ASPECTOS POLÍTICOS E
HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO**

VOLUME III

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

ANDRÉ DEMETRIO ALEXANDRE
GUSTAVO DALPUPO DE LARA
KATYA KOZICKI
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
THOMAS BUSTAMANTE
VERA KARAM DE CHUEIRI
(ORGANIZADORES)

ASPECTOS POLÍTICOS E HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO

VOLUME III



Belo Horizonte
2019

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmár
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircéo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladimir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprodutivos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Imagem de Capa: Pexels (Pixabay.com)
Revisão: Responsabilidade do Autor

321.8 Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia
C749 Política (3. : 2019)
2019 Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo/ [Organizado por] André Demétrio Alexandre
v.3 [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. (Desigualdade e a reconstrução da democracia social, v. 3)
304 p.

ISBN: 978-85-8238-560-9 (v.3)

ISBN: 978-85-8238-554-8 (Coleção)

ISBN: 978-85-8238-561-6 (E-book)

ISBN: 978-85-8238-555-5 (E-book)

1. Democracia social. 2. Direito constitucional. 3. Filosofia política. 4. Política. I. Alexandre, André Demétrio (Org.). II. Lara, Gustavo Dalpupo de (Org.). III. Kozicki, Katya (Org.). IV. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). V. Bustamante, Thomas (Org.). VI. Chueiri, Vera Karam de (Org.). VII. Título. VIII. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 3.

CDD(23.ed.)– 321.8

CDDir – 341.234

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.araeseditores.com.br
araes@araeseditores.com.br

Belo Horizonte
2019

AUTORES

ADAMO DIAS ALVES

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É Professor Adjunto de Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG. Brasil. E-mail: adamodiasalves@gmail.com.

ALLAN M. HILLANI

Mestre e doutorando em Teoria e Filosofia do Direito (UERJ). Graduado em Direito (UFPR). Brasil. Contato: allanmh92@gmail.com.

DEIVIDE JÚLIO RIBEIRO

Brasileiro, mestre e doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFMG, pesquisador, com pesquisa financiada pela CAPES/PROEX. Endereço eletrônico: deividej@gmail.com.

FELIPE CESAR JOSÉ MATOS REBÊLO

Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Faculdade de Direito, São Paulo, Brasil. Pesquisador atuante nas áreas de Direito Econômico, Direito Constitucional, Direito Político/Eleitoral, Filosofia do Direito e Direito Internacional Público. Advogado e Professor Universitário. E-mail: felipe.rebelo76@gmail.com.

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Doutor em Direito pela UFPR. Master of Laws pela Cornell Law School (EUA). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Coordenador Adjunto da Pós-graduação na modalidade EAD em Direito Penal e Processo Penal da ABDCConst. Diretor da

Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado criminal. País: Brasil. Endereço eletrônico: guilherme@lxp.adv.br.

GUSTAVO DALPUPO DE LARA

Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e graduado em Direito pela mesma instituição. Editor-executivo na Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Bolsista CAPES/PROEX. E-mail: gustavo-dalpupodelara@gmail.com.

HELOISA FERNANDES CÂMARA

Doutora em Direito do Estado (UFPR), Pesquisadora Visitante no King's College London (2015), professora do Centro Universitário Curitiba e UFPR. Líder do Grupo de Pesquisa "Sistema Interamericano de Direitos Humanos" (Unicuritiba). Email: heloisafcamara@yahoo.com.br.

IGOR CAMPOS VIANA

Pesquisador (bolsa CAPES) em sede de mestrado da Linha História Poder e Liberdade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. E-mail: icamposviana@gmail.com.

JAIRO LIMA

PhD student in Constitutional Law at University of Sao Paulo. Visiting Researcher at University of Glasgow. Brazil. Email: jaironlima@yahoo.com.br.

JOÃO PEDRO RUPPERT KRUBNIKI

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, Brasil. E-mail: jprkrubniki@gmail.com.

KAROLYNE MENDES MENDONÇA MOREIRA

Mestranda em Direito do Estado (UFPR). Graduada em Direito (UFPR). Brasil. Contato: karolynemendesmm@gmail.com.

KATYA KOZICKI

Professora associada na Universidade Federal do Paraná e Professora Titular na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, programas de graduação e Pós-Graduação. Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993) e Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Visiting Researcher Associate no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 1998-1999 e Visiting Research Scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York, 2012-2013. Brasil. Endereço eletrônico: katyakozicki@gmail.com.

LUCAS FILARDI GRECCO

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Brasil. Email: lucasfgrecco@gmail.com.

LUIZ AUGUSTO DA SILVA

Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba/PR - Brasil. E-mail: luiz.augustosilva26@gmail.com.

MARIA TERESA VASCONCELOS

Mestranda em Direito do Estado e graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista CAPES/PROEX. Editora executiva da Revista da Faculdade de Direito UFPR (Curitiba, PR, Brasil). E-mail: mttvasconcelos@gmail.com.

MAURICIO WOSNIAKI SERENATO

Mestrando em Direito do Estado e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia vinculado ao PPGD da UFPR. Brasil. Endereço eletrônico: mauricio.wserenato@gmail.com.

PAULO ROBERTO INCOTT JUNIOR

Mestrando em Direito pela UNINTER; Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Vice-presidente científico da World Complexity Science Academy; Membro do Research Committee on the Sociology of Law; Coordenador do Grupo Permanente de Debate sobre Direito Penal Comparado da OAB/PR; Advogado. E-mail: paulo.incott@gmail.com.

VERA KARAM DE CHUEIRI

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1987), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993) e em Filosofia pela New School for Social Research (2000), Doutora em Filosofia pela New School for Social Research (2004). Professora na Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora PQ do CNPq. Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Brasil. E-mail: vkchueiri@gmail.com.

VINICIUS DE SOUZA FAGGION

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Brasil. Email: vsfaggion@gmail.com.

YENNY ANDREA CELEMIN CAICEDO

Professor at Law Faculty, University Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, Colombia. PhD in Law, Andes University, Colombia. Email. yenny.celeminc@utadeo.edu.co.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XII
PARTE I	
TEORIA E HISTÓRIA.....	1
CAPÍTULO 1	
O DESLOCAMENTO DO PODER SOBERANO: ADMINISTRAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NA NOVA ORDEM GLOBAL	
<i>João Pedro Ruppert Krubniki</i>	2
CAPÍTULO 2	
NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, PLURALISMO HISTÓRICO E PLURALISMO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA	
<i>Karolyne Mendes Mendonça Moreira</i>	19
CAPÍTULO 3	
A ADOÇÃO DA “CEGUEIRA DELIBERADA” PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: SOBRE OS RISCOS DE DISTORÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS PELO MAU USO DO DIREITO COMPARADO	
<i>Guilherme Brenner Lucchesi</i>	37
CAPÍTULO 4	
CONSTITUCIONALISMO E ORIGENS DEMOCRÁTICAS BRASILEIRAS: DIREITOS SOCIAIS E REFORMA TRABALHISTA EM UM CENÁRIO DE CONTINUIDADE (OU RUPTURA?)	
<i>Felipe Cesar José Matos Rebêlo</i>	55

<p>CAPÍTULO 5</p> <p>BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DA FIGURA DO PRESIDENTE FORTE PRESENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891</p> <p><i>Adamo Dias Alves</i>.....</p>	66
<p>CAPÍTULO 6</p> <p>CRIAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO NO BRASIL</p> <p><i>Heloisa Fernandes Câmara</i></p>	86
<p>PARTE II</p> <p>TEORIAS CONSTITUCIONAIS PROGRESSISTAS</p>	104
<p>CAPÍTULO 7</p> <p>INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E O PROBLEMA DA SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: UMA CRÍTICA E UMA PROPOSTA À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR</p> <p><i>Luiz Augusto da Silva</i></p>	105
<p>CAPÍTULO 8</p> <p>UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND COLOMBIA</p> <p><i>Jairo Lima; Yenny Andrea Celemin Caicedo</i>.....</p>	123
<p>CAPÍTULO 9</p> <p>CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E BACKLASH NO PROCESSO PENAL: UMA RESPOSTA DEMOCRÁTICA AO SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO OU UMA AMEAÇA A DIREITOS FUNDAMENTAIS?</p> <p><i>Maria Teresa Vasconcelos</i></p>	134
<p>CAPÍTULO 10</p> <p>UMA POTENCIAL CHAVE PARA A “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUINTE EXCLUSIVA ENQUANTO UMA EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO</p> <p><i>Deivide Júlio Ribeiro; Igor Campos Viana</i>.....</p>	153
<p>CAPÍTULO 11</p> <p>NÓS, O POVO: CONSTITUCIONALISMO FRACO E DEMOCRACIA FORTE NAS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO</p> <p><i>Mauricio Wosniaki Serenato; Katya Kozicki</i></p>	172

<p>CAPÍTULO 12 CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO: CRÍTICA, PERFORMATIVIDADE E PRECARIEDADE ENQUANTO ELEMENTOS PARA UMA TEORIA CONSTITUCIONAL RADICALMENTE DEMOCRÁTICA <i>Igor Viana</i></p>	187
<p>PARTE III ASPECTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....</p>	203
<p>CAPÍTULO 13 PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA: O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA E O PARADOXO DOS DIREITOS <i>Allan M. Hillani</i></p>	204
<p>CAPÍTULO 14 JUÍZES E O POVO: A LINGUAGEM E O DISCURSO PERSUASIVO COMO DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO <i>Gustavo Dalpupo de Lara; Vera Karam de Chueiri</i>.....</p>	222
<p>CAPÍTULO 15 ESTADO DE EXCEÇÃO: O GERME TOTALITÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS <i>Paulo Roberto Incott Junior</i>.....</p>	238
<p>CAPÍTULO 16 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA TEORIA NORMATIVA DA ADJUDICAÇÃO: O DEBATE ENTRE TEORIAS IDEAIS E NÃO-IDEAIS <i>Lucas Filardi Grecco</i>.....</p>	260
<p>CAPÍTULO 17 NULIFICAÇÃO DO JÚRI E NULIFICAÇÃO JUDICIAL <i>Vinicius de Souza Faggion; Lucas Filardi Grecco</i></p>	278

APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, cujos Anais da Terceira Edição publicamos nestes volumes, consolida-se como um dos mais importantes espaços de discussão e reflexão crítica sobre os temas centrais destas áreas do conhecimento, e um fórum permanente de diálogo entre os mais relevantes grupos de pesquisa no Brasil e na América Latina, com grande potencial para formação de redes de pesquisa e monitoramento da legitimidade das instituições brasileiras e regionais.

Os anais que apresentamos consolidam uma seleção de setenta e três trabalhos apresentados no evento de Curitiba (III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política), com o tema geral “Desigualdade de Reconstrução da Democracia Social, em quatro volumes: i) Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política, ii) Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional, iii) Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo e iv) Direitos Humanos e Democracia.

Os temas dos quatro volumes não poderiam ser mais atuais, em vista do momento de retrocesso dos direitos fundamentais e da democracia social em todo o mundo, o qual requer da comunidade científica e dos estudiosos da filosofia política e do direito constitucional uma agenda capaz de reconstruir os pilares fundamentais do Estado Democráticos de Direito.

Os trabalhos que apresentamos nestes quatro volumes constituem um importante esforço intelectual para este desiderato, realçando a importância da academia e da comunidade científica para a promoção da democracia e da legitimidade do poder estatal, com especial ênfase para o Brasil e a América Latina, bem como a vocação da Associação Brasileira de Direito Constitucional e Filosofia Política para a promoção da cidadania, da busca do conhecimento e do enfrentamento crítico das grandes questões político-jurídicas do conturbado momento institucional brasileiro.

PARTE I
TEORIA E HISTÓRIA

CAPÍTULO 1

O DESLOCAMENTO DO PODER SOBERANO: ADMINISTRAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NA NOVA ORDEM GLOBAL

João Pedro Ruppert Krubniki

Resumo: Partindo das considerações que sustentam que o Estado moderno se encontra em crise, notadamente por se mostrar incapaz de resolver problemas globais e por funcionar de acordo com uma lógica neoliberal dominante no processo de globalização, o presente artigo busca investigar o surgimento de novos espaços de conquista de direitos situados além da esfera estatal. Realiza-se uma revisão bibliográfica, utilizando-se do método indutivo, tendo por alcance de investigação dois novos espaços de conquista de direitos, ambos situados externamente às fronteiras estatais: o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global. A análise desses dois campos possibilita conformar o diagnóstico de que as crises possuem representações tanto depressivas quanto criativas, sendo possível se cogitar acerca da formação de novos espaços de conquista de direitos, ambos situados na sociedade internacional, os quais se mostram como alternativas ao desmantelamento do Estado Social intensificado com o processo de globalização. Ainda incipientes, esses novos espaços requerem a atenção do jurista contemporâneo para que se possibilite o seu desenvolvimento e para que este seja adequado à realidade da nova ordem global.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Estado; Governança Global; Direito Administrativo Global; Constitucionalismo Global.

ABSTRACT: Based on considerations that support the fact that the Modern State is passing through a crisis, notably due to the fact that it is incapable of solving global problems and it works accordingly to a neoliberal logic dominant in the process of globalization, the present article aims to investigate the emergence of new spaces of rights' conquest located externally to the State's borders. It proceeds a bibliographic review, using the inductive method, reaching the investigation of two new spaces of rights' conquests: the Global Administrative Law and the Global Constitutionalism. The analysis of these fields allows to confirm the diagnosis that all crisis have both depressive and creative representations, showing that it is possible to discuss the formation of new spaces of rights' conquests, both located at the international society, and which show themselves as alternatives to the dismantlement of the Welfare State, intensified by the globalization process. Still incipient, these new spaces require contemporary jurists' attention in order to enable an development adapted to the reality of the new global order.

KEYWORDS: Crisis; State; Global Governance; Global Administrative Law; Global Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Atualmente se discute o fato de que o mundo ocidental passa por uma crise. Uma crise que não é temporária, mas que envolve uma alteração de todo o sistema econômico e social¹. E tratando desse assunto, cabe ressaltar que, embora

¹ Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni. *Estado de crise*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, 7.

frequentemente seja utilizada para apresentar acontecimentos adversos, em especial os concernentes aos setores econômico e financeiro, a palavra “crise” não possui um sentido unicamente depressivo. Falar em crise implica também em falar em criação, em reconstrução após uma ruptura. Assim, “a crise é o fator que predispõe à mudança, que prepara para o futuro ajustes sobre novas bases, o que absolutamente não é depressivo, como nos mostra o atual impasse econômico”².

Portanto, apesar de representarem um momento inicial de incerteza, as crises conduzem à necessidade de se realizar escolhas sobre o futuro, possibilitando a realização de proposições para a substituição dos cenários que passam por uma ruptura.

Essas considerações são de grande valia quando se nota que o Estado está em crise. Desde o momento em que a atuação estatal passa a ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, o Estado progressivamente tem reduzido o espectro de promessas que é capaz de cumprir. A diminuição do papel do Estado é acompanhada da ascensão da iniciativa privada e, com isso, perde-se o tradicional *locus* de conquista de direitos: o âmbito público, estatal.

Com a crise do Estado, diversos direitos por ele garantidos são postos em xeque. Direitos trabalhistas são flexibilizados, direitos sociais não são concretizados, a Administração Pública se submete a preceitos da iniciativa privada, e a democracia se vê fragilizada. Isso não importa, porém, no fim da conquista de direitos. Se todas as crises possuem uma representação criativa, com a crise do Estado não seria diferente. É possível perquirir a existência de novos espaços de conquista de direitos fora do âmbito de atuação estatal.

Levando em consideração a ideia de que toda investigação que se pretenda utópico-realista deve partir das relações e processos políticos existentes³, o presente artigo parte da análise dos processos de globalização e suas relações com o Direito, conferindo ênfase à diluição das fronteiras territoriais e à formação de uma governança global, para então perquirir certas possibilidades de superação da crise estatal, especialmente no que diz respeito à busca de novos espaços de conquista de direitos.

De modo não exaustivo, o presente artigo investiga a formação de dois novos espaços de conquista de direitos, ambos situados externamente às fronteiras estatais: o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global. Não se possui a pretensão de tratar exaustivamente desses campos – tarefa quiçá impossível ante suas incipiências –, mas se possui a pretensão de demonstrar como esses são novos espaços de conquista de direitos que surgem como efeitos da crise pela qual passa o Estado.

² Ibid., 11.

³ David Held, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Trad. Sebastián Mazuca (Barcelona: Paidós, 1997), 337.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO

Escrever sobre globalização é um processo dificultoso. Existem diversas dimensões da globalização (política, econômica, cultural etc.), de modo que ao se tratar do assunto corre-se o risco de assumir uma visão apenas parcial do fenômeno. Ademais, há poucas obras que visam a sistematizar as abordagens sobre a globalização. A maioria dos trabalhos se constitui de visões parciais, um ecletismo teórico⁴.

Não bastasse, ao se tratar do assunto, depara-se com dificuldades epistemológicas, tendo em vista que a sociologia ocidental se preocupou historicamente com o nacional, não conferindo a devida ênfase ao transnacional⁵.

Para traçar algumas considerações iniciais sobre o tema, pode se tomar como referência Boaventura de Sousa Santos, que busca a sistematização das abordagens sobre o fenômeno. Para o autor, existem leituras paradigmáticas e subparadigmáticas acerca da globalização.

A leitura paradigmática afirma que o final dos anos 60 e início dos anos 70 inauguraram um período de transição paradigmática no sistema mundial, um período de crise e criatividade social e política nova. Já a leitura subparadigmática compreende o fenômeno como um processo de ajuste estrutural que ocorre dentro do capitalismo. Esse ajuste altera o modo de acumulação do capital, mas não transforma a estrutura da sociedade. Assim, a leitura paradigmática é muito mais ampla que a subparadigmática, tanto em afirmações substanciais quanto em alcance espaço-temporal. Nela, a crise do regime de acumulação e do modo de regulação são apenas sintomas de uma crise mais profunda, uma crise de época ou crise civilizacional⁶.

A tese de Boaventura é a de que a existência de leituras distintas sobre a globalização é uma indicação dos dilemas interpretativos de nosso tempo. O sociólogo sustenta que em certos atos a globalização pode se mostrar de maneira paradigmática e, em outros, subparadigmática. Isso demonstra a contradição interna ao fenômeno⁷.

Ademais, sustenta que é um processo seletivo e não-anárquico. Para Boaventura, o processo de globalização reproduz a hierarquia do sistema mundial e as assimetrias entre as sociedades centrais, periféricas e semiperiféricas. Sob as condições do sistema mundial moderno, a globalização promove a expansão

⁴ Lima, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas no plano político-jurídico*. (Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002), 12.

⁵ Ibid., 12-13.

⁶ Santos, Boaventura de Sousa. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998), 49-52.

⁷ Ibid., 52.

global de dados localismos. Não se trata, assim, de um globalismo genuíno. Desse modo, o autor define a globalização como “un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”⁸.

Nota-se que a influência da sociedade internacional sobre as ordens jurídicas internas não é um processo novo, e que remonta aos Tratados de Westphalia. Porém, a partir da Década de 1970, com a acentuação do processo de globalização, essa influência assume um caráter qualitativamente diferenciado, como exemplifica a imposição de um modelo de desenvolvimento pelo Consenso de Washington⁹.

Nesse recente processo, a política perde o seu referencial territorial e o poder se concentra nas mãos das transnacionais, se ocasionando uma apatia política e exclusão social dos cidadãos, de modo que “com a globalização econômica, os direitos políticos tendem a ser meramente retóricos”¹⁰.

2. DILUIÇÃO DAS FRONTEIRAS ESTATAIS: DO ESTADO-NAÇÃO À GOVERNANÇA SEM GOVERNO

Após as grandes crises do século XX (especialmente a Crise de 1929 e as duas Guerras Mundiais), a esperança de reconstrução do mundo ocidental foi depositada no Estado Social. Após a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1936 John Maynard Keynes publica sua obra *Teoria Geral do Emprego, Juros e Moeda*, propondo a intervenção do Estado na economia de mercado para solucionar o problema da crise econômica, defendendo a intervenção no processo produtivo por meio de investimentos públicos, cujo objetivo era atingir o pleno emprego, contrapondo-se à tradição liberal.

Não obstante alguns países terem buscado a concretização desse modelo de Estado apenas tardiamente (como é o caso do Brasil), nota-se no período pós-guerras uma intensificação e difusão da noção de que o Estado, por razões políticas e econômicas, deve atuar para garantir direitos sociais, como educação, saúde, previdência e trabalho. Nesse período, o *locus* de conquista e concretização de direitos fundamentais era o Estado. Como regra, no interior do Estado se processavam as demandas sociais, e o próprio Estado fornecia as condições para que esses direitos fossem concretizados.

Entretanto, a partir da Década de 1970 e 80, com o crescimento do desemprego e da inflação, os Estados se veem incapacitados de cumprir suas

⁸ Ibid., 56.

⁹ Ibid., 80-81.

¹⁰ Lima, *Globalização econômica, política e direito*, 308.

promessas e recorrem a ideais neoliberais para guiar sua atuação. Nesse período, a atuação estatal passa a ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, e as promessas sociais são abandonadas. O Estado, assim, “foi rebaixado da posição de motor mais poderoso do bem-estar universal àquela de obstáculo mais odioso, pérfido e prejudicial”¹¹.

Com a ascensão de uma política classificada ao mesmo tempo como conservadora e neoliberal¹², os governos da época, capitaneados Thatcher e Reagan, passam a questionar a regulação macroeconômica keynesiana, gerando uma onda de privatização de empresas estatais e desregulamentações da economia. Com isso, as medidas neoliberais se tornam um “sistema disciplinar mundial”, de modo que seus dogmas (notadamente a concorrência e a propriedade privada) foram instituídos em âmbito internacional e se tornam condição para o desenvolvimento. Coincidindo com a ascensão do capital financeiro, isso importou numa concentração de renda por parte da população, gerando mais desigualdade social¹³.

Tem se defendido que, através da supressão estatal promovida pelo pensamento neoliberal, somada ao fenômeno da globalização, “o espaço político deixa de ser um *locus* de conquista e defesa dos direitos da coletividade, passando a tornar-se numa seara de poder e de manutenção dos interesses do capital globalizado”¹⁴.

Esse enfraquecimento do Estado promovido no imaginário coletivo o tornou incapaz de promover a supervisão e o controle efetivo dos mercados, além de sua regulação e administração. A partir desse período, questões como as finanças internacionais, mercados de trabalho, capitais de investimento e circulação de mercadorias se mostraram além da esfera de poder do Estado. Desse modo, parcela do seu poder é capturada por forças supra estatais¹⁵.

Fundada na separação entre o poder e a política¹⁶, a crise do Estado reduz o alcance de seu poder à gerência da administração de rotina, “incapaz

¹¹ Bauman e Bordini, *Estado de crise*, 18.

¹² O termo neoliberalismo, embora capaz de ensejar divergências interpretativas, é referido no presente trabalho como a corrente teórica defendida no Colóquio Walter Lippmann, em 1938, ocasião em que se buscou uma refundação teórica da doutrina liberal. Entre as suas principais pautas constaram o cosmopolitismo, o livre mercado, a aceitação parcial da atuação estatal, o combate ao totalitarismo, a rejeição à metafísica naturalista, entre outras. Ademais, segue-se a definição de Robert Keohane e Joseph Nye que, na Teoria das Relações Internacionais, atribuem a primazia da ordem econômica e da cooperação institucional como características determinantes da corrente teórica do neoliberalismo. As políticas que seguiram essa corrente teórica foram aplicadas especialmente a partir da Década de 1970, como se demonstra no corpo do artigo.

¹³ Dardot, Pierre, e Christian Laval. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. por Mariana Echalar. (São Paulo: Boitempo, 2016), 201.

¹⁴ Lima, *Globalização econômica, política e direito*, 27.

¹⁵ Bauman e Bordini, *Estado de crise*, 21.

¹⁶ *Ibid.*, 22.

de assumir e resolver os problemas que o *poder global* (sem representação política e, portanto, fundamentalmente não democrático) impõe com frequência crescente”¹⁷. Os problemas relativos ao meio ambiente e às migrações de refugiados são exemplificativos da insuficiência do poder estatal para resolvê-los.

Num cenário em que os efeitos ambientais negativos são globais, a tradicional atuação estatal dentro de suas fronteiras territoriais não possui a mesma eficácia de outrora. O desmatamento da Amazônia Legal brasileira pode afetar a qualidade do ar em todos os países do mundo, mas o que os países afetados podem fazer caso isso ocorra, senão recorrer ao sistema internacional? Soluções que visam a uma atuação restrita ao espaço determinado pelas fronteiras territoriais não se mostram como viáveis.

Relativamente às migrações, tampouco podem os Estados ignorar a realidade além de suas fronteiras. Não obstante nenhum Estado tenha “criado” as migrações de refugiados, estes precisam lidar com esta situação, e somente podem fazê-lo numa perspectiva conjunta e global. O Estado não pode mais voltar seus olhos unicamente a seu território, mas deve olhar para todo o cenário internacional, sabendo que uma crise do outro lado do globo pode promover uma migração em massa para seu território, mesmo que tente proibi-la.

Esses exemplos corroboram a ideia de que o pensamento neoliberal, ao promover uma separação entre o poder e a política, torna a ideia de fronteiras territoriais de soberania presumida pela fórmula westfaliana cada dia mais falsa, menos plausível. Enquanto a política continua territorialmente fixada e restringida, grande parte do poder antes contido no interior das fronteiras do Estado-nação agora se encontra sob o controle do mercado internacional, em um “espaço de fluxos”, no qual não há autoridade política¹⁸.

Para Zygmunt Bauman, “nossos problemas são produzidos globalmente, ao passo que os instrumentos da ação política legados pelos construtores do Estado-nação foram reduzidos à escala de serviços requeridos por Estados-nação *territoriais*”¹⁹, de modo que a atual conjuntura dos poderes estatais se mostra insuficiente ou inadequada para resolver desafios globais.

Nesse sentido, Bauman declara haver uma crise da soberania territorial. Ao passo que, em regra, os problemas são criados globalmente e os Estados atuam apenas como distritos de polícia locais, pouco estes podem fazer para impedi-los. A capacidade de atuar globalmente resta reservada apenas aos países mais ricos e desenvolvidos, e que aceitam os modelos econômicos neoliberais sem poder de questionamento, com vistas a manter seu *status quo*²⁰.

¹⁷ Ibid., 23.

¹⁸ Bauman e Bordoni, *Estado de crise*, 32.

¹⁹ Ibid., p. 33.

²⁰ Ibid., p. 46.

Nesse cenário, o que ocorre não é o fim dos Estados-nação, mas uma relativização de seu papel como entidade integradora de todas as dimensões da vida coletiva, de modo que grande parte das funções estatais é delegada a empresas privadas. Empresas como Apple, Facebook, Google, bancos e instituições financeiras exemplificam como as empresas assumem a tarefa de garantir o desenvolvimento socioeconômico do país e promover a “cultura de massa”²¹.

Forma-se, assim, uma governança sem governo, um híbrido de forças públicas e privadas que atuam conjuntamente em prol de seus interesses. O Estado deixa de ser produtor de serviços e passa a ser estrategista, devendo coordenar as múltiplas ações econômicas que o circundam²². Mas o deslocamento do poder estatal para o “espaço de fluxos” gera diversos problemas para o direito e para a democracia, como se passa a sustentar no tópico subsequente.

3. DISFUNÇÕES DA NOVA RAZÃO DO MUNDO

Como se mencionou, diversos são os problemas ocasionados pelo deslocamento do poder estatal para o “espaço de fluxos”. Com essa transferência de poder, o *locus* de conquista e concretização de direitos do Estado Social fica comprometido.

Tomando a compreensão de Boaventura de Sousa Santos de que a globalização é um processo seletivo e não-anárquico, e que promove a expansão global de dados localismos, pode-se sustentar que, a partir da Década de 1970 e 1980, os ideais neoliberais compõe o exemplo mais notório de localismo (antes restrito a países europeus e aos Estados Unidos) promovido à expansão global. Como já se referiu, os dogmas neoliberais foram instituídos em âmbito internacional, transformados em condição para o desenvolvimento e, assim, formaram um “sistema disciplinar mundial”²³. Nesse sentido, se sustenta que “as grandes instituições internacionais criadas após a Segunda Guerra Mundial (FMI, Banco Mundial, Gatt) constituíram os principais vetores de imposição da nova norma neoliberal. Elas substituíram os Estados Unidos e a Grã-Bretanha sem grandes resistências”²⁴

Não obstante os pensadores dos ideais neoliberais que inspiraram as reformas promovidas nessa época tenham afirmado o apego ao princípio clássico do *laissez-faire*, não se pode concluir que se tratou de um simples retorno ao liberalismo dogmático. O mercado atua através de mecanismos institucionais. Apesar de negar a intervenção estatal e defender a redução das funções estatais,

²¹ Dardot e Laval, *A nova razão do mundo*, 286.

²² *Ibid.*, 278.

²³ *Ibid.*, 201.

²⁴ *Ibid.*, 283.

a teoria neoliberal mantém um vínculo com as instituições, tendo em vista que “a limitação do poder governamental encontra seu fundamento não nos ‘direitos naturais’ nem na prosperidade gerada pela livre iniciativa privada, mas nas próprias condições de funcionamento da máquina econômica”²⁵.

A teoria neoliberal, portanto, não pode ser vista como uma continuidade do liberalismo clássico porque nega a ideia de uma democracia que aja em prol do “bem comum”. Os novos ideais, em verdade, põem em xeque a noção histórica de democracia liberal²⁶. O princípio máximo do mercado não é mais o da troca, que pressupõe uma paridade, mas o da concorrência, que acaba por promover a desigualdade.

Em razão da adoção desses ideais, o Estado passou a importar preceitos da iniciativa privada, especialmente os que dizem respeito ao princípio da concorrência, promovendo uma “mercadorização da instituição pública”²⁷. Com essas mudanças, entra voga o termo governança, que passa a representar as práticas governamentais que estão em consonância com as exigências da globalização econômica. Sob influência de diversos órgãos, como FMI e Banco Mundial, se espalha a noção de que a “boa governança” é a governança aberta a fluxos comerciais e financeiros, tornando a noção de soberania desvalorizada.

Relativamente aos problemas gerados à Administração Pública, assim como os gerentes das empresas, agora os dirigentes dos Estado passam a ser alçados a esses cargos para manter o controle financeiro das instituições públicas, em consonância com as exigências do poder internacional. Os Estados são, então, postos sob controle de instâncias supragovernamentais e privadas, as quais determinam os objetivos e os meios da política que deve ser conduzida²⁸.

Para Luis F. Villanueva Aguilar, a maior parte dos governos tem sido suficientemente inteligente para selecionar os conceitos e os métodos gerenciais do setor privado ao emprega-los no tratamento de problemas públicos. Porém, não faltam governos precipitados que imitam acriticamente os modos gerenciais do setor privado e até os consideram uma panaceia. Nesses casos, corre-se o perigo de que valiosas reformas administrativas, devido a seu débil fundamento institucional, terminem por ser passageiras ou contraproducentes, desacreditando a Nova Gestão Pública, que se mostrou a alternativa às práticas administrativas de governos inertes e que menosprezam a qualidade e eficácia dos serviços²⁹.

²⁵ Dardot e Laval, *A nova razão do mundo*, 142.

²⁶ Ibid., 183.

²⁷ Ibid., 275.

²⁸ Ibid., 276-277.

²⁹ Aguilar, Luis F. Villanueva. *Gobernanza y gestión pública*. (México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006), 236.

No campo do trabalho, a flexibilização promovida pela elevação ao princípio da concorrência como um ideal a ser buscado ocasionou “uma agenda para a transferência de riscos e insegurança para os trabalhadores e suas famílias”³⁰. A partir desse fenômeno, Guy Standing fala na formação de uma nova classe social: o precariado, formada por pessoas que têm relações de confiança mínima com o capital e o Estado, sendo diferentes também dos assalariados. Essa nova classe, segundo o autor, vivencia a ausência de garantia de mercado de trabalho, ausência de garantia de vínculo empregatício, ausência de segurança no emprego, ausência de segurança do trabalho, ausência de garantia de reprodução de habilidade, ausência de segurança de renda e, por fim, ausência de garantia de representação³¹.

Portanto, não há somente uma insegurança de vínculo empregatício (no sentido de que o desemprego se encontra em alta), mas toda uma insegurança de formação profissional, de identidade profissional e perspectivas futuras, uma vez que o precariado somente ocupa cargos, em regra, temporários, e desprovidos de carreira.

Relativamente às conquistas democráticas, o novo cenário global põe seus conceitos-chave (como representação e consenso) em xeque. Uma vez que a governança transcende o território do Estado-nação e as comunidades nacionais não são mais a única fonte de decisões políticas, as formas tradicionais da democracia desafiam esse modelo de regime político³². Comunidade Europeia, ONU, OTAN, FMI e Banco Mundial são apenas alguns dos mais notórios exemplos de como os territórios nacionais possuem seu espectro decisório reduzido, ao passo que entes supranacionais aumentam seus alcances³³.

Se no Estado-nação, a noção de cidadania se encontra ligada a um pertencimento a uma comunidade política, conferindo legitimidade à atuação estatal, a existência de uma governança global – sem um governo global – impõe uma reformulação de conceitos, tanto da teoria democrática, quanto das relações internacionais³⁴.

David Held³⁵ cita vários fatores e/ou dilemas que contribuem para a redefinição da natureza e do alcance da autoridade soberana dos Estados-nação: 1. A redefinição do Direito Internacional, que não mais se restringe a relações interestatais, mas trata de temas multilaterais, como direitos humanos; 2. A internacionalização do processo de elaboração de decisões políticas

³⁰ Standing, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Trad. de Cristina Antunes. (Belo Horizonte: Autêntica, 2013), 15.

³¹ Ibid., 28.

³² Held, *La democracia y el orden global*, 38.

³³ Ibid., 39.

³⁴ Held, *La democracia y el orden global*, 46.

³⁵ Ibid., 131-160.

(em organismos como a OIT, OMC, União Europeia etc.); 3. A existência de poderes hegemônicos e estruturas de manutenção internacional (como a ONU e a OTAN); 4. A perda da identidade nacional em razão da globalização da cultura e, por fim; 5. O alcance da economia mundial, que contrasta com a limitação territorial do Estado-nação.

Todas as disfunções expostas acerca da nova razão do mundo – uma razão neoliberal concorrencial, que age no interior do Estado, e promove o deslocamento de poder ao espaço transnacional – afetam o funcionamento da Administração Pública, do campo do trabalho, da democracia, e outros campos além desses. Como se demonstrou, a crise da soberania estatal, levada a cabo junto com o abandono das promessas da modernidade implica no desmantelamento das prestações sociais. Na crença neoliberal de que todos devem prover a si próprios (representação do *self-made man* norte-americano), há uma primazia do aspecto econômico sobre a justiça social³⁶.

Entretanto, a Crise de 2008 demonstra os perigos inerentes a essa mentalidade de uma governança híbrida pública-privada. As ações das empresas privadas e eventual quebra das mesmas (prováveis de acontecer na atuação especulativa pelo lucro) afetam a vida também da população. Nesse caso, “o que está em questão, portanto, é a capacidade dos atores privados de autodisciplinar-se, considerando-se os interesses não apenas do seu estabelecimento, mas também do próprio sistema”³⁷. A nova razão do mundo distorce a antiga divisão entre interesses particulares e o interesse geral.

Isso leva desafios ao Direito. A diluição das fronteiras nacionais e a crença de que a iniciativa privada é sempre mais eficiente que o setor público faz com que o *locus* de conquista e concretização de direitos fundamentais – o Estado – se encontre incapacitado de cumprir com os novos desafios globais.

Para solucionar ou, ao menos, mitigar essas questões, já se notam novas formas jurídicas originadas recentemente, as quais buscam conferir maior *accountability* à atuação do sistema internacional, se cogitando, ainda, acerca da possibilidade de fundar uma constituição global.

4. EXPRESSÕES JURÍDICAS DA NOVA ORDEM GLOBAL

4.1. O Direito Administrativo Global

Além de alterações na estrutura estatal, a globalização e a crescente ideia de governança global também estão promovendo transformações na estrutura do Direito Internacional, não obstante essa transformação frequentemente

³⁶ Bauman e Bordoni, *Estado de crise*, 72-73.

³⁷ Dardot e Laval, *A nova razão do mundo*, 281.

passa despercebida por ocorrer debaixo da superfície mais visível da ordem legal internacional³⁸.

Desde 2004, com a publicação de *The emergence of global administrative law*, de Kingsbury, Krisch e Stewart, debate-se concretamente uma dessas alterações: o chamado Direito Administrativo Global.

O Direito Administrativo Global se constrói a partir da observação que grande parte da nova governança global pode ser entendida em termos de administração e regulação. A emergência desse campo acompanha uma mitigação da dicotomia entre o espaço interno e internacional, o exercício de funções administrativas em diferentes níveis e a alta efetividade da regulação, mesmo que não vinculante, ensejando novos debates sobre as possibilidades e limites da legitimidade e da *accountability* na ordem internacional³⁹.

Com a expansão da noção de governança global explicitada nos tópicos anteriores, muitas funções administrativas e regulatórias agora são exercidas em um contexto global, e não apenas nacional, através de uma diversidade de formas. Administração de refugiados internacionais, regulações transnacionais em assuntos ambientais, decisões e procedimentos do Conselho de Segurança da ONU, estabelecimento de padrões para o combate à lavagem internacional de dinheiro, elaboração de regras pelo Banco Mundial para a concessão de empréstimos a países em desenvolvimento, regras para resolução de conflitos pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e até mesmo o estabelecimento de normas em áreas técnicas pela Organização Internacional para Padronização (ISO - *International Organization for Standardization*) são exemplos da ampla atuação desse novo campo, que não se restringe a entes públicos, mas compreende também entes privados e público-privados⁴⁰.

Apesar dessa atuação em múltiplas frentes, tem se destacado o potencial do Direito Administrativo Global em promover uma maior *accountability* em âmbito internacional. Desse modo, esse novo campo possui o potencial de regular, ou ao menos mitigar, os déficits promovidos pela delegação do poder estatal ao “espaço de fluxos”, introduzindo neste relações jurídicas, em tese, democráticas, retirando o domínio exclusivo das relações econômicas.

Apesar de ser um fenômeno recente, pesquisas já tem demonstrado como os mecanismos do Direito Administrativo Global tem contribuído para a formulação de padrões mais eficazes para a regulação de bancos⁴¹, para

³⁸ Krisch, Nico and Benedict Kingsbury. “Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order”. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, 2006: 1.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Krisch and Kingsbury, “Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order”, 3.

⁴¹ Barr, Michael S., and Geoffrey P. Miller. “Global Administrative Law: The View from Basel”. *European Journal of International Law* 17, no. 1 (2006), 15–46.

a formulação de padrões e certificação de florestas⁴², e para resolver parcialmente questões de *accountability* democrática em países nos quais mecanismos eleitorais não estão disponíveis⁴³.

Apesar de, num primeiro momento, as questões que envolvem esse novo campo aparentaram não possuir relação entre si, Kingsbury, Krisch e Stewart buscam identificar princípios comuns ao Direito Administrativo Global. Os autores identificam os princípios da proporcionalidade (*principle of proportionality*) e da expectativa ou confiança legítima (*legitimate expectations*). A busca por princípios orientadores visa a implementação de padrões processuais ou procedimentais relacionados à participação processual, à transparência e ao acesso à informação, conferindo certa legitimidade ao novo direito transnacional.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, ele é compreendido na sua formulação tripartite alemã, abrangendo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. Já no que diz respeito ao princípio da confiança legítima, os autores não se aprofundam no conteúdo do mesmo, abrindo margem interpretativa para a definição de seu conteúdo.

Em suma, o Direito Administrativo Global visa a garantir mecanismos contra abuso de poder, disciplinar as externalidades políticas, proteger cidadãos e empresas estrangeiras contra discriminação, entre outras atribuições⁴⁴. Seus mecanismos podem fazer frente aos temores de que a ordem internacional guiada pela iniciativa privada se torne despótica, ou seja, que seja guiada por valores não democráticos.

Portanto, diante da realidade da nova ordem global emergente após o início do processo de globalização; diante de uma governança sem governo, na qual residem perigos de uma atuação privada prevalecente sobre o poder estatal; e diante de uma realidade na qual o direito nacional e o direito internacional não são suficientes para regular as situações que lhe são requeridas, surge esse novo Direito Transnacional, o Direito Administrativo Global, que se mostra como um novo *locus* para a conquista de direitos, e que permite conferir certa legitimidade à nova ordem global.

Esse novo campo vem a concretizar ou, ao menos, tentar concretizar a instituição de mecanismos democráticos no funcionamento do mercado, já defendida no plano teórico. Nesse sentido, David Held defende que “en el mundo contemporáneo, sólo es posible concretar la democracia si se garantiza

⁴² Meidinger, Errol. “The Administrative Law of Global Public-Private Regulation: The Case of Forestry”. *European Journal of International Environmental Law* 17 (1), 2006, 47-87.

⁴³ Macdonald, Terry, and Kate Macdonald. “Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry”. *The European Journal of International Law*, v. 17 n. 6, 2006, 89-119.

⁴⁴ Stewart, Richard B., and Michelle Ratton Sanchez Badin. “The World Trade Organization and the Global Administrative Law.” *Institute for International Law and Justice*, IILJ Working Paper 2009/7, 25.

la *accountability* de todos los sistemas de poder relacionados e interconectados, de la economía e de la política”⁴⁵.

Held⁴⁶ elenca três exigências para formar um modelo ideal de direito democrático cosmopolita: a reformulação das fronteiras territoriais dos sistemas de *accountability*, a fim de que os temas que escapam da capacidade de ação do Estado-nação (como os fluxos financeiros globais ou as crises ecológicas) possam ser submetidos ao controle democrático; repensar o papel e lugar das agências regulatórias, com o objetivo de transformá-las em focos mais coerentes e sensíveis aos assuntos públicos e; reformar a articulação das instituições políticas com as agências nacionais e internacionais, de modo a promover uma integração do processo democrático.

O Direito Administrativo Global não possui o alcance de incluir a economia internacional dentro da esfera de democracia, construindo um modelo ideal de direito democrático cosmopolita, mas promove um impulso para a instauração de modelos de *accountability* em sistemas de poder situados dentro do espaço de fluxos, consistindo, portanto, em uma iniciativa consistente e desejável para sua realização. Suas ferramentas são derivadas do Direito Administrativo encontrado em democracias avançadas, de modo que possui como fundamentos ordens constitucionais democráticas com fortes mecanismos de representação eleitoral e *accountability* política⁴⁷, instrumentos ausentes no Direito Internacional interestatal tradicional.

4.2. Um constitucionalismo global?

A existência de um Direito Administrativo Global, nos moldes em que foi exposto, leva a questionar se existe, então, uma Administração Pública Global. Tendo em vista o papel desempenhado pelas instituições atuais na atual conjuntura internacional, especialmente instituições como a ONU, o Banco Mundial e o FMI, uma ideia dessa natureza poderia ser cogitada, mas não se trataria de uma Administração Pública propriamente dita, mas, pelo menos, uma Administração Público-Privada.

Mas se a nova Administração Global possui – mesmo que incipientes – princípios procedimentais que buscam lhe tornar mais democrática e legítima, como ela pode atuar sem uma Constituição? Consegue a atuação da Administração guiar-se apenas por suas regras internas, sem uma Constituição que limite sua atuação?

Esses questionamentos, junto a indagações oriundas de outras áreas, conduzem os pesquisadores a indagar acerca da existência de uma Constituição

⁴⁵ Held, *La democracia y el orden global*, 317.

⁴⁶ *Ibid.*, 317-318.

⁴⁷ Stewart and Badin, “The World Trade Organization and the Global Administrative Law.”, 29.

Global. Nesse contexto, o “Constitucionalismo Global” se mostra como uma agenda política e acadêmica que identifica e advoga a aplicação de princípios constitucionais à ordem legal internacional, com o objetivo de aperfeiçoar a efetividade e a justiça dessa ordem⁴⁸. Portanto, a expressão se refere ao processo contínuo e não-linear de elementos constitucionais à ordem legal internacional⁴⁹.

Em termos históricos, o principal argumento para o estabelecimento de uma ordem legal supranacional foi a prevenção da guerra⁵⁰. Atualmente, porém, diversos motivos levam a indagações sobre a instauração de uma ordem jurídica dessa natureza: pobreza, condições equânimes de desenvolvimento econômico, questões ambientais, participação política e manutenção da democracia, entre outros⁵¹.

Alguns autores chegam a questionar se a Carta da ONU consistiria em uma Constituição Global⁵², o que é objeto de discussões e controvérsias. Importa destacar, porém, que tomar o exemplo da Carta da ONU como uma possível Constituição Global indica uma característica que a distingue das Constituições nacionais: ela não objetiva fundar um Estado (no caso, um “Estado Global”), mas visa a introduzir elementos que permitam um desenvolvimento diferenciado do Direito Internacional tradicional.

Anne Peters⁵³ identifica quatro elementos que tem contribuído para o processo de Constitucionalismo Global: 1. O afastamento do princípio da soberania como princípio máximo do Direito Internacional; 2. O consenso estatal tem sido substituído por decisões majoritárias, de modo a aumentar a efetividade da governança global; 3. Valores como a proteção dos direitos humanos, proteção do clima e livre comércio têm adquirido aceitação universal e; 4. O crescimento da legalização e judicialização de disputas em cortes internacionais.

As propostas para a formação de um ordenamento jurídico que controle a governança global possuem diversas variações, sendo possível citar a existência de propostas mais ambiciosas e fundamentalistas, que buscam construir uma estrutura racional capaz de dirigir o poder da governança global, e propostas que compreendem a versão fundamentalista irrealizável, propondo o

⁴⁸ Peters, Anne. “The Merits of Global Constitutionalism”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009, 397.

⁴⁹ Peters, “The Merits of Global Constitutionalism”, 398.

⁵⁰ Jiborn, Magnus. *Survey of Proposals and Ideas on Global Governance: Overview of the Literature*. (Global Challenges Foundation, 2013), 9.

⁵¹ Idem.

⁵² Doyle, Michael. “Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter,” *European Journal of International Relations*, vol. 18, no. 4 (December 2012), 113.

⁵³ Peters, op. cit., 398-399.

desenvolvimento de regimes constitucionais particulares, para que consigam promover seus interesses conjuntamente⁵⁴.

Propostas de um governo global, e especialmente as fundamentalistas, convivem com o risco de formar um governo tirano global. Desse modo, a ideia de um constitucionalismo global majoritariamente se inspira na busca de mecanismos que possam ser usados para aperfeiçoar a legitimidade da ordem legal internacional e das instituições internacionais, sem que seja necessário criar um “Estado Global”. O grande desafio que permeia o constitucionalismo global é conseguir agir eficazmente na esfera transnacional pública e privada, por exemplo obrigando empresas transnacionais a respeitar os direitos humanos⁵⁵.

Não se mostra necessário um documento único que forme uma Constituição Global escrita. Deve-se buscar uma perspectiva condizente com o fenômeno de fragmentação de poder contemporaneamente vivenciado – embora frequentemente se se pense que constitucionalismo e fragmentação do poder são fenômenos inconciliáveis⁵⁶. Diferentemente dos âmbitos locais e regionais, no âmbito global a autoridade não se exerce unicamente através da lei e da política, mas também através de uma autoridade epistêmica, o que requer maiores esforços para sua legitimação⁵⁷.

Essa autoridade epistêmica se concretiza por meio da aceitação universal de valores, tais como direitos humanos e proteção do clima. Portanto, sem se cogitar de um “Estado Global”, é possível falar em Constitucionalismo Global, e em outro *locus* de conquista de direitos fundamentais na nova ordem global: o *locus* epistêmico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma realidade na qual se observa o deslocamento de poder do Estado para a sociedade internacional, para o “espaço de fluxos” (na expressão de Bauman) ou, até mesmo, simplesmente para o mercado, as esperanças depositadas no Estado para a conquista e concretização de direitos se veem confrontadas com grandes desafios. Mas esse deslocamento de poder não implica no fim dos direitos, mormente os fundamentais. É possível visualizar novos espaços de conquista e concretização de direitos. No presente artigo, visualizamos o

⁵⁴ Stewart and Badin, “The World Trade Organization and the Global Administrative Law.”, 27.

⁵⁵ Peters, Anne: “Global Constitutionalism.” In *The Encyclopedia of Political Thought*, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015: 1484.

⁵⁶ Zürn, Michael. “From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach” IN: *International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy*, V. 9, N. 2. Cambridge University Press, 2017, 276.

⁵⁷ Ibid., 279.

Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global como instrumentos de garantia de direitos na nova ordem global.

A formulação de um Direito Administrativo Global é uma evidência empírica do deslocamento do poder do Estado westfaliano à sociedade internacional. Esse novo campo representa, para o Direito, uma retomada de um espaço de poder que antes se encontrava submetido apenas às leis da política e da economia. Embora seja ainda incipiente, e uma análise prognóstica de seu conteúdo implique em prever também o futuro do Estado e das relações internacionais, pode-se cogitar da possibilidade de mecanismos como estes possibilitarem a superação de desafios ainda sem solução. Se hoje se discute a incapacidade dos Estados de resolverem problemas globais, um Direito que se instaure na própria sociedade internacional e consiga conciliar interesses públicos e privados poderia mitigar tais questões.

Não se trata de uma panaceia, especialmente ao se considerar os desafios de integração de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento no processo de elaboração dessas novas formas jurídicas, mas a regulamentação jurídica que concilie interesses públicos e privados pode ser a indicação de um caminho que construa a – ainda oculta – “terceira via” entre o Estado e o mercado.

Entretanto, por mais urgente possa se mostrar a necessidade dessa terceira via, a sua construção deve se dar com extrema cautela, de modo a mitigar os riscos de controle do Direito Administrativo Global por parte de países desenvolvidos e baseados numa economia especulativa e predatória.

Ademais, o surgimento de uma governança global e, mais especificamente, de uma Administração Global, gera questionamentos sobre a necessidade de uma Constituição Global para fornecer uma principiologia a essa Administração. Comparativamente ao Direito Administrativo Global, a formulação de uma Constituição (como texto único e hierarquicamente superior) se mostra menos plausível, não porque a constitucionalização implica na eleição de valores substanciais (e a própria carta da ONU é um exemplo de que isso é possível), mas porque implicaria em uma unificação do poder, e o que atualmente se verifica é uma tendência de descentralização do poder. Não obstante, isso não afasta um *locus* diferenciado de conquista de direitos: aquele sujeito a uma autoridade epistêmica e que se concretiza por meio da aceitação universal de valores.

Portanto, confirmando o diagnóstico de que as crises possuem representações tanto depressivas quanto criativas, é possível se cogitar acerca da formação de novos espaços de conquista de direitos, ambos situados na sociedade internacional, os quais se mostram como alternativas ao dismantelamento do Estado Social intensificado com o processo de globalização. Ainda incipientes, esses novos espaços requerem a atenção do jurista contemporâneo para que se possibilite o seu desenvolvimento e para que este seja adequado à realidade da nova ordem global.

REFERÊNCIAS

- Aguilar, Luis F. Villanueva. *Gobernanza y gestión pública*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Barr, Michael S., and Geoffrey P. Miller. "Global Administrative Law: The View from Basel". *European Journal of International Law* 17, no. 1 (2006): 15-46. <https://doi.org/10.1093/ejil/chi167>
- Bauman, Zygmunt, e Carlo Bordoni. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- Dardot, Pierre, e Christian Laval. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- Doyle, Michael. "Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter," *European Journal of International Relations*, vol. 18, no. 4 (December 2012): 601-624. <https://doi.org/10.1177/1354066111415884>
- Held, David. *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Traducción de Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997.
- Jiborn, Magnus. *Survey of Proposals and Ideas on Global Governance: Overview of the Literature*. Global Challenges Foundation, 2013. Disponível em: <http://globalchallenges.org/wp-content/uploads/pdf/Survey-of-proposals-and-Ideas-on-Global-governance>. Acesso em 15 set. 2017.
- Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico, and Richard B. Stewart. "The emergence of global administrative law". *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 68, n. 3-4, 2005: 15-61. Disponível em: <http://law.duke.edu/journals/lcp/>. Acesso em 18 set. 2017.
- Krisch, Nico and Benedict Kingsbury. "Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order". *European Journal of International Law*, Firenze, v. 17, n. 1, 2006: 1-13. Disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/>. Acesso em 15 set. 2017.
- Lima, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- Macdonald, Terry, and Kate Macdonald. "Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry". *The European Journal of International Law*, v. 17 n. 6, 2006: 89-119. <https://doi.org/10.1093/ejil/chi160>.
- Meidinger, Errol. "The Administrative Law of Global Public-Private Regulation: The Case of Forestry". *European Journal of International Environmental Law* 17 (1), 2006: 47-87. <https://doi.org/10.1093/ejil/chi168>.
- O'Donoghue, Aoife and Murray, Colin (2017) "A path already travelled in domestic orders? from fragmentation to constitutionalisation in the global legal order.", *International journal of law in context*, 13 (3) 2017: 225-252. <https://doi.org/10.1017/S1744552317000064>
- Peters, Anne. "The Merits of Global Constitutionalism". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009: 397-411. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>. Acesso em 10 set. 2017.
- Peters, Anne: "Global Constitutionalism." In *The Encyclopedia of Political Thought*, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015, 1484-1487.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- Standing, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- Stewart, Richard B., and Michelle Ratton Sanchez Badin. "The World Trade Organization and the Global Administrative Law." *Institute for International Law and Justice*, IILJ Working Paper 2009/7: 1-30. Disponível em: <http://www.iilj.org/publication-category/working-papers/>. Acesso em: 10 set. 2017.
- Zürn, Michael. "From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach" IN: *International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy*, V. 9, N. 2. Cambridge University Press, 2017: 261-285.

CAPÍTULO 2

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, PLURALISMO HISTÓRICO E PLURALISMO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA

Karolyne Mendes Mendonça Moreira

RESUMO: No paradigma moderno, o direito possui um só sentido e corresponde a uma única realidade: a lei. É um direito que se pretende universal e que acredita possuir a capacidade, por intermédio do exercício racional, de tutelar e controlar todas as pulsões e vicissitudes dos mais variados modos de viver humano. A crise recente do modelo normativo estatizante, todavia, nos fez enxergar que as várias mitologias jurídicas erigidas pela modernidade precisam ser repensadas. Nesse sentido, é urgente o surgimento de reflexões insurgentes que questionem e superem o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora. Diante disso, o presente trabalho busca refletir por sobre novo referencial teórico-prático constitucional, de cunho pluralista e comunitário-participativo, que atenda às profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades periféricas, especialmente as latino-americanas. Para tanto, para o desenvolvimento do raciocínio, buscou-se, em um primeiro momento, retomar o pluralismo não apenas como teoria jurídica, mas enquanto prática fundante da experiência histórica da América-Latina. Propôs-se, assim, esse mesmo pluralismo histórico enquanto nova categoria para a produção das teorias do direito insurgentes latino-americanas. Em um segundo momento, verticalizamos a análise no caso boliviano, concluindo que a experiência constituinte desse país é um dos melhores campos de análise para a formulação de teorias do direito insurgente.

PALAVRAS-CHAVE: novo constitucionalismo latino-americano; pluralismo histórico; pluralismo comunitário-participativo; experiência boliviana.

1. NOTAS SOBRE A HISTORICIDADE DO DIREITO

Segundo Grossi¹, o direito possui em si a vocação de ordenar a história humana. E é certo, por isso, que tenha em si o pendor de encarnar-se na experiência histórica. Torre Rangel², de modo análogo, sustenta que o ser humano é a raiz de todo o Direito. O direito, portanto, tem como fonte primogênita a vida. Não a vida abstrata, trans-histórica e metafísica, mas a existência pulsante, vivificada nas suas contingências sociais, na concretude dos fatos e delimitada historicamente.

¹ Paolo Grossi. *Primeira lição sobre direito* (Rio de Janeiro: Forense, 2006), 35.

² Jesús Antonio de la Torre Rangel. *El derecho que sigue nasciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico* (Mexico, D.F.: Coyoacán, 2012), 15.

Mas esse direito, que é fruto das tensões entre as relações sociais, culturais e econômicas, há algum tempo vêm sendo arrancado do sopro vital que lhe erige.

A crise do direito comum europeu, fruto da necessidade de um direito abstrato, sistematizado e que pudesse exprimir maiores certezas, fez emergir uma nova noção de direito, afastada do real e reduzida em sua complexidade social³. Com o advento da noção moderna de Direito, o velho pluralismo, de contornos distintos e variados matizes, foi substituído por um rígido e embrutecido monismo. É um direito que se pretende universal e que acredita possuir a capacidade, por intermédio de abstração e do exercício racional, de tutelar e controlar todas as pulsões e vicissitudes dos mais variados modos de viver humano. Não à toa, muito acertadamente, Grossi, em *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, assinalou que “o drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei”⁴.

A concepção de direito na modernidade é unívoca, portanto. O Direito possui um só sentido e corresponde a uma única realidade: a Lei. E a Lei, por sua vez, tem como fonte exclusiva do Direito o Estado⁵. Nesse paradigma, é o Estado o único e exclusivo sujeito histórico pretensamente capaz de transformar em jurídica toda a regra social.

E durante muito tempo, também, à referência moderna ao Estado, à Nação e ao Povo, corresponderam, de modo geral, à ideia democrática de que o direito do Estado era o que correspondia melhor à vontade do povo, justamente porque o Estado, na sua forma democrática, era a forma política que melhor representava o Povo. Daí que a vontade expressa nas leis equivalesse à vontade popular, manifestada através dos processos de democracia representativa⁶.

A crise recente do modelo normativo estatizante, todavia, nos fez enxergar que as várias mitologias jurídicas⁷ erigidas pela modernidade precisam ser repensadas. É urgente o surgimento de orientações prático-teóricas insurgentes e paralelas que questionem e superem o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora⁸. A experiência prática de vários países latino-americanos apontam para a falibilidade dessa suposta capacidade do Estado de ser o único detentor do poder de dizer o direito, e,

³ Grossi, *Op. cit.*, 48-56.

⁴ Paolo Grossi. *Mitologias jurídicas da modernidade* (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007), 36.

⁵ Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo*, 13.

⁶ António Manuel Hespanha. *Pluralismo jurídico e direito democrático* (São Paulo: Annablume, 2013), 29-38.

⁷ O termo Mitologia Jurídica faz referência à obra já citada de Paolo Grossi, *Mitologias Jurídicas da Modernidade* (Grossi, *Mitologias jurídicas da modernidade*).

⁸ Antonio Carlos Wolkmer. *Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito* (Curitiba: Juruá, 2013a), 170.

principalmente, para a incapacidade de se reconhecer o Estado enquanto a voz mais afinada para expressar a vontade do povo.

É nesse sentido que o presente trabalho busca, tendo em mente a necessidade de novos alicerces tanto para as Ciências Humanas, quanto para a Teoria do Direito, refletir, a partir de perspectiva já desenvolvida pelo professor Wolkmer⁹, por sobre novo referencial teórico-prático constitucional, de cunho pluralista e comunitário-participativo, que atenda às profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades periféricas, especialmente as latino-americanas.

Boaventura de Sousa Santos, ao refletir sobre a necessidade de reinvenção do Estado em conferência proferida na Bolívia, concluiu que nunca antes tivemos uma distância tão grande entre teoria política e prática política. Dentre as razões para tal¹⁰, apontadas pelo professor coimbrão, a que se nos demonstra especialmente valorosa, diz respeito ao fato de que as teorias políticas que refletem sobre transformações sociais partem somente das experiências do Norte¹¹. Isso, segundo o professor, gera um problema de premissa, pois, nos últimos 30 anos, as grandes práticas transformadoras vieram do Sul. É por isso, conclui o autor, que quando, neste momento, olhamos o mundo e as transformações do mundo, percebemos que não necessitamos de alternativas transformadoras, mas, antes, de um pensamento alternativo sobre essas já efetivas alternativas. Até então, nossas lentes e conceitos não têm sido capazes de captar toda a riqueza das experiências emancipatórias que ocorreram no mundo¹².

Diante, então, da necessidade de aproximação entre a teoria e a prática – a partir das experiências do Sul já existentes – para produção de uma reflexão insurgente conectada à realidade, é que passaremos a uma breve análise crítica do surgimento das novas experiências constitucionais latino-americanas.

Em um primeiro momento, retomaremos as experiências constituintes da Colômbia, Equador e Venezuela. Posteriormente, e com a finalidade de

⁹ Parte-se da premissa do pluralismo jurídico comunitário-participativo, desenvolvida no livro *Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito* (Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*).

¹⁰ As outras razões são: i) o fato de a teoria política ter sido desenvolvida no norte global e os conceitos lá desenvolvidos já não se adaptarem às nossas sociedades; ii) o fato de a teoria política ser monocultural, ou seja: tem como marco histórico a cultura eurocêntrica; e, por fim, iii) o fato de a teoria política não ter se dado conta de que o fenômeno do colonialismo, mesmo após a independência dos povos, continuou se expressando através de outras formas, tais como o colonialismo social e o colonialismo interno. Ver em: Boaventura Sousa Santos. *La reinvenção del Estado y el estado Plurinacional* (Santa Cruz de La Sierra, Bolivia: Talleres Graficos, 2007), 12-13.

¹¹ Por Norte, Boaventura compreende França, Inglaterra, Alemanha, Itália e Estados Unidos. Segundo o professor, foram esses países que, em meados do século XIX, desenvolveram todo um marco teórico que se considerou universal e que se aplicou a todas as sociedades. Ver em: Sousa Santos, *La reinvenção del Estado y el estado Plurinacional*, 12.

¹² *Ibidem*, 12-13.

verticalização para objeto de estudo, discorreremos sobre os traços do pluralismo jurídico comunitário participativo presente na Constituição Boliviana.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AS EXPERIÊNCIAS CONSTITUINTES DA COLÔMBIA, EQUADOR E VENEZUELA

O constitucionalismo moderno, segundo Chivi Vargas¹³, não é mais integralmente satisfatório, pois tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas e não teve clareza para elucidar a ruptura com as metrópoles europeias, bem como a continuidade de relações tipicamente coloniais.

É a partir desse tipo de constatação que ganha força um novo tipo de constitucionalismo, conhecido como “Novo Constitucionalismo Latino Americano” e alcunhado também por alguns de *constitucionalismo andino*, *constitucionalismo plurinacional* ou *constitucionalismo transformador*¹⁴.

Segundo Dalmau¹⁵, o novo constitucionalismo latino-americano surge de movimentos cívicos combinados com propostas políticas adotadas pelo povo em cenários de alta conflitividade social e política. É por isso que, nestes casos, segundo o autor, a ativação do poder constituinte estabelece uma relação direta com o caráter verdadeiramente revolucionário da sua origem. Nesse sentido, nesse novo modelo de constitucionalismo latino-americano, a reivindicação do poder constituinte originário se volta às primeiras formas de exercício do poder pelo povo. É justamente essa consciência sobre o potencial revolucionário do poder constituinte que faz do novo constitucionalismo latino-americano um “constitucionalismo sem país”.

Uma das principais características que distinguem o “velho constitucionalismo” na América Latina do “novo constitucionalismo latino-americano” diz respeito, portanto, aos processos constituintes¹⁶. Desde as constituições fundacionais latino-americanas, a América Latina não havia experimentado um processo constituinte ortodoxo, qual seja, plenamente democrático. Enquanto no velho constitucionalismo se constatava um acordo entre as elites

¹³ Chivi Vargas and Idón Moisés. “Os Caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia.” In organized by Ricardo Verdum. *Povos indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina* (Brasília: IES, 2009), 158.

¹⁴ Antonio Carlos Wolkmer. “Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina.” In *Constitucionalismo latino-americano, tendências contemporâneas*, organized by Antonio Carlos Wolkmer and Milena Petters Melo, 19-43 (Curitiba: Juruá, 2013b), 29.

¹⁵ Rubén Martínez Dalmau. “Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo em América Latina.” *Tempo Exterior* (no. 17 (xullo/desembro): 5-17, 2008), 5.

¹⁶ José Ribas Vieira et al. 2013. “Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano.” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 5 (2): 122-132, 2013), 126.

econômicas e políticas alheio à soberania do poder constituinte, no novo constitucionalismo se evidencia numa dinâmica participativa e popular. O constitucionalismo anterior às novas constituições foi baseado no nominalismo constitucional, e, a partir disso, na falta de uma presença efetiva da Constituição no ordenamento jurídico e na sociedade¹⁷. Até esse momento, portanto, podemos dizer que a Constituição, e também o Direito, permanecia, na América Latina, afastado daquela já aventada concretude do tecido social e histórico.

Mas a primeira manifestação constituinte que define um ponto de partida excepcional na história constitucional latino-americana, no sentido de trazer a Constituição e o Direito de volta ao fundamento humano que lhe erige, parece ter ocorrido na Colômbia, durante o processo constituinte que deu origem à *Constitución Política de Colombia*, de 1991.

O processo constituinte colombiano contou com as principais características do novo constitucionalismo quanto à legitimidade de origem, pois respondeu a uma proposta social e política, que foi precedida de articulações que demonstraram o fator necessidade, e se articulou em uma assembleia constituinte plenamente democrática¹⁸. Foi uma iniciativa social, principalmente de docentes e estudantes universitários colombianos, que acendeu a fâsca da assembleia constituinte¹⁹. Desde o início, o processo constituinte colombiano resgatou os princípios de soberania popular e resgatou a doutrina clássica do poder constituinte²⁰.

São várias as características materiais da Constituição da Colômbia que a diferenciam do constitucionalismo anterior: a inclusão de mecanismos de democracia participativa, a melhoria no reconhecimento e na proteção dos direitos de primeira geração ou a regulamentação do papel do Estado enquanto interventor econômico, como também aos aspectos formais que caracterizam o fruto da Assembleia Nacional Constituinte e da manifestação constituinte do povo²¹. Mas a característica fundamental responsável por dar essa tonalidade diversa é, segundo Dalmau²², a *necessidade* de uma constituinte na Colômbia, que iniciava, ainda em horizonte escuro, um novo momento na América Latina. Todavia, por tratar-se de um primeiro momento de uma constituição, além de teórica, prática,

¹⁷ Roberto Viciano and Rubén Matinez Dalmau. “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano.” In *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, org. Corte Constitucional de Ecuador para el periodo de transición (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010), 22-23.

¹⁸ Viciano and Dalmau, “Presentación.”, 2010, 23.

¹⁹ Roberto Viciano and Rubén Matinez Dalmau. “O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano.” In *Constitucionalismo latino-americano, tendencias contemporáneas*, org. Antonio Carlos Wolkmer and Milena Petters Melo (Curitiba: Juruá, 2013), 50.

²⁰ Dalmau, “Asembleas constituintes”, 9.

²¹ Viciano and Dalmau, “O processo constituinte venezuelano”, 52.

²² Dalmau, *Op. cit.*, 10.

o processo careceu de um referendun de ratificação popular – que constitui o aspecto fundamental de legitimação a Constituição²³.

Muitos também se questionam sobre a utilidade do processo constituinte colombiano, falando-se, inclusive, em seu insucesso, tendo em vista não só a situação atual do país, como também o fracasso perante a erradicação da violência política – principal objetivo daquele processo constituinte. Mas, segundo Dalmau²⁴, não se pode atribuir o fracasso ao constituinte, mas ao fato de não se ter produzido uma ruptura com o sistema político existente. É que a nova Constituição foi desenvolvida e gerenciada pelos mesmos grupos de poder que tinham provocado o colapso do sistema e feito emergir a necessidade do processo constituinte²⁵. Como se vê, foi um processo que, apesar da carência de elementos essenciais à efetivação da vontade do povo, pode ser considerado como um marco de ruptura com os modelos constitucionais anteriores.

O processo equatoriano de 1998, por sua vez, seguiu caminhos diferentes e obteve uma resultante desvantajosa para os anseios populares naquele momento. É que os equatorianos, ao passo que pretendiam encaminhar seu país para uma nova rota constitucional, atribuíram essa tarefa aos atores políticos da velha política tradicional. O resultado, segundo Viciano e Dalmau, foi um texto constitucional que:

defraudou as expectativas sociais e da qual se evitou a legitimação direta do povo equatoriano através da celebração de um referendun de aprovação perante a suspeita, bem fundada, dos constituintes, de que a cidadania não aprovaria o texto apresentado e aprovado pelas assembleia constituinte²⁶.

O resultado dessa situação foi a convocação de um novo processo constituinte, em boa medida revisor do processo de 1998, nove anos depois, de que falaremos um pouco mais adiante.

Apesar disso, todavia, foram mantidas algumas das principais características que a Constituição colombiana de 1991²⁷ inaugurou, e, inclusive, mais algumas foram adicionadas, como, por exemplo, a atenção dada no texto constitucional aos grupos vulneráveis da população.

Mas, em verdade, quando se analisam os pressupostos elencados pelos autores espanhóis Viciano e Dalmau²⁸ como elementos do “novo constitucionalismo latino-americano”, quais sejam: i) referendun ativador do processo

²³ Viciano and Dalmau, “Presentación.”, 23.

²⁴ Dalmau, “Assembleas constituintes”, 10.

²⁵ Viciano and Dalmau, “O processo constituinte venezuelano”, 52.

²⁶ *Ibidem*, 53.

²⁷ Como a extensão do catálogo de direitos sociais, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e o aparecimento de instrumentos, ainda que incipientes, de democracia participativa.

²⁸ Viciano and Dalmau, “Presentación.”, 9-45.

constituinte; ii) referendo de aprovação do texto constitucional; e iii) rigidez para a reforma constitucional, pode-se concluir que foi a constituição venezuelana de 1999 a primeira a se enquadrar perfeitamente nas características desse novo movimento.

A *Constitución da República Bolivariana de Venezuela*, votada majoritariamente pelo povo venezuelano em 15 de novembro de 1999, foi, antes de tudo, uma constituição necessária. Pois, segundo Dalmau:

Desde a primeira grande manifestación de protesta, o denominado “Caracazo” em 1989, cando miles de persoas se lanzaron á rúa para expresar o seu cansazo cun sistema corrupto, elitista e marxizador, ata a vitoria de Hugo Chávez en decembro de 1998, pasando polos golpes de Estado de 1992 que, indirectamente, acabaría co goberno de Carlos Andrés Pérez(20), a sociedade venezolana acabou impondo a súa vontade de afondar a democracia a través da participación, as políticas de igualdade, o avance nos dereitos, e a mellora das condicións de vida dos venezolanos por medio de coberturas sociais suficientes, a creación de tecido produtivo e mellor distribución da renda petroleira²⁹.

O acionamento do poder constituinte venezuelano teve sucesso, em que pese a resistência dos poderes constituídos que foram fortalecidos em boa parte pela institucionalidade opositora do momento. O processo constituinte venezuelano não foi fácil - assim como também não o foi para os outros processos constituintes latino-americanos - na medida em que também se tentou promover um rompimento com as tendências anteriores. Mas, apesar de alguns erros, a constituição da Venezuela também apresentou um avanço democrático. Efetivação de direitos sociais, mudanças institucionais propostas, nova configuração dos partidos políticos, inclusão de mecanismos de democracia participativa e o novo papel do Estado na economia são algumas das mudanças inauguradas com a nova Constituição³⁰.

Mas é a experiência constitucionalista equatoriana, que culminou com uma nova Constituição do Equador em 2008 (nove anos depois de um processo constituinte de resultado ruim para o povo), junto com a experiência da Bolívia, de 2009 - de que falaremos mais especificamente adiante-, que expressa uma nova etapa do constitucionalismo latino-americano. Para alguns doutrinadores, esses dois textos políticos representam um novo constitucionalismo plurinacional comunitário, que se sustenta em um novo paradigma não universal e único, como outrora. Esse novo paradigma traz a força dos “saberes tradicionais” de sociedades plurinacionais (índigenas, comunais e camponesas), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência entre instâncias legais diversas

²⁹ Dalmau, “Asembleas constituintes”, 11.

³⁰ Viciano and Dalmau, “O processo constituinte venezuelano”, 54.

-ordinária e indígena/camponesa- em igual hierarquia) e reconhecimento de direitos coletivos vinculados à natureza³¹.

A Constituição de 2008 proclama que o Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, soberano, independente, unitário, plurinacional, intercultural e laico. Segundo Unneberg, não há palavras inúteis nessa definição na medida em que há em cada termo uma proposta paradigmática de avanços conceituais que justificam a sua inserção no “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”³².

É a experiência constitucional boliviana, todavia, que representa uma das práticas transformadoras que melhor serve de pano de fundo para a formulação de teorias do direito insurgente, na esteira da reflexão proposta por Souza Santos, apresentada na introdução deste trabalho.

Mas, antes de adentrarmos ao exame do processo constituinte boliviano, a fim de analisarmos os traços do pluralismo comunitário-participativo enquanto juridicidade, é necessário que retomemos, primeiro, o pluralismo não apenas como teoria jurídica, mas enquanto prática fundante da experiência histórica da América-Latina. Afinal de contas, “o direito não é nunca uma nuvem que flutua sobre uma paisagem histórica. É ele mesmo paisagem, ou, se preferirmos, seu componente fundamental e tipificador”³³.

No próximo momento, então, discorreremos sobre os traços desse pluralismo histórico latino-americano, propondo esse mesmo pluralismo histórico enquanto nova categoria que sirva de fundamento para a produção das teorias do direito insurgentes latino-americanas.

Para isso, portanto, discorreremos brevemente sobre o equívoco epistemológico inerente à ideia de “transplantes jurídicos” – que sustenta muitas das formulações constitucionalistas de caráter periférico-, propondo esse referido pluralismo histórico enquanto novo fundamento para as teorias insurgentes na América Latina.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSPLANTES JURÍDICOS: A PROPOSIÇÃO DO PLURALISMO HISTÓRICO ENQUANTO FUNDAMENTO PARA AS TEORIAS INSURGENTES LATINO-AMERICANAS

Um dos pensamentos mais propagados para justificar a necessidade de uma teoria constitucionalista do direito que reflita as idiossincrasias dos países

³¹ Wolkmer, “Pluralismo crítico”, 32.

³² Flávia Soares Unneberg. “O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição equatoriana de 2008.” In *Constitucionalismo Latino-Americano, tendências contemporâneas*, org. Antonio Carlos Wolkmer (Curitiba: Juruá, 2013), 132.

³³ Grossi, *Primeira lição sobre direito*, 35.

periféricos latino-americanos se baseia na conclusão de que as teorias do direito norte americanas e europeias foram mais ou menos “transplantadas” para a América-Latina.

Roberto Gargarella e Curtis, em *El nuevo constitucionalismo latino-americano, promessas e interrogantes*³⁴, por exemplo, sustentam que, apesar da multiplicidade de projetos constitucionais desde a Independência, a grande maioria das constituições latino-americanas surgiram esvaziadas de seus próprios pressupostos, pois foram erigidas a partir do modelo norte-americano. A constituição dos EUA, segundo o teórico, está claramente apoiada em uma filosofia particular, aquela d’*O Federalista*. A filosofia americana é liberal, elitista e extremamente descrente em relação às capacidades da cidadania do povo³⁵. Haveria ocorrido, segundo os autores, portanto, uma transposição de instituições, um transplante jurídico, uma mescla, um enxerto de um corpo estranho.

Posteriormente, com a finalidade de exemplificar como é que ocorrem os transplantes constitucionais, e baseando-se nas tensões entre o constitucionalismo liberal e o radical na primeira onda do reformismo constitucional do século XX, Gargarella e Curtis³⁶ sustentam que para que o projeto radical pudesse ter dado certo fazia-se necessário a existência de uma série de práticas (tal como, por exemplo, a ativa participação política da comunidade). Ausentes todas essas condições no ordenamento jurídico receptor dos transplantes, não é de se estranhar, segundo os autores, que durante longas décadas esse tenha sido um caso de transplante falido.

Apesar de concordarmos que, de fato, as constituições latino-americanas precisam sim refletir os matizes plurais de seu povo, a nosso ver, as teorias do direito insurgentes latino-americanas não podem buscar, todavia, a sua justificativa na ideia – equivocada – de que teorias jurídicas são transplantadas. E se torna imprescindível, a partir da constatação dessa imprecisão, que se repensem as teorias jurídicas insurgentes a partir de outro fundamento, que apresentaremos adiante.

Partiremos das ideias já esboçadas por Pierre Legrand³⁷ para justificar a assertiva.

Nas palavras de Legrand³⁸, a ideia relativa aos transplantes jurídicos “proporcionam uma das mais empobrecidas explicações a respeito das interações

³⁴ Roberto Gargarella e Curtis, em *El nuevo constitucionalismo latino-americano, promessas e interrogantes* (Roberto Gargarella and Christian Curtis *El nuevo constitucionalismo latino-americano, promessas e interrogantes*, no. 153. (Santiago de Chile: CEPAL – Serie Políticas Sociales, 2009)).

³⁵ Gargarella and Curtis, *El nuevo constitucionalismo latino-americano*, 3-5.

³⁶ *Ibidem*, 5-11.

³⁷ Pierre Legrand. “A Impossibilidade de ‘Transplantes Jurídicos’”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS Trad. Gustavo Castagna Machado* (9 (1): 11-39, 2014), 11-39.

³⁸ *Ibidem*, 13.

entre os sistemas jurídicos”. Para o professor da Sorbonne, para que se aceite a noção de “transplantes jurídicos” deve-se concordar, primeiramente, com um modelo de “Direito-como-regras” e “regras-como-declarações-proposicionais-vazias”, pois:

Qualquer um que assuma a visão que “o Direito” ou “as regras do Direito” viajam por jurisdições deve ter em mente que o Direito é uma entidade de alguma forma autônoma, desonerada de bagagem histórica, epistemológica ou cultural. De fato, como poderia o Direito viajar se não fosse segregado da sociedade? [...] as regras não podem viajar. Assim, os transplantes jurídicos são impossíveis³⁹.

Nenhuma forma de palavras que pretenda ser uma regra pode existir completamente desprovida de conteúdo semântico. Nenhuma regra pode existir sem significado. E o significado de uma regra não é totalmente fornecido pela própria regra. A significância é contextual e – talvez, principalmente – a aplicação da regra pelo seu intérprete. O significado da regra está vinculado, portanto, aos pressupostos epistemológicos do intérprete, que também estão, eles próprios, condicionados histórico e culturalmente⁴⁰.

A interpretação, sustenta Legrand⁴¹ é sempre um produto subjetivo. E esse produto subjetivo é, necessariamente, ao menos em parte, produto cultural. Ela é o resultado de uma compreensão particular da regra que é condicionada por uma série de fatores (as vezes inalcançáveis) que seria diverso caso a interpretação ocorresse em um outro espaço temporal ou local, já que os intérpretes estão sujeitos a diferentes cargas culturais. A interpretação, mais precisamente, é fenômeno intersubjetivo no sentido de que o produto subjetivo do intérprete interage com a rede de outras subjetividades dentro de uma comunidade interpretativa. Essa rede de valores, por sua vez, é articulada com o passar do tempo e sustenta a identidade cultural daquela comunidade.

Quando os latino-americanos (lembrando, claro, das especificidades de cada país na América Latina) promulgam uma regra, cada uma dessas comunidades está fazendo algo típico de suas regiões. Ou, melhor dizendo: essas nacionalidades estão fazendo algo que é típico da experiência jurídica intrínseca a cada comunidade. É por isso que a regra não é idêntica às palavras nela inscritas. A “mesma regra” pode ter significâncias diversas aqui e ali, pois as regras, como já dito, são prenes de signos diversos de acordo com a experiência que lhe dá substrato semântico.

³⁹ Legrand, “A Impossibilidade de ‘Transplantes Jurídicos’”, 4-5.

⁴⁰ *Ibidem*, 17-8.

⁴¹ *Ibidem*, 19.

Diante disso, fica evidente que só poderia ocorrer um “transplante jurídico” significativo:

Quando a declaração proposicional como tal e seu significativo investido – que conjuntamente constituem a regra – fossem transportados de uma cultura para outra. Tendo em conta que o significado investido na regra é em si mesmo específico da cultura, é difícil conceber, no entanto, como isso poderia acontecer. Em termos linguísticos, pode-se dizer que o significado (que significa o conteúdo-ideia da palavra) nunca é deslocado, porque ele sempre se refere a uma situação semiocultural idiossincrática. Em vez disso, a declaração proposicional, como se encontra tecnicamente integrada em outra ordem jurídica, é compreendida de forma diferente pela cultura de acolhimento e é, portanto, investido nela um significado específico à cultura em desacordo com o anterior⁴².

Assim, o transplante nunca acontece de fato. Sempre permanecerá um elemento irreduzível de autoctonia a impossibilitar a receptividade epistemológica à incorporação de uma regra de outra jurisdição. Nos parece, portanto, que é por sobre essa autoctonia, vale dizer, por sobre essas especificidades culturais nativas, plurais e idiossincráticas – e não por sobre a ideia afeta aos “transplantes jurídicos” – que as teorias insurgentes sobre o novo constitucionalismo latino americano deveriam se erigir.

Logo, é nesse sentido, levando-se em conta a necessidade de se refletir sobre as especificidades culturais de cada comunidade, que propomos o reconhecimento do pluralismo histórico latino americano enquanto nova categoria fundante de estudo para as teorias constitucionais insurgentes latino-americanas. É necessário refletir sobre a individualidade de cada desenvolvimento, buscando concluir porque determinadas características de uma comunidade divergem de outra. A busca por analogias e paralelos, ao invés da busca pela diferença – especialmente tratando-se de uma realidade tão plural e diversa como a latino-americana –, cremos, reduz complexidades, além de limitarem o alcance de nossas conclusões.

É a partir dessas conclusões que cremos necessário lembrar, a partir de agora, ao menos brevemente, a difundida história de formação multicultural e pluriétnica - ou seja, de pluralismo histórico - que marcaram a América Latina.

Boaventura de Sousa Santos⁴³ nos leciona que a homogeneidade do Estado Moderno, assim como a territorialidade, é uma ficção. Desde a sua formação, até o presente, os Estados nacionais da América do Sul tem erigido a sua base por sobre uma pretensa homogeneidade. Homogeneidade essa, por

⁴² Legrand, “A Impossibilidade de ‘Transplantes Jurídicos’”, 8.

⁴³ Sousa Santos, *La reinención del Estado y el estado Plurinacional*, 32.

suas vezes, que tem permitido manter a dominação econômica, política, social e cultural dos detentores do poder.

Isso não significou, todavia, anulação da diversidade cultural desses povos. Darcy Ribeiro, ao falar sobre a aculturação dos povos latino-americanos desde a colonização, sustenta, inclusive, que do ponto de vista de cada uma dessas nacionalidades “sua própria substância nacional tem muito mais singularidade e vigor do que o denominador comum que as faz ibero-americanas”⁴⁴.

A categoria “índio”, vale lembrar, surge com o estabelecimento da ordem colonial europeia na América. Antes disso não há “índios”, mas guaranis, tupinambás, caingangues, guajajaras, ianomâmis, xavantes, pataxós, e tantos e tantos outros que possuem identidade e cultura próprias e diversas.

À pluriétnicidade dos povos diversos já aqui instalados, a partir do projeto colonial baseado na escravidão, somaram-se os mestiços e toda a população afrodescendente - imensamente também diversa. O negro africano se concentrou de forma maciça na costa brasileira de mais antiga colonização, nas áreas de mineração e também nas Antilhas, onde floresceu a plantação de cana de açúcar⁴⁵.

Outras intrusões, não europeias, como a dos japoneses no Brasil, chineses no Peru, indianos nas Antilhas, coloriram ainda mais os já variados matizes. O mesmo ocorre com o contingente europeu não ibérico chegado mais recentemente. Cada um deles representa uma forma diferente de participação na tão plural América Latina⁴⁶.

A América Latina é, portanto, desde a sua formação, historicamente pluralista, pois composta por uma diversidade cultural imensa que, apesar de uma tentativa de homogeneização, continua resistindo.

Mas é importante lembrar que a formação plural desses Estados-Nação latino-americanos se deu sob a exclusão econômica, política, cultural e social de uma maioria dominada. O projeto nacional moderno, como já dissemos, era completamente eurocêntrico e elitista e tinha por finalidade principal o desenvolvimento capitalista da sociedade.

E o Direito, nessa mesma esteira, não fugia a essa regra. Era por intermédio dos instrumentos jurídicos que o Estado burguês, tão convincente em sua propaganda artificial, operacionalizava uma pseudodemocracia, alijando dos processos decisórios e da participação política aqueles excluídos. O que vemos até hoje é uma formação institucional que continua impedindo o acesso à justiça das grandes massas populacionais, que seguem, por sua vez,

⁴⁴ Darcy Ribeiro. *América Latina: a pátria grande* (Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1986), 13.

⁴⁵ *Ibidem*, 14.

⁴⁶ *Idem*.

subsistindo e sanando as problemáticas que o direito oficial não dá conta de forma autônoma.

É nesse sentido que, junto à pluralidade étnica, se percebe, ao longo da história latino-americana, a formação também de uma pluralidade jurídica histórica, que vem de baixo, do povo. O pluralismo jurídico histórico possui seu fundamento na tentativa popular de sobrevivência perante a completa ausência estatal na garantia de direitos⁴⁷.

E é essa pluralidade jurídica histórica que vemos sendo resgatadas através de esforços institucionais de países como a Bolívia, que, a partir do reconhecimento da ainda forte presença do peso colonial, se dedica em refundar um Estado que reflita e represente a diversidade dos povos, de suas culturas e de seus processos históricos⁴⁸.

4. A EXPERIÊNCIA CONSTITUINTE BOLIVIANA E O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO

Tem-se dito, e com razão, que o processo constituinte boliviano não se instalou com uma Assembleia Constituinte. Foram os movimentos de insurreição populares os responsáveis primeiros pela modificação do cenário político e pela criação de condições para que se pudesse refletir sobre a refundação do Estado. Através da luta, os movimentos sociais colocaram em destaque dois novos personagens: o indígena e as suas reivindicações⁴⁹.

As principais insurgências que marcaram essa mudança foram: i) *La marcha por el Territorio y la Dignidade de 1990*, que demandava o reconhecimento do Estado de territórios indígenas e de suas organizações, bem como a titulação das terras comunitárias de origem. Essa demanda faz florescer uma reforma parcial na Constituição, que reconhece, a partir de então, o caráter multiétnico e pluricultura do Estado; ii) *La marcha de los pueblos de Tierras Bajas por la Asamblea Constituyente, la Soberania Popular, el Territorio y los Recursos Naturales de 2002*. Nesse movimento, reivindicou-se uma representação fora dos partidos políticos, através das próprias organizações sociais, selecionando-se os constituintes de acordo com os usos e costumes do povo; iii) *La Guerra del Agua de 2000*, que intentava a expulsão de uma transnacional. Esse processo constituiu-se na experiência de deliberação e organização coletiva de todo um povo mobilizado em Cochabamba e marca a ressignificação da política, mais

⁴⁷ Marina Correa Almeida. "Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI." In *Constitucionalismo Latino-Americano, tendências contemporâneas*, org. Antonio Carlos Wolkmer, (Curitiba: Juruá, 2013), 172.

⁴⁸ Catherine Walsh. "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado." *Tabula Rasa* (no. 9 (julio/diciembre): 131-152, 2008), 134.

⁴⁹ Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo*, 128.

distante do monopólio partidário. Foi durante esse movimento que se generalizou a demanda da Assembleia Constituinte como lugar de refundação do Estado boliviano; iv) *Los movimientos indígenas del Altiplano boliviano em 2000 e 2001*, que foi responsável por demonstrar a força indígena ao praticamente dominarem o território do Altiplano em suas mobilizações; v) *La Guerra del Gas de 2000 a 2003*, encabeçada, em parte, por uma rede de ativistas sociais que fizeram despertar a consciência sobre o modo elitista que os distintos governos gestionavam os recursos naturais (água, gás, petróleo, minerais, entre outros). Esse movimento, de grande mobilização social, acaba por reivindicar a renúncia de Gonzalo Sánchez de Lozada, então presidente da Bolívia, e a convocatória imediata de uma Assembleia Constituinte que refunde o Estado, além de representar novo marco de organização e mobilização popular ao criar espaços autônomos de auto-organização e estruturas paralelas à ordem estatal durante o processo reivindicatório⁵⁰.

Como se vê, a assembleia constituinte boliviana sentou as suas bases em um processo de lutas que buscou a transformação radical da sociedade a partir de um processo constituinte de caráter efetivamente democrático e participativo.

A Constituição da Bolívia de 2009, segundo Viciano e Dalmau, é certamente um:

dos exemplos mais rotundos de transformação institucional que se experimentou nos últimos tempos, por quanto avança para um modelo de Estado Plurinacional, a simbiose entre os valores pós-coloniais e os indígenas, e estabelece o primeiro Tribunal constitucional elegido diretamente pelos cidadãos⁵¹.

A partir de um processo que requereu a participação dos setores mais marginalizados da Bolívia – majoritariamente representados pelas comunidades campesinas-indígenas e os operários das minas, também indígenas em sua maioria – a Bolívia reclamou um novo projeto de sociedade, começando pelo Direito⁵².

Como se disse e repetiu, a partir do paradigma moderno Direito é Lei. E o único sujeito capaz de dizer o direito é o Estado. Esse direito afastado da experiência vivida ignora a existência plural histórica das múltiplas manifestações de juridicidade para além do ordenamento jurídico oficial. Mas é justamente essa multiplicidade na composição da sociedade que permite, como já dissemos também, o reconhecimento, no direito e pelas instituições, de uma pluralidade jurídica.

A Nova Constituição Política do Estado boliviano reconhece esse pluralismo cultural e estabelece enquanto base fundante da carta política, entre

⁵⁰ Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo*, 128-30.

⁵¹ Viciano and Dalmau, “Presentación.”, 25.

⁵² Almeida, “Direito insurgente latino-americano”, 183.

outros vetores, o pluralismo jurídico e a jurisdição indígena originária campesina, também chamada justiça comunitária.

O pluralismo jurídico presente no texto constitucional boliviano, como se passará a demonstrar, é um pluralismo que se separa da teoria monista da modernidade, fazendo um verdadeiro rompimento epistemológico com ela, pois reconhece a colonialidade⁵³ presente nesse tipo de saber, de raízes eurocêntricas e norte-americanas.

Nessa esteira, passemos agora à questão de qual pluralismo jurídico se reivindica, uma vez que os tipos de pluralismo no direito ao longo da história foram diversos.

A prática-teórica que se tem como marco neste trabalho é aquela da perspectiva de Antônio Carlos Wolkmer, segundo o qual o pluralismo jurídico desejado deve ser:

[...] aberto, descentralizado e democrático, bem como [que] contemple a transformação de carências e necessidades na positivação de novos direitos. A opção por este novo pluralismo se distancia dos rumos das antigas formulações plurais, pois não está mais vinculado à representação individualista do mundo social, mas à síntese de todos os interesses cotidianos individuais e coletivos. Trata-se de proposto contrário e distinta do pluralismo produzido pela democracia liberal burguesa, tradicionalmente elitista, conservadora e selvagem, que sempre privilegiou os intentos de setores exclusivistas e de minorias com poder de decisão em detrimento de prioridades da vida comunitária⁵⁴.

E é precisamente esse modelo jurídico plural e de caráter comunitário-participativo, proposto por Wolkmer, que se pode observar nos mais diversos artigos da Constituição Política do Estado boliviano.

A Constituição boliviana rompe com a noção monista da modernidade na medida em que reconhece o pluralismo jurídico (art. 1^o⁵⁵), estabelece como direitos dos povos indígenas o exercício de seus sistemas jurídicos de acordo com a sua cosmovisão (artigo 30, número 14⁵⁶), e institucionaliza o exercício

⁵³ Sobre a colonialidade do saber ver: Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad”, 131-52.

⁵⁴ Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*, XIX-XX.

⁵⁵ “Artículo 1: Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (Bolívia, *Nueva Constitución Política de Estado*).

⁵⁶ “Artículo 30: I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.” (Bolívia, *Nueva Constitución Política de Estado*).

autônomo e pleno da jurisdição indígena originária campesina (arts. 179⁵⁷, 190⁵⁸, 191⁵⁹ e 192⁶⁰).

Essa jurisdição indígena originária campesina é também chamada de justiça comunitária. A justiça comunitária constitui um processo de práticas sociais insurgentes, motivadas para a satisfação de necessidades essenciais que historicamente estiveram alijadas do programa político estatal. É essa a justiça que restitui os direitos reiteradamente violados das parcelas marginalizadas da sociedade⁶¹.

Torre Rangel⁶² lembra que o *ius*, o Direito, é em sua essência primeira, a justiça, o dar a cada um o que é seu. Dentro do atual paradigma, portanto, um Direito que não busque a efetivação de garantias de todos os sujeitos – ou seja, que não dê o que lhes é devido, principalmente em relação às minorias ao longo da história marginalizadas –, e que não instrumentalize as efetivas possibilidades de *modus operandi* responsáveis por trazer ao povo a satisfação de suas necessidades essenciais (como é efetivamente a jurisdição indígena), é um direito que se afasta da justiça.

É nessa medida que a justiça comunitária, ao ser reconhecida pelo Estado Plurinacional Boliviano, constitui-se em efetiva prática emancipatória e busca institucional pela concretização da justiça, trazendo de volta o direito àquele tecido vital, terreno e encarnado nas contingências sociais que o projeto modernizante retirou e atribuindo aos diversos sujeitos poder maior na gestão da coisa pública. A reivindicação do termo “democracia participativa”, assim, não se mostra redundante, pois em que pese o termo *democracia*, por si só, evoque a exigência de ampla participação popular nos processos decisórios, ao longo dos séculos XIX e XX o que se viu foi uma democracia que se resumiu à forma praticamente obrigatória da representação⁶³.

⁵⁷ “Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.” (*Idem*).

⁵⁸ “Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.” (*Idem*).

⁵⁹ “Artículo 91. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.” (*Idem*).

⁶⁰ “Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.” (*Idem*).

⁶¹ Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo*, 149.

⁶² Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo*, 148.

⁶³ Pietro Costa. *Poucos, muitos, todos. Lições de história da democracia* (Curitiba: Editora UFPR, 2012), 297.

Diante do exposto, e para concluir a partir da lição já esposada de Sousa Santos sobre a necessidade de reflexão por sobre as práticas transformadoras já existentes no Sul, como se percebe, a experiência boliviana constitui-se, sem sombra de dúvidas, em um dos melhores campos de análise para a formulação de teorias do direito insurgente. O caso boliviano promove uma tentativa de ruptura com o modelo colonial ao fomentar o pluralismo jurídico comunitário-participativo, incentivando a efetivação, de um lado, da democracia enquanto práxis social e, de outro, do Direito enquanto prática insurgente e plural.

5. CONCLUSÃO

A crise recente do modelo normativo estatizante coloca enquanto tarefa urgente a elaboração de orientações prático-teóricas insurgentes e paralelas que questionem e superem o reducionismo dogmático-positivista representado pelo monismo jurídico. A experiência prática de vários países latino-americanos serve como pano de fundo para que se ergam teorias do direito insurgente, pois apontam para a superação desse modelo ao desmistificam a suposta capacidade de identificação exclusiva do Direito com a Lei e do Estado com a vontade do povo.

Para refletir por sobre essas teorias insurgentes, se faz necessário, no entanto, a superação da ideia equivocada acerca dos “transplantes jurídicos”. Propõe-se que se reflitam as teorias insurgentes sobre o novo constitucionalismo latino-americano por sobre a autoctonia das comunidades, vale dizer, por sobre as especificidades culturais nativas, plurais e idiossincráticas, e não por sobre a ideia afeta aos “transplantes jurídicos”. É nesse sentido que se propõe o reconhecimento do pluralismo histórico latino enquanto nova categoria fundante de estudo.

É a partir do reconhecimento do pluralismo histórico que a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, de 2009, estabelece enquanto diretrizes o pluralismo jurídico e a instituição da justiça comunitária, elementos que denotam a forte presença do pluralismo jurídico de caráter comunitário participativo. Tal processo, de fato, constitui-se enquanto uma das experiências insurgentes mais propícias à elaboração de teorias do direito insurgentes, na medida em que o caso boliviano estabelece uma tentativa de ruptura com o modelo colonial.

Resta claro, todavia, que os desafios continuam postos, já que o desenvolvimento e a efetivação do conteúdo dessas cartas políticas implica a tentativa de assimilação e interação com as contingências de sua real materialização.

O que se propôs aqui foi apenas a tentativa de traçar algumas considerações que talvez possam engrossar o caldo do esforço coletivo de inúmeros pensadores que se debruçam por sobre o desenvolvimento de estratégias metodológicas para superação da atual crise do direito.

REFERÊNCIAS

- Almeida, Marina Correa. 2013. "Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI." In *Constitucionalismo Latino-Americano, tendências contemporâneas*, organized by Antonio Carlos Wolkmer, 169-191. Curitiba: Juruá.
- Bolívia, Constituição. 2009. *Nueva Constitución Política de Estado*, 2009. <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>
- Chivi Vargas, and Idón Moisés. 2009. "Os Caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia." In organized by Ricardo Verdum. *Povos indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: IES.
- Costa, Pietro. 2012. *Poucos, muitos, todos. Lições de história da democracia*. Curitiba: Editora UFPR.
- Dalmau, Rubén Martínez. 2008. "Assembleas constituintes e o novo constitucionalismo em América Latina." *Tempo Exterior*, no. 17 (xulho/dezembro): 5-17.
- Gargarella, Roberto, and Christian Courtis. 2009. *El nuevo constitucionalismo latino-americano, promesas e interrogantes*. no. 153. Santiago de Chile: CEPAL – Serie Políticas Sociales.
- Grossi, Paolo. 2006. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- Grossi, Paolo. 2007. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Hespanha, António Manuel. 2013. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume.
- Legrand, Pierre. 2014. "A Impossibilidade de 'Transplantes Jurídicos'". *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS* 9 (1): 11-39. Tradution by Gustavo Castagna Machado.
- Ribeiro, Darcy. 1986. *América Latina: a pátria grande*. Rio de Janeiro: Guanabara Dois.
- Sousa Santos, Boaventura. 2007. *La reinvencción del Estado y el estado Plurinacional*. Santa Cruz de La Sierra, Bolivia: Talleres Graficos.
- Torre Rangel, Jesús Antonio de la. 2012. *El derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Mexico, D.F.: Coyoacán.
- Unneberg, Flávia Soares. 2013. "O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição equatoriana de 2008." In *Constitucionalismo Latino-Americano, tendências contemporâneas*, organized by Antonio Carlos Wolkmer, 125-141. Curitiba: Juruá.
- Viciano, Roberto, and Rubén Matinez Dalmau. 2010. "Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano." In *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, organized by Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición, 9-45. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Viciano, Roberto, and Rubén Matinez Dalmau. 2013. "O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano." In *Constitucionalismo latino-americano, tendências contemporâneas*, organized by Antonio Carlos Wolkmer and Milena Petters Melo, 43-59. Curitiba: Juruá.
- Vieira, José Ribas et al. 2013. "Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano." *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 5 (2): 122-132.
- Walsh, Catherine. 2008. "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias politico-epistémicas de refundar el Estado." *Tabula Rasa*, no. 9 (julio/diciembre): 131-152.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2013a. *Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Curitiba: Juruá.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2013b. "Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina." In *Constitucionalismo latino-americano, tendências contemporâneas*, organized by Antonio Carlos Wolkmer and Milena Petters Melo, 19-43. Curitiba: Juruá.

CAPÍTULO 3

A ADOÇÃO DA “CEGUEIRA DELIBERADA” PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: SOBRE OS RISCOS DE DISTORÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS PELO MAU USO DO DIREITO COMPARADO

Guilherme Brenner Lucchesi

RESUMO: O presente artigo propõe analisar a adoção jurisprudencial da “teoria da cegueira deliberada” como fundamento para a atribuição de dolo eventual. Inicialmente, propõe-se analisar de casos decididos no Brasil que resultaram na aplicação da referida “teoria”, cujas decisões argumentam ter havido a origem de tal conceito no direito dos Estados Unidos da América, e que seria aplicável como critério de interpretação do direito brasileiro. As decisões pesquisadas chamam esta metodologia questionável de aplicação direta do direito estrangeiro ao nacional de “direito comparado”. A partir da análise dos casos, buscou-se identificar os fundamentos para a aplicação da cegueira deliberada em cada decisão, de modo a estabelecer a síntese dos critérios comuns utilizados pela jurisprudência brasileira, extraindo um conceito jurisprudencial de cegueira deliberada no Brasil. Na sequência, o artigo critica a metodologia adotada pelas decisões, na medida que entende-se não ser possível um transplante dessa categoria de imputação do direito dos Estados Unidos ao direito brasileiro sem prévia verificação de compatibilidade com a definição legal de dolo existente no Código Penal, propondo os parâmetros adequados para a análise comparada do direito brasileiro e do direito dos Estados Unidos. Por fim, o artigo busca demonstrar o descabimento da aplicação da cegueira a direito brasileiro a partir de uma análise dogmático-legal da imputação subjetiva do dolo eventual a partir da cegueira deliberada, visando demonstrar que, primeiro, não há dolo sem a presença de algum elemento cognitivo e, segundo, a noção de dolo eventual é suficiente para a punição da maior parte das condutas a que se atribui cegueira deliberada. Há, porém, decisões em que a cegueira deliberada incide de modo a expandir o alcance de dolo eventual, permitindo a punição de condutas culposas como se dolosas fossem. Busca-se demonstrar, portanto, que a ausência de metodologia na aplicação do direito comparado pela jurisprudência brasileira viola garantias fundamentais do acusado, notadamente o princípio da legalidade, ao permitir a punição de condutas que seriam de outra maneira impuníveis.

1. INTRODUÇÃO

Identifica-se crescente tendência jurisprudencial na adoção da “teoria da cegueira deliberada” como fundamento para a atribuição de dolo eventual, com poucos fundamentos dogmático-jurídicos. A jurisprudência nacional utiliza a suposta “teoria” em casos que o acusado alega desconhecer alguma circunstância fática elementar do delito imputado. A partir de critérios *ad hoc*, estabelecidos caso a caso, o dolo eventual é atribuído ao autor em tais situações de desconhecimento — ou, melhor, de ausência de comprovação de conhecimento pelo órgão acusatório.

Embora não haja disposição legal nesse sentido, nos últimos dez anos parece ter havido a criação de uma nova categoria de imputação que permite tratar como dolosas as situações de desconhecimento provocado pelo autor do fato. No princípio, a adoção desse entendimento foi bastante tímida, sendo aplicado apenas em decisões esparsas, principalmente dos Tribunais Regionais Eleitorais de Rondônia e do Rio Grande do Norte. A partir do julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal — mais conhecido como o caso “Mensalão” —, a “cegueira deliberada” ganhou projeção nacional, vindo a compor a decisão pelo voto da ministra Rosa Weber.¹

Gera preocupação, no entanto, a ausência de reflexões teórico-dogmáticas pelas decisões quanto aos elementos constitutivos do dolo e à compatibilidade desse novo modo de imputação — originário dos sistemas da tradição *common law*, em especial do direito dos Estados Unidos da América — com o direito brasileiro. Tais limitações de fundamentação representam perigosas armadilhas, na medida que permitem tratar como dolosas situações de fato que não comportariam a definição legal de dolo.

Em sua etapa inicial, este artigo propõe uma análise de casos decididos no Brasil aplicando a “cegueira deliberada”. Argumentam as decisões que essa “teoria” teria originado no direito dos Estados Unidos da América, e que seria aplicável como critério de interpretação do direito brasileiro, chamando esta metodologia questionável de aplicação direta do direito estrangeiro ao nacional de “direito comparado”. A partir da análise dos casos, busca-se identificar os fundamentos para a aplicação da cegueira deliberada em cada decisão, de modo a estabelecer a síntese dos critérios comuns utilizados pela jurisprudência brasileira, extraindo um conceito jurisprudencial de cegueira deliberada no Brasil. Percebeu-se, com isso, a atribuição de juízo condenatório fundado em cegueira deliberada quando o autor tem ciência da elevada probabilidade da existência de alguma circunstância elementar de crime, age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Na segunda etapa, busca-se demonstrar as diferenças entre a *willful blindness* do direito americano e a “cegueira deliberada” criada pela jurisprudência

¹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478. Deve-se observar que, de todo o famoso julgamento feito em instância originária pelo Supremo, o voto de Rosa Weber foi o único a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no direito brasileiro. Cita-se com frequência, por outro lado, os excertos dos debates orais daquele julgamento referentes ao voto do ministro Celso de Mello, publicados nos Informativos n.º 677 e 684 do STF, que pouco acrescentam em termos conceituais, apenas noticiando a existência da cegueira deliberada e sua possível aplicação no Brasil, não provendo qualquer critério para a sua configuração. Tais manifestações de Celso de Mello não constaram do voto escrito ou mesmo da transcrição dos debates orais publicados no acórdão. Da leitura da decisão se verifica que o ministro requereu o cancelamento de boa parte de suas intervenções nos debates orais.

brasileira, de modo a ressaltar que não há coincidência entre as duas categorias. Com isso, o artigo critica a metodologia adotada pelas decisões, na medida que entende-se não ser possível um transplante dessa categoria de imputação do direito dos Estados Unidos ao direito brasileiro sem prévia verificação de compatibilidade com a definição legal de dolo existente no Código Penal. Propõe-se definir e estabelecer os parâmetros adequados para a análise comparada do direito brasileiro e do direito dos Estados Unidos, pontuando-se os fundamentos e as funções desempenhadas pela “cegueira deliberada” – ou *willful blindness* – nos Estados Unidos e seus pretensos fundamentos e funções na aplicação jurisprudencial brasileira. Demonstra-se, com isso, que as tradições jurídicas em que esses sistemas se desenvolvem possuem bases distintas, de modo que não se pode simplesmente pinçar conceitos e teorias e aplicá-las diretamente sem a devida contextualização – algo que não é feito em nenhuma das decisões pesquisadas.

Na derradeira etapa, o artigo prossegue visando demonstrar o descabimento da aplicação da cegueira a direito brasileiro a partir de uma análise dogmático-legal da imputação subjetiva do dolo eventual a partir da cegueira deliberada, visando demonstrar que, primeiro, não há dolo sem a presença de algum elemento cognitivo e, segundo, a noção de dolo eventual é suficiente para a punição da maior parte das condutas a que se atribui cegueira deliberada. Por outro lado, há decisões em que a cegueira deliberada incide de modo a expandir o alcance de dolo eventual, permitindo a punição de condutas que seriam impuníveis diante da ausência de previsão de modalidade culposa.

A partir da verificação que cegueira deliberada é, na melhor das hipóteses, mero adorno retórico de decisões penais condenatórias, e na pior das hipóteses, permite a condenação de condutas culposas como se dolosas fossem, busca-se demonstrar que a ausência de metodologia na aplicação do direito comparado pela jurisprudência brasileira traz consigo graves consequências de distorção das normas legais e ampliação do âmbito de alcance do direito penal, em clara violação ao princípio da legalidade.

2. A “CEGUEIRA DELIBERADA” SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A primeira decisão que se tem notícia no Brasil a respeito da cegueira deliberada foi proferida pela Justiça Federal do Ceará, no caso do furto à sede do Banco Central em Fortaleza. Neste caso, sentenciado em 2007, os proprietários de uma concessionária de veículos foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro, ao receberem como pagamento R\$ 980 mil em cédulas de R\$ 50 como pagamento para a venda de carros, mesmo antes do descobrimento do

furto pelas autoridades.² A decisão, cuja fundamentação teórica se limita à transcrição literal de trecho de livro³, faz menção à origem da cegueira deliberada nos Estados Unidos da América, mas não há maior discussão a respeito dos fundamentos dessa pretensa “teoria” em seu sistema de origem, ou de sua compatibilidade com o sistema penal brasileiro.

Após esse marco inicial, surgiram outras poucas decisões, até que a “teoria” veio a ganhar maior repercussão a partir de dois acórdãos que vieram a ser reiteradamente citados em outras decisões judiciais, tornando-se verdadeiros paradigmas na aplicação da cegueira deliberada. A primeira destas decisões-paradigma é o voto da ministra Rosa Weber, proferido no julgamento do caso “Mensalão”.⁴ Tal voto trata da cegueira deliberada ao analisar as imputações feitas a título de lavagem de dinheiro no âmbito de pagamentos feitos por agência de propaganda, sem que os destinatários fizessem “*qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles*”⁵.

Segundo a ministra relatora, a cegueira deliberada permite estabelecer que “*age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta*”.⁶ Pontua, assim, que as Cortes americanas exigem três requisitos para a admissão da cegueira deliberada nos casos envolvendo lavagem de dinheiro: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa, (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Analisando as provas do caso do “Mensalão”, a relatora pondera ser difícil afirmar que os dirigentes das empresas responsáveis pelas transações de ocultação e dissimulação do dinheiro recebido das empresas de Marcos Valério agiram com dolo direto, isto é, “*cientes, com absoluta certeza, da procedência criminosa dos valores envolvidos*”. Entende a ministra, contudo, parecer “óbvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores *envolvidos e, mesmo assim, persistiram na conduta, evitando se aprofundar a respeito e assumindo o risco de lavar produto de crime*”. Por tal motivo, conclui terem agido com dolo eventual.⁷

² Sentença proferida na Ação Penal n.º 2005.81.00.014586-0, 11.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. n.221. Disponível em: <<http://goo.gl/9iB8qJ>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

³ MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

⁵ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.295.

⁶ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297. A afirmação é problemática, na medida em que trata de intenção, categoria que no direito americano melhor se assemelha a *purpose* que a *knowledge*, elemento subjetivo passível de substituição pela *willful blindness*.

⁷ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

Buscando vacinar-se contra eventuais críticas, Rosa Weber ressalta não estar buscando “*ampliar indevidamente o alcance do tipo*” de lavagem, mas somente aplicar ao crime “*institutos consagrados do Direito Penal brasileiro*”, por entender que a conduta é dolosa não apenas quando o autor quer o resultado delitivo, como também quanto assume o risco de produzi-lo agindo de maneira indiferente ao resultado de sua conduta.⁸

O ponto crucial do voto da ministra Rosa Weber quanto à aplicação da cegueira deliberada aos casos de lavagem de dinheiro reside no grau de ciência que possui o autor no momento da conduta, entendendo que não basta “mera suspeita” da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação. Defende a ministra serem necessários três requisitos cumulativos para a existência de dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor esteja em situação de cegueira deliberada. Primeiro, deve o autor realizar o *tipo objetivo* do crime de lavagem, isto é, praticar condutas de ocultação ou de dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores envolvidos. Segundo, ao praticar as condutas típicas, o autor deve ter ciência da *elevada probabilidade* de que os bens, direitos ou valores envolvidos tenham por origem algum crime antecedente de lavagem. Terceiro, deve o agente, mesmo ciente da probabilidade de origem criminosa, persistir indiferente a essa suposta origem na conduta delitiva de ocultação ou de dissimulação, *evitando propositadamente aprofundar seu conhecimento* quanto à origem dos bens, direitos ou valores envolvidos quando estiver em condições de fazê-lo.⁹

A outra decisão considerada influente foi proferida pelo juiz federal Sergio Fernando Moro, quando juiz federal substituto em 2.º grau no Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, na Apelação Criminal n.º 5009722-81.2011.4.04.7002/PR, envolvendo crime de descaminho de cigarros.¹⁰ A decisão relatada por Moro foi a primeira decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região sobre cegueira deliberada, sendo citada por oito acórdãos posteriores daquele tribunal, e seus fundamentos reproduzidos integralmente sem citação por outras quatro decisões.

No caso, o proprietário de dois veículos utilitários os locou para a realização de um frete entre Foz do Iguaçu, Paraná, e Itajaí, Santa Catarina, tendo emprestado os veículos à locatária uma semana antes do frete para a vistoria, sendo devolvidos com alterações na estrutura do baú de carga e colocação de nova forração interna. Durante a viagem, o apelante-locador conduzia o maior dos dois veículos, uma camionete Ford F-4000, e a locatária uma camionete Ford F-1000, tendo sido parados pela Polícia Rodoviária Federal em Céu Azul,

⁸ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

⁹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300-1.301.

¹⁰ TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sergio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

Paraná. Foram encontrados 62.690 maços de cigarro. O apelante-locador disse desconhecer o conteúdo da carga, pois esses teriam sido carregados exclusivamente pela locatária.

Entendeu o relator ser o álibi do recorrente pouco provável, visto que os veículos eram de sua propriedade e haviam sido alterados com a colocação de fundos falsos para o transporte de cigarro, não sendo crível que a modificação tivesse sido feita sem o conhecimento e a anuência do locador. Mesmo diante dessa situação, haveria dolo eventual, pois diversas circunstâncias indicariam o transporte de mercadorias ilícitas, tendo o apelante persistido na atividade sem aprofundar seu conhecimento sobre a natureza da carga.¹¹

Ao tratar dos requisitos para a configuração da cegueira deliberada, Moro aponta as mesmas três exigências já anotadas no voto de Rosa Weber: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa, (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.¹²

Veja-se que embora ambas as decisões-paradigma aludam à origem e ao desenvolvimento da cegueira deliberada no sistema jurídico americano, não houve qualquer tentativa de demonstração da compatibilidade daquele sistema ao sistema brasileiro. Tratam-se as categorias de imputação da *common law* como equivalentes ou equiparáveis àsquelas da tradição *civil law*, embora tenham sido desenvolvidas em contextos absolutamente distintos, com outras finalidades na lógica do sistema.

Segundo as decisões citadas, essa “cegueira deliberada” criada pela jurisprudência brasileira tem aplicação se o autor, cumulativamente, tiver ciência da elevada probabilidade de existência de alguma circunstância elementar de crime, mantiver-se indiferente quanto a tal ciência e evitar aprofundar o seu conhecimento acerca da circunstância elementar que desconfia existir, podendo neste caso ser condenado pelo crime a título de dolo eventual. Isso, porém, em nada coincide com a *willful blindness* do direito penal americano.

3. AS FALHAS METODOLÓGICAS DO “DIREITO COMPARADO” REALIZADO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A comparação entre a *willful blindness* utilizada no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos depende de extensa e aprofundada análise não apenas do desenvolvimento e aplicação dessa categoria nos tribunais dos Estados Unidos

¹¹ TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sergio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

¹² TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sérgio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

da América, como do próprio desenvolvimento das categorias de *imputação subjetiva* nos principais sistemas jurídicos da tradição *common law*. Isso porque a realidade jurídica daquela tradição em muito difere da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que trabalha-se em cada qual com categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas diferentes. Tal análise não é possível nas poucas linhas disponíveis a este breve ensaio. Remete-se, nesse sentido, à tese doutoral do autor¹³, na qual discorreu-se amplamente a respeito das premissas da imputação penal nos Estados Unidos, relatando-se a seguir apenas as conclusões extraídas a partir daquela análise.

O direito penal americano desconhece as categorias jurídicas do dolo e da culpa utilizadas nos sistemas jurídico-penais de bases continentais. Ainda que não existe “um” sistema jurídico americano¹⁴, em geral são utilizadas as categorias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*, identificadas no Código Penal Modelo¹⁵, que não podem ser simplesmente sobrepostas às categorias de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo eventual e culpa inconsciente.¹⁶ Há pontos de tangência entre tais noções, no entanto não há correspondência. Tal leitura não passaria de grosseira simplificação de conceitos, predisposta a encontrar pontos de comunicação na análise comparada dos sistemas. Quando se parte da premissa de que serão encontradas equivalências, a probabilidade de encontrar equivalências aumenta. É de fundamental importância que não se contamine o trabalho de pesquisa comparada com expectativas de tal natureza, sob pena de, ao projetar sobre a *common law* as categorias jurídicas da *civil law*, fazer da pesquisa comparada um processo preparação das conclusões já traçadas de antemão.

Não é correto, portanto, afirmar levemente que *purpose*, tal como definida no Código Penal Modelo dos Estados Unidos, corresponde ao dolo direto de primeiro grau, e que *knowledge* corresponde ao dolo direto de segundo grau.¹⁷ Da mesma forma, *recklessness* não é dolo eventual ou culpa consciente,

¹³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo**: o problema da chamada “cegueira deliberada”. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 366 f. 2017. p. 85-187.

¹⁴ MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2.ed. St. Paul: West, 2000. p.1.

¹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Ver também DUBBER, Markus D. **An introduction to the Model Penal Code**. 2.ed. New York: Oxford, 2015.

¹⁶ DUBBER, Markus D. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.1320. Em português, ver FRAGOSO, Heleno Claudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p.89.

¹⁷ Ver, por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3.ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t.I. p.669. No Brasil, ao analisar a cegueira deliberada, Spencer Toth Sydow comete o mesmo equívoco: “As figuras de ‘purposely’ and [sic] ‘knowingly’ são equivalentes à nossa figura de dolo direto e dolo indireto, respectivamente.” (SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**.

tampouco uma categoria intermediária entre ambos. O direito penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos, que possa ser simplesmente transplantada ao direito penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa.¹⁸ O que se chama de *culpa grave* ou *leviandade*¹⁹ não se confunde com *recklessness*; trata-se de categorias de conteúdos e alcances distintos. *Recklessness* é uma categoria bem definida no Código Penal Modelo americano, que exige para sua configuração diversos elementos, estando fundada no conhecimento do risco pelo autor.²⁰

Assim sendo, não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de direito comparado.

A cegueira deliberada em seu sistema originário esteve desde sempre situada como um substituto para o elemento subjetivo *knowledge* nos crimes que exigem do autor conhecimento a respeito de alguma circunstância elementar do delito. O elemento *knowledge*, nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, é um requisito adicional imposto pela legislação com relação ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, a *recklessness*. Significa dizer que no direito penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetivo, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*. Isto é, se o autor conscientemente ignorar algum risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do delito exista ou resultará de sua conduta. Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo. A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta

Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.75, nota 85). Ver WATSON, Alan. **Legal transplants: An approach to comparative law**. 2.ed. Athens: University of Georgia, 1993. p.10-11.

¹⁸ Ver a esse respeito BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.viii.

¹⁹ A tradução do termo alemão *Leichtfertigkeit* como “leviandade” é proposta por Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.13-14. nota 5).

²⁰ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A comparative approach**. Oxford: Oxford, 2014. p.247.

ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja plenamente configurada. Vale dizer, aplicando-se a cegueira deliberada, os tribunais podem condenar um indivíduo nos crimes que exigem conhecimento mesmo que tal indivíduo não tenha conhecimento dele.

Desde seu remoto surgimento no direito inglês, a noção de que pudesse ser imputada a um autor a prática de um delito que exige conhecimento como elemento subjetivo mesmo que o autor não tivesse conhecimento de fato sofreu transformações até que viesse a ser estabelecida de forma mais ou menos estável. Essas transformações se deram no campo processual, com o constante resgate de decisões anteriores e reiterada aplicação até se estabelecer uma regra não positivada. Convencionou-se denominar essa regra “cegueira deliberada”. Devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do direito penal americano, não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que pode se entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra e a remissão ao Código Penal Modelo, pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes, é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Nesse ponto, há clara inconsistência entre a doutrina majoritária proponente da cegueira deliberada no Brasil e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos. Por um lado, *cegueira deliberada* nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Moro²¹, convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

²¹ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Embora os enunciados contenham pontos em comum, nota-se de plano uma distinção relevante. A construção americana da “cegueira deliberada” trata da subjetividade do autor, ao exigir que ele não acredite que a circunstância elementar era inexistente. Com isso, afasta-se o recurso a algum critério objetivamente estabelecido, como da pessoa média, utilizado para a responsabilidade a título de *recklessness* e *negligence*.²² Incorre em erro Spencer Toth Sydow, portanto, quando afirma que “*baliza-se a teoria da cegueira deliberada no instituto do homem médio ou homem razoável, aqui denominado de homem prudente*”.²³ Em que pese não esteja presente na construção originária da cegueira deliberada, ou mesmo em suas formulações contemporâneas, a jurisprudência brasileira busca aplicar a cegueira deliberada em conjunto com um pretense dever de conhecimento por parte do autor, que seria fundamento para o dolo eventual caso comprovado seu desconhecimento.²⁴

Por outro lado, a formulação majoritária brasileira sobre cegueira deliberada inclui um requisito inexistente no enunciado americano: a indiferença do autor quanto à elevada probabilidade de ocorrência do resultado.²⁵ Naturalmente, a exigência de indiferença não é feita no direito anglo-americano, pois a indiferença não é uma categoria fundamental para a identificação de *knowledge* ou *recklessness*.²⁶ Como o Código Penal, segundo Nelson Hungria²⁷, supostamente adotou no inciso I do seu art. 18 a teoria do consentimento²⁸, a indiferença do autor pelo resultado é característica marcante do dolo eventual, em oposição ao propósito, de um lado, e o mero descuido, de outro. Com isso, buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada visando facilitar a acomodação da

²² Utiliza-se também no Brasil o conceito de pessoa média ou prudente para se estabelecer responsabilidade penal, como nos crimes de imprudência. Ver, por todos, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010. p.176-177.

²³ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p.133.

²⁴ TRF-4, Ap. Crim. n.º 0000625-16.2009.4.04.7000, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 25 abr. 2014.

²⁵ TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sérgio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013: “*Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Embora utilizados mais amplamente no Direito Comparado para lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, plenamente pertinentes para delitos de contrabando, inclusive de armas, quando o responsável pela introdução dos produtos ilícitos em território nacional afirma ignorância e indiferença em relação ao objeto transportado.*”

²⁶ Alan C. Michaels, porém, propõe que a aceitação do resultado pelo autor como produto de sua conduta, agindo com indiferença quanto à produção de um resultado seja incorporado ao direito penal americano (Acceptance: the missing mental state. **Southern California Law Review**, v.71, n.5, p.962, 1998). Para Michaels, no entanto, a aceitação seria algo distinto de *knowledge* e *recklessness*, entendendo que tal categoria ainda não se encontra perfeitamente contemplada pelo direito penal americano.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. t.II. p.122.

²⁸ Sobre a teoria da vontade ou do consentimento, ver por todos VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 91-101.

cegueira deliberada enquanto dolo eventual no direito brasileiro. Isso ocorre porque, ao contrário de autores que entendem a necessidade de incorporar a cegueira deliberada nos ordenamentos jurídicos nacionais a partir de propostas *de lege ferenda*²⁹, a jurisprudência brasileira tem entendido que a cegueira deliberada é aplicável mesmo diante da *lex lata*, uma vez que constituiria espécie de dolo eventual. Não é por outro motivo que Moro incorre em erro grosseiro ao afirmar que o dolo eventual vem sendo admitido nos crimes de lavagem de dinheiro nos Estados Unidos por meio da cegueira deliberada³⁰: a noção de dolo eventual, como dito, é estranha ao direito penal americano. Dolo eventual não se confunde com *knowledge* — no âmbito do qual se aplica a cegueira deliberada — ou mesmo com *recklessness*.

Cotejando o teor dos enunciados de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, verifica-se não haver coincidência. Comparando-se tais formulações, demonstrou-se serem conceitos diferentes, aplicados com finalidades diferentes — nos Estados Unidos, como substituto do elemento subjetivo *knowledge*; no Brasil, como subespécie de dolo eventual —, não havendo identidade entre tais categorias, apesar da insistência pela jurisprudência nacional.

Se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se *cegueira deliberada* pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não se vislumbra sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil. Não há motivo algum para se denominar pelo mesmo nome categorias distintas. Se o enunciado da *cegueira deliberada* “à brasileira” não corresponde ao enunciado da *cegueira deliberada* em seu sistema de origem, evidentemente não são a mesma coisa. Com isso, *cegueira deliberada* no Brasil não é o mesmo que *willful blindness* nos Estados Unidos. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de direito comparado.

A disciplina do direito comparado³¹ identifica importante fonte de desenvolvimento jurídico nos chamados “transplantes jurídicos”, metáfora que identifica o processo de transposição orgânica de dispositivos legais de um

²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). **Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal**. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. p.33. No Brasil, ver SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.259.

³⁰ “A lei norte-americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, por construção jurisprudencial, tal figura vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da assim denominada *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*, literalmente a doutrina da ‘cegueira deliberada’ e de ‘evitar a consciência’” (MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63).

³¹ Acerca do estudo do direito comparado enquanto método ou disciplina jurídica própria, ver WATSON, Alan. **Legal transplants: An approach to comparative law**. 2.ed. Athens: University of Georgia, 1993. p.1-3.

ordenamento jurídico para o outro.³² Assim como em um transplante de órgãos, normas jurídicas não podem ser carregadas de um contexto legal para o outro sem os devidos cuidados em manter o destinatário intacto, pois é necessária cuidadosa implantação e cultivo em seu novo habitat.³³ A esse método foram feitas importantes críticas³⁴ que apontam à necessidade de adaptação do dispositivo legal ao novo ordenamento, de modo que este frequentemente imporá àquele novas funções, muitas vezes não condizentes com aquelas desempenhadas em sua origem. Muitas vezes, o “transplante” pode produzir “irritações” – isto é, desencadear uma série de efeitos colaterais inesperados pelo jurista, que perturba a sintonia interna do sistema, o qual não se adapta à inserção do elemento alienígena.³⁵

Tais críticas não levam necessariamente à conclusão de que é impossível a importação bem sucedida de normas jurídicas estrangeiras ao ordenamento jurídico nacional. Todavia, é importante que nesse processo sejam observadas as transformações que podem sofrer o dispositivo ou a categoria ao ser realocada de um sistema para o outro, mantendo o foco particularmente sobre o texto a ser traduzido. É neste sentido que surge a metáfora da “tradução jurídica”, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da norma ou do enunciado dogmático em sua origem e seu destino. Por meio de adaptações textuais é possível capturar as transformações a que é submetida uma ideia ou conceito nas suas relações com o sistema jurídico destinatário após a sua tradução originária. Existem várias abordagens à forma de se efetuar a tradução de textos e ideias, podendo-se pautar pela literalidade estrita, pela composição de texto autônomo, mas fiel às ideias originais, ou pela variação material do

³² Em sentido contrário, Paulo César Busato tece contundentes críticas à fascinação pela chamada “importação dogmática”. (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.5-6).

³³ TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **Modern Law Review**, London, v.61, p.12, 1998.

³⁴ Ver, por todos, TEUBNER, op. cit., p.11; LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**. Cambridge, v.45, n.1, p.30-31, inverno de 2004.

³⁵ “[W]hen a foreign rule is imposed on a domestic culture [...] something else is happening. It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates, of course, the minds and emotions of tradition-bound lawyers; but in a deeper sense, [...] it irritates law’s ‘binding arrangements’. It is an outside noise which creates wil perturbations in the interplay of discourses within these arrangements and forces them to reconstruct internally, not only their own rules but to reconstruct from scratch the alien element itself. ‘Legal irritants’ cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule’s meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change.” (TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **Modern Law Review**, London, v.61, p.12, 1998).

texto original, de modo a reduzir a fidelidade, a fim de compor um texto sólido no idioma para o qual se traduz. Desta forma, a depender do método empregado, é possível trazer ao ordenamento jurídico nacional conceitos e ideias de todo impertinentes ou inaplicáveis, pelo desejo de ser fiel à origem, ou, ao contrário, deturpar institutos jurídicos na (vã) tentativa de os inserir em seu novo contexto legal.³⁶

Entende-se, assim, não ser possível a adoção indiscriminada de institutos jurídicos estrangeiros, pois é necessário observar as vicissitudes dos ordenamentos jurídicos originário e destinatário, a fim de perquirir a compatibilidade da norma (ou conceito) “transplantada” ou “traduzida” com o sistema em que se pretende a inserir.³⁷ Esse cuidado deve ser tomado por todo e qualquer estudo da legislação comparada antes de se tentar introduzir conceitos e categorias alienígenas no direito nacional.

Ademais, é preciso que se olhe para a utilidade ao sistema nacional da categoria traduzida ou transplantada. Não se deve fazer direito comparado por simples diletantismo ou para dar aparência de cientificidade às decisões. E mais: o transplante ou a tradução não pode ir de encontro com as garantias legais existentes no sistema jurídico destinatário. Neste ponto, a criação da “cegueira deliberada” pela jurisprudência não sobrevive a um rigoroso escrutínio dogmático.

4. AS DISTORÇÕES DECORRENTES DO MAU USO DO DIREITO COMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA

Ao contrário de muitos sistemas jurídico-penais continentais, o Código Penal, ao dispor sobre os elementos subjetivos dos crimes em sua parte geral, fornece uma definição mais ou menos precisa de *dolo* e de *culpa*. Sob a rubrica “crime doloso”, o Código Penal estabelece que o autor age com dolo quando ele quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Por outro lado, a lei penal nacional indica haver “crime culposo” quando o autor dá causa a um resultando ao agir com imprudência, negligência ou imperícia.

³⁶ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v.45, n.1, p.32-33, inverno de 2004.

³⁷ “*Não se deve, a respeito de política criminal, importar nenhum modelo pronto, pois a aceitação acrítica de um modelo teórico formatado para uma sociedade diversa corre sério risco de não corresponder aos anseios sociais locais. Daí que seja fundamental conhecer os modelos teóricos formulados especialmente nas matrizes penais mais consagradas, como a alemã ou a espanhola, mas sempre com a ideia de que o desenho do perfil desejado para o sistema de controle social penal há de ser construído a partir de nossas próprias circunstâncias.*” (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.9).

Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro no art. 18 do Código Penal, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tomar o sentido comum das expressões “quis o resultado” e “assumi o risco de produzi[r o resultado]”. É preciso definir o que pode ser entendido por *querer* um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer. Da mesma forma, a *assunção de risco* de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível — ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do direito penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do direito penal. Greco, inclusive, defende que a “*lei não resolveu nada*” com relação ao conceito de dolo.³⁸

Tomando-se os próprio dispositivos do Código Penal, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de dolo; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que “[o] *erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo*”, coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo.³⁹

Greco aponta que é o conhecimento — e não a vontade — o elemento essencial para se estabelecer o dolo, pois *conhecimento* é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio ou controle sobre a sua conduta.⁴⁰ A partir de uma análise das situações de dolo direto e dolo eventual, defende não haver relevância na vontade do autor, propondo um conceito unitário de dolo, fundado em parâmetros puramente cognitivos.⁴¹

Em se tratando o conhecimento de uma circunstância elementar do dolo, ao mesmo tempo em que não pode ter o seu alcance ampliado indevidamente para situações de desconhecimento a partir de interpretação doutrinária ou jurisprudencial. Pode-se considerar conhecimento tanto a noção tradicional enquanto dado psicológico-descritivo quanto uma construção

³⁸ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xvii.

³⁹ Id., *ibid.*

⁴⁰ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). **Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p.891.

⁴¹ *Ibid.*, p.902.

jurídica a partir de parâmetros normativo-atributivos. Não há vedação legal ou dogmática nesse sentido.

Vale dizer, não há uma definição legal de conhecimento. Isso não é necessariamente algo ruim, pois permite que o conceito de conhecimento possa ser preenchido pela academia, desde que atendidos os parâmetros mínimos estabelecidos pelo inciso I do art. 18 e pelo *caput* do art. 20 do Código Penal. Por outro lado, não se pode dizer que há conhecimento em situações de desconhecimento. Dizer que as situações de cegueira deliberada são tão reprováveis e merecedoras de punição quanto as situações em que o autor efetivamente conhece as circunstâncias do fato não permitirá a punibilidade no sistema penal brasileiro. Incidiria, nesse caso, a proibição expressa de analogia em desfavor do acusado (“*in malam partem*”), obstando que se tomasse por “conhecimento” uma situação que se reconhece não haver conhecimento.

Tem-se, assim, que não se pode ampliar o âmbito da punibilidade delimitado pelo conhecimento para situações de desconhecimento, ainda que o conhecimento seja potencial. Situação diversa ocorreria quando se estabelece que o conceito de conhecimento engloba alguma situação distinta daquela que normalmente se tem por “conhecimento real” ou “conhecimento efetivo”, a partir de uma noção psicológico-descritiva. Utilizando critérios normativo-atributivos, pode-se dizer haver conhecimento mesmo nos casos em que não há necessariamente comprovação empírica pelo autor de determinada situação. Conhecimento, para o direito penal, pode ser menos que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não extrapole os limites cognitivos estabelecidos pela legislação, como no regramento do erro.

Nesse sentido, algumas situações de cegueira deliberada poderiam integrar o âmbito de alcance do conhecimento a partir de critérios bem definidos. O que não se pode admitir, porém, é que a noção de “cegueira deliberada” seja indevidamente transplantada do direito americano, onde desempenha uma função de expansão da punibilidade a partir da equiparação ao conhecimento legalmente definido, o que é incompatível com a estrutura do direito penal brasileiro. Essa atuação acrítica da jurisprudência, que acolhe ideias incompatíveis com o direito pátrio, sem os devidos ajustes e prévias considerações metodológicas, contribui para o empobrecimento do direito e da dogmática nacional.

Defende-se, ademais, que dolo eventual não coincide com cegueira deliberada. Pode haver situações de sobreposição, mas nem toda situação de desconhecimento provocado pelo autor preencherá os requisitos cognitivos exigidos pelos arts. 18 e 20 do Código Penal para formação do dolo eventual. A despeito dos esforços teóricos despendidos para dar à cegueira deliberada status de compatibilidade com o sistema de imputação desenhado na legislação nacional e na doutrina jurídico-penal de matriz germânica, percebe-se do aprofundado estudo do dolo e de seus fundamentos que as construções

teóricas feitas sobre a cegueira deliberada em nada acrescentam para distinguir “cegueira deliberada” de dolo.

Vale dizer, tomando uma situação em que estão presentes os fundamentos do dolo, pode-se reconhecer a presença de dolo. Não há nenhum ganho em chamar algumas destas situações onde estão presentes os fundamentos do dolo de “cegueira deliberada” ou de qualquer outro conceito. Muito pelo contrário, dar denominação diversa a um feixe de situações em que se reconhece a existência de dolo obscurece os critérios de imputação, criando insuperável confusão.

De acordo com o disposto no art. 18 do Código Penal, somente pode haver imputação se o autor tiver agido com dolo ou com culpa. Ademais, segundo o parágrafo único de tal dispositivo, só se admite a punição na modalidade culposa nos casos em que houver expressa permissão legal. Desse modo, a regra para a punibilidade no direito penal brasileiro é o dolo. Isto significa que, excetuadas as excepcionais situações de punibilidade a título de culpa, somente é possível a punição se estiver identificado o dolo. A lógica adotada é binária. Não se admitem modalidades intermediárias.

Diante de tais considerações sobre o dolo, salvo a superveniência de alguma alteração legislativa, a punição das situações envolvendo uma possível cegueira deliberada pressupõem que estejam presentes os pressupostos para a punibilidade dolosa. Não pode a doutrina criar um *tertium genus* de categoria de imputação subjetiva. Portanto, é imprescindível que no direito brasileiro qualquer conduta em que se reconheça a existência de cegueira deliberada pelo autor seja praticada dolosamente, caso contrário não poderá ser considerada punível. A “teoria” da cegueira deliberada, dessa forma, se limita a identificar situações em que pode ser reconhecido o dolo.

A dogmática penal vem há séculos teorizado sobre o conceito de dolo e seu alcance. Entende-se que a aplicação do estado da arte na teoria do dolo é suficiente para alcançar as situações envolvendo cegueira deliberada, tratando-se de uma teoria desnecessária para fundamentar a punibilidade. Ademais, não se verifica lacuna de punibilidade na aplicação da teoria do dolo que necessite ser colmatada por uma “teoria” da cegueira deliberada. Não possuem consequência dogmática as considerações a respeito do merecimento de punição de determinadas condutas. Diante da ausência de previsão de modalidade culposa, ou há dolo e, conseqüentemente, punibilidade, ou não há dolo e não se pode punir a conduta.

A partir do momento em que se analisam as situações reais de aplicação da cegueira deliberada pela jurisprudência, percebem-se os equívocos decorrentes do mau uso do direito comparado e a conseqüente aplicação indiscriminada da cegueira deliberada. Sob a justificativa de que a cegueira deliberada seria equiparável ou equivalente ao dolo eventual, foram identificados diversos

casos em que se usou uma ideia de cegueira deliberada para reconhecer a existência de dolo eventual mesmo ausentes os fundamentos necessários para a configuração de dolo. Ademais, sob a justificativa da existência da “teoria da cegueira deliberada”, afastou-se a alegação defensiva do acusado acerca do seu desconhecimento da situação de fato sem qualquer fundamentação probatória, afirmando que o desconhecimento do acusado não impediria o reconhecimento de dolo eventual, mesmo diante da ausência de prova que conduzisse à atribuição de conhecimento ao acusado, criando deveres de conhecimento inexistentes. Sequer há exigência em alguns casos de demonstração de evitação consciente do conhecimento pelo autor, marca distintiva do que se pretende como uma teoria sobre a ignorância *deliberada* pelo autor.

Resta claro da aplicação jurisprudencial da cegueira deliberada que, mesmo nos casos de aplicação adequada do conceito, bastaria o reconhecimento de dolo eventual, diante da comprovação de seus fundamentos. Vale dizer, se há demonstração de conhecimento do risco criado pelo autor — seja conhecimento “efetivo” ou conhecimento normativamente atribuído a partir de critérios precisos de imputação — de modo que tal conhecimento permita inferir que a produção do resultado típico é algo que o autor domina, então há dolo. Não é necessário afirmar que o autor agiu com cegueira deliberada. Isto, na melhor das hipóteses.

5. CONCLUSÃO

As distorções, porém, decorrentes do mau uso do direito comparado pela jurisprudência, que insiste em apegar-se à “cegueira deliberada”, defendendo sua aplicação a partir das pretensas “soluções” trazidas por essa categoria no direito americano, provocam a violação de garantias fundamentais no direito brasileiro. Há casos em que a cegueira deliberada foi utilizada para permitir a punibilidade de condutas em que seria impossível a atribuição de conhecimento ao autor, de modo a obstar o reconhecimento de dolo. Há, ainda, outros casos em que a cegueira deliberada foi aplicada de modo a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo — e não atribuindo — conhecimento. Nenhuma destas aplicações é juridicamente permissível. Não há categoria dogmático-penal que possa influir na interpretação judicial de provas ou ultrapassar os limites de punibilidade impostos pelo legislador.

Tem-se, portanto, que o uso adequado do direito comparado, realizado a partir de parâmetros metodológicos bem definidos poderia evitar as distorções ora criadas pela jurisprudência. Hovuesse um estudo cuidadoso, e não distorcido ou seletivo, do direito americano, restaria evidente a impossibilidade de se simplesmente transplantar a cegueira deliberada ao direito penal brasileiro. Tal cuidado seria reforçado pelo profundo conhecimento

da dogmática penal, cujos fundamnetos não deixam lacunas de punibilidade que necessitariam ser colmatadas. A necessidade de uma “teoria da cegueira deliberada” é produto do desconhecimento do próprio direito por segmentos da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962.
- BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010.
- DUBBER, Markus D. **An introduction to the Model Penal Code**. 2.ed. New York: Oxford, 2015.
- DUBBER, Markus D. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A comparative approach**. Oxford: Oxford, 2014.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). **Líber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3.ed. Buenos Aires: Losada, 1964.
- LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**. Cambridge, v.45, n.1, p.30-31, inverno de 2004.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 366 f. 2017.
- MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2.ed. St. Paul: West, 2000.
- MICHAELS, Alan C. Acceptance: the missing mental state. **Southern California Law Review**, v.71, n.5, p.962, 1998.
- MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). **Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal**. Buenos Aires: EdiUNS, 2013.
- SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.
- TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **Modern Law Review**, London, v.61, p.12, 1998.
- VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WATSON, Alan. **Legal transplants: An approach to comparative law**. 2.ed. Athens: University of Georgia, 1993.

CAPÍTULO 4

CONSTITUCIONALISMO E ORIGENS DEMOCRÁTICAS BRASILEIRAS: DIREITOS SOCIAIS E REFORMA TRABALHISTA EM UM CENÁRIO DE CONTINUIDADE (OU RUPTURA?)

Felipe Cesar José Matos Rebêlo

RESUMO: A história constitucional brasileira perpassa fases distintas em sua evolução, podendo ser relacionada com a própria evolução do regime democrático. Sob esse espectro, estuda-se, mesmo que sumariamente, a história constitucional pátria em seu relacionamento com o patrimonialismo, o clientelismo e a apatia política, de forma a se entender se se auferem avanços ou retrocessos na conferência e sustentação popular de direitos, mormente os sociais, no quadro evolutivo relatado. Para tanto, não só os eventos casuísticos nacionais serão considerados, como também os marcos constitucionais pertinentes, sem se esquecer, em especial, da Reforma Trabalhista de 2017, expressa pelas Leis 13.429 e 13.467. Em outros termos, com base nos dados fáticos nacionais ao decorrer de sua história, seus principais diplomas jurídicos pertinentes e o referencial legislativo recente, se busca compreender como tem se desenvolvido a linearidade da luta cidadã, principalmente no que se refere à conquista dos direitos sociais, uma das facetas exponenciais da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Brasileiro; Direitos Sociais; Reforma Trabalhista

*CONSTITUTIONALISM AND BRAZILLIAN DEMOCRATIC ORIGINS: SOCIAL RIGHTS
AND LABOR REFORM IN A CONTINUITY SCENARIO (OR RUPTURE?)*

ABSTRACT: *The Brazilian constitutional history goes through different phases in its evolution, being possible to be related to the own evolution of the democratic regime. Under this spectrum, it studies briefly the constitutional history of our country in its relationship with patrimonialism, clientelism and political apathy, in order to understand whether there are advances or setbacks in the conferrence and popular support of rights, especially the social, in the evolutionary framework reported. In order to do so, not only the national casuistic events will be considered, but also the relevant constitutional milestones, without forgetting, in particular, the Labor Reform of 2017, expressed by Laws 13.429 and 13.467. In other words, based on the national factual data in the course of its history, its main pertinent legal documents and the recent legislative referent, it is sought to understand how the linearity of the citizen's struggle has developed, especially with respect to the conquest of social rights, one of the exponential facets of citizenship.*

KEYWORDS: *Brazilian Constitutionalism; Social Rights; Labor Reform*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução do constitucionalismo brasileiro sob uma perspectiva fluida. Em outros termos, se tem por objetivo compreender como se tem caracterizado esse processo em termos positivos de fortalecimento dos direitos dos cidadãos, mormente os direitos sociais.

Com efeito, o constitucionalismo brasileiro é apontado, por vezes da doutrina¹, como um processo que incorpora em sua história momentos de evolução e momentos de involução, assimilando-se, de certa forma, a construção teórica de T. H. Marshall.

Tendo-se como um marco de estudo, inclusive, a última reforma trabalhista brasileira (leis 13.467 e 13.429 de 2017), se almeja sobejar se o constitucionalismo brasileiro, em acompanhamento a momentos legislativos como o citado, se compreende como um marco jurídico em um cenário que mantém as conquistas sociais ou uma situação de fortalecimento de poder de minorias dominantes com exclusão dos direitos de maioria, ou então de ruptura perante essa mesma ordem.

Para tanto, deverá se ter em mente a história constitucional brasileira, mas se considerando de forma sintética os principais pontos desse constitucionalismo, principalmente no que se refere aos direitos sociais. Como base nessa digressão analítica, é possível se vislumbrar, de forma inicial, como se auferem os avanços e retrocessos na história constitucional pátria.

Em um segundo ponto, a democracia participativa e seus principais caracteres serão considerados, como na faceta de maior proximidade do cidadão em relação à Administração Pública, e exigência dos direitos de espectro constitucional e infraconstitucional. A reforma trabalhista e sua aprovação merecerá análise no presente contexto.

Logo em seguida, se faz plausível a apreensão da própria reforma trabalhista em si, se considerando suas principais diretrizes e dispositivos mais contundentes no que se refere aos direitos sociais e suas supostas expansões ou retrocessos. Pode-se dizer, nesse ponto, que a reforma legislativa propugnada será analisada como termômetro em um cenário de avanços ou retrocessos, perante a curva de evolução do constitucionalismo brasileiro.

Por derradeiro, a conclusão será elaborada de forma a se extrair o constitucionalismo brasileiro, em seu momento ulterior, como dominado pela continuidade ou ruptura positiva ou negativa na fortificação dos direitos sociais, e, caso se remeta a um cenário de continuidade, com a prevalência dos direitos de minorias dominantes em detrimento dos direitos sociais da maioria, que tipo de instrumentos legais ou práticos podem ser propugnados para que se amenize tal situação, em busca de uma maior igualdade jurídica material.

O método de abordagem a ser adotado na pesquisa é o método hipotético-dedutivo, pois o trabalho intelectual se baseará na apreciação da hipótese formulada, confrontando-se esta com o conhecimento existente, expresso pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema, em especial, a análise do

¹ José Murilo de Carvalho (2002) é um exemplo.

constitucionalismo brasileiro em perspectiva, e questões estruturais atinentes à última reforma trabalhista.

De outra via, o método de procedimento a ser adotado na pesquisa é o que se baseia pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo-argumentativo, pois se pretende apresentar o tema com a devida profundidade, pautando-se pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema. Se busca, em essência, ter em mente os principais traços do constitucionalismo brasileiro, e contrabalancear os dados colhidos com as principais expressões legislativas da reforma trabalhista de 2017, de forma a entender os marcos do constitucionalismo brasileiro como qualificadores em um cenário de continuidade ou ruptura, compreendendo conquistas ou enfraquecimento dos direitos sociais.

1. O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO EM PERSPECTIVA SINTÉTICA: DIREITOS EM CONCESSÕES E RETROCESSOS

A história constitucional do Brasil encontra força, de forma mais veemente, a partir de meados do século XIX, com a Constituição Imperial de 1824. Tratou-se do documento inaugural do constitucionalismo precípua, ao mesmo tempo que consagrou o feixe ditatorial, patrimonialista e clientelista da natureza histórica brasileira. Raymundo Faoro (2001, p. 819) realça esse ponto:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi.

Com efeito, as restrições para a participação eleitoral eram veementes a uma elite dominadora, inexistindo um conjunto de direitos sociais que só ganhariam robustez, no caso brasileiro, em meados do século XX.

A Constituição de 1891, a Constituição da República, proporcionou alguns avanços nos direitos políticos. Não obstante, permaneceu intacta a figura de dominação elitista nacional, mormente nas regiões mais esquecidas da agora federação brasileira. O controle das eleições pela intimidação e pela chantagem ainda obscurecem os direitos políticos brasileiros, longe de uma chancela mais concreta, assim como os direitos civis (CARVALHO, 2002, p. 57):

O direito de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam todos

dependentes do poder do coronel. Seus amigos e aliados eram protegidos, seus inimigos eram perseguidos ou ficavam simplesmente sujeitos aos rigores da lei. Os dependentes dos coronéis não tinham outra alternativa senão colocar-se sob sua proteção. Várias expressões populares descreviam a situação: “Para os amigos, pão; para os inimigos, pau.” Ou então: “Para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei.” A última expressão é reveladora. A lei, que devia ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam as condições necessárias para o exercício independente do direito político.

O que se verifica, inclusive com potencial de influência nos anos subsequentes, é a figura autoritária do coronel que intimida e formula políticas ao seu próprio alvedrio. O patrimonialismo resta latente, e o clientelismo se fomenta cada vez mais (LEAL, 2017, p. 45-46):

Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “coronel”, que comanda discricionariamente um lote considerável de votos de cabresto. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o “coronel” como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se encaixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que frequentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas.

No século XX, com o estabelecimento do chamado constitucionalismo social, parece que o ambiente não se alterou muito no contexto brasileiro. Resta observável nas Constituições da primeira metade do século XX o estabelecimento de direitos sociais, mas não com base em um modelo democrático palpável, destacando-se mais como benesses concedidas em detrimento dos direitos políticos e da maior participação cidadã. As Constituições de contemplação getulista, como as de 1934 e 1937, realçam essa realidade.

A conferência de um leque maior de direitos trabalhistas, inclusive sob o manto constitucional, acabou encobrindo a alienação política que contagiava a população brasileira, perdida na ausência efetiva do exercício de direitos políticos para a devida instrumentalização de um quadro de cidadania aceitável. A realidade da Constituição de 1937 bem denota isso (VILLA, 2011, p. 68-69):

O governo central recebeu plenos poderes, como nunca na história do Brasil. A União poderia criar territórios, desmembrados dos estados. Também poderia intervir nos estados e nomear interventores (art. 9º). Já os prefeitos eram indicados pelos interventores. Portanto, não havia nenhuma forma de eleição. Foi criado um novo Poder Legislativo, formado pelo Parlamento (Câmara dos Deputados e Conselho Federal - uma espécie de Senado), pelo Conselho de Economia Nacional e pelo presidente da República. E, não é nenhum erro de leitura. Está correto: o Legislativo tinha a participação do presidente, ou seja, do Executivo. O Parlamento nunca chegou a se reunir, nem sequer houve uma eleição, mesmo assim recebeu 17 artigos tratando da sua organização. Já o Conselho serviu para, quando chamado, discutir alguma proposta do presidente da República. Ou seja, quem restou para legislar? Claro, o Executivo.

No caso brasileiro, por via oblíqua, acaba se destacando uma inversão no quadro evolutivo dos direitos, proposto inicialmente por T. H. Marshall (1967). Como realça José Murilo de Carvalho (2002), primeiro se destacaram os direitos civis, depois os direitos políticos e, por último, os direitos sociais no caso inglês².

Na realidade brasileira, não se seguiu um atrelamento mecânico e subsequente, como no caso inglês, sendo destacável a concessão de benesses, sob o espectro dos direitos sociais, formatando-se uma cidadania inconclusa e refém do patrimonialismo e clientelismo, sem a conquista mais próxima à materialidade dos direitos inerentes. O período ditatorial brasileiro, com destaque para a Constituição de 1967, endossou a esquemática do constitucionalismo pátrio, em substituição à Constituição de 1946, considerada inovadora para aquele momento histórico, mas detalhista em demasia e carente, também, de instrumentos de uma maior inclusão cidadã nos termos propostos por um constitucionalismo social palatável.

A Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, surge como uma novidade no quadro evolutivo, cabendo uma melhor análise acerca de sua implicância no constitucionalismo brasileiro ao decorrer do item subsequente.

2. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA GANHANDO FORMA

A feição representativa tradicional da democracia tem recebido considerações díspares nos últimos anos. Com efeito, a tessitura representativa amoldada inicialmente pelas Revoluções liberais do século XVIII vem sofrendo uma mutação em seu estágio de desenvolvimento, se robustecendo uma faceta participativa como condição de existência e manutenção do modelo democrático.

² Cf. SOUZA (2006).

A Constituição de 1988 se insere nessa esquemática, tanto teórica quanto historicamente.

Cumpra enfatizar o estabelecimento do citado documento constitucional na esteira do movimento de redemocratização brasileiro. Após anos de ditadura militar, adentra a esfera temporal movimentos típicos pela retomada da democracia na sistemática brasileira, e que já ganhavam bojo nos idos iniciais dos anos 80, com experiências comunitárias em muitos municípios de Minas Gerais, em que se atribuía a possibilidade de participação das comunidades locais de forma mais próxima da Administração Pública (COSTA, 1997, p. 6):

A emergência de novos atores coletivos locais tem contribuído, entretanto, para mudar tais formas arraigadas de operação dos legislativos municipais. Mesmo que restrita aos momentos de votação e discussão de projetos de seu interesse direto, a presença maciça de participantes de movimentos ambientalistas, de negros, de mulheres, de moradores etc. nas galerias das câmaras municipais, verificada recorrentemente nas três cidades pesquisadas, transforma os legislativos, nessas ocasiões, num fórum que per se — e não indiretamente, mediante a divulgação de suas atividades via mídia — contém relevância pública. Assim, a valorização do legislativo como espaço de luta política dos movimentos sociais tem ampliado a importância das câmaras municipais como território constitutivo das esferas públicas locais.

A Constituição de 1988 reconheceu-se no ambiente histórico propício, conferindo uma enorme gama de direitos aos cidadãos, no campo dos direitos sociais com destaque (art. 7º é um exemplo desse repositório). Outrossim, vários instrumentos jurídicos restaram previstos para o exercício de direitos, como o mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, dentre outras previsões constitucionais.

O Judiciário, na moldura que se desenhava, acabou obtendo um *status* de protagonismo não antes verificado na história constitucional pátria. De órgão que sempre permaneceu refém dos demais poderes na estrutura constitucional (VILLA, 2011, p. 131), viu seu campo de atuação se expandindo de forma incisiva, com a alta procura da sociedade pela efetividade dos direitos.

Aparece, nesse ponto, o processo de judicialização da política, com a vertente do ativismo judicial, em que o Judiciário acaba encontrando o protagonismo citado não somente pelo desenho do documento constitucional citado, como também pela defasagem na atuação dos demais poderes, principalmente o Legislativo.

A “Constituição Cidadã”, como também é conhecida a Constituição Federal brasileira, devotou parte de sua estrutura ao modelo democrático que se instaura. A previsão de mecanismos como o referendo, a própria iniciativa popular, buscam encarnar o espírito que consagra o modelo participativo como requisito para a devida instauração democrática, e sua legitimidade.

Outras iniciativas foram tomadas em acompanhamento ao quadro geral constitucional. É o caso do orçamento participativo, da adoção dos Conselhos Populares, do *amicus curiae* no âmbito judicial, todos com a intenção de fornecer uma maior instrumentalização à participação popular na Administração Pública.

Reconhece-se a necessidade de uma maior proximidade do cidadão da coisa pública, em um cenário em que a Administração Pública necessita do acompanhamento da sociedade civil para o incremento e controle das políticas públicas. O novo formato de cidadania acopla participação e contato mais íntimo com a administração do bem público, requisito que se confunde com os pressupostos da democracia participativa.

A democracia participativa, assim, pode ser conceituada como a construção de um modelo democrático em que não somente o processo de eleição de representantes deve ser assegurado. Deve-se, outrossim, permitir a construção de esferas e canais que permitam a participação da sociedade civil como um todo na Administração Pública, no caráter de *accountability*, ou mesmo propiciando novas alternativas para o incremento mais adequado de políticas públicas desejáveis.

A doutrina se pronuncia nesse sentido (REBÊLO; PONÇONI, 2017, p. 178):

Como efeito reflexo da estruturação desses espaços mais amplos, ambiciona-se não somente deixar o administrado em um contato maior com os representantes eleitos e a própria gestão pública, operacionalmente considerada. Tem-se como fito, também, estreitar o controle popular das ações governamentais, em um processo amplo de *governance*, em que a *accountability* se instrumentaliza como um dos exponenciais da lógica democrática. A sociedade civil se destaca como ator nessa seara

O modelo participativo, portanto, serve de corolário para o aprimoramento do modelo poliárquico de democracia desenvolvido por Robert Dahl. As eleições regulares e a contestação pública são essenciais ao estabelecimento democrático, mas a maior incisividade popular na Administração Pública também merece guarida para a própria aferição de legitimidade de um regime democrático corrente.

O próprio autor citado acaba reconhecendo isso em sua obra (DAHL, 1994, p. 33):

In addition, democratic life in smaller communities below the level of the national state could be enhanced. The larger scale of decisions need not lead inevitability to a widening sense of powerlessness, provided citizens can exercise significant control over decisions on the smaller scale of matters important in their daily lives: education, public health, town and city planning, the supply and quality of the local public sector from streets and lighting to parks and playgrounds, and the like.

Diante do quadro relatado, cumpre estudar como a Constituição de 1988 se instrumentaliza na prática, ainda mais diante da inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, de diplomas como aqueles concernentes à Reforma Trabalhista.

Será que o constitucionalismo social resta preservado nessa nova realidade, ou se verifica um movimento linear na história constitucional brasileira, de continuidade de mais retrocessos do que avanços ou de ruptura? Será que a democracia participativa tem encontrado um bojo instrumental apto a sua efetivação, propiciando o melhor alcance dos direitos sociais?

Estas questões serão melhor analisadas no próximo item.

3. A REFORMA TRABALHISTA: OS DIREITOS SOCIAIS E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A reforma trabalhista, estruturada através das leis 13.429 e 13.467 de 2017, foi traçada em paralelo ao documento constitucional brasileiro em um momento de crise econômica e social no âmbito nacional.

Após a sua promulgação, retoma-se o assunto acerca da sua conformidade com o ordenamento constitucional pátrio, e com os próprios moldes demandados pela democracia participativa que ganha força.

Nesse caso, decanta-se como fica a força do poder econômico, previsto constitucionalmente, com a reforma legislativa implementada. Diante do processo de formação da novel normatividade, é possível se dizer que a discussão pública e a participação popular no seu processo de elaboração não foram muito incidentes, dizendo-se o mesmo acerca de uma normatividade que acabou privilegiando o poder econômico em uma faceta não integrada totalmente com a faceta constitucional desejada, qual seja, a da justiça social.

Com efeito, os arts. 6º e 8º da Constituição de 1988 restaram como os principais dispositivos atingidos pela reforma, sendo amostras exponenciais dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há o interesse técnico em se tratar sobre todos os temas abarcados pela reforma trabalhista. Assim sendo, se pretende pontuar neste artigo aquelas alterações que mais sobejam a influência do poder econômico sobre os direitos sociais, bem como aqueles que mais se defrontam com a normatividade constitucional pertinente.

Inicialmente, é possível se falar acerca da duração da jornada de trabalho. Verificou-se uma aproximação da jornada de tempo parcial da jornada integral, sendo que a primeira passou de 25 horas semanais para 30 horas semanais. Essa alteração acabou por implementar uma aproximação entre as duas figuras jurídicas, inicialmente distintas, fomentando com maior facilidade a possibilidade de substituição de trabalhadores para a jornada de tempo que mais contempla os interesses do empregador, no tocante a menores custos.

O trabalho intermitente também ganhou fulguração na reforma. De forma prática, com base no novel diploma, o trabalhador só poderá comparecer ao serviço quando o assim for designado pelo empregador. Diante desse quadro, acaba por não se garantir uma remuneração mínima ao trabalhador, e a própria estabilidade que necessita oferecer o contrato de trabalho. Outrossim, a Constituição Federal também resta afetada nessa sistemática legislativa (LIMA; LIMA, 2017, p. 64):

A prestação de trabalho intermitente iguala o trabalhador a uma máquina, que é ligada e desligada conforme a demanda. Além de transferir o risco da atividade para o trabalhador, o trabalho intermitente indiscriminado, porque independe do tipo de atividade do empregado e do empregador, ofende frontalmente o art. 1º da Constituição, que em seu inciso IV estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito o valor social do trabalho. Também o princípio da valorização do trabalho humano, em que se funda a ordem econômica, resta violado no texto do art. 170 da Constituição Federal.

Quanto às horas extras, também se verificou uma flexibilização, havendo a possibilidade fática de o trabalhador não receber os 50% de adicional, mesmo cumprindo certas cargas de trabalho que forneceriam o direito na sistemática legal revogada.

A saúde da gestante também mereceu consideração. As alterações realizadas flexibilizam a proibição da mulher gestante ou lactante de exercer atividade insalubre. Nesse sentido, só persistirá afastamento obrigatório da gestante em atividade insalubre de grau máximo, sendo que, em grau médio, dependerá de atestado médico. No que concerne à lactante, o afastamento em qualquer grau dependerá de atestado médico. A proteção da maternidade, que também possui previsão constitucional, resta inadvertidamente diminuída em seu prestígio com a reforma trabalhista levada a cabo.

Por derradeiro, cabe uma menção à terceirização. A possibilidade de seu alastramento ainda maior pelo mundo jurídico, em termos de aceitabilidade, pode propiciar uma diminuição ainda maior dos salários, sem se ignorar a possibilidade de maior rotatividade no quadro de empregados a serem contratados, já que o instituto articula positivamente em favor dos interesses comerciais do setor patronal.

Com base em poucas alterações aqui citadas, é possível se observar que princípios de conteúdo constitucional e trabalhista restaram afetados negativamente pela reforma. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica, da valorização do trabalho, do bem-estar individual e social (DELGADO, 2017), restaram desprestigiados pela normatividade.

A questão da possibilidade de dispensa em massa, com a conseguinte flexibilização operada contra o hipossuficiente, também merece questionamento acerca de ser uma saída para aliviar a situação econômica e social imperante.

Com base no exposto, portanto, é de se pensar que se faz salutar uma atuação do Judiciário, se o Legislativo não reconhecer os dados apontados em sua gravidade, acerca da concretude constitucional de vários pontos da reforma trabalhista. Em um cenário constitucionalista em que se caracterizou por avanços e retrocessos ao decorrer da história (em termos de direitos sociais, principalmente), com os primeiros se incorporando como dádivas concedidas em troca da subtração de um rol importante de direitos, vislumbra-se, pela reforma de 2017, uma violação de poucas conquistas realizadas, e a redução, novamente, da normatividade, principalmente a constitucional, aos interesses do poder patronal ou econômico unicamente comprometido com a eficiência e os lucros financeiros³, longe da justiça social objetivada pelo documento constitucional de 1988.

CONCLUSÃO

Aufere-se pelo presente estudo que o constitucionalismo brasileiro constrói-se em um cenário de continuidade, onde os direitos sociais e trabalhistas são contemplados em um cenário de clientelismo e privatização da decisão, ao albergue dos interesses políticos pontuais. Seguindo-se o pensamento de Carvalho (2002), houve uma inversão no caminho da sedimentação dos direitos inerentes preconizado por Marshall, e a história brasileira incentivou um modelo democrático não livre, mais afeito aos interesses de minorias em uma estrutura de dominação que se fortaleceu diante de um cenário de apatia política.

Um cenário de ruptura apenas pode ser vislumbrado na fortificação da democracia participativa, resgatando o empenho democrático do período da redemocratização, de forma a fazer valer as estruturas constitucionais de baixo para cima, ou seja, com o Poder Legislativo se submetendo aos interesses populares invariavelmente, perquirindo seus anseios antes da edição de diplomas legislativos. Enquanto não há tal concreção, o controle de constitucionalidade acaba ensejando papel nesse sentido, e que poderá incidir a partir da vigência da nova normatividade.

³ É o poder econômico voltado para si mesmo, despreocupado com os fins e evolução da sociedade, tal qual é observável na história nacional brasileira: “Não se pode, pois, reduzir o “coronelismo” a simples afirmação anormal do poder privado. É também isso, mas não é somente isso. Nem corresponde ele à fase áurea do privatismo: o sistema peculiar a esse estádio, já superado no Brasil, é o patriarcalismo, com a concentração do poder econômico, social e político no grupo parental. O “coronelismo” pressupõe, ao contrário, a decadência do poder privado e funciona como processo de conservação do seu conteúdo residual” (LEAL, 2017, p. 231).

O estabelecimento de novos canais de instrumentalização da participação popular que ensejem a maior aproximação popular da deliberação pública, ou aperfeiçoamento de outros, como os orçamentos participativos e os Conselhos Populares (para serem menos consultivos e mais incisivos, em favor da população, no processo deliberativo público), podem ser pensados em um caminho que pretende alcançar a ruptura citada. A continuidade de concessões de direitos a prejuízo da perda de outros caracteriza a história constitucional pátria, mormente no tocante aos direitos sociais, em uma máquina em que o patrimonialismo, a apatia política e o clientelismo político se robusteceram como norte (GASPARDO, 2016). A fortificação da cidadania nos termos da democracia participativa pode resultar como uma alternativa importante em um cenário de ruptura na lógica imperante nacional.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3^o ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- COSTA, Sérgio. *Movimentos Sociais, Democratização e a Construção de Esferas Públicas Locais*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 1-15, out. 1997.
- DAHL, Robert. *A Democratic Dilemma: system effectiveness versus citizen participation*. Political Science Quarterly, New York, v. 109, n. 1, p. 23-34, 1994.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5^o ed. São Paulo: LTr, 2017.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3^o ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GASPARDO, Murilo. *Democracia e Policentrismo do Poder*. 1^o ed. São Paulo: Alameda, 2016.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7^o ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. *Reforma Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- MARSHALL, T. H.. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- REBÊLO, Felipe Cesar José Matos; PONÇONI, Maykel. *O Orçamento Participativo Municipal em Reflexão: possibilidades de aprimoramento*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; VASCONCELOS NETO, Leopoldo A. de; SILVEIRA, Silomar Garcia (Orgs.). *O Município e as Políticas Públicas: democracia, cidadania e controle*. 1^o ed. São Paulo: PerSE, 2017.
- SOUZA, Venceslau Alves de. *Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania*. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, s/v, n. 27, p. 211-214, nov. 2006.
- VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições Brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

CAPÍTULO 5

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DA FIGURA DO PRESIDENTE FORTE PRESENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891

Adamo Dias Alves

RESUMO: O presente texto tem por objetivo refletir sobre as origens do presidente forte, as influências que estiveram presentes quando da elaboração da Constituição a ser apresentada ao Congresso Nacional Constituinte, como nos debates deste último. Nestas breves considerações são destacadas sobretudo as influências do ideário político estadunidense e positivista francês para a configuração de um presidente forte na experiência da Constituição Brasileira de 1891. É fundamental para a compreensão do período citado, o resgate histórico dos diversos agrupamentos civis e militares que viam na centralização do poder político na figura do Presidente da República a forma de viabilizar uma forma de governo republicana e de um Estado Federal que atendessem aos segmentos elitistas que se insurgiram contra o Império no final da segunda metade do século XIX. Tanto os articuladores da proclamação da República, como os constituintes buscaram o rompimento com a tradição política anterior, de maneira semelhante ao ocorrido na França de fins do século XVIII, em razão do forte antimonarquismo que se instalara progressivamente em certos setores da sociedade. À medida que o modelo de centralização política imperial perde as condições de manter seu sistema de privilégios, ele é substituído por outro modelo, que viabiliza maior controle e segurança no atendimento aos interesses das elites. As teorias de centralização do poder político oriundas da França e dos Estados Unidos da América, relidas com as experiências oligárquicas da Argentina e do Chile dimensionaram o papel a ser desempenhado pelo Presidente da Primeira República e a justificação ao recurso da decretação do Estado de Sítio no início da experiência republicana brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Presidente; Constituição; Centralização;

1. DO IMPÉRIO À REPÚBLICA: O PANO DE FUNDO QUE CARACTERIZA E INFLUENCIA NA ORIGEM DA FIGURA DO PRESIDENTE FORTE NA EXPERIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1891: O PENSAMENTO AUTORITÁRIO.

Com o intuito de desvelar o pano de fundo do imaginário político da época que dá origem a figura do presidente forte nas experiências políticas do séc. XIX e sua conceitualidade, restabelecendo reconstrutivamente as ligações entre a realidade e o sentido do texto constitucional de 1891, é necessário promover uma análise crítica das ações dos três grupos políticos da época e o sentido do conceito de autoritarismo.

Mediante a análise preliminar do conceito de autoritarismo, tenta-se esclarecer as diversas manifestações de sentido do pensamento autoritário brasileiro e entender como este conceito de movimento é mais um conceito-chave (*Grundbegriffe*), um conceito em disputa e presente nas mais diversas correntes ideológicas constitutivas da dinâmica social e política, um conceito vital para a compreensão da ocorrência de elementos centralizadores do poder no Brasil oriundos das experiências francesa ou estadunidense.

Inicialmente, tem-se como os principais expoentes da ideologia autoritária fora do Brasil e que desempenharam influência no presente período de estudo Joseph de Maistre (1753-1821), Louis Gabriel Ambroise de Bonald (1754-1840), Carl Ludwig Haller (1768-1854), Juan Donoso Cortés (1809-1853), Friedrich Julius Stahl (1801-1861), Marquês René de la Tour du Pin (1834-1924), Heinrich Treitschke (1834-1896), Charles Maurras (1868-1952) e Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (1798-1857).

O conceito de autoritarismo, segundo a análise de Mario Stoppino (1935-2001),¹ apresenta inicialmente uma dificuldade na sua precisão semântica, que advém do fato de que tanto o adjetivo “autoritário” quanto o substantivo “autoritarismo” podem ser empregados em três contextos: as disposições psicológicas a respeito do poder, a estrutura dos sistemas políticos e as ideologias políticas (STOPPINO in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

O sentido psicológico desempenha papel histórico importante para se resgatar um traço do cotidiano social e político da época, que era permeado por esta perspectiva, auxiliando, ao mesmo tempo, na compreensão da abrangência do poder do líder, a obediência que lhe era deferida e sua reprodução nas mais variadas práticas sociais.

No sentido psicológico, o uso conceitual de autoritário é designativo do indivíduo cuja personalidade compraz-se com um perfil de atitudes que se inter-relacionam:

“(...) de uma parte, a disposição à obediência preocupada com os superiores, incluindo por vezes o obséquio e a adulação para com todos aqueles que têm a força e o poder; de outra parte, a disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e em geral todos aqueles que não têm poder e autoridade” (STOPPINO in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

Com base no sentido psicológico desse conceito, pode-se esclarecer, por exemplo, o pano de fundo de alguns comentários de Deodoro da Fonseca sobre o anteprojeto da Constituição de 1891, anotado por ele. Para exemplificar

¹ Mario Stoppino, cientista político italiano, foi professor pela Universidade de Pavia, teve como um de seus estudos centrais a análise do conceito de poder e sua importância na definição da política.

a questão, Deodoro da Fonseca, ao realizar suas anotações sobre a Constituição de 1891, referente ao art. 62, que prescreve: “A acusação do Presidente será decretada pelo Congresso Nacional, competindo ainda o processo e julgamento ao Senado, que poderá destituí-lo das funções presidenciaes quando tratar dos seguintes crimes (...)”, fez a seguinte observação, depreciando claramente a proposta do texto do referido artigo feito pelos constituintes: “Sujeitar o Presidente a uma **maioria facciosa** e a **paixões partidárias!**” (LEAL, 2002, 214, nota, grifo nosso). A anotação evidencia que o antiparlamentarismo do marechal advém de uma personalidade autoritária, que vê o ocupante da presidência como intocável, acima do controle mesmo dos representantes do povo, que são depreciados, são inferiores enquanto classe bacharelesca e que lhe deveriam obediência e adulação, não devendo exercer o controle dos atos presidenciais, como é esperado do Poder Legislativo num sistema de freios e contrapesos.

Quanto ao uso conceitual de autoritarismo referente às estruturas dos sistemas políticos, ressalta Stoppino (in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94):

[...] são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas.

Este uso conceitual explica muito sobre as origens políticas da figura do presidente forte. Ainda que se criticasse a figura dos monarcas e dos imperadores: a matriz autoritária do exercício do poder político possibilitou a manutenção de ações políticas centralizadas nas mãos de poucos, o que era desejado pelas elites da época.

Outro traço importante quanto à estrutura do sistema político, o autoritarismo demarca uma experiência em que “a oposição e a autonomia dos subsistemas políticos são reduzidas à expressão mínima e as instituições destinadas a representar a autoridade de baixo para cima ou são aniquiladas ou substancialmente esvaziadas” (STOPPINO in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

Pode ser exemplificada aqui como medida de fundo autoritário a exigência da escolaridade para o gozo dos direitos políticos, prevista no art. 70 da Constituição de 1891².

² Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

O estabelecimento da restrição à participação política de cunho patrimonial, no § 1º, 1º, e da escolaridade no § 1º, 2º, reduziu o número percentual de total de votantes em comparação com o percentual do Império antes da Lei Saraiva (1881), que permitia o voto dos analfabetos, desde que tivessem renda de mais de 100 mil reis por mês, no texto de 1824, e 200 mil a partir de 1846.³

A disposição constitucional está de acordo com o posicionamento anterior registrado no Decreto nº 6 do Governo Provisório, de 19 de novembro de 1889, em seu art. 1º: “Consideram-se eleitores, para as camaras geraes, provincias e municipaes, todos os cidadãos brasileiros no gozo dos seus direitos civis e politicos, que souberam ler e escrever” [sic] (BRASIL, 1889).

Com a restrição prescrita pelo requisito da alfabetização, mais de 65,3 % da população brasileira foi impedida de votar e de ser votada.⁴ Somando a isso a restrição do voto feminino, aceito somente na década de trinta, o número de votantes e seu perfil torna-se cada vez mais evidente.

Por último, na sua concepção ideológica, o conceito de autoritarismo designa:

[..] “ideologias que negam, de uma maneira mais ou menos decisiva, a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem amiudadas vezes como virtudes alguns dos componentes da personalidade autoritária” (STOPPINO *in* BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

Neste caso, cumpre ressaltar que, por mais que a Constituição de 1891 declarasse, em seu art. 72, § 2º, que todos são iguais perante a lei, trata-se de igualdade perante a lei, igualdade de tratamento pelo poder público prevista para marcar a ruptura exclusivamente com o sistema de privilégios do Império, daí a afirmação do texto constitucional de que: “A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (BRASIL, 1891). Porém o mesmo texto constitucional, por restringir a participação política, promovia tratamento desigual e silenciava sobre o tratamento desigual permitido pela lei com relação a outras formas de distinção.

³) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

⁴) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis. (BRASIL, 1891).

³ Segundo Carvalho, o valor restringiria pouco por corresponder a pouco mais que o salário de um cozinheiro no Rio de Janeiro em 1870 (CARVALHO, 2012, p. 118).

⁴ Dados obtido pelo censo do IBGE, constante em: BRASIL. *Mapa do Analfabetismo no Brasil*. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

Um fato que ilustra a tensão que se estabeleceu entre o grupo constituinte e a ditadura deodorista envolveu justamente o conteúdo do art. 72, § 2º, da Constituição de 1891, previsto no art. 89 do projeto discutido em 1890, que continha inicialmente a seguinte disposição: “Todos são iguaes perante a lei e a república não admite prerrogativa alguma de nascimento, nem de sangue; desconhece qualquer foro de distinção, de nobreza, honras, condecorações ou títulos” (LEAL, 2002, p. 216, nota). Este texto é modificado na versão final da Constituição de 1891, e pode-se perceber que a contrariedade de Deodoro foi levada em conta, pois este fez a seguinte anotação ao projeto: “Desconhecer foros de distinção, máxime na classe militar, é absurdo” (FONSECA apud LEAL, 2002, p. 216, nota).

Constitui elemento indicativo do pensamento autoritário: estrutura política radicalmente hierárquica fundada no pressuposto da existência da desigualdade entre os homens, seja em razão do seu conhecimento (base do positivismo), seja em razão da função ou cargo que ocupa (no caso do militarismo), seja derivado de uma concepção racista da sociedade (presente em autores conservadores como, por exemplo, Oliveira Vianna).

Um dos pilares do pensamento autoritário radica no argumento de que a desigualdade entre os homens justifica reduzir a participação do povo no poder. É recorrente a assertiva nos pensadores autoritários de que poucos são aqueles que possuem as qualidades, as prerrogativas para decidir, para participar do Estado. Esse é o elemento comum tanto no liberalismo excludente do período, como no militarismo jacobino e no positivismo com sua sociocracia. Todos os três principais grupos que fundam a República brasileira partem desta concepção discriminatória para negar a participação política à maioria da população.

No plano do autoritarismo, observa-se o culto exacerbado da ordem como valor absoluto, o que leva à necessidade de se garanti-la pelo emprego de meios coercitivos. Assim, ações que contestavam as ações do governo, que denunciavam a miséria e a ausência do Estado no interior do Brasil, como Canudos, são resolvidos como caso de polícia, com repressão e violência.

Para Stoppino, o pensamento autoritário faz da organização hierárquica da sociedade o princípio político exclusivo para alcançar a ordem, que considera como bem supremo. Sem um ordenamento rigidamente hierárquico, a sociedade vai fatalmente ao encontro do caos e da desagregação (STOPPINO in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 95). Esta justificação está presente na concepção dos três grupos políticos, mas com destaque no militarismo jacobino e no positivismo.

A ordem no pensamento autoritário é irradiada sobre todo um conjunto de valores políticos, e a estrutura política e social hierárquica necessária para a concretização desta hipervalorização da ordem não é vista como instrumento

temporário para levar à transformação da sociedade. A estrutura hierárquica se autojustifica pelas finalidades de manutenção da ordem *ad eternum*. Assim é fundamentada a ditadura da espada, instalada com a proclamação da República e que, à revelia da Constituição, é mantida até a eleição de Prudente de Moraes.

A participação política não é direito de todos, é atributo para poucos, oficiais, grandes proprietários, intelectuais, aqueles a quem, sob a justificativa econômica, filosófica ou mesmo cultural, são desiguados ao atribuir-lhes o símbolo da autoridade e sua rede de privilégios.

Stoppino afirma que, enquanto ideologia política, o autoritarismo é uma reação contra a ideologia liberal e contra a democracia, todavia ressalta que, com o avanço da sociedade industrial e com a urbanização, ele reduz sua contrariedade aos institutos consagrados pela tradição liberal, mas utiliza do nacionalismo contra os elementos do próprio sistema levando-o a crises sucessivas (STOPPINO in BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 95).

Esta breve exposição é relevante para entender o pano de fundo que norteou as discussões sobre a organização do poder político e a escrita da Constituição de 1891, pois o autoritarismo é traço dominante do período.

Uma visão de mundo autoritária, comum à época, é decorrente do processo de des-emancipação social e política, que teve curso ao longo de todo Império e que reforçou ser privilégio de poucos participar ativamente da libertação pública.

2. AS INFLUÊNCIAS ESTADUNIDENSE E FRANCESA NA ORIGEM DA FIGURA DO PRESIDENTE FORTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1891.

Se, durante o Império Brasileiro, os elementos centralizadores do Poder estiveram presentes na forma como a Constituição de 1824 processou a des-emancipação política, fosse por meio da restrição censitária, fosse desarticulando as ações políticas autônomas via Poder Moderador, na experiência da Primeira República, esses elementos foram apresentados sob outra forma.

Para entender como elementos centralizadores estiveram presentes na Primeira República, limitando a experiência democrática e a capacidade emancipadora da nova Constituição, é preciso recuperar as referências políticas da época.

A segunda metade do século XIX sofreu influência dos processos políticos ocorridos na França e nos EUA. O êxito econômico dos EUA foi creditado, na época, a sua organização política e, assim, o modelo constitucional estadunidense se tornou referencial de uma república moderna sob a égide do liberalismo. Para a elite brasileira cafeicultora, inserida na nova correlação de forças com o avanço da exportação do café, o modelo político imperial passou a representar um entrave; e suas medidas, por exemplo, a progressiva abolição

da escravatura, os fortes gastos do governo com a Guerra do Paraguai, bem como a inexistência de autonomia real das províncias foram consideradas temerárias por serem contrárias à maximização dos lucros.

À medida que o modelo de centralização política burguesa perde as condições de manter seu sistema de privilégios, ele é substituído por outro modelo, que viabiliza maior controle e segurança no atendimento aos interesses da classe detentora de capital.

Isso é explicitado por Lynch (2012) ao descrever que a política dos governadores defendida no Brasil pelo político conservador Campos Sales, assim como as leituras maximalistas do estado de sítio aplicado no Brasil tinham, no fundo, raiz elitista.

Os dois principais meios de se proceder à des-emancipação social no Brasil, após o fim do Poder Moderador, foram provenientes de experiências des-emancipatórias em curso na Argentina e no Chile, em que a oligarquia, instrumentalizando o Estado, e a Constituição protegeram seus interesses e afirmaram seu predomínio na área política (LYNCH, 2012).

Retrocedendo um pouco na análise, o processo de mobilização política e de desenvolvimento das ideias que formaram o movimento republicano avançaram à medida que as crises do Império se fizeram mais fortes e afetaram os interesses das elites.

No Manifesto Republicano de 1870, a referência à doutrina Monroe e ao modelo americano perpassam a forma como os atores políticos, que compuseram anos depois a Constituinte e o Governo Provisório, concebem a democracia, a federação, a soberania popular e a forma ideal de governo a ser prevista na Constituição, arrematando de forma explícita sua referência na afirmação de que:

Somos da América e queremos ser americanos.

A nossa forma de governo é, em sua essência e em sua prática, antinômica e hostil ao direito e aos interesses dos estados americanos.

A permanência dessa forma tem de ser forçosamente, além da origem de opressão no interior, a fonte perpétua da hostilidade e das guerras com os povos que nos rodeiam (BONAVIDES; AMARAL, 2002, 495).

É nesse contexto que advém a crítica de que “durante o período republicano, o constitucionalismo de ficção teve seu ponto culminante com a Carta de 1891 vazada no bacharelismo de Rui Barbosa e na confiança imitativa do modelo americano” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 7).

A problemática relação, na experiência estadunidense entre o Presidente e o Congresso, bem como os atos de exceção e as formas de restrição à participação política dos cidadãos estadunidenses não foram destacados na discussão sobre o modelo republicano a ser adotado no Brasil.

A escolha pelo presidencialismo, mesmo que à luz da Constituição dos EUA, não se traduz numa engenharia constitucional propícia à afirmação do sufrágio universal, até porque, em seu país de origem, a centralização do poder na figura do Presidente da República já era uma realidade, ocasionando a restrição dos direitos políticos da maioria dos seus cidadãos, conforme ressaltado por Losurdo (2004, p. 93 e ss).

Hambloch, autor da célebre obra “Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)”, ironicamente chega a afirmar que “os elaboradores da Constituição brasileira podem ter sido bons juristas. Não foram, com certeza, sérios estudantes de História” (2000, 61). Isso se deve, segundo Hambloch, a uma falha de análise dos juristas brasileiros, que teriam negligenciado que o propósito da Constituição da Filadélfia seria na verdade “armar o chefe de estado com amplos poderes e especiais poderes para tratar de uma crise nacional de exaustão, dívidas e desordem, resultantes da Guerra de Independência, que tinham batalhado não para obter a liberdade, mas para mantê-la” (HAMBLOCH, 2000, 61).

Da França, todavia, provém outro referencial. Do conservadorismo político francês de Auguste Comte veio a principal doutrina autoritária que implementaria os elementos centralizadores que configuraria e justificaria a estrutura de um Presidente Forte na República.

Apesar de contrário à experiência dos dois Bonaparte, por adotarem em seus governos posturas agressivas e bélicas, Comte foi um ferrenho crítico da doutrina liberal, defendendo um modelo de governo republicano centralizado num ditador, representante do mais alto grau do conhecimento, que falaria diretamente à nação contra as experiências de um governo faccioso e metafísico, que seria o parlamentar.

Comte (1978) concebe, com sua teoria da lei dos três estados e sua Filosofia da História, a existência de uma lei natural do processo histórico no sentido da progressão ao Estado Positivo. Segundo Comte e sua Filosofia da História (1978), a experiência absolutista e a experiência parlamentar liberal seriam momentos anteriores à culminância do processo histórico que se daria com o advento do Estado Positivo, que apresenta na ditadura republicana a mais perfeita forma de governo existente. Nos dois referenciais tem-se a expressão do autoritarismo permanente, que leva ao esvaziamento do sufrágio universal.

As forças políticas que promovem o golpe de Estado que põe fim ao Império sofrem influência das experiências estadunidense e francesa, de tradições que são relidas num contexto diferente, mas que são compreendidas sob um pano de fundo em comum, uma visão autoritária de mundo.

O potencial des-emancipatório da estrutura do presidencialismo hipertrofiado estadunidense encontra no contexto brasileiro atores e campo para seu desenvolvimento.

A estrutura centralizadora autoritária ocasiona, seja nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, o mesmo processo deslegitimante da participação popular, restritivo de direitos, conforme é asseverado por Losurdo (2004) em sua análise da luta pelo sufrágio universal nos Estados Unidos e na França.

A prática política autoritária e centralizadora manteve o processo de des- emancipação política na Primeira República e obstruiu o caminho do aprendizado social viabilizado pelo exercício da democracia, tornando-se causa importante da grande crise institucional que marca o período da vigência da Constituição de 1891.

No período da crise do Império e da implementação da República destacaram-se três grandes tendências ou grupos ideológicos: os jacobinos, provenientes do meio militar, os liberais, que se faziam representar sobretudo pelo bacharelismo jurídico; e o extenso grupo dos positivistas, que abrangia desde jovens cadetes, até bacharéis e outros setores da sociedade.

Os três modelos políticos preconizados por esses grupos pensaram a configuração de uma ordem constitucional que viabilizava o surgimento de um líder político acima dos poderes, que poderia, em conformidade com a Constituição, submeter o Parlamento e enfraquecer os demais.

Isso foi viabilizado pela leitura maximalista feita dos artigos 34, 48 e 80 da Constituição de 1891, que versavam sobre a declaração de estado de sítio⁵.

Lynch (2012) afirma que tal disposição constitucional foi proveniente da influência gerada pelo sucesso da adaptação do texto constitucional esta-

⁵ Art. 34. Compete privativamente ao Congresso nacional:

[...]

21º. Declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso.

[...]

Art. 48. Compete privativamente ao presidente da República: 15. Declarar, por si ou seus agentes responsáveis, o estado de sítio em qualquer ponto do território nacional, nos casos de agressão estrangeira ou grave comoção intestina.

Art 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21).

§ 1º - Não se achando reunido o Congresso e correndo a Pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o Poder Executivo federal (art. 48, nº 15).

§ 2º - Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á às medidas de repressão contra as pessoas a impor:

1º) a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns;

2º) o desterro para outros sítios do território nacional.

§ 3º - Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas.

§ 4º - As autoridades que tenham ordenado tais medidas são responsáveis pelos abusos cometidos (BRASIL, 1891).

dunidense feita por Alberdi para a Argentina. Essa adaptação, que serviu para instaurar um governo oligárquico, implementador de medidas excepcionais recorrentes na Argentina, foi saudada inicialmente pelos constituintes como experiência republicana válida e responsável pelo progresso econômico argentino na segunda metade do século XIX.

Diante da ação desses três modelos políticos, a proclamação da República redireciona o processo de constitucionalização brasileira num contexto complexo, marcado pela tensão e pelo estranhamento frente ao colapso do Império brasileiro.

Para Bonavides e Andrade (1991, p. 8), com o golpe de Estado de 1889, que proclamou a República, passou-se da Monarquia imperial à experiência de uma República imperial, exemplo claro de um experimentalismo constitucional.

As novas instituições formuladas pelo Decreto nº 1, do Governo Provisório, após o golpe de Estado de 1889, que derrubou a realeza e fez nascer já república imperial, foram traçadas no papel e, portanto, extraídas menos da realidade que da cabeça dos juristas, e logo sancionadas pela manifestação da vontade constituinte do Congresso ao elaborar a Constituição de 1891. As elites fizeram então da sociedade um laboratório constitucional. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 8).

Percebe-se, na reconstrução histórica empreendida por Bonavides e Andrade (1991), a cisão entre texto e realidade, como se o texto concebido pela Constituinte não tivesse qualquer relação com a realidade, não fosse decorrência das práticas políticas, da disputa conceitual e das aspirações políticas da elite política da época, que era autoritária. A leitura empreendida pelos autores não enxerga que o texto constitucional é construído sob bases teóricas, por conceitos fundamentais, que naquele momento foram lidos para viabilizar a centralização política própria da perspectiva autoritária da elite da época.

A causa da defesa do sufrágio universal, citada repetidas vezes nos manifestos liberais e republicanos ao longo do Império, sofreria novos golpes na Primeira República.

O movimento que sustentou a derrubada do Império era composto de republicanos históricos,⁶ de alguns bacharéis defensores do liberalismo clássico e dos heróis militares Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. É com estes personagens, e sua visão autoritária da política, que progressivamente os elementos centralizadores do poder se tornaram presentes no período e cumpriram a função de desalojar o povo da política, implementando o processo de des-emancipação.

⁶ “Histórico” era a designação referente àquelas personalidades que tinham participado do Manifesto Republicano de 1870.

A República proclamada não foi a República dos manifestos, mas uma “ditadura republicana” que já fazia parte do imaginário político da época, presente sobretudo no meio militar, pela grande recepção da doutrina de Auguste Comte no Brasil, a partir de meados de 1840, e divulgada no meio militar pelo positivista Benjamin Constant Botelho de Magalhães⁷.

Comte propunha em vez de equilíbrio e separação entre os poderes do ideário liberal, uma aglutinação das funções legislativas e executivas no mesmo centro de tomada de decisão, formando a ditadura positivista e dando expressão à figura do Presidente forte.

Desta forma, a garantia do exercício livre das liberdades públicas esbarraria nas restrições à participação política pela ausência da representação parlamentar.

Na estrutura pensada por Comte, as únicas formas de participação política e controle social se dariam pela previsão da existência de uma câmara orçamentária, que aprovaria as contas públicas (o que é mais propriamente um órgão fiscalizador) e pela previsão de consultas à opinião pública, que referendaria ou não, sugeriria mudanças nos projetos de lei, que, todavia, não necessariamente seriam acolhidas pelo “ditador republicano”, o que revela o paradoxo da proposta comteana. Segundo a reflexão de Comte:

Deste modo, ao invés de uma câmara legislando por iniciativa sua, estende a ditadura republicana à sociedade em geral a participação no processo legislativo. Concebido o projeto de lei ou a medida executiva, anunciá-lo-á o ditador à nação, submetendo-o a irrestrita apreciação pública durante três meses. Mobilizados os intelectuais, os articulistas, os cidadãos comuns, os partidos políticos, as confissões religiosas, as entidades culturais, em suma, a sociedade civil em sua mais ampla generalidade, acolherá o ditador as representações por ela enviada, examinando-lhes o conteúdo, expressão direta e estrema das inclinações sociais a propósito. Em seguida, justificando-se com igual publicidade, resolverá segundo a melhor destinação para o interesse coletivo, aproveitando as indicações recebidas na reformulação do projeto original, seja aperfeiçoando-o, seja dele desistindo (COMTE apud LACERDA, 1993, p. 60).

As razões para a inexistência do Legislativo eram, portanto, provenientes da tentativa de se estabelecer uma sociedade legislativa em vez de uma câmara legislativa, o que seria impossível dada a pluralidade de valores. Sendo alguns destes antagonismos no meio social, isso geraria ingovernabilidade, além do risco de reforma permanente das decisões de todos, se as pautas fossem passíveis de organização e discussão num pleito comum formado por milhões de participantes.

⁷ Botelho de Magalhães é considerado por Lins (2009, p. 381) o grande articulador do movimento da proclamação, tido como ídolo para a oficialidade da qual fora professor na Escola Militar, na Escola da Marinha, na Escola Politécnica, na Escola Normal.

A configuração da dinâmica do poder no sistema político positivista, ao objetivar ser um governo forte e centralizado “para” o povo, sem ser um poder “do” e “pelo” povo, restringiu a participação política deste à possibilidade de aclamar as decisões do líder da República ou referendar as opções selecionadas pelo seu arbítrio.

É dentro dos quartéis que as ideias de Comte passam a ter grande recepção, especialmente entre jovens cadetes e oficiais.

Elementos como a valorização da ordem, a importância da hierarquia, a centralização do poder na figura do ditador republicano e o combate ao ideário liberal, presentes no positivismo comteano, foram hipertrofiados no Brasil.

Após a Guerra do Paraguai, o positivismo de Comte passa a ser elemento de estudo e debate nos círculos de jovens cadetes e oficiais das Forças Armadas, bem como das lideranças republicanas.

A corrente ortodoxa do apostolado positivista defendia a substituição do Império, visto como regime de castas, inoperante e corrupto, pelo regime republicano, que era expressão da Modernidade sendo a consolidação da República o maior objetivo da revolução.

O centro da vertente do positivismo ortodoxo é a Igreja Positivista do Brasil, fundada em 11 de maio de 1881, por Miguel de Lemos, na atual rua Benjamin Constant, n. 74, no bairro da Glória, na zona sul da cidade do Rio de Janeiro, e ativa até os dias atuais.

A vertente heterodoxa teve vários centros espalhados pelo Brasil, mas um que se destacou em especial foi o fundado na cidade de Porto Alegre no início do século, frequentado por vários políticos da época.⁸

Os positivistas ortodoxos liderados por Miguel Lemos (1854-1917) e Teixeira Mendes (1855-1927), buscando confirmar o ideário comteano, defendiam uma República ditatorial para o Brasil pós-Império, única forma capaz de evitar a anarquia e a crise social.

Mendes (1906, p. 28) assim descreve a República desejada:

[...] que a forma a adoptar deve ser dictatorial e não parlamentar; isto é, o governo de um chefe popular que renuncie a tornar-se dynastico, em vez do governo de uma ou mais assembléas; 2. que a dictadura deve limitar-se a manter a ordem material, garantindo a plena liberdade espiritual e moral.

Lemos e Mendes, na tentativa de implementar uma República nos moldes pensados por Auguste Comte, enviaram o seguinte pedido ao Governo Provisório constituído no Brasil.

⁸ A célula positivista gaúcha acabou se esfacelando após a Segunda Guerra Mundial e perdendo o prestígio de outrora.

1º - Conservação da ditadura republicana surgida a 15 de novembro; 2º - O regime parlamentar abolido, o governo mandaria elaborar, sob sua direção, uma constituição que seria submetida ao livre exame do público; 3º - Este projeto constitucional seria em seguida apresentado à aprovação plebicitária dos cidadãos, ou das municipalidades de toda a república; 4º - A nova constituição deveria combinar o princípio da ditadura republicana com a mais completa liberdade espiritual. Tal combinação ficaria assegurada do modo seguinte: (a) perpetuidade da função ditatorial, acumulando o poder executivo, compreendendo neste o poder judiciário, com o poder legislativo, e transmissão do poder a um sucessor livremente eleito pelo ditador, sob a sanção da opinião pública convenientemente consultada; (b) separação da Igreja do Estado, supressão do ensino oficial, salvo a instrução primária, plena liberdade de reunião e de discussão, sob a única condição da assinatura dos escritores, e liberdade completa profissional, mediante a abolição de todos os privilégios científicos, técnicos e industriais; (c) uma única assembleia, eleita por escrutínio às claras, pouco numerosa, e exclusivamente destinada a votar o imposto e a fiscalizar as despesas. 5º - A situação material adquirida pelos funcionários, quer civis, quer militares, cujos cargos oficiais ficassem suprimidos, seria salva-guardada (MENDES, 1913, p. 593).

Começava a tomar forma um projeto de Constituição prevendo uma ditadura republicana com fortes traços bonapartistas, como pode se antever pela centralização do poder, pelo aspecto antiparlamentar e pela previsão do referendo.

Com o título “Bases de uma Constituição Ditatorial Federativa para a República Brasileira”, Lemos e Mendes apresentavam a proposta autoritária do positivismo ortodoxo, que prescrevia um Executivo vitalício que concentrava as funções legislativas com as funções de governo e Estado, assistido por uma assembleia orçamentária⁹.

⁹ Art. 10. O governo dos Estados Unidos do Brasil é o republicano ditatorial federativo.

(...)

Art.13. Este ditador será assistido por uma assembleia orçamentária cujas funções e instituição serão indicadas abaixo.

(...)

Art.15 O ditador atual continuará a ser aquele que os acontecimentos fizeram espontaneamente surgir, enquanto não renunciar ao posto em que se acha.

Se o mesmo ditador já tiver completado cinquenta e seis anos, deverá, após aprovação destas bases, indicar o seu sucessor, a fim de ser a escolha sancionada, em caso de renúncia ou morte, pelas capitais dos estados brasileiros.

(...)

Art.16. A este ditador compete com plena responsabilidade:

I-decretação das medidas que forem da competência do governo federal segundo regras adiante prescritas;

II- a nomeação do corpo consular e das autoridades federais quer executivas, quer judiciárias, quer militares;

III- a convocação extraordinária da assembleia orçamentária e a sua dissolução quando assim o exigir o interesse público, fundamentando os motivos da dissolução convocando imediatamente outra assembleia;

IV – a direção das negociações com os governos estrangeiros [...] (BONAVIDES; AMARAL, 2002, p. 395 e ss).

O anteprojeto positivista ortodoxo de Constituição para a República brasileira baseava-se nos elementos elencados por Lemos como formadores da base do catecismo político positivista.

A força do apostolado positivista durante a atuação da Constituinte é notável, contudo não foi suficiente para que o anteprojeto de Miguel Lemos e Teixeira Mendes fosse o escolhido; venceu a centralização política do presidencialismo liberal hipertrofiado.

A razão apontada pelo historiador do positivismo brasileiro Ivan Lins (2009) para a não adoção do anteprojeto positivista é que o positivismo, na época da proclamação da República, apresentava várias cisões: uma ala mais radical, capitaneada por Miguel Lemos e Teixeira Mendes, que na esteira da concepção da ditadura científica proposta por Comte propunha uma “república ditatorial”, cuja Constituição deveria ser criada sem a convocação de uma Constituinte; e na outra ala tinha-se a figura de Benjamin Constant Botelho de Magalhães, seguidor do positivismo de vertente mais moderada e que, seguindo as interpretações de Pierre Laffitte, admitia alterações na obra de seu grande mestre.

Em razão do desacordo entre as correntes positivistas, o anteprojeto de Constituição positivista não logrou êxito, mas as ideias autoritárias e os elementos bonapartistas persistiram na prática e na leitura da nova Constituição, que continha entre os constituintes pelo menos 29 positivistas orientados por Lemos ou por Botelho de Magalhães, em que se destacavam Aníbal Falcão, Borges de Medeiros, Demétrio Ribeiro, João Pinheiro, Júlio de Castilhos, Lauro Sodré, Moniz Freire, Nelson de Vasconcelos e Rangel Pestana (LINS, 2009, p. 406-407).

Na composição do Governo Provisório, o elemento positivista se fez presente. Dos nove integrantes do Governo Provisório, dois eram positivistas: Demétrio Ribeiro, gaúcho, Ministro da Agricultura; e o Ten. Cel. Benjamin Constant Botelho de Magalhães, um dos principais articuladores do movimento que levou à proclamação da República, grande divulgador do positivismo no Brasil, professor da Escola Militar e responsável pela Pasta da Guerra.

A composição do Governo Provisório demarca a força do militarismo e o campo aberto ao desenvolvimento do pensamento positivista, registrado nas palavras “ordem e progresso” presentes na bandeira nacional,¹⁰ oriunda de uma das máximas positivistas cunhadas por Comte.

O autoritarismo do ideário positivista esteve presente no descrédito que os políticos militares da época tinham na representação parlamentar partidária, sobretudo das lideranças civis, e no fortalecimento da figura do Presidente da República, que servia como a máscara do ditador positivista, ao concentrar tantas prerrogativas no chefe do Poder Executivo, em especial

¹⁰ Ironicamente teria ficado de fora justamente o amor.

a chefia do Exército e da Armada, dentre elas a possibilidade de decretar intervenção federal e declarar a guerra e fazer a paz, o que transformou o cargo em alvo certo das lideranças políticas militares e positivistas.

Apesar de o positivismo se fazer presente em vários trechos da Constituição de 1891, como na separação entre Igreja e Estado, na previsão da educação pública, na defesa da liberdade profissional, na bandeira nacional, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul foi o grande documento político que consagrou as ideias de Comte.

3. ALGUMAS NOTAS SOBRE INSTABILIDADE POLÍTICA PROPICIADA PELO PRESIDENCIALISMO FORTE DURANTE A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

A instauração da República promoveu a Federação desejada pelo movimento republicano, mas não significou abertura à participação política porque a defesa das prerrogativas dos militares e a luta pela garantia dos privilégios e interesses das elites agrária e urbana requisitaram a configuração de uma ordem constitucional centralizadora, forte, capaz de propiciar segurança e certeza jurídicas aos setores que formaram a cúpula do novo regime.

A configuração de um presidencialismo forte na Constituição de 1891 foi o caminho que expressou essas tendências autoritárias dá sentido ao texto daquela época, juntamente com o liberalismo excludente, que é a marca das lideranças civis.

No contexto marcado pela disputa entre lideranças civis e militares no poder, ambas foram mantenedoras do processo de des-emancipação e esvaziamento do sufrágio universal.

A República não surge de um movimento popular, mas do agravamento de questões centrais, como a questão agrária pós-abolição e principalmente a questão militar pós-Guerra do Paraguai.

Depois da Guerra do Paraguai, o militarismo ganhou corpo, apresentou-se como classe profissional defendendo seus interesses e manifestando irritação com o prestígio da classe jurídica, chamada de “legalistas”, junto ao governo. São as raízes da contraposição entre as forças políticas que ganham corpo com a Primeira República: oficiais x bacharéis, militares x civis.

A própria configuração final do texto constitucional deve ser compreendida a partir do forte traço militar presente na composição da Constituinte; dos 205 deputados integrantes 46 eram militares, o que impedia que o texto constitucional dispusesse de qualquer parâmetro para regular o poder das Forças Armadas e disciplinar sua atividade política.

Como atestado por Felisberto Freire, alguns assuntos não eram passíveis de discussão, o que fez com que o projeto constitucional brasileiro tivesse

traços militaristas que o tornam distinto das Constituições estadunidense e argentina, que lhe serviram de base:

“Assim, as questões de que as forças de mar e terra são instituições nacionais permanentes, de que elas são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, da prerrogativa do direito de votar e ser votado; da criação de um foro privilegiado, da composição do Exército e da Armada pelo voluntariado sem prêmio e na falta pelo sorteio, da obrigatoriedade do serviço militar e muitos outros assuntos, não despertaram o menor debate, a mais simples polêmica. E porque um deputado propôs em emenda que os comandantes dos distritos militares pudessem ser removidos pelo Governo Federal, por proposta dos governadores dos Estados, um orador, de patente superior do Exército, tachou essa emenda de acinte ao Exército.” (FREIRE apud BALEEIRO, 2012, p. 25).

Um elemento que auxilia entender a fraqueza dos partidos políticos nesse período também advém, em certa medida, da crítica antiliberal presente no discurso militar, que ridicularizava os partidos políticos, a representação política desempenhada por civis, bem como a atuação dos deputados nas assembleias legislativas.

A Constituinte sofreu várias intervenções do Governo Provisório, que estabeleceu mudanças no texto do projeto da Constituição por meio dos Decretos nº 510 e nº 914.

Deodoro da Fonseca, durante seu governo, endossou o antiparlamentarismo chegando a questionar, na revisão feita por Rui Barbosa ao anteprojeto de Constituição elaborado pela comissão dos cinco, sobre a ausência da previsão de dissolução do Parlamento, que ele desejava no texto:

“Onde está o artigo que autoriza o presidente a dissolver o Parlamento?” O Sr. Ruy explicou-lhe que tal dispositivo não era de molde a figurar numa Constituição Presidencialista, ao que Deodoro objetou: “Pois bem. Mas o senhor há de sair um dia do Congresso, como Antônio Carlos em 1823, tirando o seu chapéu á majestade do canhão” E assignou o decreto’ (LEAL, 2002, p. 214-215).

Além de não advir da composição do povo brasileiro, a Constituinte esteve tutelada pela ação de Deodoro, avesso ao controle das funções executivas.

Eleito o Congresso Nacional, formou-se a oposição ao governo, que propôs a Lei das Responsabilidades, em 1891, com o objetivo de limitar e responsabilizar ações arbitrárias e ilegais do Presidente da República. Com a propositura da Lei, Deodoro lançou mão da excepcionalidade, declarando estado de sítio, e tentou promover novo golpe de Estado, dissolvendo o Congresso, em 3 de novembro de 1891. Diante do protesto da Marinha e do Exército e da ação de Custódio de Melo, que ameaçou bombardear o Rio de Janeiro, Deodoro renunciou após perder o apoio que o levou ao poder.

Os dispositivos constitucionais centrais para que as Constituições sejam soberanas e para que a limitação dos poderes seja real são as prescrições referentes à responsabilização dos agentes políticos por suas condutas. No contexto em que o presidencialismo hipertrofiado foi resultado da escolha constituinte, a figura do *impeachment* e da responsabilização do Presidente e dos ministros eram vitais para a estabilização e efetividade da Constituição numa relação harmônica e equilibrada entre os poderes.

Floriano Peixoto, ao receber o governo, deveria proceder a novas eleições, segundo a Constituição, em razão do seu art. 42, que prescrevia: “Si, no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidencia ou Vice-Presidencia, não houverem ainda decorrido dous annos do periodo presidencial, proceder-se-ha a nova eleição” (BRASIL, 1891). Contudo, à revelia da Constituição, Peixoto permaneceu no poder dando sequência à experiência jacobina militarista do período e alegou que a própria Constituição abria uma exceção que viabilizava seu governo, pois, segundo ele, a exigência do art. 42 só se aplicava a presidentes eleitos diretamente pelo povo.

Contando com o improvável apoio do Partido Republicano Paulista, ele conseguiu permanecer no governo de forma inconstitucional até 1894. Enfrentou duras revoltas que eclodiram no período, sendo as principais a Segunda Revolta da Armada e a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul, decretando estado de sítio para reprimir violentamente toda a oposição política existente ao seu governo. Vários opositores foram desterrados e mortos em combate.

A ação de Peixoto na Revolução Federalista no Rio Grande do Sul auxiliou outro grupo político importante no período, que foi o positivista. Graças ao apoio do Marechal de Ferro, os positivistas liderados por Júlio de Castilhos conseguiram sustentar uma Constituição positivista, claramente contrária às disposições da Constituição brasileira e derrotar as forças opositoras de Gaspar Martins.

Segundo a propaganda positivista de Júlio de Castilhos, Gaspar Martins e seu grupo eram uma força restauradora monárquica. Exageros à parte, Gaspar Martins foi um dos poucos políticos que contaram com forte apoio do último gabinete imperial para proteger o território gaúcho e, assim, aproximou-se muito do governo imperial perto de sua derrocada, o que lhe fez ser uma liderança suspeita aos olhos de Peixoto.

Floriano Peixoto entregou o poder a Prudente de Moraes, primeiro Presidente civil e primeiro Presidente eleito pelo voto direto na Primeira República, derrotando Afonso Pena.

Prudente de Moraes enfrentou em seu governo o florianismo que persistia no Exército e pacificou o Rio Grande do Sul encerrando a Revolução Federalista, anistiando o grupo de Gaspar Martins. Enfrentou dificuldades econômicas provenientes do encilhamento e promoveu a consolidação da dívida externa com a operação conhecida como *funding loan*.

Morais foi outro presidente que, diante da instabilidade política, recorreu em seu governo à decretação do estado de sítio. Após o atentado contra sua vida no Rio de Janeiro, suspendeu as garantias constitucionais reproduzindo o modo militar de lidar com as ações oposicionistas: com repressão e violência.

Morais inaugura no governo civil, o ciclo das declarações de estado de sítio enumerado por Hambloch (2000), em sua crítica à hipertrofia do Poder Executivo:

Dr. Prudente, de Moraes (1894-98), de São Paulo, com o Dr. Vitorino Pereira, da Bahia, como vice-presidente. Estado de sítio superior a três meses.

Dr. M. F. de Campos Sales (1898-1902), de São Paulo, com o Dr. Rosa e Silva, de Pernambuco, como vice-presidente. Não houve estado de sítio devido à “Política dos Governadores”, explicada noutro lugar.

Dr. F. de P. Rodrigues Alves (1902-06), de São Paulo, com o Dr. Afonso Pena, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio superior a três meses.

Marechal Hermes da Fonseca (1910-14), do Rio Grande do Sul, com o Dr. Venceslau Brás, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio durante nove meses.

Dr. Venceslau Brás (1914-18), de Minas Gerais, com o Dr. Urbano Santos, do Maranhão, como vice-presidente. Estado de sítio superior a doze meses.

Dr. Rodrigues Alves, de São Paulo, morreu antes de assumir o cargo.

Novas eleições fizeram o Dr. Epitácio Pessoa (1919-22), da Paraíba, presidente, com o Dr. Delfim Moreira, de Minas Gerais, vice-presidente. Estado de sítio durante quatro meses.

Dr. Artur Bernardes (1922-26), de Minas Gerais, com o Dr. Estácio Coimbra, de Pernambuco, como vice-presidente. Estado de sítio durante quase dois anos, com vários intervalos.

Dr. Washington Luís (1926-30), de São Paulo, com o Dr. Melo Viana, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio superior a dois meses (HAMBLOCH, 2000, 108).

4. DISPOSIÇÕES FINAIS:

O presente buscou destacar ainda que brevemente as influências e as conjunturas que deram origem à figura do Presidente Forte na experiência política inaugurada com a Proclamação da República.

É elemento fundamental para a compreensão desta ocorrência histórica a recuperação do pensamento autoritário presente nas lideranças daquela época e formaram em parte as condições de explicação para a configuração des-
-emancipatória vigente no período.

Tanto da proposta do presidencialismo imperial estadunidense como da proposta francesa de uma ditadura republicana positivista originaram-se possibilidades que explicam a origem da figura do presidente forte na Constituição de 1891.

A problemática relação, na experiência estadunidense entre o Presidente e o Congresso, bem como os atos de exceção e as formas de restrição à participação política dos cidadãos estadunidenses não foram destacados na discussão sobre o modelo republicano a ser adotado no Brasil.

Por outro lado, por pouco a proposta conservadora inspirada em Comte, um crítico da doutrina liberal e defensor de um modelo de governo republicano centralizado num ditador não é adotada no texto constitucional, mas suscitou muita discussão, a ponto de levar à criação de um anteprojeto de Constituição e de ser implementada no Rio Grande do Sul de Júlio de Castilhos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Adamo Dias. A história do conceito de bonapartismo: uma análise semântica aplicada aos séculos XIX e XX. 2010. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições brasileiras; vol. 2).
- BARRETO, Célia de Barros et al. Brasil Monárquico: o processo de emancipação. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. (História geral da civilização brasileira; tomo II; v. 3. Direção de Sergio Buarque de Holanda).
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Coord da trad João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. 3. ed. Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, 2002.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 29 jan. 2015.
- BRASIL. Decreto nº 6 do Governo Provisório Brasileiro (19.11.1889). Rio de Janeiro, 1889. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6-19-novembro-1889-508671-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2015.
- COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).
- FREITAS, Décio. O homem que inventou a ditadura no Brasil. Porto Alegre: Sulina, 2000.
- LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo - Triunfo e decadência do sufrágio universal. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UERJ e Editora UNESP, 2004.
- HAMBLOCH, Ernst. Sua Majestade o Presidente do Brasil. Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934). Brasília: Senado Federal, 2000.
- LACERDA, Arthur Virmond de. A República positivista; teoria e ação no pensamento político de Augusto Comte. Curitiba: Edição do Centro Positivista do Paraná, 1993.
- LEAL, Aurelino de Araújo. História Constitucional do Brasil. Brasília: Senador Federal, 2002.
- LINS, Ivan Monteiro de Barros. História do Positivismo no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires. A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 27, n. 78, p. 149-196, fev. 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933. Um estudo de direito comparado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 47, n. 188, p. 93-111, out./dez. 2010.

MENDES, Raimundo Teixeira. A mystificação democrática e a regeneração social. Rio de Janeiro: Igreja e Apostolado Positivista do Brazil, 1906.

MENDES, Raimundo Teixeira. Benjamin Constant: esboço de uma apreciação sintética da vida e da obra do fundador da república brasileira. Rio de Janeiro: Apostolado Positivista do Brazil, 1913.

RESENDE, Maria Efigênia Lage de. O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Orgs.). O Brasil Republicano. O tempo do liberalismo excludente – da Proclamação da República à Revolução de 1930. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 89-120.

RIBEIRO JÚNIOR, João. Augusto Comte e o positivismo. Campinas: EDICAMP, 2003.

STOPINO, Mário. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Coord. da trad. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CAPÍTULO 6

CRIAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO NO BRASIL¹

Heloisa Fernandes Câmara

RESUMO: Este trabalho visa analisar a criação do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. O controle judicial de constitucionalidade costuma ser apontado como um mecanismo contramajoritário de proteção de direitos fundamentais e seu surgimento e disseminação estaria atrelado ao processo de democratização. Entretanto o caso brasileiro não é representado neste modelo explicativo. O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional 16/65, em meio ao regime militar inaugurado com golpe de estado. A criação desta modalidade de controle em um regime autoritário mostra-se um possível paradoxo que costuma ser explicado como a tentativa de o presidente da república ter controle em mais de um fórum (o do STF), caso o Congresso Nacional conseguisse aprovar lei ou ato normativo que contrariasse seus interesses. Fortalece essa tese as alterações efetuadas no STF, a instauração do bipartidarismo e a competência para a propositura da ação ser exclusiva do Procurador-Geral da República (PGR).

Não obstante, a análise dos processos de controle concentrado não confirma essa hipótese. As 65 representações julgadas entre 1965 e 1968 envolviam temas não relacionados diretamente à União, e quase que integralmente relacionados à disputas federativas, aumento de gastos, processo legislativo e servidores públicos, havendo pouca alteração com o padrão existente antes da EC 16. Como resultados provisórios percebeu-se que mesmo com as alterações feitas pelo regime o STF permaneceu um espaço com debates que não podem ser simplificados a partir da avaliação sobre a indicação dos 5 ministros pelos governantes militares. As decisões que envolvem controle de constitucionalidade mostram aprimoramento das técnicas decisórias e a moldagem da percepção institucional da ação de representação e de seus efeitos. Questões processuais, como por exemplo a aceitação da intervenção de terceiros, foram objeto de deliberação, criando um “aprendizado institucional”, o que também sugere que esta modalidade de controle de constitucionalidade foi criado de maneira abrupta, sem que houvesse um plano bem delineado quanto ao seu uso. Desta maneira, compreender o papel do direito e da corte constitucional em um contexto autoritário fornece subsídios para pensar os desafios do uso do direito na manutenção de um estado democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal, controle de constitucionalidade, EC 16/65

1. INTRODUÇÃO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle judicial de constitucionalidade é uma das questões mais relevantes na teoria constitucional contemporânea. Isto porque este tipo de

¹ O presente trabalho foi adaptado do capítulo 5 de tese “STF na Ditadura Militar-Brasileira: Um Tribunal Adaptável?” defendida no PPGD-UFPR em 2017.

controle consolidado na famosa decisão *Marbury vs. Madison*² (1803) põe no centro do debate a relação entre maiorias (representada pelo Executivo e Legislativo) e o poder contramajoritário (representado pelo Judiciário).

Embora a questão seja mais complexa, a espinha dorsal dos debates reside na legitimidade de um poder não eleito (contramajoritário) anular decisões tomadas por órgãos majoritários. Logo, perpassa o debate sobre o sentido de democracia, relação entre os poderes, limites a estes poderes e, ainda, proteção a direitos fundamentais.

Controle judicial de constitucionalidade (via Corte Constitucional) pode ser descrito de forma bastante ampla como “poder formal de um tribunal local ou de um órgão semelhante a um tribunal para deixar de lado ou proibir legislação por incompatibilidade com a constituição nacional” (GINSBURG, VERSTEEG 2013, 589).

A criação do controle judicial de constitucionalidade costuma ser justificada como decorrência lógica da supremacia constitucional, consolidados ambos (controle judicial e supremacia constitucional) na história constitucional americana no já citado caso *Marbury*. A primeira consequência óbvia da criação deste controle é o fortalecimento do judiciário, que pode limitar até mesmo o parlamento. Mas não há somente um único modelo possível quanto à proteção constitucional, sendo uma escolha política e jurídica da criação do controle judicial de constitucionalidade.

Neste sentido, podemos seguir Mark Tushnet na distinção entre formas forte e fraca de controle de constitucionalidade. Na forma forte “as cortes tem a autoridade geral de determinar o que a Constituição significa. E, mais importante para os propósitos presentes, as interpretações constitucionais das cortes tem autoridade e são impositivas sobre os outros poderes, ao menos em curto e médio prazos” (TUSHNET 2002, 2784). Já a forma fraca de controle de constitucionalidade confere à Corte um papel na interpretação constitucional, mas que sem fazer esta interpretação obrigatória a curto prazo. Um exemplo é o art. 33 da Constituição Canadense, que possibilita o Parlamento determinar que uma lei seja aplicada, não obstante o conflito com a Constituição (TUSHNET 2002, 2785). Ou seja, a definição quanto ao modelo

² O caso envolveu o pleito de William Marbury de ser empossado como juiz de paz, conforme a nomeação feita no final do presidente John Adams, a qual não foi mantida pelo novo presidente, Thomas Jefferson. Marbury propôs *writ of mandamus*, para que fosse reconhecido seu direito ao cargo, em meio a uma disputa política entre Executivo e Judiciário, e federalistas e republicanos. Marshall, enquanto julgador, decidiu que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle de constitucionalidade pelo judiciário, mas que não era de competência da Suprema Corte conhecer aquele *writ*, pois a competência estaria prevista em uma lei (inconstitucional) e não na constituição. Com isso, ao julgar a possibilidade de não aplicação da lei àquele caso, proferiu uma decisão conforme os interesses do novo governo, e, ao mesmo tempo, deu um passo significativo à ampliação dos poderes do judiciário.

do controle de constitucionalidade é menos uma questão de premissa lógica e mais uma questão de desenho institucional, que leva em conta diversos fatores em sua construção.

O controle de constitucionalidade está, assim, no vértice entre os campos do direito e da ciência política. Longe, portanto, de um simples desenvolvimento progressivo no controle de constitucionalidade que seria intrinsecamente relacionado à proteção de direitos fundamentais, temos um panorama complexo em que os próprios motivos de sua criação passam por diversas interpretações.

Ginsburg e Versteeg (2013) sintetizam em quatro grupos as principais teorias que explicam o surgimento de corte constitucional para controle de constitucionalidade: a - teorias ideacionais, b - teorias de coordenação e comprometimento, c - teorias de mercado eleitoral, d - teorias de difusão.

As teorias ideacionais relacionam o processo de democratização com a demanda por direitos e também a demanda local por controle de constitucionalidade. Uma versão alternativa relaciona o Estado de Direito com o surgimento do controle judicial de constitucionalidade. O mote destas teorias é que após a Segunda Guerra Mundial e as barbáries nazistas, houve o florescimento de demanda global de fortalecimento de direitos (tanto em plano interno quanto internacional), que acabou por estabelecer constituições mais protetivas e mecanismos para efetivação de tais direitos, impulsionando a criação e/ou fortalecimento dos instrumentos contramajoritários.

As explicações advindas das teorias de coordenação e comprometimento sugerem que o motivo do controle de constitucionalidade é a necessidade de responder a problemas de coordenação, especialmente entre os poderes e no que diz respeito à governança multinível.

Desta maneira, o judiciário seria um ator imparcial para mediar as disputas no jogo político. Os países federalistas seriam os que mais precisariam de tal controle pois tem como desafio a coordenação das competências e atribuições entre os governos nacional e subnacionais.

As teorias de mercado eleitoral sugerem que o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade ocorre como um “seguro político”. Isso ocorreria nos momentos em que o partido dominante tem a maioria da Corte e receios de perder o poder. Ran Hirschl apresenta uma explicação para a judicialização que ele chama de “preservação hegemônica”, segundo a qual o processo (que inclui o controle concentrado de constitucionalidade) seria estratégia adotada pelas elites que antecipam perda de poder. Ambas as teorias têm em comum a leitura da criação do controle concentrado de constitucionalidade como forma de preservação de poder diante de ameaças políticas internas.

Por fim, as teorias de difusão. Segundo estas, quanto mais países acolherem determinada política ou instituição, mais provável que outros países

adotem-na. A difusão pode dar-se por coerção, competição econômica, “aprendizado” ou aculturação. O mecanismo de coerção ocorre quando países mais poderosos (sejam investidores ou antigos colonizadores) impõem a adoção de determinada medida. A competição econômica processa-se quando os Estados criam determinadas instituições para que possam atrair investimentos. O mecanismo do aprendizado advém através do estabelecimento de provisões constitucionais que foram bem-sucedidas em países com um sistema jurídico similar. O último mecanismo de difusão, a aculturação, ocorre da adoção de regras constitucionais estrangeiras não porque sejam bem-sucedidas, mas para que o país tenha aceitação e legitimidade internacionais.

Não há consenso sobre o motivo de criação do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. Mas a relação entre este modelo de controle e regimes autoritários não é singular. Para Ginsburg e Versteeg (2013, 605, tradução minha):

o controle concentrado de constitucionalidade foi tanto adotado por regimes democráticos quanto autocráticos. Especificamente, no curso do período completo coberto na análise [1781-2011], 40% de todos os regimes autocráticos (e 67% de todos os regimes democráticos) tinham controle concentrado de constitucionalidade em suas constituições. Hoje [2013], não menos do que 77% de todos os regimes autocráticos tem controle judicial de constitucionalidade em suas constituições – uma proporção menor do que em democracias, mas ainda um percentual significativo.

A expansão do controle de constitucionalidade³ ocorrida no decorrer do século XX torna o panorama ainda mais complexo, pois países com tradições jurídicas absolutamente distintas tem este mecanismo. Portanto torna-se imperativa a análise histórica do surgimento e modificações sofridas no controle de constitucionalidade no Brasil.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No direito brasileiro não são raros relatos descritivos sobre a criação e modificações do controle de constitucionalidade. Embora a descrição seja um ponto importante, nesse trabalho as questões principais são: i – por que a criação de controle concentrado de constitucionalidade de leis federais durante um regime autoritário? ii – como o STF fez uso dessa competência?

A análise da questão na história constitucional brasileira pode fornecer importantes subsídios para investigar o papel do STF e do controle na defesa da

³ Segundo Tom Ginsburg e Mila Versteeg em 2011, 83% das constituições previam esse controle. Em 1951 eram 38% dos sistemas constitucionais que traziam tal previsão (GINSBURG, VERSTEEG 2013, 590).

estrutura constitucional, e, dessa maneira, propiciar uma melhor compreensão do funcionamento atual do *judicial review*.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil surgiu na Constituição de 1891 e foi inspirado fortemente no modelo norte-americano⁴, a dizer, incidental e difuso. Contudo, foi na lei 221, de 1894, que foi enunciado o conceito do controle de constitucionalidade de forma categórica (BUZAID 1958, 30). Segundo Buzaid, este dispositivo, fiel ao pensamento norte-americano, sagrou no Brasil a doutrina da supremacia do judiciário (BUZAID 1958, 31).

A Constituição de 1934 manteve a sistemática do controle de constitucionalidade por via difusa e estabeleceu o quórum de maioria absoluta de votos para que os tribunais declarem inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Também conferiu ao Senado Federal o poder de suspender lei declarada inconstitucional. Note-se que, não se estabeleceu o requisito de que a decisão seja definitiva.

A Constituição de 1934 teve como ponto central no tema de controle de constitucionalidade a criação da ação de Representação (posteriormente chamada de Interventiva). Sua hipótese de cabimento era a violação, por parte dos estados, dos princípios previstos no art. 7º, I. Nestes casos a União poderia intervir no estado descumpridor dos princípios constitucionais sensíveis.

Para ocorrer a intervenção haveria lei federal estabelecadora da amplitude e duração das medidas. A intervenção somente ocorreria após provocação à Corte Suprema, que deveria declarar a constitucionalidade de tal lei. Ou seja, o papel do STF era analisar a constitucionalidade da lei de decretação da intervenção.

Ocorre, portanto, a criação de hipótese de controle de constitucionalidade concentrado. Entretanto, este controle é concreto, na medida em que não avalia a constitucionalidade da lei em tese, mas da lei autorizativa da intervenção da União no estado por violação dos princípios sobre os quais se assenta o pacto federativo. Era, portanto, um mecanismo de resolução de conflitos federativos constitucionais.

O controle de constitucionalidade surgiu como uma das formas de resolver o conflito entre leis estaduais e federais, pois a prevalência da lei federal ocorre somente quando esta é válida, ou seja, não invade a competência dos estados. Logo, afastar a presunção de constitucionalidade de lei federal implica dizer que naquele tema a competência não é da União.

Neste sentido a manifestação do Min. Pedro Chaves na Representação 512:

O controle judicial da constitucionalidade das leis é uma imposição do federalismo, não precisamente para garantia da superioridade hierárquica da

⁴ A influência é notada dentre outros por Eder (1960, 580), quem aponta os estudos que Rui Barbosa fez acerca da Constituição norte-americana.

Constituição e das leis federais, supremacia que só existe em razão do conteúdo, observadas as normas das competências e que se resume pura e simplesmente no princípio da constitucionalidade, mas para a salvaguarda dos princípios que regem as relações entre o Estado Federal e os Estados Membros, destes entre si, controle que serve também de freio para as entidades de direito público e ação delas, incidentes sobre a série de direitos assegurados coletiva e individualmente aos cidadãos (BRASIL, Rp 512).

A Constituição de 1937 repetiu a disposição de que a inconstitucionalidade de lei ou de ato somente pode ser declarada por maioria absoluta dos juízes. A inovação desta constituição foi a possibilidade do Presidente da República submeter lei declarada inconstitucional pelo STF ao Parlamento (art. 96). Para Buzaid (1958) este dispositivo “tinha a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional, resolvendo-se o equilíbrio dos poderes”. Esta previsão abriu margem para importantes conflitos entre executivo, legislativo e judiciário⁵.

A Constituição de 1946 manteve a sistemática do controle judicial de constitucionalidade difuso e o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei. Subsistiu o papel do Senado Federal para suspensão de lei declarada inconstitucional, mas agora a suspensão somente poderia ocorrer após decisão definitiva do STF. A representação novamente foi prevista como meio de possibilitar a intervenção federal. Esta teve mudança fundamental em relação à sistemática estabelecida na Constituição de 1934: somente poderia ser decretado após a decisão do STF acerca da violação dos princípios constitucionais sensíveis por ato do estado. A decretação da intervenção era de competência do Presidente da República (e não mais do Congresso Nacional). A alteração na ordem (o STF decide sobre o ato e não sobre a lei de intervenção) foi proveniente de emenda ao projeto de constituição e teve como pano de fundo a preocupação com a relação entre Legislativo e Judiciário (DUARTE 1947, 339-343).

Havia duas possibilidades de intervenção federal. A primeira a do Presidente da República decretá-la nas hipóteses de guerra civil, invasão estrangeira ou entre estados, guerra civil, garantia exercício poderes estaduais e assegurar execução de ordem ou decisão judicial (art. 7º, I a V). Nestas hipóteses o presidente decretava, posteriormente passava pelo controle do Congresso Nacional.

⁵ Um exemplo clássico de conflito ocorreu nos Estados Unidos, na mensagem de veto do Presidente norte-americano Andrew Jackson: “A opinião dos juízes não tem maior autoridade sobre o Congresso do que a opinião do Congresso tem sobre os juízes, e nesse ponto o Presidente é independente de ambos” (TUSHNET 2002, 2783). Este episódio era conhecido pelos constitucionalistas brasileiros, tanto que A. C. Lucio Bittencourt apresenta esta situação como um dos três momentos na história norte-americana em que a doutrina da guarda judicial da constituição esteve “a pique de perder sua eficácia” (BITTENCOURT 1968, 15).

Este uso escapava à apreciação do judiciário por ser o que o Min. Castro Nunes designou como “matéria de índole meramente política” por “supor a perturbação da ordem jurídica por fatos e não sob a forma de leis” (STF, Rp 94).

A segunda possibilidade era a do descumprimento dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII). Nesta situação, o rito da intervenção era a provocação do PGR ao STF com a alegação de que ato estadual havia violado tais princípios. Se o STF considerasse a demanda procedente, informaria ao Congresso para que tomasse as providências cabíveis. O Senado tinha a competência de suspender a execução dos dispositivos impugnados e, se a suspensão fosse suficiente para o reestabelecimento da situação anterior, seria desnecessária a intervenção (art. 13).

Houve debates substanciais na Assembleia Constituinte de 1946 acerca destas disposições. Inicialmente, os constituintes expressaram um conflito entre as visões americana e argentina de federalismo. Enquanto a primeira caracteriza-se como “princípio constitucional” e tem como premissa a diretriz rigorosa de não-intervenção, o segundo pauta-se pelo “princípio federal”, que se direciona pela intervenção da União nos estados (DUARTE 1947, 322). Na constituinte tratou-se da experiência brasileira de uso da intervenção de forma abusiva, quase sempre em desrespeito aos aspectos legais. A representação interventiva e as modificações efetuadas na Constituição de 1946 devem ser entendidas em um sentido mais amplo de concessão de competência para o STF conhecer questões políticas⁶.

A representação interventiva foi lida como tendo sido pouco relevante, especialmente antes do regime constitucional de 1988 (BARROSO 2016, 368). Entretanto, mesmo com poucas hipóteses de intervenção federal sob a Constituição de 1946, a ação fez do STF um verdadeiro moderador de conflitos federativos e possibilitou que o tribunal estruturasse sua jurisprudência acerca do controle de constitucionalidade de lei em tese.

Os casos analisados após 1946, e entre 1965 e 1968, sugerem a hipótese de que a progressiva diminuição no uso de estado de sítio e intervenção federal levou ao aumento de ações que permitiram maior atuação do tribunal como mediador político. Neste contexto, a pouca utilização de intervenção federal é um sintoma do sucesso da ação (pois da declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF poderia haver a suspensão da lei sem a necessidade da intervenção ocorrer) e não de seu fracasso.

⁶ “A Constituição de 1934 dispunha: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, proibição que a Constituição de 1937 manteve no art. 94. Agora, a de 1946 baniu-a. Precisamente porque **confiou ao Supremo Tribunal Federal, nos casos em que mencionou, competência exclusiva para conhecer de questões políticas uma vez que lhe cabe a palavra sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato que implique na violação dos princípios cardeais enumerados no inciso VII e alíneas do art. 7º**’”(DUARTE 1947, 338, grifos meus).

Aliomar Baleeiro fez diagnóstico da jurisprudência do STF acerca do julgamento das representações de inconstitucionalidade:

A observação dos 20 anos de vigência a Const. de 1946 mostra que as representações dos arts. 7º, VII e 8º, dela, tinham como autores, em sua maior parte, ora o governador do Estado, contra a invasão da iniciativa na criação de empregos e aumentos de vencimentos, ora as Prefeituras desfalcadas de algum distrito. Os governadores não tem interesse na intervenção federal. Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem agido com prudência na execução da Lei nº 4.337, de 1964, de sorte que suasóriamente obtém o resultado sem as graves consequências da intervenção federal (BALEEIRO 1968, 96).

Como veremos nos próximos itens não houve alterações substanciais nos temas julgados pelo STF nos primeiros anos após a EC 16/65. As questões federativas, especialmente aspectos do processo legislativo e questões municipais mantiveram-se como principais questões arguidas.

3. A EC 16/65 – CRIAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade teve um passo fundamental em seu desenvolvimento com a EC 16/65, que trata do poder judiciário e cria o controle abstrato de constitucionalidade. A emenda somente foi aprovada devido à mudança do quórum estabelecida pelo AI-2, de maioria qualificada para maioria simples (KOERNER 2012, 30).

Como cautela inicial devemos ter em conta que o sentido do controle de constitucionalidade na década de 1960 não é o mesmo atribuído pós Constituição de 1988. Andrei Koerner (2010, 304) aponta que: “a análise dos formatos institucionais postos nos textos legais devem ser feitas com muitas reservas”, isto porque a atribuição de competência ao STF para julgamento de controle concentrado de constitucionalidade não significou simplesmente o papel de defensor da Constituição. A despeito do aumento dos poderes de controle do STF das normas produzidas pelo Congresso, os governos militares reservaram-se a prerrogativa legislativa e administrativa de manter a “revolução”⁷. Desta forma, ao mesmo tempo em que houve a já citada ampliação da competência do STF, os Atos Institucionais foram excluídos da apreciação judicial, ao menos em aspectos de mérito.

⁷ O discurso da revolução foi bastante utilizado pelos ideólogos do regime militar. A fundamentação dos atos institucionais deu-se com os militares arrogando-se o poder de fechar o Congresso por serem representantes da revolução. Conforme a mudança do regime, o conceito de revolução foi também sendo alterado como forma de legitimar-se.

A EC 16/65 é proveniente da PEC 6/65, proposta pelo Presidente da República, Castelo Branco, e foi votada em 23/11/1965. A emenda foi apresentada como “instrumento de adaptação do AI-2 ao estatuto básico do país”⁸ (BRASIL, DCN 1965, 4073). E, nesse sentido, o reestabelecimento dos juízes da Justiça Federal atenderia ao princípio federativo⁹. Ainda no tema da alteração do judiciário em vista de adequação à federação, a emenda teria como uma de suas funções “instituir o ajustamento do repositório legislativo municipal aos princípios constitucionais” (BRASIL, DCN 1965, 4073).

A proposta de criação de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade já havia sido aventada no projeto de Reforma Judiciária feita por Comissão do STF¹⁰, citando, inclusive, o caso *Marshall* e o papel do STF em ter a última palavra em interpretação constitucional (STF 1965, 485). A proposição consistia em incluir na competência do tribunal: “a – uma representação de inconstitucionalidade de lei federal em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, a semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, § único, CF 1946)”; e “b – uma prejudicial de inconstitucionalidade a ser suscitada exclusivamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República em qualquer processo em curso perante outro juízo”. Nesta proposta a limitação da iniciativa foi justificada para evitar abusos (embora não se mencionem quais seriam).

Ainda, o projeto previa a faculdade de o STF definir a controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientaria outros processos (STF 1965, 485). Entretanto, a EC 16/65 foi além do apresentado pelo STF, pois a representação não se limitou a ter como parâmetro de controle os princípios previstos no art. 7º da Constituição Federal. Para Seabra Fagundes, a inovação no controle de constitucionalidade adveio da sugestão do Min. Victor Nunes Leal nos debates acerca da reforma do STF (SEABRA FAGUNDES s/d, 9).

A criação desta representação estaria relacionada à reforma tributária engendrada por Otávio Bulhões e Roberto Campos e estabelecida pela EC 18 (1/12/65) (SLAIBI FILHO s/d; KOERNER 2012, 14).

⁸ “Com a edição do Ato Institucional 2 consumou-se quase que inteiramente e chamada reforma judiciária limitada ao simples aumento da composição numérica de três tribunais e ao reestabelecimento dos antigos juizes federais como primeira instância do Tribunal Federal de Recursos. (...) foi na ampliação do número de ministros do Supremo Tribunal Federal que residiu, até sua solução, como fato consumado, pelo edito revolucionário, o centro da crise entre dois dos poderes constitucionais do Estado” (DCN 1965, 4073).

⁹ “De margem à última inovação, que melhor atende ao princípio federativo e a respeito da qual não se fizeram presentes maiores restrições (...)” (DCN 1965, 4073).

¹⁰ A Comissão Coordenadora era composta por Ministros Luiz Gallotti. Cândido Mota Filho e Victor Nunes Leal. Juntamente com o então Presidente do STF, Min. Ribeiro da Costa, entregaram o projeto ao Min. da Justiça, Milton Campos, em 10/06/1965, portanto cerca de cinco meses antes da aprovação da EC 16/65.

A criação desta forma de controle de constitucionalidade em um contexto de regime militar, especialmente após interferências no judiciário, fez com que a interpretação prevalente seja a de que, ao criar este mecanismo de controle de constitucionalidade, o Presidente da República poderia controlar o Congresso Nacional em mais um espaço. Esta situação é explicada por Sarmento (2010, 61) nos seguintes termos:

Pode parecer paradoxal que um governo de exceção tenha querido instituir novo mecanismo de controle de constitucionalidade, que, afinal, representa instrumento de fiscalização do respeito aos limites do exercício do poder político. Mas não havia paradoxo algum. É que ‘o diabo mora nos detalhes’: a representação de inconstitucionalidade só podia ser promovida pelo Procurador Geral da República, que, à época, era funcionário de confiança, escolhido e exonerado livremente pelo Presidente. Assim, não havia qualquer risco de que as suas ações viessem a contrariar os interesses do regime (...). Por outro lado, como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuíam eficácia *erga omnes*, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. E, além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição.

Koerner (2012) trata da questão em um sentido mais sofisticado. Para ele, deve ser considerado que na criação desta representação vigorava o sistema de binarismo partidário (criado pelo AI-2) o que alterava o funcionamento do Congresso Nacional. Desta forma, em caso da base governista ser minoritária poderia solicitar ao PGR a propositura da demanda. O que faria com que representação de inconstitucionalidade fosse “uma extensão da extensão da participação do Presidente da República no processo legislativo” (KOERNER 2012, 33). Além do aumento de competência do Executivo no processo legislativo, foi criada uma nova etapa em que, ao menos virtualmente, caberia somente ao Presidente, via PGR, acessar. Assim manter-se-ia vantagem nas negociações com o Congresso, pois aquelas que fossem mais custosas poderiam ser desviadas ao STF.

Para Koerner:

Em suma, a centralização do controle da constitucionalidade no Brasil não é gradual, e o aspecto mais relevante de sua criação não é sua relação com o controle difuso, mas as transformações políticas do autoritarismo e as relações entre os poderes do Estado no pós-64. Além disso, se foi criada para evitar a sobrecarga de trabalho no STF, o foi na medida em que era compatível com o fortalecimento dos poderes do Presidente da República de atuação no processo legislativo, de intervenção nos Estados e de suspensão dos direitos e garantias individuais.

Mais especificamente, o STF foi investido no papel de instância conformadora dos poderes do Congresso, dos estados, da administração e de outros juizes, ao mesmo tempo em que foi desvestido de seu papel de garantir os direitos políticos da oposição e da contestação política. (KOERNER 2012, 34)

Vanessa Schinke parece seguir esta perspectiva ao considerar que o controle de constitucionalidade era um ponto central da maneira como a Doutrina de Segurança Nacional apresentava as funções do judiciário (SCHINKE 2016, 73). É no sentido de centralidade do judiciário para a DSN¹¹ que Schinke interpreta a afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que “o controle sobre a lei se traduz pela verificação da constitucionalidade, considerada básica para a sobrevivência do regime constitucional” (SCHINKE 2016, 134).

Entretanto, nas obras do período não foram encontrados demandas acerca da criação desta forma de controle de constitucionalidade e/ou de seu papel na defesa do constitucionalismo. Somente após a constituição de 1967 o tema parece assumir relevância nos debates jurídicos. Esta hipótese fundamenta-se também na maneira como o STF recebeu a EC 16/65.

3.1. Emenda Constitucional 16/65 vista pelo STF

Na sessão de 07/12/1965 houve debate acerca da competência para julgamento de *habeas corpus* pelas turmas (art. 5º, EC 16), entretanto não houve quaisquer referências à competência no controle de constitucionalidade (Brasil, STF 1965, 147-152). Daí se concluir que no STF a criação do controle concentrado de constitucionalidade não foi considerado um tópico relevante, ao menos em um primeiro momento.

A EC 16/65 também restringiu a possibilidade de recursos de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, os quais somente seriam cabíveis se contrariassem a Constituição. No Agravo de Instrumento 37.055/CE, decidido em 01/06/1966, o tema foi enfrentado pelo Plenário da Corte. O caso foi submetido ao Plenário por solicitação do relator que argumentou que seria uma oportunidade para o STF enfrentar seu entendimento anterior de impedir o seguimento de recursos trabalhistas. A questão é que apesar da restrição de recursos trabalhistas ao STF ser proveniente da proposta elaborada pela própria Corte, a maneira como ocorreu gerou uma situação imprevista pois que o ponto central da disposição da EC 16 não foi a limitação ao tipo de recurso, mas da instituição de onde este proveria. Desta maneira debateu-se o cabimento de mandado de segurança em casos em que não houvesse recurso

¹¹ “Desde seu início, o golpe articulou conceitos destinados a forjar um projeto constitucional, cuja defesa dos seus princípios, dentro da estrutura institucional do Estado, caberia ao poder judiciário” (SCHINKE 2016, 134).

previsto. Neste sentido, houve divergência entre os ministros, especialmente entre o bloco formado por Evandro Lins e Silva, Pedro Chaves, Victor Nunes Leal de um lado, e Hermes Lima, de outro.

Para o Min. Hermes Lima a emenda (16/65) deveria ser interpretada no sentido de “(...) visava que as questões trabalhistas corresse, se decidissem, se consumassem dentro da esfera trabalhista”. E questionou o que considerou a “abertura de uma válvula de escape” e que na “dialética do advogado” haveria uma ampliação do uso de recursos trabalhistas que chegariam ao STF. Para Lima o “Tribunal chega, nesses casos, a estar legislando” (AgI 37.055/CE), posição que poderia ser designar como auto-restritiva.

A decisão final foi unânime pela improcedência do recurso, mas nas razões de decidir a possibilidade do uso do mandado de segurança para suprimir a falta de recursos em execução trabalhista. O Min. Carlos Medeiros Silva apontou a possibilidade de emenda regimental para tratar da questão, mas não consta que tenha sido feita.

Este caso é emblemático para perceber que a EC 16 não foi vista pelos ministros como uma intervenção completamente externa. Isto porque sua genealogia foi identificada à proposta elaborada pelo tribunal¹² a qual em grande medida pautou-se pela narrativa da crise do judiciário¹³. O tribunal organizou-se como forma de dar uma resposta às modificações ocasionadas pela emenda. A interpretação mais restritiva foi substituída pela que oferece pequena margem de abertura.

Um dos debates existentes no período acerca do controle de constitucionalidade envolve a possibilidade do Presidente da República não aplicar a lei, mesmo sem decisão judicial, com o argumento que seria inconstitucional. Este debate chegou ao STF em diversos momentos, sendo marcantes as discussões ocorridas no julgamento do MS 15.886. Neste mandado de segurança, os impetrantes solicitaram que o Presidente da República aplicasse a lei que dispôs sobre quadro de pessoal de autarquias. A lei foi parcialmente vetada pelo Presidente por inconstitucionalidade e por inconveniência à administração pública, mas os vetos foram derrubados pelo Congresso.

¹² “Victor Nunes Leal: Sr. Presidente, **o anteprojeto de emenda constitucional do Supremo Tribunal era perfeitamente lógico** sobre a matéria que estamos discutindo. Ele também suprimia os recursos trabalhistas para esta Corte, salvo quando a decisão ofendesse a Constituição. Mas também previu o caso das execuções trabalhistas, da mesma maneira que o das decisões de alçada do Justiça Comum (...)” (AgI 37.055/CE, grifos meus).

¹³ “Sem dúvida, a intenção que motivou a reforma foi a um tempo desafogar o Supremo Tribunal Federal, da avalanche de recursos referentes as questões trabalhistas e enfatizar a finalidade de Justiça do Trabalho, de tão completo e custoso organismo, para o pronto atendimento de seus julgados, instrumentos de paz social, cuja procrastinação, através de recursos e recursos, só concorria para a tranqüilidade e incerteza no âmbito das relações entre o capital e o trabalho” (AgI 37.055/CE).

Neste contexto o Presidente recusou-se a aplicar as partes vetadas alegando inconstitucionalidade¹⁴.

O marco temporal é de particular importância para analisar este caso. Isto porque a lei foi sancionada em 29/10/1964, e promulgada em 31/03/1965. Em 26/11 do mesmo ano foi promulgada a EC 16/65. O mandado de segurança foi julgado em 26/05/1966. Ou seja, a criação da representação alterou o panorama ao estabelecer um mecanismo de provocação judicial acerca da inconstitucionalidade. O próprio parecer do Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, exarado em 07/05/65, apontou o não cumprimento da lei como alternativa possível do presidente, vez que inexistia mecanismo de controle de leis federais.

18. Nesta oportunidade, permito-me lembrar ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a necessidade de estudar a possibilidade de emenda constitucional, para que se estenda também às leis federais o processo de representação, tal como prevista para a hipótese de leis estaduais (Lei 4.337, de 1 de junho de 1964), já que outro remédio inexistente para salvaguarda do ponto de vista do Poder Executivo.

19. A outra solução alvitrada neste expediente é o de se não dar cumprimento à lei, por sua manifesta inconstitucionalidade (CGR 1965, 249).

No voto do Min. Relator, Victor Nunes Leal, aparece a questão prejudicial sobre a possibilidade de o Presidente deixar de aplicar lei reputada inconstitucional. Leal defende mudança jurisprudencial acerca do tema. Isto porque o Tribunal classicamente entendia que cabia “ao Executivo a opção entre provocar a manifestação do Judiciário, ou não cumprir a lei que reputa inconstitucional, e ao Legislativo a de anular leis ofensivas da Constituição” (STF, MS 14.886, 322). E em tal entendimento cita vários precedentes¹⁵. Para o Ministro Relator este panorama alterar-se-ia com a EC 16, na medida em que o Presidente tinha a possibilidade de informar ao PGR para que propusesse a representação, não subsistindo, assim, justificativas para a não aplicação da lei.

Na leitura de Leal, a criação da representação de inconstitucionalidade formaria sistema harmônico a ser lido a partir das competências de cada poder no processo legislativo.

Teremos, assim, um mecanismo coordenado e harmônico no que respeita à inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República manifestará o seu

¹⁴ Inconstitucionalidade seria por aumentar despesas sem a iniciativa do Executivo, em desconformidade com o art. 4º do AI (1); e por efetivar funcionários interinos sem concurso, em violação do art. 186 da Constituição de 1946.

¹⁵ Rp 322 (1957), RMS 4.211 (1957), RMS 5.860 (1958), MS 7.234 (1960), Rp 512 (1962), RE 55.718 (1964), RMS 14.557 (1965).

entendimento através do veto e, se este for rejeitado, poderá reiterá-lo através da representação de inconstitucionalidade, a ser formulada pelo Procurador Geral, titular de sua imediata confiança. O congresso, por sua vez, dará o seu pronunciamento, primeiro, quando votar o projeto e, depois, quando tiver de apreciar o veto. Finalmente, o Judiciário, guarda e equilíbrio dos poderes, solucionará a controvérsia, pela voz do Supremo tribunal, ao julgar a representação (BRASIL, MS 14.886 1965).

Este mandado de segurança teve densos debates jurídicos nos quais foram abordados dentre outros itens: a - efeitos da declaração de inconstitucionalidade (temporais e afetação da lei no plano de existência), b - função do Presidente da República no que diz respeito à proteção da Constituição, c - diferenças entre interpretar a constituição e declarar lei inconstitucional; d - aplicação da EC 16/65 aos fatos ocorridos antes de sua promulgação, e - possibilidade dos Governadores de Estado de atuação na hipótese de leis inconstitucionais. Neste contexto o Relator foi vencido por pequena margem¹⁶. O Min. Carlos Medeiros Silva concordou com o relator. Medeiros construiu seu argumento retomando sua discordância com a tese de que o Presidente poderia não aplicar a lei por motivo de inconstitucionalidade, retomando inclusive parecer exarado enquanto Consultor Geral da República. A decisão de Silva poderia causar surpresa, especialmente se considerarmos que foi uma das principais figuras jurídica de defesa da “revolução” e tenha defendido expressamente a importância de modificar o processo legislativo, em claro fortalecimento do papel do Executivo. Entretanto, o que se percebe é que mesmo os indicados via AI-2 não atuaram de maneira marcadamente política na Corte, mas em vários momentos concordaram com os ministros posteriormente aposentados forçadamente.

A questão da não aplicação de lei reputada inconstitucional voltou a ser enfrentada no MS 16.003. Neste mandado de segurança, que em muito assemelha-se e faz referência ao MS 15.886, tratou-se da possibilidade de o presidente não cumprir lei inconstitucional, cujo veto foi derrubado, e com isso deixar de gerar efeitos pecuniários a servidores públicos. O mandado de segurança foi denegado por questão processual (considerou-se que não é a forma processual adequada para tratar de questões de legalidade e por não permitir a individualização das situações jurídicas). O julgamento ocorreu em 30/11/1966, e com exceção do Min. Aliomar Baleeiro, que adotou posição considerada política¹⁷,

¹⁶ Seguiram seu entendimento os Ministros Carlos Medeiros Silva, Evandro Lins e Silva, Gonçalves de Oliveira e Vilas Boas. Votaram de forma contrária os Ministros Candido Motta Filho, Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Pedro Chaves, Luiz Gallotti e Adalício Nogueira.

¹⁷ “A meu ver, o Presidente da República pode, como qualquer cidadão, aceitar o risco de não cumprir uma lei, sob color de que é inconstitucional. (...) A par disto, êle corre o risco a que me reporto, o risco mais importante, que é o político. Se o Poder Legislativo, principal prejudicado com isto, afora o particular,

os demais ministros interpretaram limites à possibilidade do presidente não aplicar leis consideradas inconstitucionais.

A posição mais enfática foi defendida pelo Min. Oscar Saraiva¹⁸, cujas arguições colocaram em primeiro plano questões fundamentais como a relação entre os poderes, o processo legislativo e a quem cabe a interpretação das leis:

(...) mas se descermos na escala do Poder Executivo, a todo membro integrante da Administração Pública, passando pelos Ministros de Estado e pelos funcionários, todos competentes para a interpretação da lei, teríamos instituída a desordem legislativa, numa hermenêutica semelhante ao liberalismo protestante, o da livre interpretação da Bíblia pelo crente. No caso, teríamos a livre interpretação da Constituição pelo seu aplicador, *in rasu* com a preterição manifesta do Poder Judiciário, que é o único órgão constitucionalmente capaz de dizer se a lei é ou não inconstitucional (...)

Quanto ao processo legislativo, foi aventado que, em caso de sanção do presidente da república, ele não poderia invocar inconstitucionalidade da lei. O ponto nebuloso na argumentação dos ministros é justamente quando, a despeito do veto, a lei foi promulgada (ou seja, com a derrubada do veto pelo parlamento). Alguns ministros, como Gonçalves de Oliveira, votaram no sentido que, sendo lei, vige o princípio da presunção da constitucionalidade. Desta maneira, apesar do resultado de improcedência, o debate sobre o impacto da EC 16 foi bastante profícuo, e não especialmente alinhado ao que se seria o interesse do Executivo.

A existência de debates internos à Corte é um item importante para compreender a criação do controle abstrato de constitucionalidade. O argumento de Sarmento é que a criação deste controle serviria para redução da autonomia do Congresso, em outra esfera, especialmente se STF for lido como o “poder menos perigoso”. Entretanto, foi uma aposta arriscada pois colocou na pauta a modificação do entendimento tradicional de que o Presidente não estava obrigado a cumprir lei reputada inconstitucional. O STF mostrou-se espaço de debates jurídicos robustos e não apenas de referendo das teses do PGR ou do presidente. É possível considerar que estes debates saíram do Plenário da Corte e foram reverberados em outros espaços. Um exemplo é o discurso de Josaphat Marinho no Congresso Nacional, no qual abordou a controvérsia

no interesse de seus direitos subjetivos, quiser reagir, poderá aplicar o *impeachment*, de acordo com a Lei n. 1.079, de 10.4.50, risco que o Presidente da República aceitou. O julgamento é político e se metade dos Deputados vier a considerar recebida a Representação, para decretá-la perante o Senado, o Presidente da República ficará imediatamente afastado do seu emprego. Portanto, o Presidente da República pode fazer isto e não adianta dizermos se pode, ou não, porque ele fará se quiser, sempre aceitando este risco” (STF, MS 16.003).

¹⁸ Ministro do Tribunal Federal de Recursos, foi convocado para cumprir o quórum regimental.

sobre a possibilidade de não aplicação de lei por motivo de inconstitucionalidade e a EC 16¹⁹:

Não lhe cumpria, porque tal não lhe é permitido, suspender, por sua deliberação exclusiva, lei votada e mantida pelo Congresso Nacional, pois que este recusou o veto. Só o supremo Tribunal Federal tem competência constitucional para fulminar a eficácia da lei, impedindo-lhe a execução ou as consequências nela previstas... Se quisesse obter regularmente a suspensão da vigência da lei, o governo tinha, como tem, o caminho certo previsto na Emenda Constitucional n. 16 (MARINHO 1989, 98).

Marinho (1989) fez um apanhado dos debates sobre a possibilidade do chefe do Executivo não cumprir a lei por inconstitucionalidade (o autor discorda veementemente desta possibilidade) e cita textualmente o voto dissidente de Leal no MS 15.886, demonstrando a existência de uma comunicação entre instituições, ainda que não seja possível mensurar o seus alcance.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial de constitucionalidade é um ponto central das teorias política e constitucional. Embora tenha explicações distintas sobre o motivo para os países criarem esta modalidade de controle, comumente há a ligação entre controle de constitucionalidade e democratização. Nessa explicação, haveria a adoção do controle judicial na medida em que os países fossem mais democráticos e com maior nível de proteção de direitos fundamentais.

O caso brasileiro não se enquadra nesse padrão explicativo. Vimos que o processo de criação do controle de constitucionalidade foi acidentado, e com resultados não previstos. Primeiro porque cada constituição dava determinadas respostas à questão do controle de constitucionalidade. E em seguida porque a criação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade na prática representou continuidade com a representação interventiva, na medida em que ambas traziam como temas centrais a resolução de conflitos federativos.

A retomada do processo de feitura e aplicação das disposições da Emenda Constitucional 16/65 demonstra que o STF foi mais do que observador do processo. Na corte travaram-se debates relevantes sobre a relação entre os poderes, processo legislativo e interpretação da própria emenda. Com isso, esfumaça-se a tentativa de explicações simplistas sobre a criação e consolidação

¹⁹ O discurso foi feito contra a Circular n. 32 de 1966, expedida pelo Gabinete Civil da Presidência da República que ordenou o não cumprimento da lei 4950-A, a qual alterava padrão de remuneração de determinadas atividades. Menciona-se no texto que o discurso foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 19/06/1966.

da teoria nacional do *judicial review*. Isto porque não houve debates robustos sobre a criação desta forma de controle, e mesmo após a promulgação da emenda constitucional, poucos autores trataram do tema.

A pesquisa do surgimento da “teoria brasileira do controle de constitucionalidade” é importante para acabarmos com o mito de origem na Constituição de 1988, como se tudo o que houve antes fosse um pálido esboço do que viria a ser a “constituição cidadã”. As práticas constitucionais existiram e foram fundamentais para forjar o nosso constitucionalismo, bem como o STF. Também é fundamental para observar que os campos do direito e da política são permeáveis, ainda que não sejam a mesma coisa. Compreender o constitucionalismo brasileiro implica em conhecer as nossas práticas, e não somente os nossos textos. Neste sentido espera-se que o presente artigo tenha fornecido um elo para conhecer a construção constitucional pátria.

REFERÊNCIAS

- Assembleia Nacional Constituinte. 1946. *Anais da Assembleia Constituinte 1946*. Biblioteca Digital Câmara.
- Baleeiro, Aliomar. 1968. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense.
- Barroso, Luís Roberto. 2016. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- Bittencourt, C. A. Lucio. 1968. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro, Revista Forense.
- Buzaid, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.
- Brasil. Congresso Nacional. 1965. *Parecer nº 25, de 1965*. Diário do Congresso Nacional. Seção II. Ano XX, n. 173. 19 de nov. 1965.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1965. *Relatório de Atividades*.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1965. Supremo Tribunal Federal - Reforma Judiciária, *Revista de Direito Administrativo*, v. 81, p. 476-490.
- Consultoria Geral da República. 1965. *Parecer H-184. Lei 4.449/64. Inconstitucionalidade. Cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem ao Judiciário, a proteção que lhes adviria da lei não executada*.
- Duarte, José. 1947. *A Constituição Brasileira de 1946: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*. 2 vol. Rio de Janeiro: Imprenta.
- Eder, Phanor J. 1960. “Judicial Review in Latin America.” *Ohio State Law Journal*, v. 21, 570-615.
- Ginsburg, Tom, e Mila Versteeg. 2013. “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?” *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, n. 3, 587-622.
- Koerner, Andrei. 2010. “Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64.” In, *Cadernos Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”*, editado por Fernanda Duarte e Andrei Koerner. Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região.
- _____. 2012. Sobre A “Evolução do Controle Da Constitucionalidade no Brasil”: Uma Análise Crítica. In *As Formas do Direito: ordem razão, decisão - experiências jurídicas antes e depois da modernidade*, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 1-39.
- Marinho, Josaphat. 1989. *Estudos Constitucionais. Da Constituição de 1946 à de 1988*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Centro de Estudos Bahianos.
- Sarmiento, Daniel. 2010. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

Schinke, Vanessa Dorneles. 2016. *Judiciário e Autoritarismo*. Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

Seabra Fagundes. s/d. A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário. *Revista Forense*, vol. 155.

Tushnet, Mark. 2002. Alternative Forms of Judicial Review, *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, 2781-2802.

SITE

Supremo Tribunal Federal. <www.stf.jus.br>

PARTE II

**TEORIAS CONSTITUCIONAIS
PROGRESSISTAS**

CAPÍTULO 7

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E O PROBLEMA DA SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: UMA CRÍTICA E UMA PROPOSTA À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Luiz Augusto da Silva

1. INTRODUÇÃO

Estados Unidos, década de 1980. Auge da Guerra Fria. O medo de um confronto nuclear direto com a União Soviética assombra a população mundial. Numa sociedade cada vez mais desiludida e sem esperanças na capacidade de seus líderes para contornar o desastre iminente, aventureiros mascarados tomam conta das ruas para fazer justiça com as próprias mãos. “Vigilantes”, é como passam a ser conhecidos. No começo, os vigilantes foram muito bem recebidos pelo público. Virtuosos e corajosos, os novos combatentes eram capazes de fazer com firmeza aquilo que as autoridades oficiais não fariam, seja por incompetência, seja por descaso puro e simples. Fama, riqueza, prestígio, influência: os vigilantes logo conquistaram seu lugar nos corações dos homens e mulheres ao redor do país.

Até um deles cometer um erro e abordar um transeunte inocente. Até um outro se valer da imunidade que suas vestes lhe conferiam para perseguir um caso de vingança pessoal. Com o tempo, episódios como esses serviram para mostrar às pessoas que, diferente do que quiseram crer no início, admitir a presença de vigilantes vagando pelas cidades e agindo *acima da lei* acarretava um preço alto – preço que teria de ser pago, cedo ou tarde. Em Nova Iorque, o mais importante centro urbano do país, os policiais entram em greve; a criminalidade novamente se alastra sem freios. Revoltada, a população vai às ruas, dessa vez para reivindicar que o governo coloque um fim à patrulha dos vigilantes. O mote dos protestos é sempre o mesmo: afinal, se os vigilantes vigiam a todos, então *quem vigiaria os vigilantes?*

Tudo o que foi relatado até aqui, evidentemente, é fruto da imaginação. Mas não de qualquer imaginação: esse é o cenário distópico explorado por

Alan Moore e Dave Gibbons (2011) no famoso romance gráfico *Watchmen*¹. A proposta dos autores, com a narrativa, é a de conjecturar sobre quais seriam as repercussões políticas, econômicas e sociais da existência real de heróis mascarados na história mundial do século XX, trazendo mais verossimilhança à noção do “super-herói”, tão presente na cultura *pop*. O que aconteceria se indivíduos dotados de habilidades extraordinárias realmente caminhassem entre nós? E a resposta a essa pergunta significa a própria subversão do conceito popular de “super-herói”: sujeitos excessivamente poderosos, quando deixados livres de quaisquer amarras para agir além da lei e segundo seus juízos de bem e mal, ao invés de salvadores do povo, acabam se tornando as causas, não de sua glória, – mas de sua decadência.

A história é fictícia, mas os temas filosóficos e políticos que ela aborda não poderiam ser mais concretos. Pois na vida real parece, cada vez mais, que certas pessoas ou instituições apresentam uma tendência para de tempos em tempos serem elevadas à categoria de “heróis”. Os grandes heróis de hoje, é claro, não usam capas nem máscaras, mas togas. Não rondam os recantos escuros das ruas, mas reúnem-se em espaços solenes chamados tribunais, ou cortes. Seus poderes? Derrubar atos dos representantes eleitos pelo povo com base na sua contrariedade à linguagem muitas vezes ampla e abstrata dos preceitos expressos, explícita ou implicitamente, num documento de índole especial chamado de Constituição. É a ascensão dos juízes, do Poder Judiciário, e o advento da jurisdição constitucional e das práticas de controle de constitucionalidade (Hirschl, 2004, p. 5): verdadeiros *vigilantes* da conformidade das leis e dos demais atos do Estado em face da Constituição.

O dilema que todo esse cenário jurídico-político envolve é bastante conhecido, e tem tirado o sono dos constitucionalistas e dos cientistas sociais: como é possível conciliar o ideal democrático de autogoverno do povo com o fato de que uma elite não eleita de juízes detém poderes assim tão impressionantes? Como compatibilizar um sistema no qual as cortes são constantemente provocadas a expressar seus juízos sobre assuntos polêmicos e decisivos com a liberdade de um povo para moldar, por si e pelos representantes que escolhe, o caráter moral de sua comunidade? Está aí o difícil desafio de encontrar um equilíbrio aceitável entre os ideais de representação e separação dos Poderes, pedras angulares de toda a democracia, e a missão conferida às cortes de fazer valer a Constituição (Ely, 2016, p. 08). É preciso, de alguma forma, compatibilizar a chamada tensão entre *democracia* e *constitucionalismo* (Vieira, 1997, p. 55): *democratizar* o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional passa a ser uma meta jurídico-política valiosa.

¹ A história, originalmente publicada como uma série de quadrinhos ao longo de 1986 e 1987, ganhou uma adaptação cinematográfica de mesmo título em 2009, sob a direção de Zack Snyder.

Com essa convicção em mente é que se desenvolve a dupla análise do presente artigo: uma crítica e uma proposta. Seu objetivo precípua é o de avaliar, à luz dos aportes normativos da teoria do *constitucionalismo popular*, se e em que medida certos instrumentos de democratização da jurisdição constitucional no Brasil – as audiências públicas e os *amici curiae* – podem ser considerados verdadeiramente dignos desse nome. E, em seguida, o texto busca contribuir para a construção de um mecanismo possível de *diálogo institucional* já previsto no texto constitucional brasileiro: a participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, X, da Constituição) – muito embora o Supremo Tribunal Federal, como se verá, tenha sinalizado em sentido contrário quando do julgamento da Reclamação n.º. 4.335/AC.

2. CONSTITUCIONALISMO POPULAR, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, E O QUE EXISTE PARA ALÉM DA “SUPREMOCRACIA” NO BRASIL

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É o que consta no parágrafo único logo do primeiro artigo da Constituição brasileira. De fato, uma das premissas básicas do constitucionalismo contemporâneo é a de que a Constituição expressa os compromissos mais fundamentais de uma determinada comunidade; ela é redigida pelo e para o povo. É no caráter democrático das constituições que reside sua fonte de legitimidade e, logo, de sua autoridade sobre os cidadãos e sobre os agentes oficiais do Estado. Seria apenas natural, portanto, esperar que as divergências interpretativas sobre o significado do texto constitucional, inevitáveis numa sociedade minimamente livre, democrática e pluralista, fossem solucionadas de modo compatível com as compreensões que o povo – seu redator e destinatário – tem a respeito dele.

Acontece que no Brasil, seguindo o influxo mundial de constitucionalização de direitos e de adoção de formas de revisão judicial das leis, a Constituição parece ter sido entregue, para todos os fins e efeitos práticos, aos ministros do Supremo Tribunal Federal. A situação é tão viva que dispensa grandes introduções. Baseado na prolapada retórica do “guardião último” e da supremacia do Poder Judiciário, supostamente derivada do art. 102 do texto constitucional (“*competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”), o Tribunal tem acumulado, sob seu manto, poderes formidáveis para determinar, sozinho, o sentido da Constituição. Basta um breve correr de olhos pelos noticiários para perceber que, constantemente, o STF é convocado a expressar seus juízos “definitivos” acerca de questões políticas e morais absolutamente controversas: biografias não autorizadas, aborto, pesquisas com células-tronco, fidelidade partidária, porte de drogas para consumo pessoal,

limites da presunção de inocência, direito ao esquecimento – e são apenas alguns dos exemplos que vêm à memória recente.

Boa parte desse cenário, é bem verdade, pode ser atribuída ao próprio arranjo institucional consagrado pela Constituição Federal de 1988: como se sabe, um documento denso e altamente analítico, bastante propenso à chamada *judicialização* da política (Barroso, 2010, p. 08). E, sendo muitas matérias políticas e morais também matérias *constitucionais*, não é de se estranhar que elas eventualmente cheguem ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, reconhece-se de modo unânime que o Tribunal emergiu como instituição significativamente fortalecida após o processo constituinte de 1988 (Arguelhes e Ribeiro, 2016, p. 407). Combinando elementos dos sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, a Constituição estabelece que compete ao STF processar e julgar as ações diretas de constitucionalidade, examinando a compatibilidade em abstrato de leis e outros atos normativos federais e estaduais em face Constituição (atuação à *la* “Corte Constitucional”); bem como julgar em última instância os casos concretos versando sobre temas constitucionais, em sede de recurso extraordinário (atuação à *la* “Corte Suprema”). Por conta desse sistema misto, bem rico e complexo, são diversos os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF, que pode ser instado a exercitá-la por vários atores e em vários contextos diferentes.

Após a Emenda Constitucional n.º. 45/2004, esses poderes foram incrementados e expandidos. Além da inclusão do teste da “repercussão geral” como critério de admissibilidade dos recursos extraordinários (art. 102, § 3º, da CF), conferiu-se ao Supremo o poder singular de editar súmulas vinculantes, a partir de seus julgados reiterados (em teoria, ao menos) sobre um dado assunto constitucional. As teses consolidadas nas súmulas passam a ser oponíveis a toda a estrutura do Poder Judiciário e à Administração Pública, das três esferas da federação: União, estados e municípios (art. 103-A da CF) – o que em si já não é pouco. Some-se a tudo isso, ainda, o poder autorreconhecido pelo Tribunal de declarar inconstitucionais até mesmo as normas emanadas do poder constituinte reformador – a inconstitucionalidade de emendas constitucionais em face das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF)² – e chega-se ao que temos hoje: um modelo de controle de constitucionalidade dito “ultraforte” (Kozicki e Araújo, 2015, p. 107; Silva, 2009, p. 217).

Um jurista, de maneira bastante sugestiva e um tanto chocante, denominou o fenômeno brasileiro de “Supremocracia” (Vieira, 2008, p. 445)³. E

² A propósito, vide o julgamento pioneiro no assunto: STF, ADI n.º. 939/DF, Rel. Ministro Sidney Sanches, DJ 19/03/1994.

³ Expressão cunhada por Oscar Vilhena Vieira para designar o acúmulo de atribuições do Supremo Tribunal Federal, com a Constituição de 1988, especialmente em matéria constitucional: “(...) o termo

com boa dose de acerto: desde 1988, confia-se no Supremo Tribunal Federal para proferir a “última palavra” sobre aquilo que a Constituição significa e sobre aquilo que ela exige de nós enquanto comunidade. Tudo indica que a Constituição se tornou aquilo que o Supremo diz que ela é. Em se tratando de interpretação constitucional, estamos todos vivendo à sombra do Supremo Tribunal Federal.

Seria esse contexto “supremocrático” compatível com a democracia e com o autogoverno do povo? Nos Estados Unidos, tido como o berço da doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis, os constitucionalistas têm se confrontado com um dilema semelhante. Espantados com a força institucional que a Suprema Corte assumiu no decorrer das décadas, eles se perguntam: “Porque devemos atribuir aos juízes a autoridade interpretativa final para nos dizer o que a Constituição significa?”. Uma boa questão. E segundo uma corrente teórica de proeminência nos últimos anos, a resposta é: simplesmente *não devemos*. Esse é o argumento do movimento chamado de *constitucionalismo popular*.

O grande arauto do constitucionalismo popular é Larry Kramer, cujo livro *The People Themselves*, publicado em 2004, abriu novos horizontes para o debate constitucional norte-americano (Kramer, 2004). Em sua obra, Kramer busca resgatar as origens do *judicial review* na história dos Estados Unidos para demonstrar que, diferente do que costuma afirmar o senso comum, a prática do controle judicial da constitucionalidade dos atos do governo não foi acompanhada, em seus primórdios, de um princípio como o da supremacia judicial – princípio que hoje tende a ser aceito com absoluta naturalidade. Na tradição americana autêntica, afirma Kramer, era o povo – e não os juízes – o principal encarregado de definir os significados de sua própria Constituição, na convivência e nas disputas do dia-a-dia. Tal prerrogativa era utilizada para contestar os atos oficiais do Estado, inclusive os atos provindos do Judiciário, com base nos entendimentos do povo sobre aquilo que a Constituição exigia dele próprio.

Considerações historiográficas à parte, o fato é que a obra de Kramer acendeu uma forte mobilização teórica contra a ideia de supremacia do Poder Judiciário e, em especial, da Suprema Corte. O vetor comum dos teóricos

supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face da enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.”

do constitucionalismo popular é, com efeito, o de que o *povo em si* deve, numa democracia, assumir um papel mais proativo e decisivo na interpretação constitucional – o bastante para se contrapor, se necessário, aos julgamentos provindos do Poder Judiciário. É possível sintetizar, assim, a agenda política do constitucionalismo popular, de um modo geral, em duas partes essenciais: uma de reformas institucionais e outra de renovação cívica (Donelly, 2012, p. 162). A primeira parte da agenda pretende conceber arranjos de organização do Estado que viabilizem um maior diálogo entre as instituições e o povo na leitura da Constituição, retirando-a do monopólio judicial; a segunda parte volta-se a revigorar o interesse da população pela política, de modo que ela possa expressar opiniões esclarecidas e bem informadas sobre os assuntos constitucionais.

Mas é claro que uma teorização tão ambiciosa assim não passaria ilesa. A maior dificuldade do constitucionalismo popular sempre foi, segundo apontado por seus opositores (Serrota, 2012, p. 1646) e confessado por seus adeptos (Donelly, 2012, p. 170), a de como operacionalizar *na prática* o ideal de participação popular que o movimento conclama *na teoria*. Pois se, por um lado, a comunidade deve deter um papel maior na determinação dos significados constitucionais, por outro, a grande dúvida que permanece em aberto é: o que significa dizer que a “comunidade” deve ser mais proativa? Como fazer com que isso aconteça? Os caminhos são vários; e é aqui que mesmo os partidários da teoria divergem entre si. O próprio Kramer veio a reconhecer isso, em texto posterior ao seu livro *The People* (Kramer, 2006, p. 08)⁴. Não obstante, passado o momento inicial de resistência quase raivosa à supremacia do Judiciário, o “segundo ato” do constitucionalismo popular, como afirma Tom Donelly (2012, p. 177), tem se focado, exatamente, nessa implementação prática da teoria.

Por mais interessantes que sejam os contributos do constitucionalismo popular, algumas ponderações merecem ser feitas. À luz da vivência ainda jovem do nosso constitucionalismo, abdicar totalmente da importância do Poder Judiciário na leitura constitucional – tirar a Constituição das Cortes por completo, por assim dizer – soa extremo demais. Em nossa cultura jurídico-política, na cultura *brasileira*, esse papel de fato *existe* e é sem dúvida importante – tanto que foi *positivado num texto* de caráter jurídico superior (art. 102, CF). Renunciar a ele seria uma guinada drástica em face da organização institucio-

⁴ São as palavras do autor: “For there is no one theory. Popular constitutionalism, as such, is just a general concept or broad idea. As noted above, basically it’s the idea that final authority to control the interpretation and implementation of constitutional law resides at all times in the community in an active sense. A ‘theory’ of popular constitutionalism involves showing how this idea works or could be made to work. But there are countless institutional arrangements by which popular control can become meaningful.”

nal disposta na própria Constituição. Em outras palavras: se o Supremo Tribunal se apresenta como o vigilante – o “guardião” – de nossa Constituição, é porque nós mesmos, de certo modo, conferimos a ele esse encargo.

É preciso, portanto, discernir qual deve ser o real papel dos tribunais – e do Supremo inclusive – na tarefa de interpretar e aplicar a Constituição. Mas devemos fazê-lo sem cair na retórica simplista da “última palavra” ou da supremacia: não se pode confundir a supremacia da Constituição – essa sim, a base do constitucionalismo – com a supremacia do Poder Judiciário. A força das decisões judiciais deve advir não de uma tese artificial como essa – o adjetivo é oferecido, mais uma vez, por Larry Kramer –, mas sim da qualidade de sua argumentação em termos deliberativos, e do convencimento que elas são aptas a provocar no público e nas demais instituições (Kramer, 2006, p. 84).

Estabelecido esse panorama normativo, voltamos à pergunta de antes: como instrumentalizar toda essa teoria “abstrata” na prática “supremocrática” que parece ter se enraizado no Brasil? Talvez as possibilidades estejam mais próximas do que se imagina – e veremos o porquê em seguida. Na atual conjuntura, no entanto, para saber aquilo que *devemos fazer* para democratizar a interpretação constitucional no Brasil, precisamos saber, antes, aquilo que *não é* democratizar a interpretação constitucional. Vamos, então, à crítica.

3. O QUÃO DEMOCRATIZANTES SÃO AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E OS *AMICI CURIAE*?

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 – a primeira a se utilizar de uma audiência pública na história do Supremo Tribunal Federal – o ministro relator Carlos Britto qualificou, em seu voto, as audiências como sendo “um notável mecanismo de democracia direta ou participativa.”⁵ O processo discutia a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º. 11.105/05), que autoriza o uso de células-tronco embrionárias de embriões humanos para fins de pesquisa científica e terapias. Um assunto inegavelmente complicado e causador de divergências acaloradas: para além das dificuldades enfrentadas pela ciência em definir quando começa a vida humana, ele remete ao próprio significado do *valor da vida*, e do que é exigido das pessoas para tratá-la com respeito e dignidade – questões filosóficas e morais profundas, por natureza (Dworkin, 2009).

O caso é emblemático porque, de largada, deu a tônica do que viriam a representar as audiências para o STF: instrumentos de participação da sociedade em processos relacionados a intensas polêmicas constitucionais. E de fato, desde então, as audiências públicas percorreram um longo caminho; é seguro

⁵ STF, ADI n.º. 3.510, Rel. Min. Carlos Aires Brito, DJ em 25/5/2010.

dizer que elas se consolidaram na atividade institucional do STF, hoje com expressa previsão no art. 9º da Lei n.º. 9.868/99. Praticamente todos os grandes temas que chegaram à apreciação do Supremo, nos últimos anos, tiveram uma audiência pública convocada pelos ministros no intuito de subsidiar seus julgamentos⁶. Só o primeiro semestre de 2017, seguindo essa tendência, foi repleto de audiências sobre tópicos constitucionais dos mais relevantes: armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos (REExt n.º. 973.837); possibilidade de suspensão de aplicativo de comunicação por decisões judiciais (ADPF n.º. 403); aplicabilidade do chamado “direito ao esquecimento” na esfera cível (REExt n.º. 1.010.606).

Assim como as audiências, popularizou-se no âmbito do STF a convocação de *amici curiae* – os “amigos da corte”, numa tradução simpática do latim – para auxiliar a tomada de decisão. Instituto de inspiração norte-americana, o *amicus curiae* é um órgão ou entidade, dotado de “representatividade adequada”, capaz de contribuir de algum modo com os julgamentos do Tribunal, geralmente a partir de elementos técnicos ou de informações acerca de controvérsias de relevância social (art. 7º, § 2º, Lei n.º. 9.868/99; art. 138 do CPC). O objetivo da atuação processual dos *amici curiae*, em princípio, é modesto: auxiliar, *instruir* o Tribunal em seus julgamentos, com opiniões especializadas sobre assuntos técnicos ou complexos sob algum ponto de vista (científico, cultural, econômico, etc.).

Mas diz-se “em princípio” por um motivo: o Supremo tem encarado os *amici curiae* como muito mais do que simplesmente *experts* técnicos. Veja-se, a propósito, o que pensa o Ministro Celso de Mello: “a intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por objetivo essencial *pluralizar o debate constitucional*, (...) visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, *superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte.*” (ADI n.º. 5.022-MC - destacamos). Acompanham-no, certamente, a Ministra Rosa Weber, para quem “a intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a *pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional* (...)” (REExt 592.891/SP - destacamos), e o Ministro Gilmar Mendes, que está convencido de que “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, *emprestando-lhe caráter pluralista e aberto*” (ADI n.º. 2.316 - destacamos).

Todas essas citações permitem constatar o seguinte. O enorme apreço pelas audiências públicas e pelos *amici curiae* deriva, em boa medida, da percepção

⁶ Num breve retrospecto, a lista é longa, mas elucidativa: importação de pneus usados (ADPF n.º. 101); interrupção de gravidez de fetos anencefálicos (ADPF n.º. 54); sistema de saúde e judicialização da saúde (STA 36 e outros); cotas raciais em universidades públicas, ou ação afirmativa (ADPF n.º. 186); financiamento de campanhas eleitorais (ADI n.º. 4.640); publicação de biografias não autorizadas (ADI n.º. 4.815); ensino religioso em escolas públicas (ADI n.º. 4.439), dentre vários outros casos que poderiam ser mencionados.

que os ministros do STF passaram a cultivar a respeito desses procedimentos (Medina, *et al.*, 2013). Reconhece-se, com frequência, que tais instrumentos caracterizam formas importantes de engajamento popular no processo decisório do Tribunal, os quais contribuiriam para conferir maior legitimidade democrática às decisões – algo que, ninguém discorda disso, é particularmente relevante em matéria constitucional. Pelo simples fato de se estar oportunizando a palavra a certos segmentos da sociedade civil – sejam os inscritos nas audiências públicas, sejam as entidades admitidas como *amicus curiae* – o STF teria se tornado um ambiente propício ao pluralismo e ao debate público: uma “Casa do Povo”. Seriam, então, as audiências e os *amici curiae* maneiras autênticas de contrabalançar o tão anunciado *déficit democrático* que marca a jurisdição constitucional.

Muitos juristas têm acompanhado e endossado a postura do STF. Há quem afirme, como Miguel Godoy, que a intensificação do uso de audiências públicas e dos *amici curiae* nos seus julgamentos revelaria uma “tentativa de abertura do Supremo Tribunal Federal a um diálogo direto com outras instituições e com o povo” (2017, p. 170). No mesmo sentido, Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto sustentam que “os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões.” (Clève e Lorenzetto, 2016, p. 144). Outros reconhecem que a capacidade de influência da participação do povo, veiculada pelas vozes das audiências e dos *amici curiae*, traria um maior grau de legitimidade ao processo decisório perante o Supremo, tornando-o mais participativo e aberto às aspirações sociais – uma espécie de *legitimação pelo procedimento* (Moraes, 2011, *passim*; Pereira e Silva, 2010, *passim*).

É claro que mesmo os defensores das audiências públicas e dos *amici curiae* admitem que esses instrumentos não são perfeitos. Realmente, ainda há muito o que fazer para aprimorar os mecanismos de participação popular no controle judicial de constitucionalidade (Godoy, 2017, pp. 200-213). Primeiro problema: a escolha de quem participa e quem não participa é feita por decisão discricionária, irrecorrível, do relator do processo. Segundo problema: a forma como as audiências são conduzidas não propicia um diálogo efetivo entre os participantes; as exposições costumam ser feitas de maneira individual, isolada. E mais um problema, esse já há muito denunciado: o modelo decisório no STF não permite identificar um posicionamento *do Tribunal*; os julgamentos são tomados com base no somatório dos votos singulares dos ministros, cujas fundamentações nem sempre são compatíveis entre si (Silva, 2009, p. 219) – o que dificulta a análise sobre *se e como* as discussões prévias contribuem substancialmente para o julgamento.

Seja como for, a tese subsiste. O desafio, para essa linha de pensamento, é de *ordem prática*: como melhorar a qualidade das audiências e da intervenção

dos *amici curiae*. Se é verdade que o STF tem se preocupado em se valer de audiências e de *amicus* sempre que possível – e a experiência recente mostra que ele de fato tem essa preocupação – logo, segundo as opiniões dos ministros e de juristas respeitáveis, estaríamos num bom trajeto rumo à *democracia* da nossa interpretação constitucional. Basta melhorar o que já se está fazendo.

Será mesmo? Retomemos as propostas básicas do constitucionalismo popular: a leitura da Constituição deve ser compatível com as expectativas que o povo, seu autor e destinatário, projeta sobre ela; para tanto, a interpretação constitucional merece ser compreendida como um empreendimento conjunto, dialógico, que envolve as diferentes instituições democráticas e a comunidade de um modo mais amplo. O fato de o Poder Judiciário avocar para si a “última palavra” sobre os significados constitucionais – o fato de o Judiciário proclamar sua posição de “supremacia” perante as demais instituições – indica, assim, que algo merece ser revisto na distribuição de poderes dentro do sistema democrático. O diagnóstico da “Supremocracia” é prova de que o Brasil se enquadra perfeitamente nesse perfil.

Só que isso, contudo, vem sendo pouco questionado, seja pelos ministros do STF, seja pela maioria da doutrina jurídica entusiasta da recente abertura democrática experimentada pelo Tribunal. Não percamos o foco: as limitações das audiências e dos *amici curiae* são mais cruciais do que se pensa. Elas não decorrem dos obstáculos práticos (ou, ao menos, não *só* de obstáculos práticos) que assolam essas técnicas de “democratizar” a jurisdição constitucional; existem também *limites conceituais* que dificilmente poderiam ser superados no atual esquema de organização do Estado. Ora, tanto as audiências quanto os *amici* são, por definição, instrumentos de *subsídio* aos julgamentos do Supremo: visam a incrementar, de algum modo, a qualidade das decisões proferidas pelo Tribunal sobre o conteúdo da Constituição; agora, o quê, exatamente, significa esse incremento decisório “qualitativo” é uma questão em aberto (alvo das teorias hermenêuticas e da adjudicação).

Todo esse esforço é benéfico e merece ser feito. Mas não questiona, perceba-se – e nem tem a pretensão de questionar – a posição do STF como “guardião último” da Constituição: a autoridade interpretativa final permanece concentrada em suas mãos. O grau de influência das manifestações nos julgamentos fica à mercê, ainda, muito mais da opção teórica de cada ministro (Leal, 2015) do que de um efetivo contrapeso institucional, capaz de infirmar, se necessário, as posições argumentativas da Corte. Os mecanismos participativos na jurisdição constitucional, nesse sentido, não contestam, mas antes *reafirmam* a autoridade solitária do Tribunal. A aposta excessiva nas audiências e nos *amici curiae* deixa de lado, portanto, um aspecto relevantíssimo da interpretação constitucional, e que temos razões para repensar: o ideal de *supremacia* do Poder Judiciário, que no Brasil se manifesta como um ideal “supremocrático”, mantém-se inabalado. O vigilante segue sua patrulha.

Por isso, não se deve supervalorizar o potencial dito democratizante das audiências públicas e dos *amici curiae*. Deve-se, apenas, trata-los como aquilo que efetivamente são. E eles são, há que se reconhecer, instrumentos que exercem uma função *epistemológica* não desprezível (Clève e Lorenzetto, 2016, p. 67). Numa sociedade cada vez mais técnica, dependente da tecnologia, como a nossa, assuntos científicos tornam-se assuntos jurídicos; e estes, não raro, tornam-se assuntos constitucionais: contendas sobre o uso de células tronco para pesquisas, o bloqueio judicial de aplicativos e a proibição do amianto – todas na pauta do STF – são exemplos disso. Espera-se, nessas circunstâncias, que os julgadores possam se munir de fundamentações técnicas com um grau razoável – ainda que não absoluto, obviamente – de aceitabilidade e objetividade científica, inclusive por exigência de uma razão pública que deve pautar os julgamentos (Mendonça, 2014, p. 151). Aí, quem sabe, “teremos a garantia mínima de que ao menos tecnicamente as apreciações serão perfeitas” (Soares, 1969, p. 158).

Fizemos algum progresso; mas até aqui nossa análise permaneceu em grande medida desconstrutiva. Daí se segue um questionamento: seriam as audiências públicas e os *amici curiae*, realmente, as únicas possibilidades de democratizar o controle de constitucionalidade no arranjo institucional brasileiro? Temos insistindo desde o início que *não*. É hora de desenvolver melhor esse argumento, e partir para uma *proposta*.

4. O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N°. 4.335/AC PELO STF E O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL POSSÍVEL

Vimos que uma parte básica da agenda política do constitucionalismo popular reside em conceber vias possíveis para reformas institucionais. Discute-se de que maneira a leitura da Constituição pode ser compartilhada, de formas proveitosas, entre as diferentes instituições que compõem uma democracia – sendo o Poder Judiciário apenas uma delas. No Brasil, o desenho institucional inscrito na Constituição parece indicar, no entanto, que a opção normativa feita pelo povo teria sido a de efetivamente concentrar a interpretação constitucional no Judiciário e no STF: afinal, o julgamento das ações de controle abstrato é competência exclusiva do Supremo; em sede de controle difuso, a última palavra também é dele, por meio do julgamento de recursos extraordinários e outros feitos de sua competência originária. Certo?

Apenas parcialmente certo. O controle concentrado, de fato, foi entregue em regime de monopólio ao STF – numa tentativa de replicar o modelo de cortes constitucionais europeu –; mas, em se tratando de controle difuso,

nossa Constituição estabelece uma distinção peculiar e que merece ser enfatizada. Como se sabe, em sede de controle difuso, o STF julga *casos concretos*, nos quais a constitucionalidade de uma norma figura como questão prejudicial ao julgamento do mérito. Na ausência de uma doutrina do *stare decisis*, ao estilo norte-americano, o constitucionalismo brasileiro desenvolveu ao longo de sua história (a partir da Constituição de 1934, para ser mais exato) um outro mecanismo direcionado a assegurar o efeito *erga omnes* das decisões tomadas na esfera do controle difuso: a participação do Senado Federal no processo de fiscalização de constitucionalidade.

Atualmente, essa participação consta no art. 52, inciso X, da Constituição: “Compete privativamente ao Senado Federal (...) *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. Por meio do dispositivo, atribui-se ao Senado Federal a competência para expedir resoluções suspendendo a execução das leis declaradas incompatíveis com a Constituição pelo STF, nos julgamentos proferidos em recursos extraordinários e demais processos de sua alçada; ou seja, no exercício do controle difuso e concreto de constitucionalidade.

Não é isso, entretanto, o que parece pensar o STF – os motivos são conhecidos e tem sido objeto de inúmeros comentários na literatura jurídica nacional. Trata-se da controvertida tese sustentada na Reclamação n.º. 4.335/AC, particularmente nos votos do ministro Gilmar Mendes e do então ministro Eros Grau. É a tese da “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição brasileira. A proposta dos ministros no julgamento da Reclamação n.º. 4.335/AC não foi simplesmente a elaboração de uma nova norma a partir da atribuição de um sentido diferente a um mesmo texto normativo – nada disso. Foram além, e proclamaram a substituição de um texto – positivado pelo poder constituinte originário – por *outro texto*, criado pelo próprio STF⁷. A prevalecer o argumento, a função do Senado teria se reduzido à de meramente conferir *publicidade* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso; o efeito vinculante e *erga omnes* já seria consequência automática da autoridade de uma decisão plenária do Tribunal. Na prática, acabariam iguais, em nosso sistema, os efeitos das decisões proferidas em controle abstrato e em controle concreto de constitucionalidade (Santos, 2014, p. 606).

O resultado do julgamento foi nebuloso. Por conta da superveniência da Súmula Vinculante n.º. 26 (que tratou do mérito do caso), a “mutação

⁷ Afirmou o então Ministro Eros Grau: “Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: ‘compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.’” (STF, Reclamação n.º. 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ em 21/03/2014).

constitucional” aparentemente não vingou, embora o acórdão faça referência ao “caráter expansivo” das decisões em controle difuso – o que é outro tópico delicado (Bacha e Silva, 2017, p. 113). O impacto simbólico dos votos, de todo modo, persiste, com consequências práticas significativas.

Não é o espaço, aqui, de aprofundar o debate sobre a ocorrência ou não de uma “mutação constituição” no julgamento, ou mesmo sobre se é possível atribuir algum valor normativo-decisório a uma categoria como essa (Horta, 1992, p. 14; Santos, 2015, p. 80). Num estudo sobre democracia interpretativa e diálogos institucionais, devemos chamar atenção para um fato muitas vezes encoberto: por trás da teoria da mutação constitucional, anunciada como descritiva – o discurso dos julgadores se resumiria a constatar alguma incongruência entre o texto constitucional e a realidade que o circunda (daí a “mutação”) –, existe o que se pode chamar de uma *metateoria* sobre quais devem ser os atores envolvidos na leitura da Constituição – normativa por excelência.

As manifestações dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação n.º 4.355 são sintomáticas de uma filosofia mais profunda, e eminentemente *juricêntrica*, que vem tomando conta do imaginário da Corte Constitucional brasileira: a de que a função de “guarda da Constituição” confere ao Supremo, invariavelmente, a última palavra sobre o significado dela. Mais do que isso, ao interpretar e aplicar o texto constitucional, o Supremo atuaria não apenas para preservá-lo, mas disporia também da prerrogativa excepcional de modificá-lo, “atualizá-lo”, de acordo com seus próprios entendimentos⁸ – uma espécie de “sentimento constituinte tardio” (Sundfeld, 2012, p. 54). É o vigilante tornando-se dono do bem encarregado de vigiar.

Essa é a única premissa que explica a compreensão dos ministros de que não haveria *mal político* algum – não seria uma *perda democrática* – na supressão da competência privativa do Senado mediante uma decisão do STF. O raciocínio decorre do equívoco teórico revelado a partir do constitucionalismo popular: o de confundir a supremacia *da Constituição* com a supremacia *do Judiciário*, ou melhor, do Supremo Tribunal Federal.

⁸ A propósito, confira-se a seguinte passagem emblemática do ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI n.º 3.345: “A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”; ao que complementa que “[n]o poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. (...)” (STF, ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, DJ em 20/08/2010)

Vale insistir no ponto: a força da Constituição decorre de sua legitimidade democrática. Por isso, processos igualmente válidos de interpretação constitucional podem e devem ter lugar nas outras instituições, e na comunidade em geral – não só no Judiciário. E a intervenção do Senado, nesse sentido, representa um instrumento relevante para oportunizar a verificação *política* das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF na instância de controle difuso de constitucionalidade (Abboud, 2014, p. 452; Streck, 2014, p. 551). É um meio de permitir que representantes eleitos pelo povo possam dar sua contribuição dialógica ao juízo de (in)constitucionalidade emanado do STF, seja chancelando-o, seja se opondo a ele, ao negarem-se a editar a resolução suspendendo a execução da lei ou do ato normativo discutido. Trata-se, enfim, de um mecanismo de participação indireta da sociedade civil na tomada de decisão constitucional, através da representação legitimada pelo voto popular.

Essa dinâmica entre STF e Senado, se bem orientada, poderia promover um diálogo interessante e potencialmente enriquecedor entre as duas instituições. Judiciário e Legislativo seriam convidados a expressar conjuntamente, a partir de suas diferentes perspectivas – uma política, e outra jurídica⁹ –, suas percepções sobre o significado da Constituição e sobre a compatibilidade de uma determinada norma em face desses entendimentos. Promove-se, aqui sim, um *diálogo institucional* – um diálogo (com o perdão da redundância) travado *entre instituições*, Poder Legislativo e Poder Judiciário, em proveito da concretização e da revitalização dos significados constitucionais (Silva, 2009, p. 209). A ideia é a de que ambas as instituições melhorem seus argumentos e que, ao fim (provisório) do diálogo, prevaleça aquele que tiver a melhor substância – aquele que for mais democraticamente persuasivo.

Veja-se que as audiências públicas e os *amici curiae*, por sua própria natureza, teriam dificuldades grandes para alcançar um diálogo como esse – se é que o alcançarão, um dia. Afinal, seus participantes não são eleitos pelo povo – pelo contrário, são admitidos a critério exclusivo do ministro relator –, além de não possuírem peso institucional para divergir da Corte, sinalizando quando ela for longe demais. A autoridade final remanesce unicamente no Judiciário, que pode ou não seguir os argumentos que lhe são expostos no curso do procedimento, a depender do grau de sensibilidade de cada julgador.

E qual a vantagem dessa proposta em termos de operacionalização prática? A mais evidente delas parece ser a seguinte: a revitalização do papel do

⁹ Aqui entra em cena, conforme sustenta Gilberto Bercovici, a difícil relação – embora essa seja uma relação necessária – entre política e Constituição (2004, p. 24): “Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.”

Senado no controle difuso de constitucionalidade não depende, em tese, de mudanças institucionais radicais – o que implicaria uma igualmente radical mudança da Constituição: a competência já se encontra positivada no documento. Só que a locução *em tese* não foi fortuita: conforme analisado, foi o próprio STF quem, por meio de uma decisão sua, intencionou ferir de morte esse possível mecanismo de diálogo previsto no texto constitucional. Disso sobressai uma sugestão: ao invés de o Supremo insistir na obsolescência do artigo 52, X, da Constituição Federal, aumentando ainda mais seus próprios poderes, por que não discutir maneiras de dar maior vigor à função do Senado no sistema de controle de constitucionalidade das leis? Os resultados podem ser mais entusiasmantes para o aprimoramento do sistema democrático – e, com o tempo, do constitucionalismo.

Uma ressalva indispensável merece ser feita, contudo. É claro que o impacto democratizante da competência do Senado, em matéria de interpretação constitucional, é de certo modo limitado em nosso sistema. Ainda coexiste todo um aparato robusto de controle concentrado de constitucionalidade que permanece na exclusividade do STF, e isso para não falar do trunfo poderoso que são as súmulas vinculantes. Sua aplicação não levaria o Brasil, pois, a um modelo de controle de constitucionalidade que poderíamos chamar de “fraco”, tal como teorizado por Mark Tushnet (um constitucionalista popular)¹⁰.

Não é de se menosprezar, porém, a importância e as dimensões do controle difuso: muitos temas de grande magnitude, com repercussões políticas e sociais significativas, chegam ao Tribunal precisamente por essa via. Para ilustrar, eis dois exemplos marcantes: a mitigação da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF; art. 283 do CPP) – decisão que gerou forte *backlash* de alguns segmentos da comunidade jurídica – foi tomada num processo de *habeas corpus* (HC nº. 126.292); a equiparação entre os efeitos do casamento e da união estável para fins sucessórios – medida que afeta a vida de milhões de brasileiros – foi feita no exame de dois recursos extraordinários (REExt nºs.

¹⁰ Num modelo fraco de revisão judicial das leis, a exemplo do praticado no Canadá desde 1982 com a promulgação do Canada Act, o Poder Judiciário, ao se deparar com uma lei que considera inconstitucional, não a declara nula e sem efeito (modelo forte); em linhas gerais, a legislação é devolvida ao Parlamento, que pode reavaliá-la à luz dos argumentos do Tribunal, mediante o processo legislativo ordinário e em curto prazo. Mas o núcleo da proposta – um diálogo entre Judiciário e Legislativo – parece ser possível a partir da interpretação construtiva do art. 52, X, da Constituição brasileira. De acordo com Tushnet (2004, p. 17): “Weak-form systems allow the courts to remind legislatures of their constitutional obligations, without making the courts’ specification unreviewable except by constitutional amendment. Legislatures and courts interact on questions of the constitution’s meaning, and proponents of weak-form review suggest that the outcome of the process will advance both self-governance and constitutionalism, as legislators, instructed but not compelled by the courts, modify the policies they adopt to conform to constitutional limits on their power, and importantly—as courts, instructed but not compelled by legislators, modify their views of what the constitution requires”.

878.694 e 646.721). Será que os representantes do povo não deveriam ter algo a dizer sobre questões tão decisivas como essas? Espera-se que sim.

De toda forma, a mensagem que merece ser retida é esta: revigorar, fomentar, o papel do Senado no controle difuso pode servir como bom ponto de partida numa trajetória, ainda longa, nessa batalha constante entre democracia e constitucionalismo; e, quem sabe, pode também inspirar reformas das instituições democráticas no futuro.

Enfim, uma última observação. Há o risco de que estaríamos pretendendo, para inverter a reprimenda de Rogério Soares (1969, p. 138), “contrabalançar mecanicamente o judicial que não ganhou a confiança da sociedade por um legislativo que a perdeu.”¹¹ O alerta é mais do que pertinente no contexto brasileiro atual, marcado por uma gravíssima crise de representatividade das instâncias democráticas e de perda de confiança da população na política, de maneira generalizada. Um cínico tem aí um prato cheio para se opor à proposta apresentada aqui.

É verdade, portanto, que a defesa de um desempenho mais ativo do Senado no controle difuso de constitucionalidade é, bem vistas as coisas, somente um capítulo dentro dessa história sem fim que acompanha o Brasil: a reforma do sistema político e a superação das adversidades que assombram o modelo de democracia representativa, tal como vivenciado hoje. A democratização do controle de constitucionalidade depende, sobretudo, de uma nova compreensão sobre as formas pelas quais praticamos *a democracia*. Mas esse já é um assunto para uma próxima oportunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“*Quis custodiet ipsos custodes?*”¹² – quem vigia os vigilantes da Constituição? Numa democracia, a autoridade interpretativa final sobre a Constituição deve recair sobre o próprio povo, sobre a comunidade. O projeto, aí, passa a ser o de como canalizar do modo mais fidedigno possível a soberania popular, por meio da organização das instituições democráticas. Não há “supremacia”, nem do Judiciário, nem de nenhum outro ator: é do diálogo entre todos eles que provém a legitimidade dos significados constitucionais, em permanente releitura.

Em épocas de crise, é natural olharmos para o céu na espera de um salvador, de um herói. Os juízes, e o Supremo Tribunal Federal particularmente,

¹¹ Originalmente uma crítica à excessiva judicialização experimentada nos Estados modernos: “trata-se de contrabalançar mecanicamente o legislativo que perdeu a confiança da sociedade por um judicial que a não ganhou”.

¹² Frase original em latim atribuída ao poeta romano Juvenal, em sua coletânea de poemas *Sátiras*. A frase foi utilizada como referência por Alan Moore e Dave Gibbons no romance gráfico *Watchmen*, trabalhando na introdução deste texto.

parecem inspirar esse tipo de confiança na atual conjuntura brasileira¹³. Mas algo de valioso se perde numa democracia, algo intrinsecamente valioso, a partir do momento em que abrimos mão do desafio de resolver os problemas mais profundos de nossa sociedade por nós mesmos, e transferimos essa responsabilidade especial aos membros de uma elite técnica. Pois quem deve, no fim do dia, aprender a conviver de maneira harmoniosa e pacífica somos nós – o povo – e não eles.

O tempo dos heróis já se foi; a fé no poder super-heroico dos Vigilantes está longe de trazer aquilo a que almejamos. Na luta pela realização da Constituição, e da comunidade que queremos construir com base nela, não há outro caminho a trilhar a não ser a democracia. Sim: teremos que ser nossos próprios heróis.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, pp. 405-440, maio/ago. 2016.
- BACHA E SILVA, Diogo. Eficácia expansiva no controle difuso de constitucionalidade: esse outro desconhecido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, pp. 113-131, jan./abr. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, pp. 05-43, fev./maio 2010.
- BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- DONELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1962580>> Acesso em 07/07/2017.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: abordo, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, pp. 14-35, abr./jun. 1992.
- KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: O Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, v. 71, pp. 107-132, dez. 2015.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

¹³ Este artigo foi redigido durante o ano de 2017.

- _____. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=938721>> Acesso em 10/07/2017.
- LEAL, Fernando. 2015. *Para que servem as audiências públicas no STF?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em 10/07/2017.
- MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. 2013. *Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular> Acesso em 15/07/2017.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOORE, Alan; GIBBONS, Dave. *Watchmen*. 2ª Ed. Trad. Jotapê Martins e Helcio de Carvalho. Barueri: Panini Books, 2011.
- MORAES, Anderson Júnior Leal. *Audiências públicas como instrumentos de legitimação da jurisdição constitucional*. Dissertação (mestrado em Direito). Belo Horizonte MG. Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
- PEREIRA E SILVA, Alice Reis. *As audiências públicas como instrumento de democratização do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, SP. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.
- POST, Robert; SIEGEL Reva. 2007. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em 06/07/2017.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, pp. 597-614, jul./dez. 2014.
- _____. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v.7, n. 1, pp. 80-91, jan./abr. 2015.
- SERROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. *Connecticut Law Review*, Connecticut, v. 44, n. 5, pp. 1635-1673, jul. 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 250, pp. 197-227, 2009.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, 1969.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Que Constituição? In: _____. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review: its implications for legislatures. *New Zealand Journal of Public and International Law*, New Zealand, v. 2, n. 1, pp. 07-23, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilella. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, pp. 53-97, 1997.
- _____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 04, pp. 441-464, jul./dez. 2008.

CAPÍTULO 8

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND COLOMBIA

Jairo Lima
Yenny Andrea Celemin Caicedo

From a dualist political perspective the normative hierarchy of constitutional norms are ensured by means of procedural limits on constitutional reforms, which represent a division between constitutional and ordinary law. However, this is not the only sort of restraint that constitutional systems place upon amending power, substantive limits are part of many constitutions around the world. The effectiveness of both procedural and substantive clauses depends on how the violating acts will be controlled. Should democratic concerns be already present in judicial review of ordinary law, they are weightened when the subject of review is a constitutional amendment. The main reason lies in the greatest democratic demands of constitutional amendments in comparison to ordinary law. Constitutional amendments are in between constituent and constituted powers. The debate on judicial review of substantive limits to constitutional amendments faces one more democratic challenge, that is, the implicit substantive restrains on the amending power. In this approach, constitutional courts define some rights or structures as unamendable even though they are not expressly set in the constitutional text. Considering that both Brazil and Colombia have a practice in judicial review of constitutional amendments, we focus on how the Supremo Tribunal Federal and the Corte Constitucional de Colombia explain their competence and the role of implicit substantive limits to derived constituent power. In doing so we demonstrate at what extent Brazil and Colombia judicial powers are related to popular sovereignty.

INTRODUCTION

The Brazilian Constitution of 1988 and the Colombian Constitution of 1991 were designed with a commitment to protect human dignity by means of fundamental rights, both constitutions present a strong substantive content. Therefore, their constitutional courts develop an important role in protecting these rights. Furthermore, the level of judicial interference on political acts reveals how Brazilian and Colombian constitutional systems deal with the

tension between popular sovereignty and constitutionalism. This potential conflict is intensified in judicial review of constitutional amendments, because there is an expression of derived constituent power on one side and a restricting judicial institution on the other.

Constitutional Courts use different justifications for declaring the unconstitutionality of constitutional amendments. It is common to find reasons concerning to procedural review of the constitutional amendment process. However, constitutional courts around the world have begun to use another type of argument to explain judicial review of constitutional amendments, reasons that are beyond constitutional procedural requirements: they are substantive limits to amending power.

Substantive restraints express the will of the original constituent power in protection on some rights that are the core of a constitutional system; they remove from derived constituent power the decision-making power on such clauses. This is the reason why they are known as immutable, unalterable, perpetual, petrified or unamendable clauses. It seems reasonable when the original constituent power sets borders to derived constituent power because the former is hierarchically superior to the latter and it can delegate the power to amend the constitution only under certain conditions.

The main goal of those clauses is to guarantee the durability/continuity of the constitution, since, even allowing for changes, a minimum core is established to maintain the constitutional identity. Examples of unamendable clauses are: democracy (Turkey, art. 4), republic (Italy, art. 139), secularism (Portugal, art 288, b), fundamental rights (Brazil, article 60, § 4^o, IV), national integrity (Cape Verde, art. 285), official language (Barein, art. 120, c), and national flag (East Timor, art. 156, i). Furthermore, some constitutional courts recognize implicit substantive limits to amending power, which are not explicitly outlined in the constitutional text.

This paper explores judicial review of constitutional amendments to unveil the justifications used by the Colombian Constitutional Court (CC) and the Brazilian Federal Supreme Court (STF) to strike down constitutional amendments. The main purpose of this paper is to compare the arguments used by both courts to assume the competence to substantive judicial review of amendments, regardless an explicit constitutional permission.

1. JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN COLOMBIA

The Colombian Constitution of 1991 allows the Constitutional Court to review constitutional amendments when they do not comply with procedural requirements in the amendment process. Bernal says:

Indubitably, articles 241 and 379 of the Constitution empower the Court to review constitutional amendments. Nonetheless, according to these articles, the Court can declare that an amendment is unconstitutional if and only if there is a breach of the rules establishing the amendment procedure. Supposedly, this does not include the power to review the content of the amendment (BERNAL, 2015, p. 340).

The Colombian Constitution text gives to the CC a competence to review only the regularity of constitutional amendment process. An explanation on this Colombian Constitutional design can be found in the preference for the understanding of juridical systems as a dynamic one. This feature is attributable to the strong influence of the kelsenian thought in the Colombian legal field (LOPEZ, 2005). In other words, the Colombian constitutional design has a preference for avoiding any substantive restriction of amending power.

In the beginning of its activity as the guardian of the 1991 Colombian Constitution,¹ the CC played its role within the textual restrictions imposed by articles 241 and 379 of the Constitution, that is, only procedural judicial review of constitutional amendments. Some scholars have assessed this performance as minimalist (CAJAS, 2005), and the ruling C-222/97 is a good example of this self-restricted attitude by the CC.

However, this trend changed in 2003 when the CC took over the competence of the Congress to substantively amend any constitutional provision. From this moment, the Court divided its constitutional doctrine of judicial review of constitutional amendments in two parts: one for substantive judicial review and another for procedural judicial review.

The basis for justifying the judicial review's new focus can be found in the C-551/03 ruling. In this case, the CC selected the argument of the interpretation of the word *amend* as the basis for a new stage in controlling Congress constitutional amending power. According to Gözler, this argument can be summarized as it follows:

Parting from this meaning of word "amend", some scholars, and even a Supreme Court, asserted that the power to amend cannot replace one constitutional system with another or alter the basic structure or essential features of the constitution. Likewise, some authors argued that the constitution has an "inner unity", "identity" or "spirit" and the amending power cannot ruin this "inner unity", "identity" or "spirit" of the constitution (GÖZLER, 2008, p. 69)

In this decision, the CC started its path toward a maximalist exercise of judicial review of constitutional amendments, because the Court limited the

¹ The Colombian Constitutional Court was created by the 1991 Colombian Constitution.

Congress amending power to withdraw the competence to substitute or replace the Constitution. The distinction between original and derived constituent power was crucial in this argument (BERNAL, 2013), because each one of these agents has a different competence to alter the Constitution.

Only the original constituent power has authorization to change the Constitution without limits, while the derived constituent power is under constitutional restrictions. According to the CC, the amendment power of the derived constituent power cannot replace the entire Constitution, neither replace some elements that are essential to the identity of the Constitution. These powers only can be exercised by the original constituent power.

The justification for substantive judicial review of constitutional amendments based on the interpretation of the word “amend” as a prohibition of the Constitution replacement had been adopted by the Indian Supreme Court, as state by Gözler: “The Supreme Court of India, in *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, held that ‘the power to amend does not include the power to alter the basic structure, or framework of the Constitution so as to change its identity’” (2008, p. 69). In the same way, in C-551/03, the Justices of the CC recognized that they followed the doctrine exposed by the Indian Supreme Court in order to re-conceptualize your own competence on judicial review of constitutional amendments.

However, the Indian Constitution does not have “a provision stipulating that this constitution has a basic structure and that this structure is beyond the competence of amending power” (GÖZLER, 2008, p. 94). The creation of the “basic structure of the Constitution” is open to judicial interpretation. There is also the same absence in the Colombian Constitution, but the Constitutional Court tried to fill this gap in order to escape from the paradoxical logic behind the constitutional substitution doctrine: The Justices controlling non-written limitations of derived powers by means of a non-written constitutional competence (GARCIA, 2016).

Since the C-551/03 ruling, the constitutional substitution doctrine is not identified as a form of substantive judicial review, but as sort of judicial review in which the Court only checks procedural requirements: the competence of the derived constituent power for amending the Constitution:

Judicial review of constitutional amendments does not have a substantive nature because the Constitution does not contemplate this possibility. The Colombian Constitution does not have unamendable clauses. The exam over the competence of amending power cannot be confused with a substantive review. This kind of comparison is typical of the intangibility test, which is different from the constitutional substitution test. In this test, the constitutional amendment cannot be confronted with the provisions of the Constitution, since they are essentially contradictory. In the constitutional substitution

test, therefore, it is only examined that the exercise of the derived constituent power has not gone beyond the limits imposed by the Constitution to amend it but not to replace it (Colombian Constitutional Court, ruling C-551/03).

In several decisions following the C-551/03 case the Court focused on the procedural nature of the constitutional substitution doctrine. Furthermore, it created a specific methodology in order to disassociate the constitutional substitution doctrine with substantive judicial review of constitutional amendments.

This methodology was presented in the cases C-970/05 and C-1040/05. According to the latter, the constitutional substitution doctrine is composed by three steps, which are stated in a form of a syllogism (BERNAL, 2013). The Court's reasoning for denying the substantive nature of the constitutional substitution doctrine is grounded in the first step of the methodology: the determination of the syllogism's major premise.

The major premise works as a flexible piece of reasoning, because it does not contain an intangible principle similar to petrified clauses in the Brazilian Constitution. It neither corresponds to a specific or isolated provision of the Colombian Constitution. Thus, the major premise of the syllogism, the premise that constitutes the identity of the 1991 Colombian Constitution and that cannot be replaced for a constitutional amendment, acts as an amorphous element:

Moreover, in the substitution test (...): (a) it is verified if the amendment introduces a new essential element to the Constitution, (b) it is analyzed if the new element replaces the one originally adopted by the constituent. Finally, (c) the new principle is compared with the previous one to verify, not if they are different, which will always happen, but if they are opposites or entire different, to the extent that they are incompatible. (Colombian Constitutional Court, ruling C-551/03C-1040/2005)

The major premise should be contrasted with the amendment, which represents the minor premise in the syllogism. Finally, the Court states the conclusion of the syllogism, in which it verifies the existence or not of a substitution of the essential element stipulated in the major premise. That element could not be replaced because it contains, "the spirit" or "the identity" of the Constitution.

Notwithstanding the CC methodology, the fact that a constitutional amendment is removed from the juridical system approximates the constitutional substitution doctrine to the effects of substantive judicial review (CELEMIN, 2016). Scholars in Colombia have denounced the maneuver of the Court to disguise the constitutional substitution doctrine as a procedural way of judicial review: "It is doubtful that the Constitutional Court hides, behind

the concept of competence limits, something that are truly intangible substantive limits to the amending power” (JARAMILLO, 2013, p 346).

However, the strongest critique against this judicial review of constitutional amendments does not come from the similarity between substantive review and constitutional substitution doctrine, but from the idea of the subjectivity of the judges in the determination of the constitutional “spirit” or “identity”. Authors as Garcia and Gnecco warn that implicit limits constitute dogmatic reasoning of the judges “more or less arbitrary, due to the absence of an objective parameter to define them” (GARCÍA; GNECCO, 2016, p. 75).

Since the beginning of the constitutional substitution doctrine, the CC had the opportunity to discuss this sort of critique in internal debates, however, only a minority of the Justices dissented of the majority,² and, in the course of time, they started supporting the constitutional substitution doctrine.

In order to mitigate the subjectivity of the judges, the Court began to set some extra requirements for citizens when they bring any lawsuit of unconstitutional constitutional amendment, for example: clear and complete proof of the constitutional substitution. When the plaintiff does not demonstrate it, the Court does not accept the case. “The Court must require that the plaintiff clearly, sufficiently, and specifically demonstrate that there is a genuine substitution of the Constitution” C-153/07).

Although the CC have elaborated mechanisms to avoid concerns about the subjectivity in the constitutional substitution doctrine, it produced a collateral effect regarding an unbalanced distribution of powers. An essential principle of the constitutional State is the conception of a similar weight in the amount of power that each branch has in relation to the other powers. Because of this principle, constitutions give to all branches different mechanisms to defend themselves from other powers (HAMILTON, MADISON, JAY, 1984). Judicial review corresponds to an example of this principle, once it checks abuses of the Congress. However, in the case of the constitutional substitution doctrine, the decision of the CC striking down amendments without an external and clear parameter of control can produce an instrumentalist use of the doctrine, hiding potential reciprocal control when the derived constituent power aims to check the Judiciary and the Constitutional Court previous rulings.

2. UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN BRAZIL

Explicit substantive limits to constitutional reforms have been a tradition on the Brazilian constitutional history, only the Constitutions of 1824

² See the dissent vote of Justice Humberto Sierra Porto in C-1040/05 and the dissent vote of Justice Alejandro Linares in C-373/16.

and 1937 did not present these restrictions. The first one having a monarchical profile and the second, a more authoritarian characteristic. In the Federal Constitution of 1988, there is an expansion of the substantive limits to constitutional amendments by means, initially, of the exclusion of the republic as a non-amendable clause, followed by the maintenance of the federative system and the inclusion of: direct, secret, universal and periodic voting; division of powers and fundamental rights (art. 60, § 4º).³

In Brazil, substantive limits to amending power are commonly named of petrified clauses, since the adjective petrified works to indicate the inalterability of these provisions (BULOS, 1999, p. 119). However, although there is such an unchanging claim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 11) does not follow the position that such provisions petrify the Constitution. One of the reasons for this assertion lies in the technique of enunciation adopted by the original constituent power, which sought to avoid an excessive specification of the petrified clauses, setting them in a general function (opened clauses). Thus enabling the evolutionary construction of the fundamental content of these constraints (COSTA E SILVA, 2000, p. 104).

Thus, like the German Constitution of 1949 and unlike the Colombian Constitution, the Brazilian Constitution covers substantive limits to amending power, however, it does not expressly assume the competence of judicial review of constitutional amendments. In this respect, the comparative constitutional law of Germany, Colombia, and India shows that the absence of explicit authorization for amendment control was not an obstacle for the courts to assume such jurisdiction. In Brazil, it was no different, since after the enactment of the 1988 Constitution, the exercise of judicial review of constitutional amendments became widely accepted both by national doctrine and by the STF (MENDES, 2005, p. 456).

It is interesting to indicate the inaugural reasons used by the Justices to take control of amendment from the 1988 Constitution.⁴ Before the first judgment on the constitutionality of a promulgated constitutional amendment, the STF ruled on a constitutional amendment proposal by means of abstract judicial review (ADI nº 466 - ruled on 03/04/1991). The amendment proposal aimed to extend the death penalty for cases of theft, kidnaping or rape followed by murder. However, it would violate the fundamental right to life, an unamendable clause. In his opinion, the Justice Celso de Mello emphasized

³ It should be emphasized that the exclusion of the republic interrupts a long process of its constitutional protection. At that time, the constituents preferred to delegate to the popular will the definition regarding the form of government, republic or constitutional monarchy, according to the plebiscite of art. 2º on the Transitory Provisions

⁴ There are some previous rulings from the STF indicating that it would assume the competence of judicial review of constitutional amendments: *habeas corpus* nº 18.178; *writ of mandamus* nº 20.257.

that the 1988 Constitution does not allow for the abstract preventive judicial review, that is, provisions still in the process of approval. However, it should be noticed that Celso de Mello pushed forward the argument to make it clear that promulgated constitutional amendments would not be excluded from judicial review for violating petrified clauses.

From 1993, the STF starts to directly address the questioning of the constitutionality of promulgated constitutional amendments. The first judgment on the subject occurred in the appreciation of ADI's n^{os}. 829, 830 and 833, decided jointly on 14/04/1993 and under the report of Justice Moreira Alves.

When analyzing the opinions of the Justices in those cases, it is noticed that there was no reference to the fact that the object of the unconstitutionality was a constitutional amendment. This discussion appeared only when the rapporteur started his vote stating that "there is no doubt that, in the face of our constitutional system, this court is competent, in diffuse or concentrated control, to examine the constitutionality of constitutional amendment - as it happens in the case - impugned by violating explicit or implicit petrified clauses". The other Justices followed the rapporteur's opinion to rule out the unconstitutionality of the amendment without giving further arguments about the competence of the STF to control constitutional reforms in comparison to judicial review of ordinary law.

In the judgment of the precautionary measure from the ADI n^o 926, the Justice Celso de Mello made the following statement: "We must not lose sight of the fact that constitutional amendments may also be incompatible with the text of the Constitution. Constitution to which they adhere, hence, their full judicial enforcement, especially in view of the thematic core protected by the immutability clause inscribed in art. art. 60, § 4^o". Based on the fundamental right character of the tax annual legal authorization,⁵ the STF accepted the precautionary suspension of a constitutional amendment for the first time since the enactment of the 1988 Constitution.

It was only in the judgment of the ADI n^o 939 that the STF struck down a constitutional amendment from the legal system. It was stated in the ruling: "1 - A constitutional amendment, emanating, therefore, from a derived constituent power, affecting a violation of the original Constitution, can be declared unconstitutional by the STF, whose primary function is to protect the Constitution."

These first rulings on judicial review of constitutional amendments demonstrate how the STF justified judicial intervention in the amending power. From these cases, it is possible to note that there was no discussion among the Justices about the non-assumption of this competence. The competence

⁵ Tax payment cannot be required before one year of the law authorization.

of judicial review of constitutional amendments arose from a syllogistic reasoning between the following premises: a) major premise: petrified clauses are constitutional provisions imposing limits to provisions from the amending power; b) minor premise: constitutional amendments are provisions limited by petrified clauses; c) conclusion: as it happens with any constitutional provision, the violation of petrified clauses by an amendment entails judicial review of the amendment. This interpretation by the STF will guide the decisions to subsequent cases.

Furthermore, the presence of a specific list of petrified clauses is not a sufficient limit to the amending power in the Brazilian Constitution because the unamendable clause “fundamental rights” contains infinite possibilities in its content once the Brazilian Constitution states that the list of fundamental rights is not closed to those already inscribed in the constitutional text, since new ones can be recognized (art. 5º, § 2º). In the judgment of the ADI nº 929 and 939 the STF recognized tax annual legal authorization as an implicit fundamental right. Therefore, the STF assumed to itself the competence of substantive judicial review of constitutional amendments notwithstanding any explicit constitutional provision allowing it. The Court did it by the argument of petrified clauses protection.

CONCLUDING REMARKS

When constitutional amendments are subject to judicial review, each constitution ends up revealing the way it handles the tension between constitutionalism and democracy (VIEIRA, 1997, p. 56). On the one hand, the denial of the judicial review of constitutional amendments, on the grounds of respect for the popular sovereignty of the reform act, provokes the judicial deprotection of the unamendable clauses (when that judicial review lacks, it leaves the power of reform free to even replace the constitution). On the other hand, the existence of this control has the possibility to strike down the constitutional amendment to protect the unamendable clauses established by the original constituent power (in the absence of unamendable clauses, the judicial interpretation may create implicit restrictions). These hypotheses thus reveal a dispute over popular sovereignty between the amendment and the unamendable clauses.

Colombia and Brazil have assumed substantive judicial review of constitutional amendments by means of judicial interpretation. The first one did it with reference to an implicit constitutional identity that is not available to be replaced by the derived constituent power. On the other hand, the Brazilian case differs because of the explicit petrified clauses imposing limits to amending power. Those clauses are protected by the STF in judicial review.

Despite the difference between Colombia and Brazil, both judicial review systems recognize implicit limits to the derived constituent power. First, because the Colombian Constitution does not have a list of unamendable clauses, the Constitutional Court is free to select them. Second, because the Brazilian Constitution allows for implicit new fundamental rights and therefore petrified clauses.

However, this opened inalterability is questionable from the democratic point of view, since it puts great competences in the hands of the Courts. Furthermore, this broad judicial reasoning tends to constrain the democratic potentiality present in the deliberation of the constitutional amendment. Even though the amendment can override a decision from the Court, this new amendment can be subject of a new judicial review. In this process, there is a prevalence of judicial decisions instead of amendments because the new judgment should follow the previous one, as a requirement of coherence in courts.

BIBLIOGRAPHY

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n° 2, 2013.

BRANDAO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e aplicação do art. 60 n. 4., IV da CF/88. *Revista eletrônica de direito do Estado*, Número 10, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n° 18.178. DJ: 1º/10/26.

_____. _____. Mandado de segurança n° 20.257. DJ: 8/10/80.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 466. DJ: 03/04/1991. Available in: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1516306>.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 829, 830 e 833. DJ: 14/03/1993. Available in: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1555634>.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 926. DJ: 02/03/1994. Available in: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1570889>.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 929. DJ: 03/12/2015. Available in: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1570918>.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 939. DJ: 15/12/1993. Available in: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1571506>.

BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, 1999.

CAJAS, Mario. La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. Cali, *Revista Precedente*, 2004.

CELEMIN, Andrea. Democracia, control horizontal y procedimiento legislativo, analisis desde el ordenamento jurídico colombiano. Tesis doctoral, Universidad de los Andes, 2016. Disponible en: <https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/8805.pdf>

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-551/03. Bogotá, 9 de julio de 2003. Available in: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

_____. _____. Sentencia C-970/05. Bogotá, 7 de octubre de 2004. Available in: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>.

_____. _____. Sentencia C-1040/05. Bogotá, 9 de julio de 2003. Available in: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

_____. _____. Sentencia C-153/07. Bogotá, 7 de marzo de 2007. Available in: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-153-07.htm>

_____. _____. Sentencia C-373/16. Bogotá, 13 de julio de 2016, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-373-16.htm>

COSTA E SILVA, Gustavo Just. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, 1995.

GARCÍA, Eloy. La sustitución de la constitución en el derecho constitucional colombiano. *UNED - Revista de Derecho Político*, nº 95, 2016.

GARCIA, Santiago; GNECCO, Francisco. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*. Universitas, Bogotá, No 133, 2016.

GOZLER, Kemal. *Judicial Review of Constitutional amendments*. Ekin Press, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

JARAMILLO, Juan Esteban. La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43 No 118, 2013.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México, UNAM, 1974.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Porrúa, 2009.

LOPEZ, Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, Legis, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, v. 17, nº 3, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Fossilised Constitution? *Ratio Juris*, v. 17, nº 4, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, nº 42, 1997.

CAPÍTULO 9

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E *BACKLASH* NO PROCESSO PENAL: UMA RESPOSTA DEMOCRÁTICA AO SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO OU UMA AMEAÇA A DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Maria Teresa Vasconcelos

RESUMO: O *backlash* é um tema que traz diversas preocupações no âmbito da teoria constitucional e da interpretação jurídica. O constitucionalismo democrático de Post e Siegel indica importantes potenciais construtivos do fenômeno, já que possibilitaria uma resposta democrática ao significado da Constituição. Considera-se, contudo, o risco de que reações conservadoras possam contribuir para o desrespeito a garantias e direitos fundamentais, em especial no âmbito processual penal. Com tal preocupação, o trabalho analisa esse fenômeno e as influências na interpretação de normas constitucionais que tratam dessa matéria. Para tanto, fez-se um levantamento bibliográfico sobre *backlash* e constitucionalismo democrático, em especial obras dos Estados Unidos, tendo em vista que essas noções e terminologias se desenvolveram inicialmente lá. O texto analisa, ainda, como o fenômeno se dá no contexto brasileiro, levando em conta a existência de uma criminologia midiática. Primeiramente, aborda o *backlash* a partir da corrente do constitucionalismo democrático. Em um segundo momento, analisa a influência pública no processo decisório dos juízes. Ainda, trata da questão sobre as normas processuais penais, com destaque para o papel da criminologia midiática na criação de uma sede punitivista na população. A análise leva a concluir que, apesar de se reconhecerem os efeitos positivos do *backlash* no âmbito do constitucionalismo democrático, devem ser feitas ressalvas e considerada a necessidade de cautela na influência da opinião popular nas questões processuais penais. Isso porque, uma supressão de direitos e garantias fundamentais leva a um processo penal não democrático, incompatível com um projeto democrático de interpretação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: *backlash* - constitucionalismo democrático - criminologia midiática - direitos fundamentais - processo penal

1. INTRODUÇÃO

O significado dado à Constituição de um país sempre gera grande debate e controvérsia. Afinal, com a interpretação normalmente atribuída às cortes superiores, resta a questão de como fica o papel da população e da influência da opinião pública nesse processo. Uma das correntes sobre o tema é a do constitucionalismo democrático, cuja importância está na visão peculiar que fornece para o chamado *backlash*.

Esse fenômeno corresponde a uma reação contrária por parte da população a uma alteração social, política, ou a uma decisão paradigmática por parte do Judiciário, esta última, objeto deste trabalho. Diferentemente de outras correntes, o constitucionalismo democrático não vê com receio o *backlash*. Pelo contrário, entende que haveria uma série de benefícios subestimados do fenômeno, e que teria sido dado excessivo destaque para os seus pontos negativos.

A partir da linha do constitucionalismo democrático, o *backlash* possibilitaria uma resposta democrática ao significado da Constituição. A população, mesmo quando discorda de determinada decisão da Corte Suprema, acabaria reforçando a legitimidade democrática da Constituição ao reconhecê-la como a sua Lei Maior.

O grande problema é quando se trata de uma opinião popular que é contrária a direitos e garantias fundamentais. Trata-se de algo frequente no contexto do *backlash*. Tendo isso em vista, coloca-se a questão sob o ponto de vista do processo penal. Decisões relativas a interpretação constitucional de dispositivos que atingem diretamente o processo penal costumam interessar a opinião pública. Como exemplo, será trazido o HC 126.292, a partir do qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ser o de que o cumprimento da pena já pode iniciar com a confirmação da condenação em segundo grau, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Muitas vezes, a opinião pública parece representar uma sede punitivista que, se acatada pelos tribunais, em especial pelas cortes superiores, seria incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Por isso, este trabalho pretende analisar o fenômeno do *backlash* a partir da corrente do constitucionalismo democrático, no âmbito do processo penal. O objetivo é procurar verificar como uma resposta democrática ao significado da Constituição poderia ser compatibilizada com um respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em especial daqueles que são indiciados ou réus em um processo criminal.

A metodologia utilizada será a de levantamento bibliográfico sobre o assunto, em especial da doutrina estadunidense. Isso porque, a conceituação e análise das noções tanto de *backlash*, quanto de constitucionalismo democrático, se deram com especial rigor nos Estados Unidos. Em um segundo momento, quando a questão se voltar ao processo penal, o foco principal será o contexto brasileiro, procurando verificar como o fenômeno pode ser observado em relação à opinião pública e o Judiciário nacional, principalmente no que diz respeito à interpretação da Constituição pelo STF.

2. O FENÔMENO DO *BACKLASH* A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

O fenômeno do *backlash* é tratado por Robert Post e Reva Siegel sob a perspectiva do constitucionalismo democrático, em seu texto *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*.¹ Os autores fazem reflexões sobre o papel do *backlash* nas decisões das cortes constitucionais, com foco na Suprema Corte dos Estados Unidos. Eles partem do caso *Roe vs. Wade*, no qual foi reconhecido o direito ao aborto nos Estados Unidos, em 1973.²

O caso teve forte repercussão no país, gerando discussões entre aqueles que defendiam o direito à liberdade da mulher sobre o próprio corpo e os que possuíam uma visão pró-vida, contrária ao aborto. Nesse contexto, discute-se o papel do fenômeno conhecido como *backlash*³, que, como mencionado linhas acima, significa um sentimento forte de um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política.⁴

A confiança na interpretação da Constituição no âmbito do Judiciário foi se alterando com o passar do tempo. As Cortes já foram consideradas espaços privilegiados de difusão da razão humana. Mais recentemente, contudo, essa confiança começou a estremecer e opiniões se dividiram. Alguns progressistas, seguindo a ideia do constitucionalismo popular, afirmaram que a Constituição deveria ser tirada das cortes e devolvida às pessoas. Já outros focaram sua preocupação na necessidade de cautela judicial, em uma perspectiva minimalista. Um dos motivos para esse cenário é o fato de que os progressistas passaram a temer um Judiciário assertivo que pudesse provocar um *backlash* cultural e político que acabaria prejudicando mais do que reforçando os valores progressistas.⁵

O receio é de que, quando a questão é levada ao Judiciário, isso poderia causar um *backlash* do tipo que atribuem ao caso *Roe vs. Wade*, considerado o início do *New Right*. Com medo do forte contra-ataque conservador, os progressistas consideraram que a melhor tática seria não tomar atitudes que pudessem gerar “ressentimentos populistas”.⁶

No contexto da teoria constitucional, o *backlash* é compreendido como essa resposta, repercussão ou reação contrária e forte a decisões judiciais que

¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em 9 mar. 2017.

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³ Para não prejudicar o seu significado, será utilizada a palavra *backlash* como está presente nos textos em inglês que abordam o fenômeno.

⁴ BACKLASH. In: Cambridge Dictionary. Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 1.

⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 2.

ção significado às normas previstas na Constituição. Elas ocorrem quando a sociedade questiona a interpretação realizada pelo Poder Judiciário. No Brasil, isso seria verificado em relação às decisões do STF, especialmente nos casos de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.⁷

Em relação à opinião popular, Post e Siegel entendem que o pêndulo teria ido de um extremo a outro, de uma excessiva confiança para uma excessiva desconfiança nas cortes. Segundo eles, o constitucionalismo democrático traria uma descrição mais realista de como as cortes funcionam na democracia estadunidense. Nesse sentido, a discordância na interpretação seria algo normal para o desenvolvimento do direito constitucional.⁸

Historicamente, os americanos se mobilizaram contra e a favor dos esforços do Judiciário em fazer cumprir a Constituição. Algumas vezes as cortes exercem uma argumentação resistindo, e outras vezes respondendo às reivindicações populares no que diz respeito a questões constitucionais. Para Post e Siegel, ao se criticar uma decisão com o argumento de que ela seria contrária à Constituição, revela-se uma identificação normativa com ela. Assim, até mesmo resistir à interpretação que está sendo dada acabaria reforçando a legitimidade democrática da Constituição.⁹

A partir dessa visão, o constitucionalismo democrático traria uma nova noção do potencial construtivo dos efeitos do *backlash*. Esse fenômeno coloca em xeque a ideia de que os cidadãos deveriam consentir com as decisões judiciais que traduzem uma suposta legalidade desinteressada.¹⁰ No sentido de uma Constituição sensível democraticamente, o *backlash* seria uma reação à autoridade autônoma do direito constitucional. Questiona, o constitucionalismo democrático, a concepção de que os cidadãos deveriam, sem protesto, acatar os julgamentos constitucionais realizados por profissionais da área.¹¹

Os juízes costumam afirmar a autoridade dos seus julgamentos constitucionais invocando a distinção entre direito e política. A preocupação é a de que, se os juízes cedessem às pressões políticas, poderia haver uma perda de confiança na autoridade das cortes em declarar o significado da Constituição.¹²

Segundo Luigi Ferrajoli, contudo, a crítica pública teria uma natureza essencial nesse processo. O juiz deveria se expor constantemente a ela, de maneira a assumir o ponto de vista externo da população desprovida de poder.

⁷ KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: José Geraldo de Souza Júnior, et all. (Org.). *O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina*. Vol. 7. Brasília: UnB, 2015, 198-199.

⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 2.

⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 3.

¹⁰ Nesse sentido: KOZICKI, Katya. Obra citada, p. 198-199.

¹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 3.

¹² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 3.

Um controle público sobre a atividade dos juizes seria feito a partir de discussão e crítica informada, tendo em vista a existência de verdades diversas e contrastantes que rompem com a noção de um tecnicismo puro e neutralidade completa do Judiciário.¹³

Post e Siegel, apesar de reconhecerem os custos do *backlash*, afirmam que existem benefícios subestimados desse fenômeno. Na perspectiva do constitucionalismo democrático, ele poderia reforçar a legitimidade democrática da interpretação constitucional. Discordam de autores como Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sunstein¹⁴ que, segundo Post e Siegel, acabariam valorizando demais os custos do fenômeno e subestimando seus pontos positivos.¹⁵

Interpretações de normas em aberto costumam envolver expressões de valores nacionais, como liberdade, dignidade, igualdade, fé ou família, estabelecendo um significado que Robert Cover denominou “nomos”. Isso expressaria uma identidade nacional não homogênea, já que os americanos discordam em relação a valores e ideias sobre o que seria uma boa sociedade. Essa diversidade pode ser percebida em discussões sobre ações afirmativas, aborto e ensino religioso nas escolas, por exemplo. As decisões judiciais que abordam essas questões costumam provocar resistência da população, já que são assuntos em que as pessoas se envolvem com fervor.¹⁶

Normas em aberto estão ligadas, por exemplo, ao que Ferrajoli denomina de direitos de liberdade e direitos sociais. Enquanto os primeiros seriam as prestações negativas e vedações legais, os segundos seriam as prestações positivas e obrigações do Estado. Seriam duas categorias abertas: nos direitos de liberdade, os conteúdos não seriam pré-determinados, apenas seus limites; já os direitos sociais teriam seus limites pré-determinados, mas não seus conteúdos.¹⁷

O fato de o seu conteúdo ou limite não ser determinado previamente, abre espaço para sua interpretação de acordo com o momento e as necessidades atuais no contexto político e social do país. Nesse sentido, tratando-se de temas em que a população tem um interesse direto, muitas vezes a opinião popular se faz presente com muita força.

É importante fazer a ressalva de que a opinião popular costuma ser fortemente orientada no sentido daquilo que é veiculado pelos meios de comunicação social de massa. Quando se trata de assunto relativo ao campo penal, por

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, 555-556.

¹⁴ Sunstein adota uma perspectiva de minimalismo. Para ele, os tribunais deveriam deixar de julgar certos temas que pudessem provocar *backlash*, de modo a preservar um respeito mútuo. In: SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 1999.

¹⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 4-5.

¹⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 7.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 842-843.

exemplo, as opiniões não se esgotam na criminologia acadêmica. A chamada criminologia midiática se volta para uma construção da realidade elaborada pelos meios de comunicação que produzem uma série de discursos.¹⁸ As discordâncias entre essas ideias, principalmente em nações heterogêneas como a estadunidense e a brasileira, sempre estão presentes.

O constitucionalismo democrático de Post e Siegel é um modelo de entendimento de aplicação da Constituição em condições de controvérsia entre a população. A partir dele, destaca-se tanto o papel do governo representativo e dos cidadãos engajados, como o papel das cortes de utilizar uma racionalidade jurídica para interpretar a Constituição.¹⁹

O constitucionalismo democrático não tem como objetivo distanciar a Constituição do Judiciário. Ele reconhece seu papel fundamental na aplicação de direitos constitucionais na política americana. Contudo, considera o papel fundamental que o engajamento popular teria na orientação e legitimação do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, julgamentos constitucionais realizados a partir de uma racionalidade técnica-jurídica só teriam legitimidade democrática se essa tivesse como norte os valores e ideais da população.²⁰

Ainda na corrente do constitucionalismo democrático, mas com outro enfoque, Jack M. Balkin desenvolveu a ideia de fé e redenção constitucional. Para ele, a legitimidade da Constituição dependeria da fé da população no projeto constitucional e na possibilidade da existência de uma redenção futura. Balkin entende que a Constituição não corresponde a um projeto perfeito e acabado. Pelo contrário, ele defende que “precisamos de uma narrativa de redenção porque todas as constituições são acordos com compromissos infernais, defeituosos e imperfeitos com a constelação política do momento [...] garantias que muitas vezes não são garantidas na prática e que talvez nunca sejam concretizadas”.²¹

Se nossa Constituição é falha, questiona-se a razão de a sociedade continuar engajada na promoção dos seus objetivos. Para Balkin, a resposta estaria na fé em um projeto político transgeracional. Na fé de que a Constituição, futuramente, terá seus erros redimidos, para que readquira o sentido do projeto constitucional pensado.²²

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, 26.

¹⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 7.

²⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 7.

²¹ Tradução livre de: “*We need a narrative of redemption because all constitutions are agreements with hell, flawed, imperfect compromises with the political constellation of the moment [...] guarantees that often are not guaranteed in practice and that may never be realized at all.*” In: BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Harvard University Press, 2011, 6.

²² BALKIN, Jack M. Obra citada, p. 6.

De acordo com o constitucionalismo democrático, o *backlash* seria uma das várias formas de contestação das normas na qual a população busca influenciar o conteúdo do direito constitucional. O constitucionalismo democrático permitiria a compreensão de como a Constituição poderia continuar a inspirar lealdade e comprometimento apesar das divergências. Contudo, o problema seria que a integridade do direito constitucional estaria justamente em sua independência em relação à influência política. A legalidade estaria construída justamente na distinção entre direito e política.²³

Nesse contexto, deve-se pensar nos possíveis eventos ou decisões judiciais que provocam o fenômeno. A palavra *backlash* é associada a efeitos contra-prodcentes, indesejáveis. Seu significado surgiu para tratar dos casos em que havia forças contrárias desencadeadas por ameaças de mudanças no *status quo*. A preocupação é que as decisões judiciais, como no caso *Roe vs. Wade*, tenham gerado um tipo de *backlash* que enfraquece a Suprema Corte.²⁴

No estudo da teoria constitucional, pode-se pensar o *backlash* como uma reação contrária a decisões judiciais que visam dar sentido às normas constitucionais. Há um questionamento por parte da sociedade em relação à interpretação realizada pelo Judiciário. Seria um engajamento popular que, segundo Katya Kozicki, pode contribuir para o fortalecimento do princípio democrático.²⁵

O constitucionalismo democrático aborda esse fenômeno não somente a partir da perspectiva das cortes, mas também do ponto de vista da ordem constitucional como um todo. Os cidadãos engajados com o *backlash* pressionam as autoridades para que afirmem o que eles consideram ser o entendimento correto da Constituição. Por outro lado, a doutrina jurídica tradicional seria 'juriscêntrica', entendendo o *backlash* como um impedimento para os esforços judiciais de dar forma legal aos valores constitucionais.²⁶

A preocupação com o fato de os juízes interpretarem a Constituição visando evitar controvérsia reflete principalmente o receio de um ativismo da direita conservadora. Existia uma apreensão em relação aos casos em que há uma opinião dominante conservadora, como consideram ter ocorrido no *backlash* relativo ao caso *Roe*.²⁷

O receio em relação a esse ativismo conservador se mostra especialmente importante quando estão em jogo direitos fundamentais relativos à liberdade do indivíduo. Aí entram as questões constitucionais relativas ao processo penal.

²³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 11-12.

²⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 16-18.

²⁵ KOZICKI, Katya. Obra citada, p. 199.

²⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 18.

²⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Obra citada, p. 36.

Quando se foca na realidade brasileira, pode-se facilmente perceber que o processo penal no país se tornou assunto recorrente na mídia, invadindo ambientes para além das fronteiras jurídicas. Desde a Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, conhecida como Mensalão, posteriormente com a Operação Lava Jato, percebe-se um engajamento popular apoiando um enrijecimento das normas penais e processuais penais, que visaria evitar uma suposta impunidade em massa, em especial nos crimes de corrupção.

Nesses casos, o que se questiona é se a vontade do que aparentaria ser a maior parte da população poderia prevalecer. Afinal, um processo penal constitucional não parece estar de acordo com uma sede punitivista de parcela da sociedade.

3. OS JUÍZES DEVEM SE IMPORTAR COM A OPINIÃO PÚBLICA PARA DECIDIR?

É importante analisar qual seria o papel dos magistrados em relação a casos em que a opinião pública se faz presente com certa força, como vem ocorrendo em investigações e ações penais.

Cass R. Sunstein faz uma análise sobre a discussão relativa à necessidade ou não de os juízes levarem em consideração um possível descontentamento da população em relação às suas decisões. Em um primeiro momento, seria possível imaginar que uma antecipação pelo magistrado, de uma possível indignação popular, seria incompatível com a independência do Poder Judiciário.²⁸

Contudo, a perspectiva de descontentamento da população poderia indicar que os magistrados estariam decidindo equivocadamente. Afinal, se a maior parte das pessoas discorda dos juízes, talvez eles estejam errados. O que poderia prejudicar esse raciocínio seria se as pessoas tivessem um preconceito arraigado ou se essa indignação popular fosse fruto de uma “cascata” de informações ou noções morais ou legais.²⁹

No contexto da justificativa do porquê a opinião pública deve influenciar a forma como os juízes decidem, Sunstein traz duas perspectivas: uma consequentialista e outra epistêmica. Pela primeira, o raciocínio é o de que, se um julgamento pode gerar consequências desastrosas, os juízes devem considerar esses efeitos no momento de decidir. Já a segunda perspectiva parte do princípio de que os juízes nem sempre podem saber se estão corretos, inclusive quanto ao significado da Constituição. Por isso, as convicções populares

²⁸ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 1.

²⁹ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 1.

poderiam ser uma fonte de informação para os juízes confirmarem se estão corretos ou não.³⁰

Quando se aborda essa questão da influência das consequências na decisão do magistrado, é importante considerar as ideias de Hart, Dworkin e MacCormick. Enquanto Hart deixou nas mãos do juiz o poder discricionário em relação a indeterminação da norma, Dworkin fez a construção dos princípios para a solução dos chamados *hard cases*. MacCormick, por outro lado, parece ter seguido um caminho intermediário, de modo que argumentos consequencialistas fossem utilizados de forma residual.

A teoria de Hart parte da ideia de um poder discricionário em relação à indeterminação da norma. O juiz supre a lacuna da norma a partir desse poder discricionário. Aqui entra sua noção de textura aberta do direito. A linguagem muitas vezes deixa uma série de dúvidas na aplicação das normas, e classificações gerais trazem incerteza. Além disso, o legislador não poderia conhecer previamente todas as possibilidades futuras. Por isso, segundo Hart, a textura aberta do direito deixaria questões para serem desenvolvidas nos tribunais, equilibrando os interesses conflitantes em cada caso.³¹

Já Dworkin, embora considere que os juízes não devem ignorar as consequências de suas decisões, faz a ressalva de que apenas poderiam leva-las em consideração se guiados por princípios. Esses princípios auxiliariam os juízes a verificar que consequências seriam pertinentes e como elas poderiam ser avaliadas e, eventualmente, consideradas. O critério não seria, portanto, o das preferências políticas ou pessoais do magistrado.³²

MacCormick, apesar de entender que os magistrados não deveriam se posicionar em casos de controvérsia política, afirma que “a lei conforme administrada nos tribunais deveria exibir coerência de princípios [...] e, na medida em que uma sociedade tenha [...] certos valores compartilhados, a despeito de diferenças político-partidárias e preferências pessoais [...] deveriam se concretizar em suas leis”.³³ Para ele, a argumentação consequencialista seria um dos critérios na solução de casos.

Entre os pontos contrários a essa consideração da opinião popular está o fato de que, se a população discorda de uma lei, sua resposta poderia estar na alteração da legislação através das vias democráticas. Além disso, deixar de julgar um caso temendo a indignação popular poderia levar a uma excessiva “timidez judicial”.³⁴

³⁰ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 4.

³¹ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, p. 137-148.

³² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 148.

³³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 243.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 4.

Aqui surge um especial problema em relação à concretização de direitos e garantias fundamentais. Um Judiciário que pretendesse ser mais democrático ao responder a apelos da sociedade na interpretação da Constituição, deixando de julgar determinadas matérias³⁵, pode acabar sendo negligente e descumprindo justamente as premissas de um Estado Democrático de Direito, deixando uma parcela da população sem proteção jurídica.

Ao se examinarem os argumentos epistêmicos que evidenciam a importância da consideração da opinião pública no processo decisórios dos magistrados, pode-se refletir sobre algumas premissas de um constitucionalismo popular. A noção de que um número grande de indivíduos teria maior probabilidade de estar correto no entendimento de como a Constituição deve ser interpretada está ligada à ideia da “sabedoria das multidões”.³⁶ Contudo, as multidões podem não ser muito sábias, em especial quando se trata da construção do significado constitucional.³⁷

Sobre os processos decisórios, dentro da classificação proposta por Sunstein, se os juízes são consequencialistas, ainda haveria a questão sobre a exatidão da previsão das consequências que seriam causadas por suas decisões. Levando-se em conta, porém, que eles teriam confiança total nessa previsão, seria feita a consideração dos efeitos prováveis do descontentamento popular como parte de sua análise das consequências das decisões que eles podem tomar. Já os epistêmicos ponderariam que as fortes convicções da população mereceriam atenção, principalmente nos julgamentos de moralidade política e de fatos pertinentes para a questão constitucional em jogo.³⁸

Contudo, a perspectiva epistêmica deveria ser afastada quando um viés já sistematizado na sociedade tem grandes chances de afetar os julgamentos realizados pela população ou, ainda, se muitas pessoas fazem parte de uma “cascata” de repasse de informações, por exemplo. Por isso, Sunstein entende que a justificativa epistêmica seria frágil em alguns casos, enquanto a consequencialista poderia levar a virtudes “passivas” em uma maneira minimalista de decidir.³⁹

Ainda segundo Sunstein, na maioria dos casos, a indignação popular seria irrelevante. Contudo, em algumas situações, juízes teriam legitimidade para ter

³⁵ Aqui vale a mesma crítica, mas em relação ao ativismo judiciário conservador, quando se trata de questões processuais penais, por exemplo.

³⁶ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 6.

³⁷ Em relação à sabedoria das multidões, quando se trata de questões penais, é importante refletir sobre o papel da criminologia midiática, que ainda será abordada.

³⁸ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 60.

³⁹ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 60.

o descontentamento popular em consideração por conta e na medida da importância dessas consequências, além do porquê e na medida em que a indignação fornecesse informações a respeito da adequada interpretação constitucional.⁴⁰

Um dos juízes que seria adepto da ideia de que a interpretação da Constituição dependeria das consequências, no sentido de levá-las em consideração quando se pensasse na forma de decidir, é o juiz Richard A. Posner.

Posner, além de magistrado, é também Professor na Universidade de Chicago e já escreveu sobre como se dá o processo decisório dos juízes. Em relação ao papel que o juiz tem na criação do direito, Posner afirma que, pelo fato de as decisões legalistas não conseguirem fornecer respostas aceitáveis em todos os casos, os juízes utilizam outras fontes de julgamento, incluindo opiniões políticas.⁴¹

Nesse sentido, pode-se observar que, no processo de criação do direito conduzido pelo Judiciário, outras fontes acabam sendo utilizadas em julgamentos, inclusive políticas. Haveria espaço para a influência desempenhada pelo *backlash*. Indica também mais uma descaracterização da ideia de separação estanque entre direito e política, que impediria a contaminação por questões externas de cunho político e a parcialidade das cortes.

Ainda, é importante refletir sobre o fato de que nem sempre o juiz tem consciência dessa influência externa (ou mesmo de suas convicções próprias) no seu julgamento. O magistrado pode trazer nuances políticas na sua decisão sem ter essa pretensão, ou mesmo sem perceber. Isso pode ocorrer em especial nos casos em que há um espaço de indeterminação legal.⁴²

Quando se pensa na perspectiva de um constitucionalismo democrático e da influência do *backlash*, deve-se ressaltar que o juiz, quando vai levar em consideração ou não a opinião pública, age como um “legislador ocasional”. No *common law* isso seria ainda mais evidente, já que o direito deriva mais diretamente da criação judicial. Contudo, mesmo no sistema de *civil law* não se pode negar a existência de espaços de criatividade para o juiz. É nesses espaços que as influências políticas podem acabar permeando a sua atividade decisória.

Nesse contexto, Posner⁴³ trata das restrições externas ao julgamento. Para ele, os juízes seriam constrangidos por preocupações em relação a sua reputação entre as pessoas que ele respeita, além das ideias relativas ao “jogo judicial” internalizadas por eles. Posner ainda faz uma distinção entre essa influência externa nos sistemas de *common law* e aqueles em que existe a figura dos juízes

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017, p. 62.

⁴¹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 9.

⁴² POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 79.

⁴³ Importante destacar que o autor também possui contribuições no estudo do pragmatismo, o que se relaciona diretamente com a sua teoria sobre o processo decisório dos juízes. Ver: POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University Press, 2003.

de carreira. Um juiz eleito para um mandato de curto tempo e que deve ser reeleito para continuar em seu cargo acabaria tendo maior sensibilidade e atenção à opinião pública do que um juiz de carreira que tem seu cargo garantido e não necessita ser reeleito (ou mesmo eleito).⁴⁴

Essa necessidade de agradar para conseguir ser reeleito faria com que houvesse uma tendência de orientar suas decisões em uma via intermediária, de forma a desagradar um número menor de pessoas⁴⁵ (e provavelmente evitar um *backlash*). Contudo, as áreas mais específicas acabam comumente sendo “sistematicamente assimétricas”, o que levaria um Judiciário eleito a ter grandes chances de atuar com um *systematic bias*⁴⁶ (viés sistemático), ou seja, uma tendência para apoiar resultados específicos.

Para Ferrajoli, quando a responsabilidade política dos magistrados é colocada em um sistema de juízes eleitos, a sanção da não reeleição por falta de confiança popular poderia ser perigosa quando o tema é a tutela dos direitos fundamentais daqueles que estão sendo julgados.⁴⁷ Algo extremamente preocupante quando se pensa na área penal e em um possível descontentamento popular com decisões que, respeitando princípios constitucionais como a presunção de inocência, viessem a contrariar um desejo de grande parte da população de acabar com uma suposta impunidade.

Ainda, quando se trata de *backlash*, pode-se pensar também naquele gerado em um setor restrito da sociedade, mas que muitas vezes ainda é percebido e tem certo grau de relevância política. A comunidade acadêmica é um bom exemplo dessa faceta do fenômeno manifestada em setores especializados. Pode-se pensar em um *backlash* restrito e essencialmente promovido por pessoas envolvidas com o ambiente acadêmico no caso que envolve a Lei de Anistia (ADPF nº153) e nas reações predominantemente acadêmicas sobre o que consideram abusos praticados no âmbito da Operação Lava Jato, por exemplo.

Em relação às repercussões do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, pode-se pensar em um *backlash* no âmbito acadêmico. Essa decisão colocou obstáculos para qualquer pretensão de se investigar ou punir pelos abusos praticados pelos agentes de Estado no período ditatorial. A ADPF nº 153, protocolada no STF em 2008, questionava a anistia concedida aos agentes políticos, civis e militares. Ela foi julgada improcedente em 2010.

Como afirma Katya Kozicki, a princípio, essa decisão do STF teria posto fim às divergências de interpretação da Lei de Anistia. Contudo, felizmente, isso

⁴⁴ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 125, 133, 135.

⁴⁵ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 136-137.

⁴⁶ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 136.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 548.

não ocorreu. Houve uma forte reação contrária por parte de vários segmentos da sociedade em relação a essa decisão, consistindo em um verdadeiro *backlash*. Nesse contexto, foi simbólico o envio do projeto de lei (PL nº 7.376/2010) pelo Governo ao Congresso Nacional logo após o julgamento da ADPF nº 153. Um de seus objetivos era a criação da Comissão Nacional da Verdade, cuja atuação contribuiu para o crescimento da discussão desse tema.⁴⁸

Nesse sentido, Posner afirma que o constrangimento externo dirigido ao comportamento dos magistrados, mais compatível com um Judiciário independente, seria a crítica acadêmica, já que não é coercitiva. Teria potencial porque os juízes se importam com a sua reputação e gostariam de ser considerados bons na sua atividade e respeitados intelectualmente⁴⁹ (o que poderia ter menos valor quando a opinião pública está fortemente a seu favor, independentemente da acadêmica).

Posner faz a ressalva de que a crítica acadêmica também poderia não ter tanto efeito porque os juízes, apesar de quererem ter seu trabalho e competência reconhecidos, não se importariam tanto com o que os professores de direito pensam deles. Além disso, com exceção de julgamentos em que o magistrado parece virar protagonista e contar com apoio popular (como se observa no âmbito da Operação Jato), os juízes não recebem muita atenção como profissionais individualizados, exceto os Ministros das Cortes Superiores.⁵⁰

A Suprema Corte (no Brasil pode-se pensar no Superior Tribunal de Justiça e, principalmente, no Supremo Tribunal Federal) seria mais facilmente e fortemente constrangida pela opinião popular por conta de sua grande visibilidade e impacto de suas decisões.⁵¹ Um juiz de primeiro grau e até mesmo os tribunais locais podem passar, salvo casos específicos com forte cobertura midiática, sem tantas críticas e atenção popular em um julgamento polêmico. Os Ministros do STF provavelmente não.

4. O PROBLEMA EM RELAÇÃO ÀS QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIIS: A CRIMINOLOGIA MUDIÁTICA E A SEDE PUNITIVISTA

Nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, o STF reiterou a mudança de entendimento firmada no HC 126.292/SP em relação à possibilidade de execução da pena condenatória após decisão de segundo grau, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁴⁸ KOZICKI, Katya. Obra citada, p. 198-199.

⁴⁹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 204.

⁵⁰ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 205.

⁵¹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 274.

Trata-se de entendimento que fere o princípio de presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Um dos principais argumentos na defesa do novo entendimento do STF foi a necessidade de diminuição da impunidade supostamente causada pela protelação do cumprimento da pena gerada pelo número excessivo de recursos da defesa (uma preocupação de política criminal, não jurídica, frisa-se).

Nesse caso, apesar de ter ocorrido um descontentamento por parte do meio acadêmico (talvez um *backlash* concentrado nesse setor específico), não se percebeu um inconformismo geral por parte da população. Afinal, a vontade de punir causada pelo sentimento de impunidade e insegurança prevaleceu. Nos meios de comunicação, acredita-se que a mensagem principal foi: aqueles que não ‘pagam logo o que devem’, vão passar a pagar.

Aqui não se trata de um exemplo isolado para defender a falibilidade dos juízes e o descumprimento de direitos e garantias fundamentais. É somente uma das decisões judiciais no sentido de um autoritarismo conservador contrário aos direitos daqueles imputados criminalmente. A decisão chama a atenção, contudo, por ir expressamente contra um direito fundamental previsto na Constituição a partir de uma interpretação do STF, em que uma reação contrária pela maior parte da população não foi percebida.

Reascendem, aqui, os debates sobre garantismo penal. A teoria do garantismo foi adotada na Constituição de 1988. Tanto a contenção do poder criminalizante do Estado quanto o aumento da liberdade dos indivíduos foi buscada, procurando-se deixar de lado a ideia de um protagonismo penal. Trata-se de uma Constituição compatível com um direito penal mínimo⁵² e com um processo penal em que os direitos e garantias do indivíduo sejam respeitados.

Em relação ao poder complementar dos juízes, este deve ser considerado como uma capacidade legítima do Judiciário de densificar cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Contudo, em relação à matéria penal e processual penal, essa densificação deve ocorrer no sentido de uma interpretação em conformidade com o perfil garantista da Constituição Federal.⁵³

Ainda que o processo penal sob uma perspectiva completamente garantista seja algo utópico e que o princípio da presunção de inocência nunca tenha sido absoluto no sistema penal, o estabelecimento de parâmetros que visem à preservação das garantias processuais é sempre necessário. Afinal, deve-se evitar ao máximo que alguém seja considerado culpado antes que

⁵² BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. *O poder complementar dos juízes*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 64.

⁵³ BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. Obra citada, p. 168.

seu julgamento siga um trâmite legal que dê a possibilidade de ampla defesa para o acusado.⁵⁴

Ferrajoli denomina “responsabilidade social” a sujeição das decisões judiciais à crítica da opinião pública. Essa forma de responsabilização dos juízes requer, segundo ele, vários pressupostos. Entre eles, “a independência e a correção da informação judiciária por parte da imprensa”.⁵⁵ Nesse ponto, quando se trata da esfera penal, entra a questão da criminologia midiática.

A questão criminal, como afirma Zaffaroni, é sempre comentada. A maioria das pessoas crê possuir uma solução ou, ao menos, emitem suas opiniões. Estas costumeiramente estão no sentido de “julgamentos assertivos em tom sentenciador, emitidos pelos meios de comunicação de massa, estes às vezes nas mãos de grandes corporações transacionais, enredadas com outras que disputam o poder aos Estados, bastante impotentes, do mundo globalizado”.⁵⁶

As pessoas comuns viveriam no mundo da criminologia midiática. Elas normalmente não entram em contato com os trabalhos criminológicos acadêmicos. A sua visão da questão criminal costuma ser construída pelos meios de comunicação. Uma realidade criada por meio de informações que muitas vezes vinculam preconceitos e visões simplistas que não correspondem à realidade.⁵⁷

O chamado neopunitivismo (*New Punitiveness*) dos Estados Unidos, expandido devido à globalização, corresponde a um discurso atual da criminologia midiática. Nesse contexto, surgiram reações políticas direcionadas aos juízes garantistas. Muitos foram estigmatizados como inimigos, coniventes ou encobridores dos criminosos, responsáveis pela impunidade e insegurança devido à criminalidade.⁵⁸

Os juízes costumam ser o alvo predileto da criminologia midiática. Esta se aproveita e explora a situação quando, por exemplo, um ex-presidiário em liberdade provisória pratica um delito.⁵⁹ Isso, portanto, representa um grande risco quando se pensa na influência da opinião pública no processo decisório dos magistrados.

Como afirma Amilton Bueno de Carvalho, “o senso comum é agressivo: deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com

⁵⁴ CARVALHO, Alice Padilha de; LEMES, Jefferson; VASCONELOS, Maria Teresa. Um processo penal para o nosso “inimigo”, o “outro”. In: SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 208.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 554.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 5-6.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 193-194.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 173, 176, 195.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

menos benefícios no momento da execução penal”.⁶⁰ Existe uma dicotomia, muitas vezes travada entre algumas opiniões principalmente acadêmicas (mas não somente) e outras da sociedade mais sujeita à criminologia midiática: “de um lado, pessoas de boa fé e honestas, que buscam reduzir os danos daqueles que sofrem perseguição penal estatal; de outro, pessoas de boa fé e honestas, que atuam na perspectiva do aumento dos danos àqueles que respondem a processos penais”.⁶¹

A preocupação que surge aqui é em relação aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição em relação aos indiciados e réus em ações penais. Como afirma Ferrajoli:

“É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias”.⁶²

O sistema de garantias (entre elas, o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões) tem como objetivo diminuir os espaços de arbítrio. É o direito como sistema de proteção do débil.⁶³ No momento do crime, o débil é a vítima. A partir do momento em que foi realizada a denúncia, o débil passa a ser o réu na ação penal.

No Brasil, esse ‘débil’ é protegido pela Constituição, em especial em seu artigo 5º. Contudo, a questão que se põe é a necessidade da real efetivação desses direitos e garantias no processo penal. O papel do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado. Até mesmo porque, a independência do Judiciário e o fundamento da legitimidade da jurisdição está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais extraídos da Constituição.⁶⁴

Entre os direitos fundamentais, um dos mais relevantes no âmbito processual penal brasileiro é a presunção de inocência (tão mitigado pelo STF). Ele possui, ao menos na teoria, eficácia desde a fase pré-processual, influenciando

⁶⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 81.

⁶¹ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 10.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 865.

⁶³ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 57.

⁶⁴ LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

diretamente o tratamento que será dado ao imputado durante o processo. O imputado deve ser tratado partindo-se da ideia de que é inocente, de maneira a reduzirem-se as medidas que restrinjam seus direitos no âmbito processual.⁶⁵

A presunção de inocência impõe um dever de tratamento tanto em uma dimensão interna, quanto em uma dimensão externa ao processo. Na primeira, o principal deles diz respeito ao fato de que a incerteza deve levar, obrigatoriamente, à absolvição. Já a segunda, impõe que deve haver uma proteção contra o abuso na publicidade e na estigmatização antecipada do indiciado ou réu criminal.⁶⁶ O que rotineiramente não se verifica na prática, fruto da criminologia midiática mencionada.

Aqui não se nega a extrema relevância da opinião pública na construção e legitimação democrática das decisões judiciais e, em especial, da interpretação do significado da Constituição. Contudo, no que se refere ao processo penal, são diversas as circunstâncias e influências que podem levar a um desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

O constitucionalismo democrático é uma corrente interessante, já que não desconsidera o importante papel do Judiciário, mas também não cala uma resposta democrática por parte da sociedade. Contudo, deve existir cautela na influência que a opinião popular pode gerar nas decisões, de modo a não ferir os compromissos constitucionais a pretexto de responder aos anseios (muitas vezes punitivistas) da população.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *backlash*, aqui considerado como reações contrárias por parte da população a decisões do Judiciário, é um assunto que traz diversas preocupações no âmbito da teoria constitucional e da interpretação jurídica. Diferentemente de outras correntes, o constitucionalismo democrático de Post e Siegel indica importantes potenciais construtivos do fenômeno. Ele possibilitaria uma resposta democrática ao significado da Constituição, desmistificando a separação estanque entre o direito e política, e abrindo espaço à opinião pública sem, contudo, desconsiderar o relevante papel do Judiciário na interpretação da Constituição.

No minimalismo trabalhado por autores como Sunstein, que veem o *backlash* como algo que pode prejudicar o respeito mútuo, prefere-se um Judiciário menos assertivo em casos que envolvem questões políticas mais polêmicas. Por outro lado, o constitucionalismo democrático percebe no fenômeno uma possibilidade favorável a uma identificação da população com a

⁶⁵ LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92-93.

⁶⁶ LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

Constituição. Afinal, se existe um movimento para que seja dado determinado sentido ao texto, é porque o reconhecem como a sua Constituição.

Contudo, mesmo admitindo os pontos positivos do constitucionalismo democrático, a preocupação de que o *backlash* possa ser um empecilho para valores progressistas não é irrelevante. Mais do que isso, a preocupação de que reações conservadoras (punitivistas, no caso penal) possam contribuir para o desrespeito a garantias e direitos fundamentais deve estar presente.

Nesse contexto, o que se questiona é o nível de influência da opinião popular no processo decisório dos juízes. Isso porque, um Judiciário que deixe de julgar determinadas matérias ou, pelo contrário, que puna com maior gravidade e reduza garantias e direitos daqueles que estão sendo julgados, por exemplo, não parece ser compatível com um Estado Democrático de Direito.

A saída aqui, sem se pretender pôr um ponto final nessas complexas questões, pode ser um caminho intermediário. Ao mesmo tempo em que um Judiciário autoritário que ignora por completo a opinião pública parece incompatível com um Estado democrático, um Judiciário que permite que ela influencie no sentido de uma supressão de direitos e garantias, em especial na preocupação com os casos de normas constitucionais processuais penais, também seria antidemocrático.

No âmbito penal, a preocupação com o fato de a opinião pública divergente não gerar uma ‘solidariedade democrática’ existe, até mesmo se levarem-se em conta todos os efeitos nocivos da criminologia midiática. Os grandes meios de comunicação, dotados normalmente de interesses políticos, possuem enorme poder de influenciar e distorcer a opinião da população sobre as mais variadas questões criminais. Inclusive sobre discussões técnicas processuais penais, em que direitos fundamentais muitas vezes podem ser deixados de lado para curar, ou ao menos remediar, a sensação de impunidade sentida pela sociedade.

O Supremo Tribunal Federal já alterou seu entendimento para possibilitar o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desrespeitando o princípio - constitucional - da presunção de inocência (HC 126.292/SP, cujo entendimento foi confirmado nas ADCs 43 e 44). Em relação a essa decisão, apesar de reações acadêmicas e de muitos profissionais que atuam na área criminal, não se percebeu, da maior parte da população, qualquer descontentamento.

Tendo isso em vista, apesar de se considerarem os efeitos benéficos do *backlash* no âmbito do constitucionalismo democrático, se colocam ressalvas e a necessidade de cautela na influência da opinião popular, muitas vezes desprovida de qualquer alteridade, nas questões penais e processuais penais. Até mesmo porque, não se pode admitir supressão de direitos e garantias fundamentais sob pena de o discurso democrático contribuir para o surgimento de um processo penal não democrático.

REFERÊNCIAS

- BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Harvard University Press, 2011.
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. *O poder complementar dos juízes*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.
- CARVALHO, Alice Padilha de; LEMES, Jefferson; VASCONELOS, Maria Teresa. Um processo penal para o nosso “inimigo”, o “outro”. In: SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- _____. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.
- HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153*. In: José Geraldo de Souza Júnior, et all. (Org.). *O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina*. Vol. 7. Brasília: UnB, 2015.
- LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010.
- _____. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University Press, 2003.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em 9 mar. 2017.
- SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em 9 mar. 2017.
- _____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CAPÍTULO 10

UMA POTENCIAL CHAVE PARA A “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUINTE EXCLUSIVA ENQUANTO UMA EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO

*Deivide Júlio Ribeiro
Igor Campos Viana*

“Tentando responder à pergunta se é possível uma Constituição radical, eu diria que sim, na perspectiva de uma democracia, de um constitucionalismo e de uma justiça por vir, por acontecer, a venir, to come. Radicalizar a Constituição importa em radicalizarmos nossas ações, no sentido da transformação, da refundação e refundição do direito e da política, chamando a nossa atenção sempre para o agora, esse núcleo imodificável do tempo passado, presente e futuro.” Vera Karam de Chueiri

INTRODUÇÃO

As manifestações que aconteceram ao redor do mundo entre os anos de 2008 e 2013 demonstraram, em certa medida, a insatisfação em relação ao modo de governança mantido e possibilitado pelo sistema capitalista. Na medida do possível, estes eventos foram suficientes para revelar que as liberdades e as igualdades prometidas, ainda que minimamente exercidas, não serão efetivamente implementadas se não houver uma radical mudança na estratégia de luta. No que diz respeito ao Brasil, referindo mais especificamente ao Junho de 2013, tais manifestações pareciam, inicialmente, caminhar na contramão de um Brasil que “estava dando certo”. Sobretudo se pensarmos na primeira década do ano 2000, quando houve o controle da inflação, aumento real do salário mínimo, diminuição radical da pobreza extrema e avanços no sistema educacional. Entretanto, em que pese estes avanços, ainda assim pairava uma espécie de *mal-estar*, que ao que tudo indica, tem sua origem na incapacidade do atual arranjo político-econômico de oferecer respostas adequadas às necessidades e exigências dos cidadãos. Reforma e mais reformas foram e são

implementadas em momento de crise, mas não podemos deixar de observar que essas reformas, muitas vezes, são realizadas para apaziguar os potenciais caminhos das rupturas radicalmente democráticas.

Nesse sentido, é necessário repensar mecanismos e formas de emancipação que permitam que os indivíduos tomem para si a responsabilidade das decisões que irão interferir diretamente em suas vidas. É por essa razão, por exemplo, que Manuel Castells afirma que estas manifestações se propunham a resgatar a democracia, que havia sido sequestrada por políticos que têm plena convicção de que política é coisa de profissionais e não de cidadãos (Castells 2013, 144). O que se via tanto no mundo quanto no Brasil foi uma onda de corpos diversos e plurais que tensionavam o significado da democracia, praticando a democracia; tensionavam o sentido de direitos e garantias fundamentais, lutando por efetividade constitucional. Em uma de suas reflexões o escritor José Saramago afirma que “o caos é a ordem por decifrar”. Sob essa lógica, são justamente nesses momentos de aparente ausência de sentido e saídas possíveis que podem surgir potenciais soluções radicalmente democráticas para as angústias humanas.

É por essa razão que lançamos essas reflexões iniciais sobre a possibilidade de um constitucionalismo que não se encerre no texto e nas interpretações constitucionais, mas que reconheça a potência de propostas como a da Constituinte Exclusiva e que assuma uma vivência democrática do poder constituinte de corpos políticos. Apostamos, portanto, em um *Constitucionalismo Performativo* enquanto dispositivo propulsor de chaves para a “sala de máquinas” da Constituição, em alusão ao problema levantado por Roberto Gargarella em seu livro *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*.

Para atingir nossas pretensões, metodologicamente, o trabalho será dividido em três partes. A primeira tem como foco apresentar as principais categorias e pressupostos que embasam a ideia de “sala de máquinas” da constituição construída por Roberto Gargarella. Para isso adota-se como ponto de partida o livro do autor mencionado no parágrafo anterior. Por sua vez, a segunda parte do trabalho contextualiza a proposta da constituinte exclusiva sua origem, principais características e críticas. Essa análise descritiva presente nas duas primeiras partes se justifica, pois uma vez apresentados os principais desdobramentos de ambas as categorias, permitirá contrapô-lo aos pressupostos do constitucionalismo performativo.

Por fim, a terceira parte se debruça em responder a seguinte pergunta: mas, afinal, o que seria o *Constitucionalismo Performativo*? Através de um diálogo com os contributos político e teórico de Judith Butler, propomos uma nova *práxis* e um novo pensar constitucional, indisponivelmente comprometidos com uma vivência radicalmente democrática (Matos, 2015). Nesse sentido, serão analisa-

das três categorias fundamentais da teoria política da autora: a *crítica* (Butler, 2002), a *performatividade* (Butler, 2015) e a *precariedade* (Butler, 2004). A partir dessas chaves de leitura, pensaremos as possibilidades de ressignificação dentro da ordem normativa do constitucionalismo moderno. Questionaremos a constante e incessante busca pela estabilização social que perde de vista o caráter violento de determinadas estabilizações que cristalizam modos de existência possíveis. Afinal, a quem serve essa estabilidade? A estabilidade é um fim em si mesmo? Poderíamos pensar em um constitucionalismo democrático instável? Por fim, serão apresentadas as considerações finais do trabalho.

1. A “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO

Uma vez que este trabalho pretende analisar a questão do acesso à “sala de máquinas” da constituição, torna-se necessário contextualizar a origem, seus desdobramentos, bem como as críticas que decorrem desta construção. Nesta seção, portanto, apresenta-se uma análise descritiva de decomposição dos principais argumentos construídos por Roberto Gagarella em sua obra *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Ao final, serão apresentados alguns apontamentos relacionados às principais teses do livro.

Roberto Gagarella se debruçou, nos últimos anos, a pesquisar os processos constituintes ocorridos na América-latina desde seus primórdios. O autor expõe que, em que pese os inúmeros projetos constitucionais existentes na região, o panorama não era de caos constitucional. Todos os países analisados, em alguma medida, tinham como base o modelo conservador espanhol, o modelo liberal (Revolução dos Estados Unidos) e o modelo radical-republicano (Revolução Francesa). Com a independência da região latina o constitucionalismo deixa de oscilar entre esses três projetos e adota uma postura mais liberal-conservadora (Gargarella 2014b, 2).

O que permitiu esta aliança de projetos tão contraditórios foi justamente dois pilares do constitucionalismo moderno: a *organização do poder* e o *estabelecimento de direitos*. No que diz respeito à organização do poder, tanto liberais quanto conservadores se opunham ao modo como os republicanos queriam organizá-lo. Ou seja, não queriam deixar as decisões político-fundamentais do Estado para a vontade popular (Gagarella 2014a, 58-60). Na visão da aliança liberal-conservadora, esse seria um modelo irracional de tomada de decisão. Era necessário, portanto, a partir daquele momento, que o processo decisório estivesse ligado mais à *razão coletiva* do que a *vontade coletiva*. Obviamente que a *razão coletiva*, neste caso, seria tomada por aqueles tinham “mais capacidade” de captar a *vontade coletiva*, examiná-la e torná-la “racional”. Em outras palavras: era uma clara exclusão das massas dos processos decisórios.

Por sua vez, no que diz respeito ao estabelecimento de direitos, liberais e conservadores possuíam uma visão antagônica, mas, devido à amplitude dos direitos, esses grupos conseguiram fazer inúmeros acordos (Gargarella 2014a, 64). O olhar de ambos estava direcionado para os denominados direitos sociais. Em relação a esses direitos, tanto um quanto o outro defendiam constituições mais restritas, pois uma lista extensa de direitos seriam promessas vazias capazes de gerar a instabilidade política.

Dessa aliança, que mesclou interesses opostos, surgiu uma das principais características do constitucionalismo local: *a extrema concentração de poder nas mãos do Executivo* (Gargarella 2014b, 97). Esta escolha possui uma razão de ser, pois, segundo o autor, tinha como intuito criar diversos mecanismos de controle da decisão popular, com a finalidade de desencorajar a participação cidadã. Para agravar ainda mais este quadro houve o enfraquecimento do Poder Legislativo região, o que dificultava seu agir de forma autônoma em relação ao Executivo.

Mesmo com as reformas que introduziram a questão social nestas constituições no século XIX, Gargarella chama a atenção para o fato que a estrutura de organização e distribuição do poder continuou praticamente intacta. Em outras palavras, as insurgências populares conseguiram incorporar mais direitos nos textos constitucionais, mas o poder concentrado limitava a participação popular na política (Gargarella 2014b, 98).

O autor segue afirmando que as reformas ocorridas geraram e geram inúmeros problemas, pois os novos direitos incorporados as velhas estruturas possibilitaram pretensões opostas dentro do texto constitucional, o que acabou por gerar expectativas enganosas (Gargarella 2014b, 102). Para exemplificar tais problemas ele questiona as reformas introduzidas pela Constituição equatoriana. Por um lado, ela resguarda o direito de propriedade e por outro protege o direito a posse deste mesmo direito que pode ser reivindicado em nome dos ancestrais de uma outra pessoa.¹

Há, de acordo com Gargarella, uma falta de cuidado e reflexão do constituinte latino-americano para analisar como a nova estrutura constitucional irá receber a velha estrutura constitucional, assim como verificar quais os impactos que essas reformas podem causar na estrutura dessas novas constituições (Gargarella 2014b 103-104). Esta reflexão se justifica, pois, para o jurista argentino, em regra, as constituições possuem duas partes: uma destinada à lista de direitos (dogmática) e outra que organiza o poder (orgânica). Inicialmente,

¹ O autor cita inúmeros exemplos, tais como: a disputa de competência existente entre a Suprema Corte e a Corte Constitucional Colombiana, introduzida pela Constituição de 1991, que desde a criação desta última travam um duelo de rivalidade pela disputa de poder; da mesma forma, na Argentina também existe esta tensão entre as novas e velhas estruturas de poder, como é o caso entre a Corte Suprema (existente desde a primeira Constituição do país em 1853) e o Conselho de Magistratura (introduzido pela Reforma de 1994), onde não há uma definição clara de competências entre as duas (Gargarella, 2014b, 103)

para ele, essas reformas deveriam: i) verificar como uma reforma realizada em uma dessas partes da constituição irá impactar nesta mesma parte e ii) deve-se compreender como uma reforma introduzida em uma das partes pode influenciar na outra parte (Gargarella 2014b, 247).

No primeiro caso, ao se promover determinada reforma na organização de poderes da constituição, a resistência a esta reforma pode aparecer na própria estrutura constitucional. Isso implica dizer que, aquelas instituições ou funcionários que mais forem afetados por esta reforma serão as que oferecerão maior resistência² (Gargarella 2014a, 250).

Por sua vez, no segundo passo, o autor, apresenta uma situação paradoxal. Neste caso, ainda que tenha existido reformas realizadas por grupos progressistas, tais direitos não teriam capacidade de influenciar nas matérias de organização do poder. Na tentativa de reforçar o poder popular, essa lista de direitos acabava por atribuir mais poderes ao Judiciário, o poder mais distante do controle popular. Esta lógica acontece, pois a correlação de força existente impediria a implementação destes direitos, restando aos indivíduos exigí-los junto ao Judiciário. Entretanto, Gargarella constata que o próprio Judiciário entendia que os novos direitos sociais seriam objetivos a serem alcançado pelos Estado e, portanto, não poderia interferir na discricionariedade da Administração. Por essa razão Carlos Santiago Nino questiona qual seria a racionalidade de introduzir tais direitos nas constituições. Seria realmente um avanço ou uma forma de afastar, ainda mais, os grupos discriminados de ter acesso esses direitos? (Gargarella 2014a, 251).

Para o autor, portanto, o problema não está ligado, apenas, ao simples descuido de redação constitucional, mas ao fato de não haver, nos processos constituintes latino-americanos, a devida preocupação com a reforma da parte *orgânica* destas constituições, o que impediria, desta forma, o acesso à “sala das máquinas” da constituição. É nesta sala que se encontra o núcleo constitucional do poder. Para ele, não se pode alterar a constituição sem entender como reagirá a parte de organização do poder. Para desbloquear os caminhos até a “sala de máquinas” é preciso descentralizar o poder para que haja maior participação popular, mas isso não será possível se se mantém uma organização política que centraliza e concentra poderes para manter sistemas hiperpresidencialistas.

1.1. Apontamentos aos obstáculos de acesso à “sala das máquinas” da constituição

Como visto, a partir dos principais argumentos levantados por Gargarella, percebe-se uma real e sensível preocupação com os obstáculos político-

² A situação que exemplifica essa situação é o já mencionado *Choque de Trens*, na Colômbia. Desde a criação da Corte Constitucional colombiana em 1991 passaram a existir inúmeras tensões com a Corte Constitucional daquele país.

-constitucionais que impedem os cidadãos de efetivarem seus direitos. Para ele as conquistas de novos direitos somente serão efetivas se essas alterarem a estrutura do poder. Na obra, um de seus principais argumentos consiste no fato de que a extrema concentração de poder no Executivo, impede que os cidadãos tenham acesso a chave da “sala de máquinas” da constituição.

Inicialmente, em que pese o trabalho de fôlego do professor argentino, há alguns pontos questionáveis, sobretudo no que diz respeito a: a) leitura de constituição, bem como b) o diagnóstico apresentado como uma das causas do ofuscamento da participação cidadã. Durante toda sua construção argumentativa, Gargarella se preocupa com o modo como se deu a construção da estrutura de poder nos processos constituintes latino-americanos. Ora essa preocupação está ligada à correlação da força política, econômica e social desta estrutura, ora lança luzes sobre a construção da dogmática constitucional da questão.

Em que pese esses dois pontos serem de extrema relevância para realizar o diagnóstico pretendido pelo autor, ele atribui maior importância às alterações dogmáticas, o que pode ser constatado pela excessiva atenção que atribui a interrelação existente entre os direitos sociais conquistados (parte dogmática da constituição) e como estes interferem na estrutura de organização do poder (parte orgânica da constituição).

Esta constatação leva a crer que autor faz uma leitura normativa do constitucionalismo, como se a alteração estrutural da constituição, sobretudo na parte de organização do Poder, fosse suficiente, por si só, para abrir as portas para a participação cidadã. Ainda que tenha descritos inúmeros processos de luta político-sociais para implementação de novos direitos, o autor entende que elas não são bastante para alterar a relação de poder.

Para este trabalho, se entendemos bem a proposta de Gargarella, há uma desconsideração do constitucionalismo que se faz presente no tensionamento das lutas políticas (*law in action*), em favor do constitucionalismo normativo (*law in the book*). Em nosso entender, essa é uma visão que parece esquecer que as tensões inerentes à democracia são disputadas a todo momento. Ainda que as reformas sejam insuficientes, são essas conquistas que permitem caminhar e disputar o sentido de constituição. Esse argumento, por exemplo, parece atribuir menos importância às lutas sociais.

Não se está aqui dizendo que apenas a luta política se torna relevante, mas que a normatividade decorre, em regra, de um recorte da realidade social disputado no cenário democrático. Ainda que a norma positivada tenha a capacidade de alterar expectativa de comportamento, essa expectativa somente se efetiva a partir do momento que se apropria e se disputa seu sentido, como resultado de um poder constituinte que se inicia no passado, se manifesta no presente e se projeta para o futuro.

Não obstante, o segundo ponto que merece considerações refere-se ao fato de o autor apontar que um dos bloqueios ao caminho da “sala de máquinas” da constituição decorre da extrema concentração de poder no Executivo. Este ponto é questionável, ainda que tenha sido uma realidade na região latina ao longo de dois séculos, como a pesquisa bem aponta.

Uma vez que a pesquisa traz esse diagnóstico como algo presente até o ano de sua conclusão (2014), é importante ressaltar que não é bem essa a situação. O professor da Universidade de Pittsburgo, no Estados Unidos, Aníbal Pérez-Liñan, assevera um grande crescimento o Poder Legislativo nas democracias latino-americanas, sobretudo a partir da década de 90. Em decorrência das ações dessa forte concentração de poder no Executivo, surgiram reações e hipertrofia dos demais poderes (Liñán 2009).

Nesse estudo o autor identifica que o período situado entre 1992 a 2004, ocorreram seis processos de impeachment de Presidentes eleitos, são eles: Fernando Collor de Mello (Brasil, 1992), Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1993), Ernesto Samper (Colômbia, 1996), Abdalá Bucaram (Equador, 1997), Raúl Cubas Grau (Paraguai, 1999) e Luis González Macchi (Paraguai, 2002). Apesar das distintas formas liderança e especificidades de cada país, o autor chega à conclusão de situações comuns que desencadearam tais situações: *crise econômica, escândalo político, indignação popular e falta de apoio Legislativo*. Para Liñán, uma vez que não seria mais possível intervenções militares, como as ocorridas na região no século XX, o impeachment se configurou como o novo padrão de instabilidade nas democracias latino-americanas (Liñán 2009). Obviamente que esta situação demonstra o a força do Legislativo nesse período, mas sem olvidar de outras correlações de forças envolvidas.

No caso do Brasil, com o enfraquecimento do presidencialismo de coalizão (Avritzer 2016), o que se percebe é o fortalecimento do Poder Legislativo nas pautas do país, sobretudo se se leva em consideração o período no qual a Presidência da Câmara dos Deputados foi ocupada pelo ex-deputado Federal Eduardo Cunha.

Não obstante, também se percebe uma hipertrofia do Poder Judiciário determinando e julgando questões de natureza políticas: como a intromissão na questão dos Royalties do Petróleo (Lei 12.734/2012 e ADI 4.917); a decisão liminar do Ministro Luiz Fux na ADI 5.645, que concedeu auxílio moradia a todos os magistrados de carreira e membros do Ministério Público no Brasil, alterando substancialmente o orçamento nacional³; os episódios nos quais o Judiciário interrompeu a nomeação de Ministros de Estado indicados pelo Presidente da República (Lula como Ministro da Casa Civil e Cristiane Brasil, como Ministra do Trabalho), e, por fim, o afastamento do Deputado Eduardo

³ Detalhe: se passaram três anos que tais servidores estão recebendo este privilégio, por força de liminar.

Cunha das funções de Presidente da Câmara dos Deputados, por meio da Ação Cautelar 4.070/DF.

Portanto, como mencionado, ainda que em outro momento a hipertrofia do Poder Executivo tenha sido uma realidade na região, após a década de noventa percebe-se o mesmo fenômeno em torno dos outros Poderes. Essa situação, sem dúvida, também minimiza a atuação popular nos processos decisórios, mas o fato é que não é apenas um ator, como apontado por Gargarella, responsável pela obstrução à “sala de máquinas” da constituição.

No mesmo sentido, ainda que reformas normativas sejam importantes para gerar expectativas de comportamento, não se pode executá-las sem a devida reflexão das lutas por esses direitos. É por isso que entendemos que o constitucionalismo não se resume às normas postas, mas também aos movimentos democráticos que o antecede. Essas normas, diante da dinamicidade e pluralidade da sociedade moderna, terão sua estabilidade questionada e tensionada por novas demandas. É por esta razão que se torna necessário reconhecer a instabilidade como algo inerente a democracia e que os processos de decisão sejam possibilitados por movimentos que compreendam essa razão, como é o caso da constituinte exclusiva que iremos apresentar abaixo.

2. CONSTITUINTE EXCLUSIVA: UMA POTENCIAL SOLUÇÃO POLÍTICA E SUAS LIMITAÇÕES (APRISIONAMENTO) NA DOGMÁTICA JURÍDICA

Como exame de abelhas, o qual se desconhece a causa que o deflagrou, as manifestações de Junho de 2013 foram às ruas sem lideranças, com distintas e plurais reivindicações. Dada suas características, este fenômeno teve sua legitimidade questionada pelos meios institucionais oficiais, bem como pela mídia tradicional. Este questionamento surgiu, sobretudo, pelo movimento não ter “um porta-voz”, bem como não possuir uma pauta determinada, características essas que sempre foram, em regra, muito comuns nas insurgências populares até aquele momento.

Para se ter uma ideia da pluralidade presente nos espaços das cidades, ocupavam as ruas, avenidas e praças do país os que defendiam mais investimentos para a educação e outros que queriam a redução da maioria; havia pessoas que defendiam a descriminalização das drogas, bem como aqueles que queriam a internação compulsória de dependentes químicos; existiam indivíduos que queriam a volta do regime militar e aqueles que lutavam contra a repressão policial, entre outras diversas oposições.

É normal que diante do “caos” que foram as manifestações de Junho de 2013, também pairasse sobre o ar as incertezas. Sendo assim, diante desta pluralidade de demandas não satisfeitas, bem como não saber por onde começar

o diálogo com as massas, a então Presidente Dilma Rousseff apresentou os Cinco Pactos Nacionais, os quais discutiria temas ligados a economia, a saúde, a educação, transporte público e reforma política. Este último gerou maior polêmica, pois seria convocado um plebiscito para autorizar a convocação de uma constituinte exclusiva que iria discutir a reforma política.

Devido aos inúmeros questionamentos que surgiram, tanto favoráveis quanto contrários, aliados à baixa popularidade da Presidente naquele momento, o governo recuou e abandonou a proposta. É importante ressaltar que tão logo o governo a descartou, boa parte dos movimentos sociais envolvidos no Junho de 2013 viram a possibilidade de uma constituinte exclusiva como uma potencial saída para solucionar os principais impasses políticos existentes. Nesse sentido, no ano de 2013 endossaram a ideia junto à Plenária dos Movimentos Sociais.

Com o objetivo de levar mais informações para a sociedade do que viria a ser a constituinte exclusiva, os movimentos sociais confeccionaram a cartilha: *Plebiscito Popular: por uma constituinte exclusiva soberana do sistema político* (2013). Diante das inúmeras propostas de reformas políticas ocorridas desde a pós-redemocratização em 1988, todas ligadas a política representativa, as quais beneficiavam aqueles que já se encontravam no poder político, o movimento estruturou suas demandas.

Na busca por soluções que fossem além das reformas meramente eleitorais, o movimento se fundamenta em duas bases: a) aperfeiçoar a democracia representativa e b) fortalecer a democracia direta e participativa.

No primeiro caso, tendo em vista a grande influência do poder econômico nas demandas legislativas, busca-se caminhos para que essa relação não subverta a lógica da representatividade, privilegiando uma minoria em detrimento da maioria (Cartilha 2013). Nesta pauta, o que se tenta confrontar é a questão da sub-representação de pessoas em situação de vulnerabilidade social: índios, população negra e mulheres. Para exemplificar esta situação, no ano de 2010, o censo realizado pelo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) certificou-se que 51% da população brasileira se considera negra. Entretanto, da totalidade de parlamentares existente do Congresso Nacional, somente 8,5% se auto declaram como negro. (Ibge 2010; Cartilha 2013)

Do mesmo modo ocorre com a população indígena. O mesmo censo de 2010 demonstrou que a população indígena é formada por 817.963 pessoas, divididas em 305 etnias presentes em todos os Estados-membros. No ano de 2014, candidataram-se 85 indígenas políticos. Hoje o Congresso não conta com nenhum representante indígena. O TSE se valeu pela primeira vez dos critérios de raça e cor para mapear as características dos candidatos. Das cinco raças analisadas, os indígenas ficaram com a pior colocação (0,32%), atrás de outras minorias como os negros, por exemplo (9,27%) (Tse 2014; Ibge 2010; Cartilha 2013).

As mulheres correspondem a mais da metade da população brasileira, mas isso não reflete na representatividade exercida junto aos órgãos de representação. Por exemplo, em 2013 elas ocupavam 9% dos mandatos na Câmara dos Deputados e 12% no Senado. Em 2014, dos quase 25 mil candidatos em todo o Brasil, 7.407 eram do sexo feminino, o que corresponde a 29,73% do total de concorrentes naquele ano.

O movimento da constituinte exclusiva apresenta a questão da sub-representação como pauta a ser discutida, uma vez que não há como falar em democracia representativa quando não existe compatibilidade de representantes que tenham conhecimento de causas das pessoas que estão em situação de vulnerabilidade social.

Em certa medida, o movimento reconhece os avanços obtidos com a Constituinte de 1988. Mas, por outro lado, aponta que era impossível de se ter uma Constituição democrática quando esse Documento Fundante foi resultado de uma “transição conservadora liberal” onde não houve ruptura. Um dos resultados desse acordo foi que o processo constituinte que deu origem à atual Constituição foi feito por um modelo em que os Constituintes eram os próprios parlamentares. Em razão disso, essa Constituinte não possuía soberania, pois estava limitada a “tutela do judiciário e do governo saído da transição conservadora do Colégio Eleitoral” (Cartilha 2013).

É a partir desse argumento que se torna possível iniciar a delimitação do sentido do conceito “Constituinte exclusiva e Soberana”. O termo “exclusiva” é utilizado no sentido de que seriam escolhidos representantes especificamente para fazer essa reforma. É importante dizer esta escolha excluiria a participação de parlamentares que se encontrariam no exercício da função.

Após o término dos trabalhos, seriam destituídos do encargo de constituintes, tornando-se inelegíveis por determinado período de tempo. Este fato não aconteceu no processo constituinte de 1987/1988. Logo, o termo “exclusiva” não tem ligação com a delimitação da pretensão a apenas a reforma política, até porque a reforma política apresentada no documento mostra-se um tanto quanto ampla e indefinida. Este talvez seja um dos motivos que causa receio, ou melhor, medo nos políticos e juristas tradicionais.

No que diz respeito ao termo “soberania”, a concepção está ligada à liberdade de deliberar sobre os temas propostos, sem a submissão a qualquer outro órgão dos Três Poderes a não ser a própria correlação de força do momento. Isso quer dizer que o único limite para a mencionada reforma é que ele seja o mais democrático possível, de forma a romper com o atual modelo de democracia representativa. Como expresso, a proposta da Plenária concebe o termo “reforma política” num sentido extenso, pois, para além da revisão restrita ao sistema eleitoral, percebe-se a pretensão de alterar todos os mecanismos que, de alguma forma, interferem no cotidiano dos cidadãos.

Entre os dias 1º a 7 de setembro de 2014, o movimento, reunido em 450 organizações sociais, distribuídas em 2.000 comitês, organizou-se para realizar uma consulta popular, por meio de plebiscito não oficial, sobre a aceitação da constituinte exclusiva para a reforma política.” Entre os que votaram, 97% foram a favor, totalizando 7,5 milhões de pessoas, e 2,75% votaram contra a proposta (Consulta Popular 2015). O intuito dos movimentos sociais com esse plebiscito informal era demonstrar que boa parte da população não está satisfeita com o sistema político, e aqui se lêia: política representativa e participativa.

Por sua vez, no que diz respeito ao aperfeiçoamento da democracia direta, o movimento busca a criação de mecanismos que permitam aos cidadãos deliberarem a respeito de questões de interesse nacional que interferem diretamente em suas vidas, por exemplo: privatização, grandes obras e eventos.

2.1. Restrições Dogmáticas

Em que pese toda a proposta ter seu campo de atuação na política, resultado de organizações populares que tensionam o sentido da constituição e da democracia, as principais objeções à proposta da constituinte exclusiva têm seu fundamento na dogmática jurídica constitucional. São elas: a) a impossibilidade de se reformar a Constituição por mecanismos não previstos em seu texto – esse é um preceito ligado à rigidez constitucional; b) a impossibilidade de delimitação prévia do campo de atuação do poder Constituinte; e c) o perigo do retrocesso em termos de direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito a rigidez constitucional, é importante dizer que a Constituição em seu artigo 60, § 4º, não determina que tipo de reforma pode ser feita, mas que, caso seja realizada, que seja feita dentro dos limites traçados pelo poder constituinte originário. Ela seria declarada inconstitucional se alguma das matérias protegidas pelo mencionado dispositivo fosse violado. Por essa ótica as reformas pretendidas, em tese, seriam viáveis.

Por sua vez, quanto ao argumento da impossibilidade de se estabelecer uma pauta previa para uma constituinte, tem-se a seguinte análise. O que se constata é que, desde o primeiro momento que a ideia de poder constituinte surgiu com Sieyes até os dias atuais, percebe-se nesse período uma auto delimitação da extensão deste poder às exigências sociais, éticas, morais e, acima de tudo, de respeito aos direitos humanos. Sendo o poder constituinte resultado de acontecimentos históricos que se concretizam em determinado momento, em países de tradição democrática não teria sentido um poder constituinte que fosse contra as pretensões de justiça e correção. Se é que um documento com aspirações contrárias as essas pode ser denominado de constituição.

Por fim, quanto ao último argumento, do perigo do retrocesso, é importante dizer que viver em uma democracia é assumir riscos, pois é justamente

em decorrências das incertezas que o novo surge. É ilusão acreditar que estabilidade normativa, por si só, seja capaz de oferecer a segurança prometida pelo constitucionalismo. Da mesma forma que há o perigo do retrocesso, há também a possibilidade de avanço. Por exemplo, as situações anteriores à constituinte de 1987/88, não favoreciam para que houvesse alguma mudança democrática, sobretudo com a participação dos mesmos sujeitos que fizeram parte do regime ditatorial. Entretanto, o que se viu foi a apropriação popular, de forma massiva, da única chance não violenta de romper com o regime anterior. Logo, a situação que direcionava para uma possível manutenção do sistema anterior, acabou por possibilitar uma mudança democrática significativa.

Dessa forma, quem irá determinar esta situação é a correlação de forças presente no momento em que a constituinte exclusiva for implementada. Por isso que é necessário que haja um contexto de ampla participação popular, para que esta experiência seja radicalmente democrática. Essa resposta também serve para responder, de forma complementar, ao questionamento a respeito da impossibilidade de delimitação da própria agenda do poder constituinte. A correlação de forças presente também irá determinar essa situação.

É possível perceber que, ainda que o movimento da constituinte exclusiva tenha pretensões de alterações normativas, estas estão direcionadas para aquilo que Gargarella denomina de parte *orgânica* da constituição, ou seja, a parte de estruturação do poder político. Além do mais, o próprio movimento tem como pauta que a proposta seja debatida de forma mais ampla o possível, pois só assim se alcançaria o requisito da ampla participação democrática. Para alcançar estes objetivos eles têm organizado livros e artigos, palestras e seminários em todo o país.

3. CONTITUCIONALISMO PERFORMATIVO

Afinal, o que é tal coisa que denominamos *Constitucionalismo Performativo*? Assim como apresentado em nossa introdução ao artigo, propomos um diálogo com os contributos político e teórico de Judith Butler, afirmando uma nova *práxis* e um novo pensar constitucional, indisponivelmente comprometidos com uma vivência radicalmente democrática. Para tanto, pretendemos apresentar três categorias fundamentais da teoria política de Butler: a *crítica* (Butler 2002), a *performatividade* (Butler 2015) e a *precariedade* (Butler 2004). A autora nos apresenta uma construção teórica que rompe com a clássica teoria política ao afirmar uma soberania popular enquanto ato performativo de corpos que se reúnem no espaço público e reivindicam para si o conceito de povo. Reunidos em uma determinada cartografia situacional, esses corpos podem apresentar um enfrentamento e uma exposição da precariedade sobre a qual são sujeitados. Assim, através da crítica,

desafiam a lógica jurídica estabilizadora, gerando uma fratura no raciocínio constitucional moderno.

Os movimentos constitucionais modernos são os responsáveis por atribuir a força jurídico-normativa ao pacto fundante de uma sociedade. A tradição ocidental reconhece na Revolução Inglesa, Americana e Francesa, as três matrizes clássicas desses movimentos constitucionais. Essas revoluções marcaram o nascimento do Estado Liberal, centrado na construção das liberdades individuais através da não intervenção estatal na esfera particular e da garantia de proteção da propriedade privada. Desenvolvendo-se ao longo do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, podemos dizer que constitucionalismo moderno fundou-se em dois clássicos pilares: a limitação dos poderes do Estado e a garantia dos direitos fundamentais.

O direito moderno apresentava-se com uma vocação para estabilizar comportamentos sociais ao longo do tempo através da sua força jurídico-normativa. O que pretendemos sustentar é que essa busca incessante do direito pela estabilidade social perde de vista o caráter violento de determinadas estabilizações que cristalizam modos de existência possíveis, impossibilitando vivências sociais realmente democráticas em um constitucionalismo que podemos chamar de radical (Chueiri 2013, 35). Apostamos em novas formas de se pensar a relação entre política e direito plasmada na constituição, não mais como um acoplamento de fechamento do sistema, mas de evidência da constante tensão existente entre poder constituído e poder constituinte. É tempo de repensarmos a fundação do constitucionalismo na modernidade (Viana 2015, 47) através de uma constituição que realmente não se reduza ao poder constituído, mas que retenha o poder constituinte no presente, no agora radicalmente democrático, numa temporalidade na qual a potência não se encerre no ato, mas pelo contrário, nele se eleve (Chueiri 2013, 34), projetando-se para um futuro sempre em aberto.

Não se trata de uma negação absoluta da estabilidade, nem de uma afirmação romântica da sua ressignificação total, mas da compreensão das práticas democráticas em sua dinâmica que interpela, a todo o momento, o constituído, produzindo novas formas de inteligibilidade social que se constituem e se estabilizam, mas sempre de forma precária. Trata-se de reconhecer internamente ao direito a precariedade inerente a todas as formas de estabilização. Afirmamos essa compreensão enquanto única possibilidade democrática em um constitucionalismo crítico ou radical. Apostamos em um constitucionalismo que não negue a dimensão conflitiva da vida social e enfrente a desigualdade na distribuição das precariedades. É chegado o tempo de repensarmos a fundação do constitucionalismo moderno através de uma constituição que não se reduza ao binômio constituinte/constituído. Analisemos agora os três elementos do seu horizonte de sentidos: crítica, performatividade e precariedade.

3.1. A crítica como dinâmica de rearticulação da tecitura social

Retomando importante palestra proferida em maio de 1978 por Foucault na Sociedade Francesa de Filosofia, Butler em seu ensaio *What is critique? An essay on Foucault's virtue* reconstrói a ideia de crítica através da análise dos processos de “criação do eu” enquanto processos de resistência às normas assujeitadoras. Butler afirma que a fim de que a crítica possa operar como parte integrante de uma *práxis* “é preciso que ela apreenda os modos pelos quais as categorias são, elas próprias, instituídas, o modo como o campo do conhecimento é ordenado e como o que ele prescreve retorna, por assim dizer, como uma oclusão constitutiva” (Butler 2013, 160). Ao contrário dos juízos que visariam subsumir um particular a uma categoria já constituída, a crítica visava desvendar a constituição oclusiva dos campos das próprias categorias, ou seja, a crítica coloca em questão as próprias categorias do juízo antes mesmo que ele seja realizado. Ao indagar sobre *qu'est-ce que la critique?* Foucault já realizaria uma dimensão do empreendimento crítico em questão, posicionando o problema em toda sua radicalidade interpelatória.

Na interpretação de Judith Butler, a resignificação do termo *queer* como nomeação de resistência seria um empreendimento crítico. A sua resignificação perpassa algo de teatral na medida em que *imita*, e o faz de forma *hiperbólica*, a convenção discursiva que também inverte. Como destaca a própria autora esse processo se realiza “paradoxalmente, mas também com grande promessa, o sujeito que é “queered” no discurso público através de interpelações homofóbicas de vários tipos aborda ou cita esse mesmo termo como base discursiva para uma oposição.”⁴ (Butler 2011, 476). A imitação realizada de forma hiperbólica satiriza a própria realidade, utilizando da paródia como ato político reconstrói essa mesma realidade denunciando a historicidade dos padrões naturalizados de opressão social.

Ser chamado de irreal, como o eram os sujeitos queers, mais do que uma forma de controle social é uma forma de caracterizar o próprio humano em contraposição ao que não o é. Assim alguns corpos são desumanizados para que os corpos tradicionais possam continuar a se afirmarem. Isso não significa que os corpos desumanizados sejam de fato irrealis, eles fazem parte de uma inteligibilidade social que utiliza deles justamente porque reconhecem sua existência. Nas palavras da autora não se trataria, portanto, de produzir um novo futuro para gêneros que não existem, mas sim de desenvolver um novo léxico legitimador para a complexidade de gêneros que temos vivenciado desde muito tempo,

⁴ Tradução livre de: “paradoxically, but also with great promise, the subject who is “queered” into public discourse through homophobic interpellations of various kinds takes up or cites that very term as the discursive basis for an opposition”

um novo léxico dentro do direito, da psiquiatria, da teoria social e literária. Ou seja, trata-se de rearticular nossa tecitura gramático-lexical entendendo que pensar vidas possíveis é uma urgência para aqueles que estão tentando tornar-se possíveis. Por isso acreditamos ser tão necessário repensarmos o constitucionalismo moderno e suas (não) aberturas para rearticulações da tecitura social a partir de uma compreensão da política enquanto aposta radical na dinâmica soberania popular e no poder constituinte vivido e encarnado.

3.2. Uma política da performatividade

A ideia de “povo” foi fundamental na Revolução Norte-Americana para a afirmação de uma soberania que não mais pertencesse ao monarca inglês, mas que passasse a ser exercida pelos antigos súditos que se afirmavam enquanto sujeitos políticos constituidores de um povo. Entretanto, essa noção, de origem revolucionária, é uma meta-categoria sujeita as mais diversas apropriações. Sob a ideia do “we, the people” dos *founding fathers*, os governantes norte-americanos justificaram: o massacre indígena, a segregação da população negra, a apropriação de terras mexicanas, a deportação de imigrantes, a exclusão social da população LGBTIQ, etc. Diversas foram as tentativas de definição do que é o povo, sempre culminando na precarização de uma outra parcela que não se enquadrava na noção de povo proclamada. Nesse sentido, Butler propõe uma compreensão do conceito através de uma abertura à performatividade dos corpos que se afirmam enquanto povo no espaço público: “the “we” voiced in language is already enacted by the assembly of bodies, their gestures and movements, their vocalizations, and their ways of acting in concert” (Butler 2015, 50).

A soberania popular é entendida por Butler enquanto um poder que excede o Parlamento e que pode, inclusive, depô-lo. As eleições seriam apenas sistemas parciais de tradução dessa soberania que ainda permaneceria de forma não completamente traduzível com o povo, não existindo, portanto, ordem democrática possível que contenha instucionalmente a soberania popular. Assim, a autora apresenta uma importante inovação à teoria política clássica da soberania popular, passando a compreendê-la enquanto um exercício performativo contínuo de corpos que ocupam o espaço público e se reivindicam enquanto povo. Essa é uma importante diferença em relação à interpretação estanque e metafísica da soberania popular enquanto de titularidade do povo que outorga seu exercício para o Parlamento.

É claro que todas pessoas passíveis de serem representadas pela noção de povo nunca aparecem juntas às manifestações para se reclamarem enquanto povo. É nesse sentido que a autora nos fala de um *excedente constitutivo* da noção de “we, the people” que nunca se identifica com a totalidade da população a que

se refere. As pessoas que se reivindicam nos movimentos populares enquanto povo, mais do que se auto representarem, se auto constituem no ato performativo de serem povo, disputando politicamente esta noção. Dessa forma, a afirmação “we, the people” é antes de tudo um ato de fala que se auto designa e se auto constitui, produzindo, portanto, a própria pluralidade social que enuncia. Ou seja, a enunciação do povo é, em um só ato, sua própria constituição.

Pensando o papel dos corpos na política, Butler afirma que eles sempre representam mais do que as demandas públicas vocalizadas. A interação entre esses corpos, sua performatividade, sua potência, mesmo que parados, expressa e transborda de significações políticas. Nesse sentido, a autora também atesta que a forma com que determinados corpos aparecem publicamente, não é a mesma forma como outros têm o direito de aparecer, por isso a importância das assembleias públicas enquanto “visibilizadoras” de corpos precarizados. Em razão de toda normatividade social, os corpos negros, trans, imigrantes... estão muito mais sujeitados à violência do que outros, e, portanto, não possuem o mesmo direito de aparição social. Exatamente aí que reside a importância das assembleias populares. Quando corpos se juntam para protestar ou resistir à precariedade, eles estão criando um espaço político novo. Espaço que depende de ações plurais, não universais, nem unânimes, mas que podem instituir condições de vida melhores em um contexto específico. Ações que negam a política enquanto um dado predeterminado e afirmam a força da dimensão da aposta que vai na contramão a toda lógica do constitucionalismo moderno clássico.

3.3. A Precariedade enquanto política de alianças

Em *Precarious Life* e *Quadros de Guerra* Butler desenvolve sua preocupação com os modos culturais de regular disposições afetivas e éticas por meio de um enquadramento seletivo e diferenciado da violência que enuncia as vidas que não são passíveis de luto ou não valem a pena serem vividas. O “ser” de uma vida é constituído por relações de poder e não pode ser concebido fora delas. Assim, as práticas políticas criam seres de maior valor do que outros, de modo que falar em uma ontologia dos corpos é dizer de uma ontologia social, pois ser um corpo é estar simultaneamente exposto a uma modelagem e a uma forma social (Butler 2004, 141). Nesse contexto, ganha importância para a autora pensar em alocações diferenciadas das condições precárias dos corpos para repensarmos a ontologia corporal e as políticas progressistas de esquerda (Butler 2016, 16).

Butler entende a *precariedade* em duas dimensões: a primeira enquanto uma ontologia social dos corpos vulneráveis e interdependentes, a segunda enquanto uma distribuição social desigual de aparatos de suporte à vida. A

autora afirma que os enquadramentos que atuam para diferenciar as vidas que merecem ser vividas das que não detêm este merecimento, não só organizam a experiência visual como também geram ontologias específicas do sujeito. Normas repetidas produzem e deslocam os termos pelos quais os sujeitos são reconhecidos, ou seja, falamos de uma ontologia historicamente contingente e que interfere na nossa capacidade de nomear o “ser” do sujeito conforme sua possibilidade de reconhecimento (Butler 2016, 17). Pensar a precariedade como ontologia social é, portanto, pensar relações de interdependência sociais.

Destacamos que para a autora nem todos os atos de conhecer são atos de reconhecimento, uma vez que para reconhecer se pressupõe que uma vida seja inteligível como *uma vida*, ou seja, se conformar a determinadas concepções sociais do que é a vida. Dessa forma existiriam condições para o reconhecimento que se baseiam em esquemas de inteligibilidade da vida, entretanto estes esquemas podem ser ameaçados pelas figuras vivas fora da norma de vida, ou seja, pelos seres que desafiam a normatividade com sua própria existência, ainda que precária. Assim, concluímos que os enquadramentos são necessariamente falhos, não são de fato capazes de proporcionar na plenitude o que prometem, não mantêm nada integralmente em seu lugar, mas eles mesmos se tornam uma espécie de rompimento perpétuo (Butler 2016, 26).

Ao trazer todo esse debate à tona, Butler pretende redirecionar o foco da política progressista de esquerda mais para as questões da precariedade e suas distribuições diferenciais do que para as questões dos tipos de interesses e crenças formuladas com base em pretensões identitárias. A *precariedade* detém a potencialidade de perpassar as categorias identitárias e os mapas multiculturais, criando bases para uma aliança centrada na oposição à violência de Estado e sua capacidade de produzir, explorar e distribuir condições precárias. Redirecionar o foco para a precariedade é possibilitar uma luta política gregária que supere: a) os dilemas de uma compreensão liberal da política e b) os dilemas de uma suposta necessidade concordância em relação a todas as questões de desejo, crença ou auto identificação típicas de uma política centrada em questões identitárias (Butler 2016, 55).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria constitucional moderna não é capaz de afirmar uma vivência social radicalmente democrática. O fetichismo com a estabilidade constitucional torna cega a própria compreensão do constitucionalismo enquanto vivência social dinâmica de corpos políticos que ocupam os espaços públicos. A chave para a “sala das máquinas” da constituição perpassa a elaboração de uma nova teoria constitucional que se construa em sua própria prática crítica, performativa e precária. A constituinte exclusiva pode muito bem

ser compreendida nesse processo de uma nova *práxis* constitucional que se abra a um futuro no qual o poder constituinte possa ser democraticamente afirmado. Um poder constituinte vivenciado no cotidiano de uma soberania popular nunca totalmente apreensível. Uma teoria constitucional que esteja junta aos movimentos sociais e às lutas democráticas vivenciadas no dia-a-dia da política. Uma compreensão da constituição que não se restrinja ao seu texto ou às suas interpretações, mas que a afirme enquanto uma vivência performativa do político.

A essa defesa de um novo pensar constitucional nomeamos de Constitucionalismo Performativo. Afirmá-lo é indissociavelmente afirmar uma experiência democrática radical do político. Não há constitucionalismo performativo sem democracia radical. Essa é uma tentativa de resgatar a importância da democracia vivenciada, e não apenas profetizada, para o interior de uma filosofia constitucional que rompa com a fetichização da estabilidade trazida pelo constitucionalismo moderno. Essa estabilidade pela estabilidade não nos serve. Ela serve ao *status quo*, às relações de poder cristalizadas e à naturalização de dinâmicas de dominação, mas não à performatividade democrática e rearticulatória da tecitura social.

É por essa razão que discordamos de Gargarella quando ele direciona mais atenção às mudanças dogmáticas da estrutura de organização do poder constitucional, em detrimento das lutas que disputam os sentidos da constituição. Ainda que a leitura normativa tenha sua importância para criar expectativas de comportamento, essas não serão atendidas caso não caminhem ao lado das disputas precárias e constantes da democracia. Da mesma forma, apontar a concentração de poder no Executivo como outro principal obstáculo aos caminhos das estruturas de poder é direcionar o foco apenas para onde a luz mais ilumina, olvidando das zonas de opacidades onde as tensões também acontecem. Em nosso entender, o caminho para a “salas de máquinas” da constituição inicia-se com a disputa de seu sentido, o qual desvela as reais tensões de poder. Essa antes de ser normativa e estável, se origina de lutas instáveis, precárias e democráticas.

Pensar um constitucionalismo performativo é articular as três dimensões trabalhadas neste ensaio: crítica, performatividade e precariedade. A *crítica* nos permite rearticular práticas sociais em direção a vivências mais plurais, a vidas que mereçam serem vividas e a mundos mais coabitáveis. A *performatividade* nos expõe toda a dinamicidade da política, seu excedente constitutivo e a importância do direito ao aparecimento na cena pública enquanto um direito à própria existência. Por fim, a *precariedade* enquanto ontologia social é uma ponte de ligação entre os corpos que se fazem presente em toda sua vulnerabilidade, é a afirmação constata de toda nossa interdependência, é a dimensão coletiva da própria política.

REFERÊNCIAS

- Avritzer, Leonardo. 2016. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora José Olympio.
- Butler, Judith. 2002. "What is critique? An essay on Foucault's virtue". *The Political: Readings in Continental Philosophy*, edited by David Ingram. Basil Blackwell.
- Butler, Judith. 2004. *Precarious Life*. New York: Verso.
- Butler, Judith. 2009. *Frames of war: when is life grievable*. New York: Verso.
- Butler, Judith. 2011. "Critically queer". In *Bodies that matter, on the discursive limits of "sex" - Judith Butler*. New York: Routledge Classics.
- Butler, Judith. 2013. *O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault*. Trad.: Gustavo Hessmann Dalaqua. São Paulo: Cadernos de Ética e Filosofia Política USP.
- Butler, Judith. 2015. *Notes toward a performative of assembly*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Butler, Judith. 2016. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* - 2a ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Consulta Popular. 2014. "Por que lutar por uma Constituinte Exclusiva e Soberana do Sistema Político?". Accessed Jan 10, 2018 <http://www.consultapopular.org.br/noticia/por-que-lutar-por-uma-constituente-exclusiva-e-soberana-do-sistemapol%C3%ADtico>.
- Cartilha (Plebiscito Constituinte). 2013. *Plenária nacional dos movimentos sociais, 2013*. Accessed Jan 15, 2018. <http://www.consultapopular.org.br/noticia/cartilha-1-plebiscito-popular>
- Chueiri, Vera Karam de. 2013. "Constituição radical: uma ideia e uma prática". *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, nº 58: 25-36. <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863/21631>.
- Gargarella, Roberto. 2014a. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Bueno Aires: Katz / Conhecimento.
- Gargarella, Roberto. 2015b. "La sala de máquinas de la constitución: entre lo viejo y lo nuevo". *Nueva: Democracia y política en América Latina*. 96-106. http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf
- Ibge. Censo 2010. Accessed Jan 15, 2018. <http://censo2010.ibge.gov.br/>.
- Matos, Andityas Soares de Moura Costa. 2015. *Filosofia radical e utopias da inapropriabilidade: uma aposta anárquica na multidão*. Belo Horizonte, MG: Fino Traço.
- Pérez-Liñan, A. (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ribas, Luiz Otávio. 2014. *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular.
- Tse. nd. 2014. "aumenta participação das mulheres na política brasileira." Accessed Jan 15, 2018. <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Julho/eleicoes-2014-aumenta-participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira>
- Viana, Igor Campos. 2015. "Uma estranha tensão entre constituição e democracia: a necessidade de um constitucionalismo para além da modernidade". In *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v 21, nº 1. <https://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/401/367>

CAPÍTULO 11

NÓS, O POVO: CONSTITUCIONALISMO FRACO E DEMOCRACIA FORTE NAS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

*Mauricio Wosniaki Serenato
Katya Kozicki*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma justificação teórica à necessidade de democratização do debate constitucional, dentro da perspectiva de um constitucionalismo fraco. Para tanto, inicialmente, investiga-se as concepções teóricas que tratam da relação entre constitucionalismo e democracia, colocando-as em relação com a participação ativa do titular do poder constituinte nesse debate. Na sequência se estuda a questão da legitimidade democrática dos atores sociais para tomarem as decisões fundamentais que informam a Constituição, sob o enfoque de uma democracia ao nível das leis fundamentais. Por fim, se analisa a discussão brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração de sistema de governo por emenda constitucional, apoiando-se nesse debate para propor um procedimento para a mediação da ideia de constitucionalismo fraco em relação à complexa realidade constitucional e social brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Constitucionalismo, democracia, poder constituinte, legitimidade democrática, constitucionalismo fraco.

1. INTRODUÇÃO

“Nós, o povo”. Essa locução que inicia o preâmbulo de diversas Constituições ao redor do mundo traz consigo uma ideia poderosa: uma comunidade política que, a despeito das naturais divergências internas, se une, em uma dada circunstância e num *kairós* sempre irrepetível, para estabelecer um modo de vida política a ser seguido pelos seus membros.

A utilização da primeira pessoa do plural, nesse sentido, não é em vão. Trata-se da efetiva manifestação do povo, titular do poder constituinte, que toma as decisões políticas fundamentais que informam a Constituição nascente. Ou, ao menos, é isso que se espera.

Não é exagerado dizer que a pulsão democrática e participativa que se apresenta no momento constituinte ou mesmo em discussões posteriores sobre temas que envolvem o cerne da Constituição é aprisionada por meio de estruturas de representação pouco representativas. Nessa toada, o “nós, o povo”, acaba, por vezes, se limitando ao “nós, representantes do povo”.

Considerando essa problemática, o presente trabalho abordará, sem pretensão de esgotamento, a temática da legitimidade democrática para a tomada de decisões que envolvem o núcleo da Constituição, sobretudo no contexto da recente discussão, no cenário brasileiro, acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional e tendo como norte a perspectiva de um constitucionalismo fraco, tal como definido pelo professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos.

Para tanto, de início, se analisará a tensão entre constitucionalismo e democracia pelo modo como alguns autores enxergam esse embate. Trar-se-á, ainda, para essa discussão a comumente esquecida figura do titular do poder constituinte originário.

Na sequência será examinada a questão de a quem recai a legitimidade democrática para tomar as decisões fundamentais que informam a Constituição, sob o enfoque de uma democracia ao nível das leis fundamentais.

Por fim, se enveredará, ainda que brevemente, sobre a discussão brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional, para que, apoiando-se nesse exemplo, se possa refletir acerca dos limites e possibilidades de um constitucionalismo fraco no sistema constitucional do Brasil, dentro de um esforço de mediação que perpassa por uma necessária justificação e concretização.

Não se pretende apresentar uma resposta final e peremptória a um dos debates mais candentes da teoria constitucional contemporânea, mas, isto sim, propor uma mirada que leve em conta o protagonismo do povo na tomada das decisões que dizem respeito ao modo de vida político de sua comunidade.

2. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E PODER CONSTITUINTE

Comumente se define democracia constitucional a partir da ideia de um autogoverno limitado, ou seja, um governo “do povo”, calcado em decisões majoritárias, ao mesmo tempo em que permeado pela limitação, no mais das vezes, de um documento constitucional que tem a função de resguardar direitos e assegurar estruturas e instituições.

Para algumas perspectivas teóricas essa relação entre autogoverno e limitação é harmoniosa e livre de embates, ao passo que, para outras, a democracia constitucional traz em seu nome um paradoxo inconciliável entre a pulsão de uma soberania plena, e uma limitação imposta a essa mesma soberania (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 160).

Nesse aspecto, seguindo a proposta de Nimer Sultany, alguns caminhos teóricos se abem na tentativa de lidar com a relação entre constitucionalismo de democracia (SULTANY, 2012, p. 386-387). De um lado há os defensores

de um discurso da união, que acreditam na possibilidade de conceituação harmônica entre os dois polos dessa relação. De outro lado, há quem se filie a um discurso da desunião, que assume a impossibilidade e mesmo a inconveniência de conciliação entre esses dois elementos¹.

Nessa toada, Ronald Dworkin se apresenta como uma das principais referências do discurso da união. Para o autor, a ideia de tensão entre constitucionalismo e democracia decorre de uma má compreensão do significado desta última. Isso porque, para ele, a democracia se conceitua como o governo do povo, mas não se enquadra dentro de uma noção clássica de majoritarismo, na medida em que o peso dos números, por si só, não traz maior valor a uma decisão política (DWORKIN, 2006, p. 143).

Defensor daquilo que chama de *partnership democracy*², Dworkin compreende que a comunidade política se autogoverna de modo valoroso, sendo que a ação política é vista como uma ação coletiva decorrente da “parceria” de cidadãos que participam dos debates de modo livre e igual (DWORKIN, 1998, p. 453). Nesse influxo, a democracia deve estar atrelada à realização de decisões justas e respeitantes dos direitos das minorias. Desse modo, as decisões majoritárias somente serão verdadeiramente democráticas quando atenderem e protegerem os interesses de cada cidadão participante da comunidade, entendido como livre e igual perante os demais (DWORKIN, 2006, p. 131).

Assim, efetivamente, para Dworkin não se pode falar em uma tensão entre constitucionalismo e democracia, uma vez que a democracia só realmente existe quando respeitados os limites de direitos e garantias veiculados pelo constitucionalismo.

Nesse contexto, ademais, a atuação limitativa do constitucionalismo, tal como no *judicial review* perpetrado pelo Poder Judiciário sobre as decisões majoritárias, com destaque para as decisões tomadas no Parlamento, será sempre legítima quando o exercício do autogoverno não levar em conta os direitos e garantias assentados, sobretudo aqueles decorrentes dos princípios da igualdade e da liberdade.

Em posição diametralmente oposta à de Dworkin, e se apresentando como um dos mais destacados defensores do discurso da desunião, Jeremy Waldron entende que a imunização dos direitos a todo e qualquer debate público torna o regime constitucional antidemocrático (SULTANY, 2012, p. 421).

¹ Importante pontuar que, ainda dentro de cada um desses campos teóricos (“discurso da união” e “discurso da desunião”), Sultany traz uma série de subdivisões, alocando diversos autores em cada um dos enquadramentos teóricos estabelecidos. Para fins desse trabalho, contudo, os autores analisados serão alocados apenas no âmbito dos discursos da união e da desunião, sem traçar as demais subdivisões.

² Tendo em vista a dificuldade de tradução fidedigna do conceito, ele será referenciado neste trabalho em inglês.

De fato, para Waldron, os indivíduos têm o direito de participar em igual medida de todos os aspectos do governo de sua comunidade, não somente em questões relacionadas à política e economia, mas também nas decisões acerca dos princípios fundamentais que conformam essa comunidade (WALDRON, 1999, p. 213). Nesta senda, sempre que houver desacordo acerca do conteúdo e do alcance dos direitos, a participação popular no debate público será, segundo o autor, o modo mais apropriado de resolução do conflito (p. 232).

É justamente nesse sentido que Waldron tece duras críticas ao *judicial review*, entendendo-o como democraticamente ilegítimo, na medida em que confere a um grupo de juízes não eleitos o poder de derrubar leis aprovadas em procedimentos majoritários por representantes eleitos, retirando dos cidadãos comuns a responsabilidade e possibilidade de participarem com igualdade dos debates políticos (WALDRON, 2006, p. 1353).

Dessa forma, para o autor, sempre que houvesse discordâncias de boa-fé entre os membros da comunidade acerca do alcance de políticas e direitos, mesmo em questões polêmicas atinentes a concepções de justiça e moralidade, o povo, por meio de seus representantes, teria o direito de se autogovernar, uma vez que todos têm o direito de participar de modo igual do debate público. Assim, as discussões sempre deveriam ser levadas para deliberação no âmbito das legislaturas (POLEWKA, 2016, p. 32).

Ainda que para Waldron o autogoverno não possa sofrer limitações decorrentes do constitucionalismo, mormente quando tais óbices são impostos por órgãos não eleitos como o Poder Judiciário, é certo que sua concepção é também, em alguma medida, intrinsecamente limitada. Isto porque o autor subsume a ideia de soberania e autogoverno à atuação do Parlamento, considerando como equivalentes as vontades expressas pelo povo e pelos seus representantes.

É precisamente nesse contexto que se traz ao debate acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia, a figura do titular do poder constituinte originário. Nessa toada, o teórico estadunidense Larry Kramer propõe uma retomada à ideia de constitucionalismo popular, presente nas mais profundas bases do constitucionalismo norte-americano. Trata-se, com efeito, de um sistema baseado na ideia de deliberação, não balizada nos interesses pessoais dos membros da comunidade, mas sim, em um julgamento racional por parte das pessoas que se baseariam em reflexões públicas bem discutidas pelos líderes políticos (KRAMER, 2006, p. 703-704).

Ainda que remanesça um papel importante a ser desempenhado pelos representantes eleitos, precipuamente quanto à tarefa de informar o debate público, e mesmo às Cortes, que teriam relevante função na qualificação do diálogo, é ao povo, em última instância, que cabe o poder de tomar as decisões que envolvem a Constituição (p. 742).

Compartilhando da proposição de Kramer e indo mais além, o professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos apresenta ao debate a concepção de um constitucionalismo fraco, que, conforme se verá adiante, se sustenta nos princípios da abertura constitucional e da participação popular. Nessa proposta teórica, que parte do pressuposto negriano de que falar de poder constituinte é falar de democracia (NEGRI, 2002, p. 08), a atuação do poder constituinte por meio de seu titular não é vista como uma ameaça à estabilidade, mas sim como possibilidade de correção de injustiças existentes, por meio de episódios altamente participativos de debate e mudança constitucional (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 07).

Colón-Ríos parte da definição schmittiana de Constituição para defender o necessário protagonismo do titular do poder constituinte na relação entre constitucionalismo e democracia. Para Carl Schmitt, a Constituição em seu sentido positivo decorre de um ato do poder constituinte e, como tal, diz respeito a uma decisão que conforma uma unidade política (SCHMITT, 1927, p. 24). Assim, serão as decisões políticas fundamentais de uma dada comunidade política, mormente no que diz respeito à estrutura do Estado, que consubstanciarão o cerne daquilo que se tem por Constituição.

Não sem sentido, Schmitt traça uma importante distinção entre aquilo que considera como Constituição e aquilo que se define tão somente como lei constitucional. Como referido, a Constituição se conceitua como o núcleo das decisões políticas fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte, não surgindo de si mesma, mas sim da vontade política da comunidade pré-existente, e, portanto, não encontra forma normativa e nem se restringe a qualquer modo de regulação que não aquele próprio criado pelo poder constituinte.

As leis constitucionais, ao seu turno, pressupõem uma Constituição, ou seja, as leis constitucionais decorrem das decisões que foram tomadas e, por isso mesmo, têm nelas o seu fundamento de validade (p. 24). Desse modo, ao tempo em que as leis constitucionais podem ser revistas pelos poderes constituídos, a Constituição em si, isto é, as decisões políticas fundamentais que determinaram a unidade política da comunidade, só pode ser revista pelo titular do poder constituinte.

É, portanto, a partir dessa controversa fonte teórica que Colón-Ríos procura retirar o debate constitucionalismo x democracia do âmbito da pura institucionalidade, que, não raro, resume a tensão em uma disputa de poder entre Cortes e Parlamento. Ao introduzir o elemento do poder constituinte na clássica discussão da teoria constitucional, Colón-Ríos acaba por colocar em xeque a legitimidade democrática das instituições para decidir sobre o cerne da Constituição. É sobre esse aspecto que se debruçará o capítulo seguinte.

3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS DECISÕES FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

Tal como visto anteriormente, a tensão entre constitucionalismo e democracia traz também à tona a discussão referente a qual ator recai a legitimidade para dar a última palavra sobre a Constituição. Esse debate, no mais das vezes, se restringe a uma disputa entre Cortes e Parlamento, restando ao povo o papel de mero expectador.

Com efeito, parece haver um medo constante da participação popular na definição dos rumos da Constituição. Para quem restringe o debate constitucional à disputa institucional, a participação popular é intrinsecamente problemática porque implica a partilha da tomada de decisões com os cidadãos ordinários, e, portanto, não especialistas. Desse modo, a “tirania da participação popular” é vista como mais prejudicial que a tirania do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou ainda, das elites minoritárias (HUTCHINSON; COLÓN-RÍOS, 2010, p. 13).

Quando, no entanto, se traz ao cenário a possibilidade de uma participação ativa e direta do titular do poder constituinte no debate constitucional, qual legitimidade resta aos órgãos não eleitos e mesmo àqueles calcados na representação para darem a última palavra sobre a Constituição?

Nesse sentido, a fim de investigar a legitimidade democrática de cada um dos atores no debate constitucional, Colón-Ríos irá propor um conceito de democracia em dois graus.

Em verdade, a proposta do autor tem como base as teorizações de Bruce Ackerman acerca da ideia de democracia dualista. Segundo Ackerman, o modelo dualista de democracia distingue entre as decisões que são tomadas pelo povo e as decisões que são tomadas pelo governo (ACKERMAN, 1991, p. 06).

As decisões tomadas pelo povo ocorrem raramente, em condições constitucionais especiais. Assim, é preciso que um determinado movimento político convença um número extraordinário de pessoas acerca de sua causa, que se permita que os oponentes se organizem e apresentem seus contrapontos e, por fim, que se convença a maioria dos cidadãos acerca da proposta tentada. As decisões tomadas pelo governo, por sua vez, ocorrem diariamente, ainda que também sob condições constitucionais especiais, tais como o dever de prestação de contas aos eleitores e os mecanismos de *accountability*.

Ackerman identifica as decisões tomadas pelo governo com aquilo que chama de “política comum”, ao passo que os raros momentos de tomada de decisão pelo povo serão identificados como momentos de criação constitucional (p. 266).

Tendo em vista a conceituação fornecida por Bruce Ackerman, Colón-Ríos desenvolve seu conceito de democracia em duas dimensões. A primeira

dessas dimensões diz respeito a uma governança democrática diária e se relaciona às leis e instituições que garantem a democracia do dia-a-dia, desde eleições diretas e periódicas, até as liberdades civis mais elementares, como o direito à associação, direito à reunião, liberdade de expressão, etc. No que se refere a essa governança democrática, é comum que as instituições representativas componentes da burocracia estatal ganhem proeminência. A despeito disso, a maior participação popular nesse nível de governança é essencial para a caracterização democrática da Constituição e das próprias instituições (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 37-38).

A segunda dimensão da democracia teorizada por Colón-Ríos, contudo, é a que mais interessa para este trabalho. Trata-se, com efeito, da democracia ao nível das leis fundamentais, ou, melhor dizendo, a relação dos cidadãos com sua própria Constituição. Esta segunda dimensão propõe uma mirada sobre dois aspectos fundamentais: i) A Constituição em questão é resultante de um processo democrático? ii) Ela pode ser alterada por meios democráticos? (p. 38) Na esteira desses questionamentos, para o professor porto-riquenho, a segunda dimensão de democracia é incompatível com uma Constituição que tenha sido imposta, mesmo que traga uma série de princípios democráticos em seu texto. Igualmente, não será democrática a Constituição que obstar toda e qualquer forma de alteração do seu texto, sobretudo quando importantes transformações jurídico-políticas são necessárias (p. 39).

Colón-Ríos acrescenta, no entanto, que a democracia em sede de leis fundamentais não se resume à feitura democrática do texto constitucional e a possibilidade de sua alteração. É preciso ir mais fundo nessa questão e responder à pergunta: quem decide sobre a Constituição? O manejo da Constituição simplesmente tomada pelas instituições e representantes eleitos do aparato estatal é insuficiente. Para tanto o autor elenca dois princípios básicos a reger a democracia de segunda dimensão, quais sejam: o princípio da abertura democrática e o princípio da participação popular.

Pelo princípio da abertura, uma sociedade democrática é uma sociedade aberta, na qual as leis constitucionais não apenas estão abertas para discussão, como estão sempre suscetíveis a serem reformuladas. O princípio da abertura democrática acolhe o conflito e o dissenso, sendo incompatível com constituições imutáveis ou com mecanismos que dificultem sua mudança. Parte-se da ideia de que uma verdadeira democracia permite aos cidadãos de uma comunidade política terem a Constituição que quiserem (p. 58).

Por sua vez, pelo princípio da participação popular, o povo deve ocupar espaço de protagonismo na tomada de decisões sobre a Constituição. Assim, se a ideia de democracia parte do pressuposto de um povo se autogovernando e autodeterminando, é certo que os cidadãos devem poder participar, de alguma forma, da tomada de decisão acerca da norma que regerá centralmente a

vida política de sua comunidade (p. 61). É preciso que se tenha nítido, no entanto, que este princípio determina uma participação popular que vai além de simplesmente dizer sim ou não a uma proposta, mas efetivamente concerne ao processo de deliberação acerca do conteúdo e funcionamento da Constituição. Para tanto, e conforme será visto brevemente adiante, é fundamental se pensar em um *desing* constitucional que concretize este princípio.

Retomando-se alguns conceitos vistos anteriormente e colocando-os em relação com os conceitos recém analisados, tem-se o seguinte quadro: Colón-Ríos parte da definição schmittiana de Constituição, entendida como o conjunto de decisões políticas fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte e que conformam os elementos do Estado (SCHMITT, 1927). De igual turno, entende o professor porto-riquenho que a democracia de segunda dimensão, isto é, ao nível das leis fundamentais, depende de como a Constituição em tela foi instituída e se dispõe de mecanismos que viabilizam sua alteração. Por fim, viu-se que a democracia no nível das leis fundamentais pressupõe uma Constituição que seja abeta a discussão e reformulação e que tais atos sejam sempre tomados de modo participativo e deliberativo pelos cidadãos.

Frente a todos os pressupostos teóricos abordados, pode-se concluir que, na perspectiva de Colón-Ríos, a legitimidade democrática para a deliberação e tomada de decisão referente aos temas que dizem respeito ao cerne da Constituição, isto é, as decisões políticas fundamentais, pertence ao titular do poder constituinte originário, na medida em que atende aos princípios da abertura e participação.

Isso não significa dizer, por certo, que toda e qualquer alteração constitucional necessite de ampla mobilização popular para que ocorra. Na esteira do pensamento de Schmitt que distingue Constituição de lei constitucional, Colón-Ríos entende que as normas constitucionais que não dizem respeito às decisões fundamentais que informam a Constituição podem ser alteradas pelos procedimentos comuns de emenda constitucional previstos (COLÓN-RÍOS, 2013, pos. 1000). Seria mesmo inviável, do ponto de vista da concretização da participação política, pressupor uma ampla mobilização política da sociedade a cada mudança do texto constitucional. A atuação protagonista do titular do poder constituinte, nesse sentido, seria essencial nos episódios, não tão frequentes, de rediscussão das decisões fundamentais da Constituição (pos. 1027), isso, claro, desde que o princípio da abertura seja levado a sério, isto é, que Constituição, mesmo em suas decisões fundamentais, esteja sempre aberta à discussão e reformulação sempre que for do interesse do povo.

De modo a dar concretude a discussão teórica ora traçada, no capítulo seguinte se fará a mediação dessa ideia de legitimidade democrática popular ao debate brasileiro acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo pela via de emenda constitucional.

4. O DEBATE BRASILEIRO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO PARLAMENTARISMO E O ESFORÇO DE MEDIAÇÃO PARA UM CONSTITUCIONALISMO FRACO

A questão concernente a quem recai a legitimidade democrática para decidir sobre os temas fundamentais da Constituição não se encerra em um debate puramente teórico. Com efeito, tal discussão tem profundas implicações práticas na vida democrática da comunidade, determinando a criação de procedimentos, mecanismos e instituições, bem como, servindo de parâmetro de legitimidade do próprio documento constitucional que se analisa.

De modo a ilustrar a importância concreta da definição acerca dos atores legitimados a alterar o cerne da Constituição, é pertinente trazer a este trabalho uma breve contextualização sobre o debate recentemente retomado na política brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração de sistema de governo pela via de emenda constitucional.

Sobretudo após o agravamento da crise política no Brasil a partir dos anos de 2015 e 2016, é crescente o reconhecimento das dificuldades de manutenção de um modelo de presidencialismo de coalização. Tal como exposto por Paulo Ricardo Schier, esse modelo de presidencialismo não dispõe de mecanismos que sirvam de “válvula de escape” para momentos de crise institucional, sendo que o chefe do Poder Executivo só pode ser retirado de seu cargo ao fim de seu mandato ou por meio do *impeachment* que, não raro, se configura como processo deveras traumático para a democracia (SCHIER, 2016, p. 255), mormente quando descolado do efetivo pressuposto constitucional de crime de responsabilidade.

Precisamente nesse contexto, o até então esquecido debate acerca da alteração de um sistema presidencialista de governo para o sistema parlamentarista voltou à cena pública, sendo levantado por diversas lideranças políticas que resgataram ou apresentaram Propostas de Emenda à Constituição nesse sentido³.

De toda sorte, mais do que discutir sobre conveniência de cada um dos sistemas em questão (presidencialismo, semipresidencialismo, parlamentarismo-

³ Com o intuito do estabelecimento de um sistema de governo parlamentarista no Brasil, tramita na Câmara dos Deputados, desde 1995, a PEC 20/1995, de autoria do então Deputado Eduardo Jorge, que em fevereiro de 2015 contou com Requerimento de Inclusão na Ordem do dia por parte do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly. Sobre a mesma temática, no Senado Federal, tramitam a PEC 32/2015, de autoria do Senador Fernando Collor, a PEC 102/2015, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares e a PEC 09/2016, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Ainda, em agosto de 2017, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Gilmar Mendes, encaminhou à presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal proposta de emenda constitucional também com o objetivo de estabelecimento do sistema parlamentarista de governo, tomando por base a PEC 09/2016, do Senador Aloysio Nunes ferreira.

mo, etc.), o que se propõe é uma breve reflexão sobre a quem recai a legitimidade democrática para decidir sobre esse tema.

O Supremo Tribunal Federal já se deparou com esse questionamento quando da impetração do Mandado de Segurança nº 22.972, pelos então Deputados Federais Jacques Wagner, Hélio Bicudo e Miguel Rosseto, em 1997, “contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados, da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação e da Comissão Especial destinada a analisar e proferir parecer na Proposta de Emenda à Constituição nº 20-A/1995, que institui o parlamentarismo no país.” (CARNEIRO, 2016). A petição inicial da ação constitucional indaga justamente a legitimidade democrática do Parlamento para retomar a discussão e decisão estabelecida pelos titulares do poder constituinte originário no plebiscito realizado em 1993.

Nesse aspecto, cabe uma breve nota histórica. Conforme referencia Paulo Bonavides Paes de Andrade, o Constituinte eleito de 1988 efetivamente decidiu sobre o sistema de governo, em uma das discussões mais contundentes da Assembleia Constituinte. Na votação do primeiro turno da Constituição de 1988, em quórum integral, os constituintes aprovaram por 343 votos contra 213 o sistema presidencialista de governo (ANDRADE, 1991, p. 464).

A despeito da decisão da Assembleia Constituinte, por pressão do então Deputado Federal e Constituinte Antônio Henrique Bittencourt da Cunha Bueno, de viés monarquista, incluiu-se ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 expressa determinação para a realização de plebiscito para deliberação acerca da forma de governo (República ou Monarquia) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). O artigo 2º do ADCT foi posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 2 de 25 de agosto de 1992 apenas para fins de antecipação da consulta popular, que passaria da data de 07 de setembro de 1993 para a data de 21 de abril de 1993.

Ironicamente, portanto, por pressão de grupos monarquistas, concedeu-se à população a efetiva decisão fundamental acerca de sua própria forma e sistema de governo, tendo-se escolhido pela maioria de 66% dos votos válidos um governo Republicano e, pela maioria de 59% dos votos válidos, um sistema presidencialista.

Cabe ressaltar, todavia, que o plebiscito de 1993 não ocorreu sem críticas ao seu procedimento e ao debate que lhe precedeu. Como bem indica Colón-Ríos, os referendos e plebiscitos populares não representam o auge democrático, uma vez que permitem aos cidadãos decidirem sobre um conteúdo já previamente proposto, podendo dar uma resposta quase sempre binária (sim ou não, isso ou aquilo). O ideal democrático exige mais que isso, é necessário existir efetiva deliberação, o que pressupõe a democratização de todo o debate em torno da proposta (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 62).

Sem embargo desta crítica, fato é que, ainda que por vias tortas, o plebiscito de 1993 representou a decisão política mais efetivamente participativa da Constituição de 1988, uma vez que decorreu da vontade do poder constituinte por excelência, não mediado pela representação.

De toda sorte, independentemente do fator histórico relacionado ao exemplo escolhido, por toda a argumentação traçada anteriormente, é seguro afirmar que é ao povo, titular do poder constituinte originário, que recai a legitimidade democrática para dar a última palavra sobre esse debate, não apenas porque já o fizera antes, mas, sobretudo, porque se trata de um tema que diz respeito à base da Constituição e conforma uma decisão fundamental.

Poderia se argumentar, contudo, que o sistema de governo presidencialista, em não configurando formalmente uma cláusula pétrea da Constituição⁴, conforme disposto no artigo 60, § 4º, poderia ser alterado pelo Parlamento, uma vez que a própria Constituição garante ao Congresso Nacional o poder e a legitimidade para atuar na função de poder constituinte derivado, sendo-lhe lícito alterar toda e qualquer disposição que não esteja protegida pela cláusula de imutabilidade.

Para responder a esse argumento, são percucientes as teorizações de John Rawls. Afirma Rawls, ao analisar a realidade constitucional estadunidense, que nem todas as mudanças introduzidas na Constituição dos EUA por meio do procedimento de emenda disposto no artigo V são legalmente válidas. Para o autor, a adoção de uma Constituição democrática deve ser entendida como a expressão de autogoverno de um povo, que determina seus princípios constitucionais essenciais. Tais princípios se referem à estrutura do governo e ao processo político, bem como aos direitos políticos e liberdades básicas dos indivíduos (RAWLS, 2005, p. 232).

Nesse influxo, para Rawls, uma emenda constitucional intentada pelos representantes eleitos do Congresso somente será válida se não procurar alterar substancialmente esses princípios essenciais decorrentes da vontade de autogoverno do povo (p. 233). O autor admite, contudo, que o poder de emenda atinja os princípios essenciais apenas para lhes corrigir defeitos evidentes ou para ampliar direitos e liberdades, mas jamais para subverter a estrutura do governo ou suprimir garantias (p. 238-239).

⁴ Não se olvida daqueles que defendem estar o sistema presidencialista de governo abrangido pelas cláusulas pétreas em função da ideia de separação dos poderes. Para os defensores dessa corrente de pensamento, o sistema parlamentarista, ao determinar que a função de Chefe de Governo seja exercida por um membro do Parlamento e seu gabinete, acaba por extinguir a separação entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Neste trabalho, contudo, adota-se a posição de que, ainda que um sistema parlamentarista traga nova dinâmica à separação dos poderes, dando maior ênfase ao Poder Legislativo, não há extinção da separação entre Executivo e Legislativo, na medida em que o Chefe de Governo (normalmente, Primeiro-Ministro), ainda que proveniente do Parlamento, passa a atuar precipuamente na função Executiva que, seja no presidencialismo (principalmente no presidencialismo de coalizão) ou no parlamentarismo, não exclui uma atuação igualmente legislativa.

Para Rawls, portanto, mesmo que a proposta de emenda constitucional siga com fidedignidade todos os procedimentos dispostos na Constituição, deverá ser invalidada sempre que se imiscuir de modo excessivo nos princípios essenciais estabelecidos pelo povo, sob pena de representar verdadeiro rompimento constitucional (p. 405).

Assim, de modo semelhante à Carl Schmitt, Rawls traça uma diferenciação entre os temas da Constituição que estão ao dispor do poder de emenda do Parlamento, e aqueles outros temas, considerados essenciais, sobre o qual somente o povo, titular do poder constituinte, tem legitimidade para decidir. Não se trata, dessa forma, de negar o poder de emendar a Constituição ao Poder Legislativo, mas sim, de compreender que algumas decisões presentes na Constituição, ainda que não formalmente abarcadas pelas cláusulas de imutabilidade, são de tal maneira fundamentais que necessitam de grande debate público e precisam ser decididas de modo amplo e participativo.

Com efeito, a defesa de uma atuação protagonista do titular do poder constituinte na tomada das decisões fundamentais que envolvem a Constituição – seja no caso específico envolvendo o sistema de governo, ou em outras temáticas essenciais – se insere dentro da perspectiva de um constitucionalismo fraco, pelo qual, a Constituição está sempre aberta à discussão em todos os seus termos e sempre apta a ser reformulada do modo mais participativo possível. Nessa perspectiva, como indica Colón-Ríos, a atuação do poder constituinte não é vista com suspeita, mas sim, como uma oportunidade de melhorar o sistema constitucional vigente (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 154).

Por certo, isso não significa dizer que a atuação do poder constituinte sempre resultará em uma Constituição melhor e mais justa (p. 154). Não obstante, bem aponta o autor porto-riquenho, se existem formas de opressão que se consideram impensáveis hoje (a escravidão, por exemplo), não é porque existem leis ou uma Constituição que as proíbam, mas sim, porque não há grupos ou um indivíduo com força política capaz de impô-las (COLÓN-RÍOS, 2013, pos. 579). Assim, a manutenção de uma Constituição aberta à vontade popular não determina maior perigo de retrocesso social, na medida em que é somente a partir de fatores políticos conjunturais que tal possibilidade se coloca, e, em assim sendo, o retrocesso poderá se colocar independentemente do grau de abertura da Constituição.

É preciso finalmente pontuar, contudo, que, conquanto a radicalidade da proposta de um constitucionalismo fraco possa se adequar com maior facilidade a outras realidades constitucionais, pressupõe um necessário movimento de mediação para a realidade brasileira, sobretudo porque, conforme teoriza Gilberto Bercovici, a soberania brasileira se insere no contexto de uma soberania bloqueada de um Estado periférico, de modo que a atuação plena do poder constituinte enfrenta uma série de restrições tanto externas quanto internas

(BERCOVICI, 2013, p. 316). Para tanto, há dois movimentos essenciais nesse esforço de mediação e democratização da Constituição: um de justificação e outro de efetivação.

O movimento de justificação tem como fito a demonstração da necessidade de democratização do debate constitucional. Em verdade, não parece haver consenso de que uma maior participação popular nos rumos da Constituição, mesmo em pautas de caráter institucional, seja algo positivo. Não por acaso, para se utilizar do exemplo analisado, as Propostas de Emenda à Constituição que visam à instauração do parlamentarismo no Brasil prescindem por completo da participação popular, mesmo em um tema que foi alvo de plebiscito. É necessário, portanto, que se justifique em termos teóricos e práticos a necessidade de devolver ao povo sua Constituição.

De outro lado, a tarefa de efetivação procura dar concretude à democracia, repensando o *design* constitucional, principalmente naquilo que Roberto Gargarella chama de casa de máquinas da Constituição, e os limites e possibilidades de atuação dos poderes constituídos. Trata-se, portanto, de pensar em formas de dar vazão à tomada popular do debate constitucional, levando em consideração a complexa realidade brasileira permeada por desigualdades e contradições.

Em todo o caso, o ponto de partida necessário à democratização do debate constitucional é a criação de um consenso acerca de sua necessidade e foi isso o que se pretendeu fazer, ainda que de modo inicial e breve, nesse trabalho.

CONCLUSÃO

A relação entre Constituição e povo, que já foi de grande proximidade, parece, contemporaneamente, cada dia mais distante. De fato, parece não haver um reconhecimento por parte da comunidade de que este estatuto, que define estruturas e instituições e estabelece direitos e garantias, lhe pertence. Nesse contexto, o debate constitucional é monopolizado pelos poderes constituídos, mormente as Cortes e o Parlamento, sem que o titular do poder constituinte possa tomar parte nessa discussão.

Precisamente nesse sentido, o intuito primordial deste trabalho foi procurar justificar, do ponto de vista teórico, a legitimidade democrática do povo para deliberar e tomar as decisões fundamentais que constituem o cerne de sua Constituição. A partir da análise de diversas concepções sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, o exame da questão da legitimidade democrática dos atores constitucionais no âmbito da democracia de segunda dimensão e o olhar sobre a discussão brasileira acerca da (im) possibilidade de alteração do sistema de governo pela via de emenda constitucional, tudo isso sob o enfoque de um constitucionalismo fraco, tal como

definido por Joel Colón-Ríos, chegou-se à conclusão de que cabe ao povo, titular do poder constituinte originário, a legitimidade para decidir sobre os princípios essenciais da Constituição, no que se inclui a questão atinente à mudança de sistema de governo.

Por certo, entretanto, na esteira do esforço de mediação antes referido, este é apenas um primeiro passo rumo a uma realidade de democratização efetiva da Constituição. Impende aprofundar este movimento de justificação e se ater, igualmente, ao desafio da concretização, levando em conta todas as vicissitudes de uma realidade social tão complexa quanto a brasileira.

De toda sorte, sem olvidar dos inúmeros limites e dificuldades da proposta que se apresenta, o que se propõe é a mirada sobre suas possibilidades, de modo que a relação entre povo e Constituição volte a se dar nos termos da relação de um autor com sua obra.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. 1991. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. 1991. *História constitucional do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BERCOVICI, Gilberto. 2013. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Revista Lua Nova*, 88: 305-325, São Paulo.
- CARNEIRO, Luiz Orlando. 2016. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. *Jota*, 2016. <<http://jota.uol.com.br/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-pode-ser-adotado-por-emenda-constitucional>>.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. 2010. Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, vol. 6, n. 1, São Paulo.
- COLÓN-RÍOS, Joel. 2013. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Kindle.
- _____. 2012. *Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. Abingdon: Routledge.
- DWORKIN, Ronald. 2006. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press.
- _____. 1998. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, v. 86, iss. 3, 453-458.
- HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel. 2010. Democracy and Constitutional Change. *Osgoode CLPE Research Paper* n. 48/2010.
- KRAMER, Larry. 2006. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. *Stanford Public Law Working Paper*, n. 938721.
- NEGRI, Antonio. 2002. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pillati. Rio de Janeiro: DP&A.
- POLEWKA, Gabriele. 2016. *Liberdade religiosa x autonomia privada: a proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba.
- RAWLS, John. 2005. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- SCHIER, Paulo Ricardo. 2016. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 20, n. 20, p. 253-299, Curitiba.
- SCHMITT, Carl. 1927. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SULTANY, Nimer. 2012. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 47, n. 2, 371-455.

WALDRON, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press.

_____. 2006. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 1346-1406.

CAPÍTULO 12

CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO: CRÍTICA, PERFORMATIVIDADE E PRECARIIDADE ENQUANTO ELEMENTOS PARA UMA TEORIA CONSTITUCIONAL RADICALMENTE DEMOCRÁTICA

Igor Campos Viana

RESUMO: O presente artigo apresenta uma proposta de diálogo entre a teoria política de Judith Butler e o campo da filosofia constitucional. A travessia desse diálogo é materializada através da compreensão da autora acerca da crítica, da performatividade e da precariedade. Esses conceitos são articulados de forma a desafiar a lógica da estabilidade do constitucionalismo moderno e afirmarem as linhas iniciais do que nomeamos constitucionalismo performativo.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; performatividade; Judith Butler; crítica; precariedade.

ABSTRACT: *This article presents a proposal of dialogue between Judith Butler's political theory and the field of constitutional philosophy. The crossing of this dialogue is materialized through the Butler's understanding of critique, performativity and precarity. These concepts are articulated in order to challenge the logic of the stability of modern constitutionalism and to affirm the initial lines of what we call performative constitutionalism.*

KEY-WORDS: *constitutionalism; performativity; Judith Butler; critique; precarity.*

After all, the cameras never stopped; bodies were there and here; they never stopped speaking, not even in sleep, and so could not be silenced, sequestered, or denied - revolution sometimes happens because everyone refuses to go home, cleaving to the pavement as the site of their convergent and temporary cohabitation

(Judith Butler em Notes Toward Notes toward a Performative Theory of Assembly)

INTRODUÇÃO

O presente ensaio, inspirado pelo artigo *Constituição Radical: uma ideia e uma prática* de Vera Karam de Chueiri (2013), propõe apresentar a ideia do que nomeio *Constitucionalismo Performativo*, através de um diálogo com os

contributos político e teórico de Judith Butler. Para tanto, proponho perpassar e articular três categorias fundamentais da sua obra: a *crítica* (BUTLER, 2002), a *performatividade* (BUTLER, 2015) e a *precariedade* (BUTLER, 2004b). A partir dessas chaves de leitura proponho pensar as possibilidades de resignificação dentro da ordem normativa do constitucionalismo moderno. Questiono a constante e incessante busca pela estabilização social que perde de vista o caráter violento de determinadas estabilizações que cristalizam modos de existência possíveis. Afinal, a quem serve essa estabilidade? A estabilidade é um fim em si mesmo? Poderíamos pensar em um constitucionalismo democrático instável?

Judith Butler nos apresenta uma construção teórica que rompe com a clássica teoria política ao afirmar uma soberania popular enquanto ato performativo de corpos que se reúnem no espaço público e reivindicam para si o conceito de povo. Reunidos em uma determinada cartografia situacional, esses corpos podem apresentar um enfrentamento e uma exposição da precariedade sob a qual são sujeitados. Assim, através da crítica, desafiam a lógica jurídica estabilizadora gerando uma fratura no raciocínio constitucional moderno. Práticas políticas rearticulatórias da tecitura social contribuem para constituir espaços de resistência e da própria existência política de vidas não passíveis de luto ou extremamente precarizadas. Compreender a precariedade enquanto uma condição compartilhada do animal humano é também compreender que a manutenção da vida depende de condições sociais e políticas e não somente de um impulso interno para viver (BUTLER, 2009). Pensar através da ótica da precariedade é possibilitar uma luta política gregária que supere os dilemas de uma compreensão liberal da política e os dilemas de uma suposta necessidade de concordância em relação a todas as questões do desejo, crença ou auto identificação, típicas de uma política centrada em questões identitárias.

Aposto, como veremos ao longo do ensaio, em um constitucionalismo que afirme a dimensão instável inerente a qualquer estabilização. Um constitucionalismo que não negue a dimensão conflitiva da vida social e enfrente a desigualdade na distribuição das precariedades. Um constitucionalismo que se abra às diversas formas de rearticulação da tecitura social como única possibilidade de vivência radicalmente democrática. É chegado o tempo de repensarmos a fundação do constitucionalismo moderno através de uma constituição que não se reduza ao binômio constituinte/constituído (CHUEIRI, 2013; VIANA, 2015). Assim, o *Constitucionalismo Performativo* retêm o poder constituinte no presente, no agora radicalmente democrático, numa temporalidade na qual a potência não se encerre no ato, mas pelo contrário, nele se eleve, projetando-se para um futuro sempre em aberto às performatividades políticas que o constitui na sua própria reconstituição.

I. A CRÍTICA COMO REARTICULAÇÃO DA TECITURA¹ SOCIAL

Retomando importante palestra proferida em maio de 1978 por Foucault na Sociedade Francesa de Filosofia, Butler em seu ensaio *What is critique? An essay on Foucault's virtue* reconstrói a ideia de crítica através da análise dos processos de “criação do eu” enquanto processos de resistência às normas assujeitadoras. Butler afirma que a fim de que a crítica possa operar como parte integrante de uma *práxis* “é preciso que ela apreenda os modos pelos quais as categorias são, elas próprias, instituídas, o modo como o campo do conhecimento é ordenado e como o que ele prescreve retorna, por assim dizer, como uma oclusão constitutiva” (BUTLER, 2013, p. 160). Ao contrário dos juízos que visariam subsumir um particular a uma categoria já constituída, a crítica visava desvendar a constituição oclusiva dos campos das próprias categorias, ou seja, a crítica coloca em questão as próprias categorias do juízo antes mesmo que ele seja realizado. Ao indagar sobre *qu'est-ce que la critique?* Foucault já realizaria uma dimensão do empreendimento crítico em questão, posicionando o problema em toda sua radicalidade interpelatória.

Retomando as artes da existência trabalhadas por Foucault ao afirmar a ideia do *cuidado de si* em contraposição à hegemonia da jurisdicização da lei, Butler desenvolve uma compreensão complexa da questão da normatividade. As práticas do *cuidado de si* mais do que estabelecer regras para si próprio, buscavam transformar o próprio sujeito da prática em seu ser singular, fazendo da sua vida uma obra de arte aberta às transformações e à agência (BUTLER, 2013, p. 165). O “eu” na compreensão desenvolvida por Butler passa a habitar e a incorporar a própria norma. Nesse sentido, a norma não é exterior ao princípio pelo qual o “eu” se forma, ou seja, não existem espaços tão demarcados em relação à normatividade e nem expectativas tão estabilizadas quanto aos diferentes modos de interiorização. O que Foucault e Butler estão preocupados é com as práticas pelas quais as problematizações sobre o ser enquanto ser se deixa pensar, ou seja, o que leva um sujeito a interpelar sua norma constitutiva? Isso é o sentido da virtude, o verdadeiro sentido da crítica para os dois. Não existe sujeito anterior à norma, cabe à crítica distinguir entre os mecanismos de coerção e os elementos de conhecimento, cientes da articulação entre conhecimento e poder.

A crítica assume nessa compreensão uma dimensão de rearticulação, o que nos leva a um segundo momento desta análise. Em seu texto *Critically Queer* Butler indaga sobre as razões para que uma palavra (queer) que antes indicava degradação tenha dado um giro tal que tenha se refundado no sentido

¹ Utilizamos o termo “tecitura” e não “tessitura”, pois nos referimos às relações que tecem os laços sociais como os fios de um tecido, mais do que a uma composição musical que faz referência o termo tessitura.

da afirmação e da resistência (BUTLER, 2011 [1993], p. 457). O termo *queer*, hoje mais difundido, era um significante utilizado especialmente nos Estados Unidos para humilhar os sujeitos que nomeava, constituindo os corpos que tivessem vergonha de serem o que são, sujeitos *estranhos* à normatividade social. Entretanto, práticas discursivas outras conseguiram transformar a significação social do termo através de uma rearticulação de significados e práticas diversos.

Justamente em razão dos usos de um termo não se darem de antemão, ou seja: não são naturais, foi que se tornou possível afirmar e reelaborar a historicidade específica do termo *queer*. O sujeito se constrói no discurso que o precede e se transforma também no discurso que o constitui. Ocorre que esse discurso é repleto de idealidades que não correspondem com as realidades históricas, permitindo rearticulações semânticas capazes de transformar significantes degradantes em significantes de resistência, engendrando uma nova ordem de valores:

the transferability of a gender ideal or gender norm calls into question the abjecting power that it sustains. For an occupation or reterritorialization of a term that has been used to abject a population can become the site of resistance, the possibility of an enabling social and political resignification. And this has happened to a certain extent with the notion of “queer.” The contemporary redeployment enacts a prohibition and a degradation against itself, spawning a different order of values, a political affirmation from and through the very term which in a prior usage had as its final aim the eradication of precisely such an affirmation. (BUTLER 2011 [1993], pp. 473-474)

Não há um sujeito anterior às normas de gênero, pois esse alguém-sujeito só se torna possível nas próprias normas de gênero que lhes dão sentido. Entretanto, como já destacado, essas normas são repletas de elementos de idealidade que permitem sua resignificação. Dessa forma, podemos dizer que é a ineficácia da norma em cumprir seu ideal é que permite sua subversão, ou seja, as práticas rearticulatórias consistem, em certa medida, no aproveitamento da debilidade normativa (BUTLER, 2011 [1993], p. 475). Para Butler, a maior promessa da travestilidade, por exemplo, não é a proliferação de identificações de gênero, mas a exposição da incapacidade dos regimes heterossexuais para legislar ou conter por completo seus próprios ideais. Haveria, portanto, um duplo constitutivo do discurso que é sua condição limitante de existência e ao mesmo tempo possibilidade de transformação rearticulatória da tecitura social.

Em sua análise, a resignificação do termo *queer* como nomeação de resistência perpassa algo de teatral na medida em que *imita* e o faz de forma *hiperbólica* a convenção discursiva que também inverte. Como destaca a própria autora esse processo se realiza “paradoxically, but also with great promise, the subject who is “queered” into public discourse through homophobic interpellations

of various kinds takes up or cites that very term as the discursive basis for an opposition.” (BUTLER, 2011 [1993], p. 476). A imitação realizada de forma hiperbólica satiriza a própria realidade, utilizando da paródia como ato político reconstrói essa mesma realidade denunciando a historicidade dos padrões naturalizados de opressão social.

A travestilidade seria uma alegoria da psique mundana que expõe as práticas performativas mediante as quais se formam os gêneros heterossexualidades renunciando à possibilidade da homossexualidade, uma forclusão (rejeição de um significante fundamental para fora do universo simbólico do sujeito) que produz um âmbito de objetos heterossexuais ao mesmo tempo que produz o âmbito daqueles a quem seria impossível de amar (BUTLER, 2011 [1993], p. 330). Já em *The Question of Social Transformation*, publicado mais de dez anos depois de *Critically Queer*, Butler nos fala em transexualidade, mostrando-nos como as noções contemporâneas de realidade podem ser questionadas e como novos modos de realidade podem ser instituídos:

as a consequence of being in the mode of becoming, and in always living with the constitutive possibility of becoming otherwise, the body is that which can occupy the norm in myriad ways, exceed the norm, rework the norm, and expose realities to which we thought we were confined as open to transformation. These corporeal realities are actively inhabited, and this “activity” is not fully constrained by the norm. Sometimes the very conditions for conforming to the norm are the same as the conditions for resisting it. (BUTLER, 2004a, p. 217)

Transitar pelas normas de gênero é uma forma potente de rearticular essas próprias normas no sentido de expor sua “não imobilidade”, é justamente no trânsito e na possibilidade de transitar e transviar que conseguimos configurar novas formas de existência diversas. A transexualidade joga com essas possibilidades e expõe a violência do sistema normativo social que na tentativa de impedir esse trânsito acaba por gravar nos corpos e subjetividades desses sujeitos as marcas do ódio, do repúdio e do asco por assistir elementos forcluídos ganharem possibilidade de visibilidade, rearticulando a própria tecitura de normatividade social. Constitui-se uma forma complexa e paradoxal de lidar com a norma, geradora de sofrimento e lugar potencial para a politização transformadora (BUTLER, 2004, p. 220).

Ser chamado de irreal, mais do que uma forma de controle social é uma forma de caracterizar o próprio humano em contraposição ao que não o é, assim alguns corpos são desumanizados para que os corpos tradicionais possam continuar a se afirmarem. Isso não significa que os corpos desumanizados sejam de fato irreais, eles fazem parte de uma inteligibilidade social que utiliza deles justamente porque reconhecem sua existência (BUTLER, 2004a, p. 226).

Nas palavras da autora não se trataria, portanto, de produzir um novo futuro para gêneros que não existem, mas sim de desenvolver um novo léxico legitimador para a complexidade de gêneros que temos vivenciado desde muito tempo, um novo léxico dentro do direito, da psiquiatria, da teoria social e literária (BUTLER, 2004a, p. 217). Ou seja, trata-se de rearticular nossa tecitura gramático-lexical entendendo que pensar vidas possíveis é uma urgência para aqueles que estão tentando tornar-se possíveis. Por isso acreditamos ser tão necessário repensarmos o constitucionalismo moderno e suas (não) aberturas para rearticulações da tecitura social a partir de uma compreensão da política enquanto aposta radical na dinâmica soberania popular.

II. UMA POLÍTICA DO PERFORMATIVO

A ideia de “povo” foi fundamental na Revolução Norte-Americana para a afirmação de uma soberania que não mais pertencesse ao monarca inglês, mas que passasse a ser exercida pelos antigos súditos que se afirmavam enquanto sujeitos políticos constituidores de um povo. Entretanto, essa noção de origem revolucionária é uma meta-categoria sujeita as mais diversas apropriações. Sob a ideia do “we, the people” dos *founding fathers*, os governantes norte-americanos justificaram: o massacre indígena, a segregação da população negra, a apropriação de terras mexicanas, a deportação de imigrantes, a exclusão social da população LGBTIQ, etc. Diversas foram as tentativas de definição do que é o povo, sempre culminando na precarização de uma outra parcela que não se enquadrava na noção de povo proclamada. Nesse sentido, Butler propõe uma compreensão do conceito através de uma abertura à performatividade dos corpos que se afirmam enquanto povo no espaço público: “the “we” voiced in language is already enacted by the assembly of bodies, their gestures and movements, their vocalizations, and their ways of acting in concert” (BUTLER, 2016b, p. 50).

A soberania popular é entendida por Butler enquanto um poder que excede o Parlamento e que pode, inclusive, depô-lo. As eleições seriam apenas sistemas parciais de tradução dessa soberania que ainda permaneceria de forma não completamente traduzível com o povo, não existindo, portanto, ordem democrática possível que contenha instucionalmente a soberania popular. Assim, a autora apresenta uma importante inovação à teoria política clássica da soberania popular, passando a compreendê-la enquanto um *exercício performativo contínuo de corpos que ocupam o espaço público e se reivindicam enquanto povo*. Essa é uma importante diferença em relação à interpretação estanque e metafísica da soberania popular enquanto de titularidade do povo que outorga seu exercício para o Parlamento. Em *We, the People - Thoughts on Freedom of Assembly* Butler nos diz que:

the conditions of democratic rule depend finally upon an exercise of popular sovereignty that is never fully contained by any particular democratic order. Popular sovereignty might be understood as an extra-parliamentary power without which no parliament can function, and which threatens every parliament with dysfunction or even dissolution. We can call it an “anarchist” energy or a permanent principle of revolution within democratic orders. In either case, it depends upon a set of bodies assembled and assembling, whose actions effectively constitute themselves as “the people.” (BUTLER, 2016b, p. 51)

É claro que todas pessoas passíveis de serem representadas pela noção de povo nunca aparecem juntas às manifestações para se reclamarem enquanto povo. É nesse sentido que a autora nos fala de um *excedente constitutivo* da noção de “we, the people” que nunca se identifica com a totalidade da população a que se refere. As pessoas que se reivindicam nos movimentos populares enquanto povo, mais do que se auto representarem, se auto constituem no ato performativo de serem povo, disputando politicamente esta noção. Dessa forma, a afirmação “we, the people” é antes de tudo um ato de fala que se auto designa e se auto constitui, produzindo, portanto, a própria pluralidade social que enuncia. Ou seja, a enunciação do povo é, em um só ato, sua própria constituição.

Reunir-se em assembleia passa a ser compreendido enquanto um ato político performativo, ainda que seja algo prévio e que se encontre separado de qualquer ato de fala específico, é um ato em si e, como dito, transborda significações. Com esse importante conceito de performatividade, Butler ressignifica a teoria política reconhecendo importância à reunião pública em si mesma e nos chamando a atenção para a importância dos corpos e de sua maneira de se relacionarem em assembleia enquanto atos constitutivos do político:

in other words, they have to be made evident, which means that they are not self-evident. This circularity seems to risk contradiction or tautology, but perhaps the truths only become evident in the manner in which they are declared. In other words, the performative enactment of the truth is the way of making evident that very truth, since the truth in question is not pre-given or static but enacted or exercised through a particular kind of plural action. If it is the very capacity for plural action that is at stake in claiming popular sovereignty, then there is no way to “show” this truth outside of the plural and invariably conflictual enactment we call self-constitution. (BUTLER, 2016b, p. 55).

Esse sujeito plural “povo” se constitui no curso da ação performativa e não é um dado estanque, mas se transforma a todo momento ao longo da ação. Ou seja, o sujeito “povo” antes da ação performativa é diferente daquele que vem depois dela. Nesses termos, o *corpo* torna-se um elemento fundamental para a ação performativa-enunciativa, já que esta pressupõe uma

sociabilidade política corporizada e plural. Até mesmo o ato de fala linguístico depende de um modelo de vocalização que requer boca, garganta, respiração, um organismo físico comportando de uma dada maneira, um campo auditivo circunscrito de modo que os agentes estejam suficientemente perto para se escutarem, se verem e se sentirem, de modo que possam tentar dizer e fazer algo juntos (BUTLER, 2016b, p. 56). Falar, portanto, é um movimento em si mesmo, congregando os sentidos básicos da mobilidade corporal e da organização política.

Nesse sentido, Butler afirma que a realização performativa de “we, the people” se realiza antes de qualquer vocalização da frase, pois ela já está corporizada antes de ser enunciada (BUTLER, 2016b, p. 59). Quando pessoas, precarizadas em suas condições de vida, saem à rua para se afirmarem enquanto sujeitos políticos que se fazem existentes, anteriormente a qualquer formulação de demandas políticas, eles se reconhecem enquanto “precarizados”, seus corpos já carregam uma história e um sentido antes de qualquer ato de fala linguístico. E isso, já é um ato político por excelência (BUTLER, 2016b, p. 60). Essas pessoas precarizadas afirmam uma forma de igualdade frente a intensa desigualdade da realidade, não só por enunciarem frases de ordem nesse sentido, mas por corporificarem a igualdade de qualquer maneira possível ao se reunirem em assembleia sob a base dessa mesma igualdade. O corpo não mais pode ser entendido enquanto mero instrumento da ação política, mas como uma precondição de qualquer ato de protesto político, assumindo, portanto, um *locus* central na teoria política apresentada pela autora (BUTLER, 2016b, p. 61).

A aposta nas assembleias públicas feita por Butler em muito se difere daquela feita em multidões poéticas e insurgentes ou em um macro sujeito revolucionário. A autora assevera que está menos preocupada com a vitalidade das multidões insurgentes ou com qualquer força vital em estado nascente ou promessa de ação coletiva do que com se empenhar em uma luta concreta de estabelecimento de condições de vida digna e mais sustentáveis frente a sua crescente precarização. Butler chega a dizer: “the final aim of politics is not simply to surge forth together (though this can be an essential moment of affective intensity within a broader struggle against precarity), constituting a new sense of the “people”” (BUTLER, 2016b, p. 62), mas seria mais importante mobilizar atenção do mundo para a busca de possibilidades mais duradouras de vida digna para todos. Além do mais, seria importante nos atentarmos para três perguntas quando um povo rompe com o poder estabelecido e realiza a vontade popular: quem está rompendo, quem não está rompendo e onde estão. A autora sustenta que haveria manifestações populares que não gostaria de apoiar como as manifestações fascistas, racistas e formas violentas de movimentos de massa antiparlamentários. Ou seja, não se trata de uma aposta cega em uma esperança radical na multidão ou um medo exasperado

do caos resultante, mas uma consideração séria e respeitosa ao potencial dessas reuniões públicas enquanto atos performativos da soberania popular.

Ao longo de todo o texto “*We, the People*” - *Thoughts on Freedom of Assembly* resta claro a preocupação de Judith Butler com o enfrentamento da crescente *precariedade* das condições de vida. Entretanto, o reconhecimento dessa precariedade não resulta em uma despotencialização da capacidade de agência do sujeito. Pelo contrário, a autora nos diz que ser despojado de proteção é uma forma de exposição política extremamente vulnerável, mas ao mesmo tempo potencial, desafiante e revolucionária. Nesse sentido, que as assembleias populares se apresentam como importantes atos políticos de agregação de corpos precários e de exposição da sua própria precariedade para um mundo que tende a naturalizá-la. (BUTLER, 2015, p. 67)

Analisando o importante elemento da corporificação dessas manifestações, a autora propõe uma reconstrução das dimensões tradicionais do político (BUTLER, 2015, p. 9). Essa corporificação dos atos políticos funcionaria em dois sentidos: a) contestando relações de poder e precarização da vida através de assembleias, greves, vigílias e ocupação do espaço público; b) expondo os corpos como realidades vivas de sua precarização, geralmente naturalizada e não refletida pela sociedade. Dessa forma, os corpos constituiriam performativamente atos políticos de enfrentamento a sua própria precarização:

there is an indexical force of the body that arrives with others bodies in a zone visible to media coverage: it is this body, and these bodies, that require employment, shelter, health care and food, as well as some of a future that is not the future of unpayable debt, it is this body, or these bodies, or body like these bodies, that live in the condition of an impelled livelihood, decimated infrastructure, accelerating precarity. (BUTLER, 2015, pp. 9-10)

As assembleias públicas se apresentam como uma importante forma de expressar e demonstrar a precariedade dos corpos, sua vulnerabilidade e sua sujeitabilidade aos enquadramentos sociais de vidas passíveis de luto. Obviamente as importantes manifestações do século XXI possuem suas próprias singularidades e alianças, mas isso não significa que não possuam nenhum laço de ligação. Butler aposta que esta ligação está no exercício plural e performativo do *direito de aparecer*, que insere esses corpos no meio do cenário político e encaminha uma demanda corporal por melhores condições econômicas, sociais e políticas, não mais afetadas pelas formas induzidas de precariedade da vida (BUTLER, 2015, p. 11).

Outra importante função das assembleias e manifestações públicas seria relativa a ideia de responsabilização. Essa reunião de corpos em um espaço público ativa uma forma provisória e plural de coexistência que constitui uma distinta compreensão ética da responsabilização, muito distante da alardeada

interpretação liberal do conceito. Contra a tendência crescente de individualização e crescente senso de ansiedade e falência, as assembleias se apresentam como potências políticas que reúnem corpos que partilham de uma condição social injusta (BUTLER, 2015, p. 16). Assim, na partilha de suas precariedades ressignificam o sentido da responsabilização para a busca de uma existência coletiva digna.

Pensando o papel dos corpos na política, Butler afirma que eles sempre representam mais do que as demandas públicas vocalizadas. A interação entre esses corpos, sua performatividade, sua potência, mesmo que parados, expressa e transborda de significações políticas. Nesse sentido, a autora também atesta que a forma com que determinados corpos aparecem publicamente, não é a mesma forma como outros têm o direito de aparecer, por isso a importância das assembleias públicas enquanto “visibilizadoras” de corpos precarizados. Em razão de toda normatividade social, os corpos negros, trans, imigrantes... estão muito mais sujeitados à violência do que outros, e, portanto, não possuem o mesmo direito de aparição social. Exatamente aí que reside a importância das assembleias populares. Quando corpos se juntam para protestar ou resistir à precariedade, eles estão criando um espaço político novo. Espaço que depende de ações plurais, não universais, nem unânimes, mas que podem instituir condições de vida melhores em um contexto específico. Ações que negam a política enquanto um dado predeterminado e afirmam a força da dimensão da aposta que vai na contramão a toda lógica do constitucionalismo moderno clássico.

III. PRECARIIDADE: UMA ONTOLOGIA SOCIAL DOS CORPOS

Em *Precarious Life* e *Quadros de Guerra* Butler desenvolve sua preocupação com os modos culturais de regular disposições afetivas e éticas por meio de um enquadramento seletivo e diferenciado da violência que enuncia as vidas que não são passíveis de luto ou não valem a pena serem vividas. O “ser” de uma vida é constituído por relações de poder e não pode ser concebido fora delas, assim, as práticas políticas criam seres de maior valor do que outros, de modo que falar em uma ontologia dos corpos é dizer de uma ontologia social, pois ser um corpo é estar simultaneamente exposto a uma modelagem e a uma forma social (BUTLER, 2002, p. 141). Nesse contexto, ganha importância para a autora pensar em alocações diferenciadas das condições precárias dos corpos para repensarmos a ontologia corporal e as políticas progressistas de esquerda (BUTLER, 2016a, [2009], p. 16).

Butler entende a *precariedade* em duas dimensões, a primeira enquanto uma ontologia social dos corpos vulneráveis e interdependentes, a segunda

enquanto uma distribuição social desigual de aparatos de suporte à vida. A autora afirma que os enquadramentos que atuam para diferenciar as vidas que merecem ser vividas das que não detêm este merecimento, não só organizam a experiência visual como também geram ontologias específicas do sujeito. Normas repetidas produzem e deslocam os termos pelos quais os sujeitos são reconhecidos, ou seja, falamos de uma ontologia historicamente contingente e que interfere na nossa capacidade de nomear o “ser” do sujeito conforme sua possibilidade de reconhecimento (BUTLER, 2016a, [2009], p. 17). Pensar a precariedade como ontologia social é, portanto, pensar relações de interdependência sociais:

when we lose certain people, or when we are dispossessed from a place, or a community, we may simply feel that we are undergoing something temporary, that mourning will be over and some restoration of prior order will be achieved. But maybe when we undergo what we do, something about who we are is revealed, something that delineates the ties we have to others, that shows us that these ties constitute what we are, ties or bonds that compose us. It is not as if an “I” exists independently over here and then simply loses a “you” over there, especially if the attachment to “you” is part of what composes who “I” am. (BUTLER, 2002, pp. 22-23)

Destacamos que para a autora nem todos os atos de conhecer são atos de reconhecimento, uma vez que para reconhecer se pressupõe que uma vida seja inteligível como *uma vida*, ou seja, se conformar a determinadas concepções sociais do que é a vida. Dessa forma existiriam condições para o reconhecimento que se baseiam em esquemas de inteligibilidade da vida, entretanto estes esquemas podem ser ameaçados pelas figuras vivas fora da norma de vida, ou seja, pelos seres que desafiam a normatividade com sua própria existência, ainda que precária. Assim, concluímos que os enquadramentos são necessariamente falhos, não são de fato capazes de proporcionar na plenitude o que prometem, não mantêm nada integralmente em seu lugar, mas eles mesmos se tornam uma espécie de rompimento perpétuo (BUTLER, 2016a, [2009], p. 26).

Intrigada com as vidas perdidas na guerra, diariamente apresentadas enquanto números, Butler indaga sobre o que seria necessário para apreender o caráter precário das vidas perdidas, mas também que essa apreensão corresponda a uma postura ética e política contrária a essas perdas. A primeira condição avistada por Butler é que a vida precária seja considerada viva e que a precariedade seja um aspecto apreendido do que está vivo. A segunda condição é a compreensão da responsabilidade para com o outro, precariedade implica viver socialmente, a vida de alguém sempre estará nas mãos do outro, o que implica estarmos expostos não somente aos que conhecemos, mas também aqueles que não conhecemos. Reciprocamente, isso implica estarmos impingidos por relações de interdependência que

podem ou não gerar uma relação de cuidado com a vida (BUTLER, 2016a, [2009], pp. 29-31). Nas palavras da autora:

only under conditions in which the loss would matter does the value of the life appear. Thus, grievability is a presupposition for the life that matters. For the most part, we imagine that an infant comes into the world, is sustained in and by that world through to adulthood and old age, and finally dies. We imagine that when the child is wanted, there is celebration at the beginning of life. But there can be no celebration without an implicit understanding that the life is grievable, that it would be grieved if it were lost, and that this future anterior is installed as the condition of its life. (...) The future anterior, “a life has been lived,” is presupposed at the beginning of a life that has only begun to be lived. In other words, “this will be a life that will have been lived” is the presupposition of a grievable life, which means that this will be a life that can be regarded as a life, and be sustained by that regard. Without grievability, there is no life, or, rather, there is something living that is other than life. Instead, “there is a life that will never have been lived,” sustained by no regard, no testimony, and ungrieved when lost. (BUTLER, 2009, pp. 14-15).

Após vencidas essas condições de apreensão de uma vida precária, temos que a enunciação de uma vida enquanto precária é afirmar que sua manutenção depende de condições sociais e políticas e não somente de um impulso interno para viver. A precariedade fundamenta obrigações sociais e econômicas positivas como forma de minimização de sua distribuição desigual (BUTLER, 2016a, [2009], p. 41). A própria concepção da vida corporal considerada finita e precária pressupõe a interdependência de formas de sociabilidade que podem proteger a vida. Todavia, precisamente por cada corpo estar potencialmente ameaçado por outros corpos é que surgem as relações de dominação. Nos quadros de guerra é justamente essa concepção que permite a produção de vidas que não são exatamente vidas e que por isso são consideradas destrutíveis e não passíveis de luto. Vidas não apreendidas, por si só, já foram descartadas (BUTLER, 2016a, [2009], p. 53).

A ideia de interdependência entre os corpos e um sistema social de assistência passam a ser elementos articulador de fundamental importância para a compreensão das relações precarizadas e de reconhecimentos negativos do outro, ou seja, da constituição de uma vida não passível de luto (BUTLER, 2016b, pp. 31-32). Esses corpos não estão isolados, mas se inserem e significam espacial e temporalmente em geografias e cartografias complexas das relações de poder, dependendo de outros corpos e sistemas sociais de assistência para sobreviverem e se construírem subjetivamente. Butler destaca que sobreviver é uma precondição da política, sobrevivemos para viver e essa vida deve ser algo mais do que sobreviver, mas uma vida que mereça ser digna de ser vivida:

in a world in which the bodily life of increasing numbers of people is proving to be highly precarious, bodies emerge together on the pavement or the dirt or along the wall that separates them from their land — this assembly, which can include virtual participants, still assumes a set of interlocking locations for a plural set of bodies. And in this way, the bodies belong to the pavement, the ground, the architecture, and the technology by which they live. Thus we cannot speak about bodies without the environments, the machines, and the complex systems of social interdependency that are their conditions of support; no body survives, much less flourishes, without conditions of support. (BUTLER, 2016b, p. 60)

Ao trazer todo esse debate à tona, Butler pretende redirecionar o foco da política progressista de esquerda mais para as questões da precariedade e suas distribuições diferenciais do que para as questões dos tipos de interesses e crenças formuladas com base em pretensões identitárias. A *precariedade* detém a potencialidade de perpassar as categorias identitárias e os mapas multiculturais, criando bases para uma aliança centrada na oposição à violência de Estado e sua capacidade de produzir, explorar e distribuir condições precárias. Redirecionar o foco para a precariedade é possibilitar uma luta política gregária que supere: a) os dilemas de uma compreensão liberal da política e b) os dilemas de uma suposta necessidade concordância em relação a todas as questões de desejo, crença ou auto identificação típicas de uma política centrada em questões identitárias (BUTLER, 2016a, [2009], p. 55).

IV. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E SUA INCESSANTE BUSCA PELA ESTABILIDADE

Os movimentos constitucionais modernos são os responsáveis por atribuir a força jurídico-normativa ao pacto fundante de uma sociedade. A tradição ocidental reconhece na Revolução Inglesa, Americana e Francesa, as três matrizes clássicas desses movimentos constitucionais (CANOTILHO, 2003, pp. 51-54). Essas revoluções marcaram o nascimento do Estado Liberal, centrado na construção das liberdades individuais através da não intervenção estatal na esfera particular e da garantia de proteção da propriedade privada. Desenvolvendo-se ao longo do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, podemos dizer que constitucionalismo moderno fundou-se em dois clássicos pilares: a limitação dos poderes do Estado e a garantia dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 50).

O direito moderno apresentava-se com uma vocação para estabilizar comportamentos sociais ao longo do tempo através da sua força jurídico-normativa. O que pretendemos sustentar é que essa busca incessante do direito pela estabilidade social perde de vista o caráter violento de determinadas

estabilizações que cristalizam modos de existência possíveis, impossibilitando vivências sociais realmente democráticas em um constitucionalismo que podemos chamar de radical (CHUEIRI, 2013, p. 35). Apostamos em novas formas de se pensar a relação entre política e direito plasmada na constituição, não mais como um acoplamento de fechamento do sistema, mas de evidência da constante tensão existente entre poder constituído e poder constituinte. É tempo de repensarmos a fundação do constitucionalismo na modernidade (VIANA, 2015, p. 47) através de uma constituição que realmente não se reduza ao poder constituído, mas que retenha o poder constituinte no presente, no agora radicalmente democrático, numa temporalidade na qual a potência não se encerre no ato, mas pelo contrário, nele se eleve (CHUEIRI, 2013, p. 34), projetando-se para um futuro sempre em aberto.

Defendemos um constitucionalismo que se abra e entenda as diversas formas de rearticulação da tecitura social como única possibilidade de vivência radicalmente democrática. Não se trata de uma negação absoluta da estabilidade, nem de uma afirmação romântica da sua ressignificação total, mas da compreensão das práticas democráticas em sua dinâmica que interpela a todo momento o constituído, produzindo novas formas de inteligibilidade social que se constituem e se estabilizam, mas sempre de forma precária. *Trata-se, portanto, de reconhecer internamente ao direito a precariedade inerente a todas as formas de estabilização.* Afirmamos essa compreensão enquanto única possibilidade democrática em um constitucionalismo crítico ou radical. Concordamos com Judith Butler quando ela afirma que a possibilidade de diferenciação entre a ressignificação gerada pela experiência nazista e a ressignificação gerada pela experiência de oposição ao *apartheid*, vivências históricas que invocavam normatividades inexistentes em suas realidades sociais, está em uma teoria e uma prática democrática e radical:

in both of these cases, the subjects in question invoked rights to which they were not entitled by existing law, though in both cases “existing law” had international and local versions that were not fully compatible with one another. Those who opposed apartheid were not restricted to existing convention (although they were, clearly, invoking and citing international convention against local convention in this case). The emergence of fascism in Germany, as well as the subsequent emergence of constitutional government in postwar Germany, was also not limited to existing convention. So both of those political phenomena involved innovation. But that does not answer the question: which action is right to pursue, which innovation has value, and which does not? The norms that we would consult to answer this question cannot themselves be derived from resignification. They have to be derived from a radical democratic theory and practice; thus, resignification has to be contextualized in that way. One must make substantive decisions about what will be a less violent future, what will be a more inclusive population, what will help to fulfill, in substantive

terms, the claims of universality and justice that we seek to understand in their cultural specificity and social meaning. (BUTLER, 2004a, pp. 224-225)

A essa defesa de um novo pensar constitucional nomeamos de *Constitucionalismo Performativo*. Afirmá-lo é indissociavelmente afirmar uma experiência democrática radical do político. Não há constitucionalismo performativo sem democracia radical. Essa é uma tentativa de resgatar a importância da democracia vivenciada e não apenas profetizada para o interior de uma filosofia constitucional que rompa com a fetichização da estabilidade trazida pelo constitucionalismo moderno. Essa estabilidade pela estabilidade não nos serve. Ela serve ao *status quo*, às relações de poder cristalizadas e à naturalização de dinâmicas de dominação, mas não à performatividade democrática e rearticulatória da tecitura social. Pensar um constitucionalismo performativo é articular as três dimensões trabalhadas neste ensaio: crítica, performatividade e precariedade. A crítica nos permite rearticular práticas sociais em direção a vivências mais plurais, a vidas que mereçam serem vividas e a mundos mais coabitáveis. A performatividade nos expõe toda a dinamicidade da política, seu excedente constitutivo e a importância do direito ao aparecimento na cena pública enquanto um direito à própria existência. Por fim, a precariedade enquanto ontologia social é uma ponte de ligação entre os corpos que se fazem presente em toda sua vulnerabilidade, é a afirmação constata de toda nossa interdependência, é a dimensão coletiva da própria política.

CONCLUSÃO

Pensar uma nova filosofia constitucional é um grande desafio. Assim como as normatividades sociais, o constitucionalismo moderno adentra nossas próprias possibilidades de pensar, forclui mundos possíveis e naturaliza o que já está dado. O maior objetivo desse ensaio é desafiar a lógica da estabilidade do constitucionalismo moderno. Será que ao afirmarmos algo como um “constitucionalismo instável” não estaríamos eclodindo a própria noção de constitucionalismo? Não penso ser o caso. O constitucionalismo enquanto movimento político-democrático de constituição de vivências societárias possíveis é um imperativo de mediação social. Viver em comunidade é *também* viver em conflito, mas não é *somente* viver em conflito. É ser capaz, em alguma medida, de mediar esses conflitos e construir uma sociedade mais vivível e coabitável. Não há sociedade sem relação de poder, mas podemos pensar diferentes formas de articulação dessas relações de poder. Não se trata, portanto, de abandonar toda e qualquer concepção de constitucionalismo, mas de repensar sua própria tradição em direção a uma afirmação radicalmente democrática. Por isso afirmamos o *Constitucionalismo Performativo*.

O constitucionalismo performativo é uma dimensão que articula a crítica, a performatividade e a precariedade em direção a vivências sociais radicalmente democráticas. Ele está mais preocupado com a dinâmica da organização popular presentificada nas ruas do que representada nos parlamentos. Ele leva a sério a compreensão da soberania popular enquanto ato político performativo que excede qualquer tentativa de aprisionamento. Ele aposta na política e na instabilidade de suas articulações enquanto vivências corporificadas por sujeitos precarizados. Ele entende a normatividade em todo seu caráter paradoxal de exterioridade e interioridade em relação ao sujeito que é por ela produzido e dela autor. Ele é a ponte a ser construída e reconstruída pelos próprios corpos vulneráveis em direção a mundos mais vivíveis. O constitucionalismo performativo dialoga como uma compreensão da Butler do sujeito enquanto devir, uma possibilidade de transformar-se em algo, mas uma transformação que não anula sua dimensão de possibilidade, assim também é esse constitucionalismo, um devir aberto à radicalidade dos corpos e de suas vivências democráticas que constitui mediações, mas sempre instáveis.

REFERÊNCIAS

- BUTLER, Judith. *What is critique? An essay on Foucault's virtue*. In David Ingram, ed., *The Political: Readings in Continental Philosophy*, London: Basil Blackwell, 2002.
- BUTLER, Judith. *The Question of Social Transformation*. In: *Undoing Gender - Judith Butler*. New York: Routledge, 2004a.
- BUTLER, Judith. *Precarious Life*. New York: Verso, 2004b.
- BUTLER, Judith. *Frames of War: When is Life Grievable*. New York: Verso, 2009.
- BUTLER, Judith. *Critically Queer*. In: *Bodies that matter, on the discursive limits of "sex" - Judith Butler*. New York: Routledge Classics, 2011 [1993].
- BUTLER, Judith. *O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault*. Trad.: Gustavo Hessmann Dalaqua. São Paulo: Cadernos de Ética e Filosofia Política USP, 2013.
- BUTLER, Judith. *Notes toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2015.
- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* - 2a ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016a [2009].
- BUTLER, Judith. *"We, the People - Thoughts on Freedom of Assembly"*. In: *What is a people? Alain Badiou ... [et al]* - 1a ed. - New York: Columbia University Press, 2016b.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. - 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Constituição radical: uma ideia e uma prática*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013.
- VIANA, Igor Campos. *Uma estranha tensão entre constituição e democracia: a necessidade de um constitucionalismo para além da modernidade*. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 21, no1 de 2015.

PARTE III

ASPECTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS
DA RELAÇÃO ENTRE
CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

CAPÍTULO 13

PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA: O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA E O PARADOXO DOS DIREITOS

Allan M. Hillani

RESUMO: O direito de resistência é um dos princípios constitutivos do que constitucionalismo moderno. Contudo, delimitar objetivamente a linha divisória entre o abuso de direito (que deve ser reprimido) e o seu pleno exercício é central para a caracterização da resistência como direito. O uso de violência talvez seja o principal critério utilizado, porém isso ignora a disputa por trás da caracterização de um ato como violento. A tentativa de estabelecer uma linha divisória entre o uso e o abuso cai por terra quando se percebe que quem define essa linha é o Estado, aquele que constantemente abusa da violência e reprime as tentativas de transformação da ordem social. Se tudo parece indicar que a resistência não pode ser compreendida como um direito, porém, é preciso compreender que toda dinâmica de demanda por direitos envolve um paradoxo: os direitos passam a existir não porque são previstos pela ordem, mas porque, concretamente, sujeitos afirmam serem portadores deles e na ação prática e alteram a ordem a tal ponto que ela é obrigada a reconhecê-los. A resistência, portanto, é tanto um fato quanto um direito e só existe enquanto direito se existe enquanto fato. O direito de resistência, assim, revela a solidariedade íntima entre direito e política.

PALAVRAS-CHAVE: direito de resistência; liberalismo político; violência; desobediência civil; Jacques Rancière

1. RESISTIR É UM DIREITO?

Em seu *Ensaio sobre a lucidez*, José Saramago continua a história da cidade acometida pela “cegueira branca” do seu *Ensaio sobre a cegueira*. No dia extremamente chuvoso em que se dariam as eleições municipais, o nível de abstenção ao pleito é altíssimo, o que faz com que o governo convoque novas eleições. Na segunda tentativa, para o desprazer das autoridades, a abstenção é ainda maior. O resultado é a instauração de um verdadeiro estado de sítio na cidade, com direito a boicote de suprimentos, perseguição de “agentes subversivos”, e outras medidas excepcionais. Trata-se de um daqueles momentos nos quais, como afirma Slavoj Žižek, a democracia liberal revela que só garante a liberdade de escolha se a escolha “certa” for feita, isto é, se a própria democracia nos termos dados não for colocada em xeque (2012a, p. 105).

É de se questionar, portanto, se podemos falar propriamente em um “direito” de resistir, de desobedecer ou até mesmo de se manifestar politicamente.

O direito de resistência como direito juridicamente assegurado surge pela primeira vez nas Declarações de direitos do século XVIII como um dos princípios constitutivos do que posteriormente seria chamado de constitucionalismo. A Declaração de Independência americana de 1776 garantia “o direito do povo de alterar ou abolir” o governo caso seu comportamento fosse violador da liberdade, da vida e da procura da felicidade, dentre outros direitos naturais autoevidentes,¹ e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, assegurava em seu art. 2º os direitos à “liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão”² como direitos fundamentais a todos os seres humanos. Apesar de a ideia de um “direito de resistência” ser mais antiga, podendo ter seu surgimento já percebido no *jus resistantiae* da Idade Média, foi só a partir das revoluções liberais setecentistas que a “resistência à autoridade injusta” se consolidou como direito natural assegurado a todos os povos (Douzinas 2014, p. 89 e Gargarella 2007, p. 213-5).

A suposta existência de uma ordem normativa superior (segundo a qual alguns direitos seriam inalienáveis e naturais a todos os seres humanos) foi o combustível ideológico da Revolução Francesa e da Revolução Americana e o direito de resistência se manifestava como a saída para um povo cujos direitos naturais eram violados. Talvez o nome mais influente nesses processos revolucionários tenha sido o do filósofo inglês John Locke, segundo o qual o direito do povo à resistência é legítimo tanto para defender-se da opressão de um governo tirânico como para libertar-se do domínio de uma nação estrangeira (Locke p. 394-7). Para ele, quando um governo cometia uma “cadeia de abusos” e era incapaz de garantir o caráter inalienável de certos direitos básicos ao seu povo, ele perdia a autoridade e poderia ser destituído. Inclusive, o julgamento de que uma situação de injustiça estava presente caberia ao próprio povo: se as pessoas nasciam livres e iguais, a decisão sobre a gravidade dos conflitos em jogo e a justificação da resistência só poderia ser tomada pelo próprio cidadão (Gargarella 2007, p. 219-22).

O pensamento de Locke se deu em um tempo histórico no qual as Revoluções Francesa e Americana ainda não tinham acontecido e o período posterior aos eventos revolucionários já começava a apresentar problemas para a sua recepção. Os regimes liberais instaurados não poderiam tolerar revoluções contra eles próprios, ainda mais com base no direito de resistência, sua própria criação, o que evidenciou uma série de contradições do pensamento iluminista. Quando Locke fala em direito de resistência é bastante claro a

¹ A Declaração de Independência americana de 1776 original está disponível em: <http://goo.gl/Xzhaba>. Acesso em: 23/01/2018.

² A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 está disponível em: <http://goo.gl/kWsHPV>. Acesso em: 23/01/2018.

quem ele se dirige. Para ele, a finalidade que fundamenta todo governo civil é a proteção da propriedade, e são os proprietários que servem de modelo para pensar o homem (e o povo, coletivamente) em abstrato. Para Locke, portanto, seria impensável que classes não proprietárias (como os escravos) tivessem algum tipo de direito à resistência já que eles seriam incapazes de uma ação política racional dessa natureza.

O direito de resistência em Locke era somente uma forma de proteger a propriedade e não deveria ser expandido para outras situações (Douzinas 2014, p. 87-88). Ao mesmo tempo em que enaltecia um direito abstrato do povo de destituir um governo opressivo, Locke afirmava que essa resistência tinha de ser fundamentada em determinadas violações de direitos para ter legitimidade (Gargarella 2007, p. 219), senão correria o risco de que aqueles que o direito de resistência não contemplava (tidos como “aproveitadores”) o reivindicassem. Foi Kant quem acabou formulando a proposta para os novos governos lidarem com a resistência e a desobediência: simplesmente não deveria haver um “direito” de resistência. Kant abordou de forma paradoxal as revoluções do seu século.

Ao mesmo tempo em que ficou bastante entusiasmado com a Revolução Francesa, Kant repudiava qualquer possibilidade de um direito de resistir ou de qualquer desobediência à lei, devendo, para ele, a repressão à desestabilização da ordem se dar de forma absoluta, mesmo se o governo fosse injusto ou despótico. Para ele, o direito é uma decorrência do imperativo categórico, sua “lei universal” se baseia na máxima “aja externamente de tal modo que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”. Sendo decorrência da razão, por consequência, a lei não permite resistência, que se caracterizaria como um obstáculo ao exercício da liberdade. “Ora, tudo o que não é conforme ao direito”, diz Kant, “é um obstáculo à liberdade segundo leis universais”. Se um “certo uso da liberdade”, porém, se converte em “obstáculo à liberdade segundo leis universais”, a coerção que lhe opõe é *legítima*, é um “impedimento de um obstáculo da liberdade” e, por esta razão, está de pleno acordo com os princípios universais e racionais do direito (Kant 2013, p. 37).

Como afirma Douzinas sobre Kant, sendo “a lei é a mais alta expressão da ‘vontade geral’; não existe nenhuma fonte superior para legitimar a sua derubada” e reconhecer um direito de resistir ao direito iria de encontro a esse pressuposto, afinal, “o trabalho da lei é justamente afastar, banir e prevenir a revolução”. No entanto, ao passo em que Kant negava a possibilidade de um direito à revolução (ou à resistência), a revolução propriamente tinha, paradoxalmente, um papel fundamental em sua filosofia. Nos escritos simultâneos à Revolução Francesa, por exemplo, ele afirmava a inevitabilidade e o significado da revolução com base em sua concepção teleológica de história, que tinha

na emancipação da humanidade seu motor. Para ele, a Revolução Francesa era mais do que um ato de libertação do povo francês, era um passo à frente dado por toda a humanidade rumo à sua emancipação (Douzinas 2014, p. 89-91).

Por um lado, a subversão da ordem e a desobediência ao direito eram inadmissíveis, por outro, as revoluções representavam o progresso humano. O que pode parecer contraditório se explicava pela distinção entre a realidade e a norma: a obediência ao direito, para Kant, era absoluta, mas se uma revolução derrubasse o regime e instaurasse outro direito em seu lugar, com ele cairia o dever de obediência ao antigo regime e surgiria um novo dever perante a ordem instaurada, pois “a nova constituição mereceria a mesma obediência e proteção que a ordem que ela derrotou” (Douzinas 2014 p. 97).

A obediência deveria ser sempre absoluta, mas caso a norma fosse desobedecida e em seu lugar fosse estabelecida outra norma, obedecer à antiga ordem é que seria contraditório. Dessa maneira, Kant passava a resistência do mundo do direito ao mundo dos fatos e acabava lidando de forma muito mais realista com o problema do que Locke, que esbarrava nos limites e nas condições de seu exercício. Com Kant, o direito de resistência é sempre proibido, até que ele resulte na ruptura da ordem e o novo direito instaurado o reconheça retroativamente como legítimo para ter derrubado a antiga lei e torne ilegítima qualquer tentativa de derrubar a nova ordem estabelecida. Como afirma Žižek, “o status (não ético, mas legal) da rebelião é decidido de maneira retroativa” (2012b, p. 45).

A postura kantiana de repudiar a resistência, em termos normativos, acabou sendo a postura adotada pelos jacobinos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, que suprimiu a resistência do rol de direitos naturais no seu art. 2º e que estabeleceu claramente no art. 10 que “todo cidadão preso ou chamado pela autoridade da lei, deve obedecer instantaneamente; ele se torna culpável pela resistência” – ainda que no último artigo da Declaração reconhecesse o direito à insurreição contra um governo que violasse os direitos do povo como “o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos direitos”.³ Ao mesmo tempo em que a revolução precisava se legitimar (legitimar o direito de resistência que a fundamentou), ela passava a se preocupar com a sua própria manutenção e com a necessidade de obediência à nova ordem. Dessa forma, a Declaração de 1793 começou a enfraquecer esse direito ao ativá-lo tão somente em relação a uma lista específica de direitos (os direitos naturais inalienáveis) e não a qualquer outra injustiça.

Douzinas afirma que é nesse momento que os direitos teriam “começado sua longa mutação de máximas revolucionárias em amparos da ordem estabelecida” que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos da

³ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 está disponível em: <http://goo.gl/a9yUjz>. Acesso em: 23/01/2018.

ONU de 1948⁴ (2013, p. 83). Na Declaração atual, não há qualquer menção ao direito de resistência. Pelo contrário, seu preâmbulo afirma que a finalidade dos direitos humanos é prevenir rebeliões contra governos tiranos, seu art. 30 proíbe atos que “busquem a destruição de qualquer dos direitos e liberdades” estabelecidos nela e seu art. 8º prevê que em casos de violações de direitos, deve-se procurar o tribunal nacional competente e não se insurgir contra a injustiça. É nesse contexto que a discussão sobre a relação entre direito e resistência adquire uma nova gramática.

2. DESOBEDIÊNCIA CIVIL, OU A RESISTÊNCIA ACEITÁVEL

Quando se fala em direito de resistência contemporaneamente, geralmente estabelece-se os *critérios* para o seu exercício, critérios para diferenciar os cidadãos que exercem os seus direitos políticos daqueles que desobedecem a lei por razões criminosas e critérios para que o Estado possa fazer essa distinção e eventualmente ser responsabilizado caso exceda seus limites e viole direitos (Buzanello 2002, p. 98). É nesses termos, inclusive, que se dá atualmente a discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a regulamentação do direito de protesto no país. Se os direitos, por um lado, amparam demandas e permitem a exigência de uma proteção estatal, eles trazem em si os fundamentos e os limites do seu exercício – limites esses que nunca vão permitir uma derrubada do poder supostamente legítimo e democrático.

Hoje, talvez a contribuição mais sistematizada em defesa de um direito de resistência venha do constitucionalista argentino Roberto Gargarella. Ele afirma que a resistência ao direito é um daqueles casos limites do constitucionalismo, mas que é fundamental a um Estado que se pretenda democrático possibilitar o seu exercício e que este deve ser exercido pelos cidadãos somente como a última carta possível (Gargarella 2007, p. 225-35). A resistência se justifica em situações que ele chama de *alienação legal*, isto é, uma situação em que o direito “não representa uma expressão mais ou menos fiel da nossa vontade como comunidade”, mas “um conjunto de normas alheias aos nossos projetos e controle, que afeta os interesses mais básicos de uma maioria da população, mas que frente à qual esta está submetida”⁵ (Gargarella 2007, p. 205).

Nas situações em que o direito não é apto a cumprir seus próprios objetivos, Gargarella afirma que o povo adquire o direito de desobedecê-lo. No

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 está disponível em: <http://goo.gl/lyNp43>. Acesso em: 23/01/2018.

⁵ Gargarella tira a ideia de alienação de Jon Elster e tem o sentido de “falta de autorrealização” ou, mais especificamente, “falta de autodeterminação coletiva”, pois “o direito, que poderia ser considerado um produto genuinamente vinculado com as aspirações e necessidades da sociedade, começa a ser visto como algo completamente alheio – senão diretamente contrário – a tais aspirações e necessidades” (Gargarella 2005b, p. 176).

entanto, não pode fazer isso livremente. Para evitar que “aproveitadores” se utilizem de situações de alienação legal para usar o direito como “carta branca” e propagar a “anarquia e violência” (Gargarella 2007, p. 206), ele estabelece quatro condições para o seu exercício: que deve haver um “nexo causal” entre o Estado e a violação do direito, que o direito de resistência deve se pautar no “mútuo respeito”, que a ação de resistência tenha “nexo ou vínculo” com a violação, e, por fim, que haja “proporcionalidade” na demanda por parte dos resistentes (Gargarella 2005a, p. 39-41).

Ainda que a conceituação de Gargarella seja relativamente ampla (e bastante útil em casos concretos de violação de direitos), ele a concebe de forma eminentemente restritiva. Como afirma Fernando Aguiar, essa versão do direito de resistência não abarca a possibilidade de uma “resistência generalizada contra o sistema político”, pois ele se ampara em uma certa “legitimidade democrática” do governo eleito, em última instância. Além disso, não pode implicar em um “direito à rebelião” porque deve sempre ser uma resposta proporcional aos fins que busca e respeitosa com outras leis não relacionadas ao problema (Aguiar, 2005, p. 52-3). Por um lado, o direito de resistência tem que ser limitado para ser reconhecido como direito legítimo, por outro, ao se limitar e se condicionar, o direito de resistência perde boa parte de seu poder de oposição ao poder. Essas condições e limites *são estabelecidos pela própria ordem* que, por definição, não pode prever sua própria derrubada.

Limitar e condicionar o direito de resistência é o preço a ser pago para tratar a resistência como direito juridicamente reconhecido. Se em um primeiro momento isso pode fortalecer a resistência, fazendo com que adquira legitimidade e força, nos momentos de crise pode ser – e constantemente é – usado contra aqueles mesmos que resistem por considerarem o seu exercício um “abuso” de direito que transpõe os limites perdendo, assim, “legitimidade”. O problema de Gargarella, talvez, seja pedir ao direito o que ele seguramente não pode dar: proteger a sua própria supressão (Ojevero 2005, p. 156).

O problema de delimitar objetivamente a linha divisória entre o abuso de direito (caso em que a rebelião é injusta e deve ser reprimida) e o seu pleno exercício (caso em que a rebelião é legítima como ato de liberdade) é central para a caracterização de um direito de resistência. À primeira vista, poderia parecer ser um falso problema, pois a tradição política liberal (cerne do direito de resistência) enalteceria as manifestações de liberdade e repudiaria as restrições a essa liberdade, seja na forma de violação de direitos por parte de um governo, seja pelo uso da violência ilegítima por conta de seus opositores. Mas aqui cabe perguntar se essa divisória com base na violência e na violação de direitos não é ela também política.

Tomando a violência (o principal critério de deslegitimação de manifestações políticas) como referência, talvez a forma menos questionável de

resistência seja a desobediência civil (justamente por se caracterizar pela não utilização de meios violentos para atingir seus objetivos), que se exemplificou historicamente na luta pelos direitos civis ou pela campanha contra a guerra do Vietnã nos Estados Unidos na década de sessenta – geralmente tida como oposta às ações mais radicais do mesmo período como as do movimento *black power* ou as ações diretas e guerrilhas urbanas da época na América Latina, na Europa e também nos Estados Unidos. O elemento não violento se mostra como fundamental para a sua caracterização. como afirma Hugo Bedau, um dos primeiros teóricos do direito a teorizar sobre o tema, o “civil” da desobediência significa que “somente atos *não violentos* podem ser [assim] qualificados”, isto é: quando o agente não tenta alcançar seu objetivo nem se utilizando nem ameaçando se utilizar da violência, quando ele não responde com violência nem resiste violentamente no curso de sua desobediência (mesmo quando provocado) e nem mesmo se utiliza dela para se defender das indignidades e brutalidades que geralmente recepcionam esses atos (Bedau 1961, p. 656). À não violência, ele acrescenta em sua definição a necessidade de publicidade e consciência para caracterizar uma ação como desobediência civil: “alguém comete um ato de desobediência civil se e somente se ele age ilegalmente, de forma não violenta, e conscientemente com a intenção de frustrar (umas das) leis, políticas, ou decisões de governo” (p. 661).

A desobediência civil se caracteriza por uma afirmação da legitimidade do direito como um todo e da injustiça de determinada lei ou prática (Gargarella 2007, p. 209). Ela “aceita a legitimidade da estrutura política e das nossas instituições políticas, mas resiste à autoridade moral das leis resultantes” (Harcourt 2013, p. 46). Ronald Dworkin justifica essa aparente antinomia (a possibilidade jurídica de desobedecer uma norma) na ambiguidade entre o direito como um todo e uma norma específica, isto é, na abertura da interpretação da norma. O fundamento da ideia de desobediência civil na sua filosofia jurídica é o de que nem todas as decisões são absolutas e que é possível mais de uma interpretação em determinados casos concretos – o que legitimaria, legalmente, a desobediência a algumas normas em certos casos: “os oficiais e juízes podem acreditar que a lei é válida, os dissidentes podem discordar, e ambos os lados podem ter argumentos plausíveis para suas posições” (Dworkin 1978, p. 208), o que permitiria que os cidadãos no pleno exercício consciente de sua liberdade não obedecessem às normas que considerassem injustas. Para Dworkin, nem mesmo com uma decisão da Corte Suprema a desobediência poderia ser absolutamente deslegitimada, pois nem ela poderia deter a última palavra sobre a Constituição (p. 212-213).

O vínculo do cidadão é com o direito e não com uma visão particular dele. No entanto, ele deve manter esse compromisso com o direito como um todo, pois isso é o que o diferenciaria do criminoso comum (Dworkin, 1978,

p. 214-6). Isso significa que, para Dworkin, se a desobediência por um lado pode ser exercida mesmo contra uma interpretação judicial oficial, isso não significa que o desobediente possa se recusar a ser preso, pois isso deslegitimaria sua ação e não iria contra uma norma específica, mas contra o direito como um todo. Essa aparente contradição está presente também em outros autores da desobediência civil e até mesmo em Henry Thoreau, que também considerava a desobediência civil uma possibilidade de se opor à lei *em defesa do direito* (Thoreau 2012, p. 9) chegando até a afirmar que o desobediente deveria responder na prisão por seus atos se fosse necessário, pois diante de “um governo que aprisiona qualquer um injustamente, o verdadeiro lugar para um homem justo é também a prisão” (p. 20). Como afirma Bernard Harcourt, “a desobediência civil aceita o veredito e a condenação à qual o desobediente civilmente se submete” (2013, p. 46), não importando se é uma prisão arbitrária ou não.

3. O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA POLÍTICA

Essa adesão cega e absoluta ao direito (que pode resultar até mesmo na submissão a uma prisão arbitrária), no entanto, não é um consenso entre aqueles que já se dedicaram ao tema. O melhor exemplo talvez venha do ensaio sobre a desobediência civil escrito por Hannah Arendt no calor dos acontecimentos no início dos anos setenta. Arendt discorda dessa dimensão moral, individual e consciente atribuída à desobediência civil. Para ela, em se tratando de uma ação política, o desobediente civil “nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de um grupo” (Arendt 2008b, p. 55). O fundamento para a desobediência seria de que a lei sempre foi planejada para garantir a estabilidade da sociedade e, por esta razão, a mudança por meio dela é sempre limitada, condicionada. “A lei realmente pode estabilizar e legalizar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de uma ação extra-legal” (p. 72-3) – a ação política, por excelência.

Para Arendt, o compromisso do cidadão de obedecer às leis “provém da suposição de que ele, ou deu seu consentimento a elas, ou foi o próprio legislador; sob o domínio da lei, o homem não está sujeito a uma vontade alheia, está obedecendo a si mesmo” (2008b, p. 75). Ou seja, quando os cidadãos são excluídos do processo decisório ou quando “o povo retirou seu consentimento àquilo que seus representantes, os funcionários eleitos autorizados, fazem”, então a desobediência civil estaria justificada (p. 192). No entanto, Arendt também adere à necessidade de a desobediência ser não-violenta para ter legitimidade – o que reforça a tese de que a não-violência seja central para a desobediência civil. Como ela afirma, “de todos os meios que os contestadores civis

possam lançar mão para a persuasão e para a dramatização dos problemas, o único que pode justificar a alcunha de ‘rebeldes’ é o meio da violência” (p. 70). É a não-violência, também para Arendt, o que permite discernir entre a ação política de desobediência e a ação criminosa de grupos minoritários.

O desenvolvimento de sua crítica à violência se dá de forma mais abrangente e sistemática em seu ensaio *Sobre a violência*, de 1970. Nele, Arendt critica a posição que iguala poder e violência porque, para ela, se trataria de coisas distintas e incompatíveis. Poder, para Arendt, não pode ser resumido à força ou à violência de um governo. Ele surge justamente da ação conjunta das pessoas em uma comunidade política, “corresponde à capacidade humana não somente de agir, mas de agir de comum acordo”. O poder nunca é propriedade de um indivíduo, “pertence a um grupo e existe somente quando o grupo se conserva unido”. O poder de um governo existe na medida em que as pessoas sustentam esse governo e lhe dão apoio. Quando isso se perde, o poder também se perde. Neste sentido, diz ela, o povo controlaria os seus governantes, as instituições materializariam o poder do povo, e decairiam quando este poder popular deixasse de lhes dar apoio (Arendt 2008b, p. 120-123).

A diferença entre poder e violência fica evidente para Arendt no fenômeno da revolução, já que o seu sucesso ou fracasso depende do poder e não da violência: “num confronto de violência com violência a superioridade do governo sempre foi absoluta”, porém essa superioridade só pode durar “enquanto a estrutura de poder do governo estiver intacta – isto é, enquanto as ordens forem obedecidas e o exército e a polícia estiverem prontos a usar suas armas”. Se não há mais obediência, se o Estado perde completamente seu poder, “a rebelião não só não é vencida, [como] também os próprios armamentos mudam de mãos” (2008b, p. 126). Neste sentido, a violência é sempre um caminho ruim: se ela coincidir com o poder e obtiver uma maioria ela é desnecessária (o poder se esfacelaria com ou sem violência pela desobediência); se ela não coincidir com o poder, será meramente a tentativa falida de uma minoria tomar o poder. O poder, para existir, necessita de quantidade, de adesão, de legitimidade. Se é verdade que a política nunca pôde dispensar a violência, esta nunca foi suficiente para manter o poder.

É interessante perceber que nesse momento da argumentação, contudo, Arendt não consegue se livrar da importância da violência em situações revolucionárias. Após admitir que “onde o poder se desintegra as revoluções são possíveis, mas não obrigatórias” logo em seguida afirma que “a desintegração muitas vezes só se torna manifesta na confrontação direta; e até mesmo então, quando o poder já está jogado na rua, é necessário um grupo de homens preparados para esta eventualidade, para recolhê-lo e assumir a responsabilidade” (2008b, p. 127). Ela chega a afirmar que “sob certas circunstâncias a violência – agindo sem muita conversa ou argumentação e não calculando

as consequências – é a única forma de reequilibrar a balança da justiça” (p. 137). Em outros momentos, porém, insiste em uma suposta ilegitimidade absoluta da violência e na incompatibilidade desta com o poder: “a violência pode ser justificada, mas nunca será legítima” (p. 129); “poder e violência se opõem; onde um deles domina totalmente o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em perigo, mas se a permitem seguir seus próprios caminhos, resulta no desaparecimento do poder” (p. 132).

O ensaio sobre a violência de Arendt é bastante polêmico e dá abertura para duas leituras antagônicas da relação entre política e violência. Uma interpretação mais imediata inseriria Arendt em uma tradição que dispõe em polos antagônicos a política e a violência. A política se apresentaria como a superação da violência, o momento de criação da comunidade política pacífica e democrática, a superação da força pelo diálogo e pela discussão. A dicotomia absoluta entre política e violência, no entanto, deslegitima ideologicamente qualquer uso da violência em ações políticas e esconde o caráter eminentemente violento da própria criação e manutenção do sistema capitalista. A tentativa de retirar completamente a violência da ação política acaba se revelando, assim, extremamente conservadora: em sua idealização da ação, nega as ações efetivamente transformadoras realizadas por sujeitos concretos e históricos e só permite a oposição ao poder que seja “inofensiva”, que não corra o risco de alterar realmente a ordem posta.

Se desconsiderarmos que a violência pode ser um meio adequado para minar a autoridade governamental, que ela é um fenômeno ligado a processos de mobilização (e que surge, em boa parte, como resposta à violência estatal), então recairemos em uma deslegitimação da resistência por conta da violência, mas legitimaremos (paradoxal e tacitamente) a violência explícita do Estado e a coerção silenciosa do capital. Hannah Arendt não acreditava que o poder pudesse prevalecer sem nenhum tipo de violência. Mesmo sendo fenômenos distintos, ela afirma que eles “quase sempre aparecem juntos” (2008b, p. 129). Como lembra Richard Bernstein, Arendt não era uma pacifista e não pensava que no mundo real o poder pudesse prevalecer sem nenhuma violência. Mesmo prezando por demonstrações políticas sem violência, isso não a impediu de convocar um exército judeu para combater o nazismo, um exemplo claro de justificação da violência em nome da luta pela liberdade (Bernstein, 2013, p. 96-98). Seu ponto não é negar absolutamente a violência na política, mas perceber que o poder não pode surgir da violência, que a violência não pode constituir o fundamento da ação humana revolucionária.

A violência para Arendt é, sobretudo, uma questão política. A distinção entre poder e violência, mais do que uma mera condenação reacionária aos movimentos que eventualmente se utilizam da violência, deve ser entendida como um aviso, o aviso de que por mais que se utilize da violência em

contextos políticos ela nunca será suficiente e nunca poderá substituir o poder. Somente a ação coletiva em concerto dos sujeitos envolvidos em um processo de mobilização em grande escala é capaz de solapar a autoridade do sistema vigente. Em uma leitura dela contra ela mesma, podemos afirmar que as ações de resistência que eventualmente se utilizam da violência não devem ser imediatamente condenadas, pois essa condenação clamaria por uma outra violência, dessa vez vinda das foças policiais. Porém, nesse momento talvez de-vêssemos ir além da distinção arendtiana entre poder e violência e questionar a própria classificação de um ato como violento ou, ainda, perceber que é igualmente política a classificação de uma ação como violenta (isto é, condenável e reprimível aos olhos do Estado).

Walter Benjamin trata precisamente dessa política por trás da violência em seu famoso ensaio *Para uma crítica da violência*⁶ de 1921 – com o qual Arendt muito provavelmente teve contato, ainda que curiosamente nunca o mencione. Neste texto, Benjamin se propõe a investigar como se dá a relação entre violência e direito na tradição liberal moderna, que, para ele, revela uma contradição fundamental. Ele percebe que, de um lado, a violência é tida como antijurídica e o direito se apresenta justamente como a forma não violenta de resolução de conflitos; mas de outro, o direito é dependente da violência para existir, para ser aplicado, passar do enunciado à execução (Benjamin 2011, p. 125).

Benjamin afirma que, em tese, o problema da violência não estaria tanto em seu uso, mas em seu uso não-sancionado. A sanção ou não da violência estaria assim diretamente conectada com os fins que ela busca atingir: os fins sancionados pelo direito seriam o que ele chama de “fins de direito”, os não-sancionados seriam “fins naturais”. A tendência do direito, portanto, é de proibir o indivíduo de utilizar a violência para atingir fins naturais, pois se eles fossem historicamente relevantes, o Estado os tornaria fins de direito e estabeleceria procedimentos legais e legítimos para lidar com eles – a clássica vedação aos indivíduos de fazerem justiça com as próprias mãos. Assim sendo, o direito afirmaria que todos os fins naturais colidem com fins de direito quando perseguidos por meio da violência, pois “um sistema de fins de direito torna-se insustentável se em algum lugar ainda se permite que fins naturais sejam perseguidos de maneira violenta” (2011, p. 126-127).

Benjamin até então está apenas reconstruindo um dos fundamentos do Estado de direito, já apresentado na vedação da autotutela do direito natural

⁶ O trabalho original é intitulado *Zur Kritik der Gewalt*. O termo *Gewalt* pode significar tanto violência como poder, o que torna difícil a tradução. Historicamente, *Gewalt* foi associada ao poder político e posteriormente foi sendo utilizada como excesso de força, violência. Neste sentido ambíguo (ora como poder, ora como violência) que deve ser entendido seu uso por Benjamin.

proposta pelos teóricos do contrato social. No entanto, seu ponto é que a proibição de perseguição de fins naturais por meio da violência se dá não porque ela colide com os fins de direito, mas porque sua proibição é condição de garantia do próprio direito. A violência fora do controle estatal é tida pelo Estado, segundo Benjamin, como em si mesma perigosa, independentemente de seus fins. A “prova” de Benjamin de que o problema não é exatamente a finalidade da ação pode ser encontrada no fato de que “o Estado reconhece uma violência cujos fins, enquanto fins naturais, ele às vezes considera com indiferença, mas em caso sério [...] com hostilidade” (2011, p. 129) – um problema de “grau” e não exatamente dos fins perseguidos.

Nesses casos em que o poder estatal se sente “ameaçado”, então, ele pode utilizar uma “carga de violência inimaginável” para se “defender” (Seligmann-Silva 2009, p. 3). Benjamin encontra na greve geral um exemplo dessa relatividade da violência, mas é possível estender a reflexão para qualquer manifestação política que possa ser enquadrada nos limites do “aceitável”. Quando a greve geral toma grandes proporções (a ponto de poder ser considerada revolucionária), “o Estado a classifica como abuso de direito e pode chegar a usar “decretos de emergência” para reprimi-la, já que o direito de greve não teria sido pensado para ser exercido “dessa maneira” (2011, p. 129).

Para Benjamin, a violência não é encarada da mesma forma pelo Estado e por aqueles que se manifestam (no seu exemplo, pelos trabalhadores grevistas): por um lado, o Estado permite a greve (não violenta) e tem o poder de declará-la ilegal (caso passe a ser violenta), ao passo que os manifestantes acreditam ter uma espécie de “direito à violência”,⁷ um direito de usar a força (política ou física) para reivindicar suas demandas, possibilitando ao Estado reconhecê-la como legítima ou violenta e, nesse caso, reprimi-la com a sua própria violência (sancionada, reconhecida, legitimada).

O crucial, então, seria estabelecer a linha divisória entre o “uso” e o “abuso” dos direitos, uma linha objetiva prevista em lei que regulasse tanto a ação dos manifestantes como do Estado. Mas a grande questão desse problema é que *essa decisão cabe, no fim das contas, ao próprio Estado, justamente aquele que se sente ameaçado*: “quando deixados falar por si, os Estados têm poucos problemas em distinguir o uso legítimo e o uso ilegítimo da violência: o uso da força é legítimo porque é legitimado (pelo Estado)” (De la Durantaye 2009, p. 338-339).

Percebe-se, então, que não há uma divisão *a priori* entre a violência legítima e ilegítima, mas uma *disputa pela sua sanção*, pela possibilidade de considerá-la legítima. É nesses casos limites, na passagem do uso aceitável de um direito e sua possibilidade de desestabilizar a ordem jurídica, que o direito se torna

⁷ Aqui fica evidente a ambiguidade do termo *Gewalt*, que hora pode ser traduzido como violência, ora deve ser traduzida como força ou poder.

violência (em ambos os sentidos, tanto o direito de manifestação passa a ser encarado como violento pelo Estado como o direito estatal passa de mero direito para violência em forma de direito). Assim, uma grande manifestação é tida como perigosa pelo Estado, não pelos fins que busca, mas porque “ela é capaz de fundamentar e modificar relações de direito”. Em contraposição a isso, surge uma outra violência, com a função diametralmente oposta de *manutenção do direito posto*, a violência estatal utilizada (de forma sancionada) para manter a ordem (Benjamin 2011, p. 130-2). Para toda ameaça de criação de direito uma violência “legítima” surge para evitá-la.

A violência de uma manifestação, portanto, não é tão objetiva (nem objetivável) quanto parece, pois é sempre relativa à sanção estatal. Com isso, pode-se dizer que Benjamin já havia lançado as bases para uma crítica à desobediência civil quando afirmou em seu ensaio de 1921 que a resistência seria “totalmente impotente, se, ao invés de se voltar contra a ordenação de direito por inteiro, [atacasse] apenas leis ou práticas de direito isoladas, que o direito protegerá então com seu poder [*Macht*]” (2011, p. 133). Por isso a desobediência não deve ser “civil”, mas, como propõe Bernard Harcourt, ser uma *desobediência política* que não desobedeça somente a estrutura civil das leis e instituições políticas, *mas a própria ordem política enquanto tal* (2013, p. 47).

Um problema persiste, no entanto: em termos objetivos, o que fazer com o direito, ou, mais especificamente, com o direito de resistência? Se o negamos como direito, corremos o risco de deslegitimar ainda mais a resistência (além de recair em um certo idealismo de que é possível agir “fora” do direito na política). Se tentamos reivindicá-lo, podemos acabar legitimando a sua própria repressão quando a ordem se sentir ameaçada e afirmar que está transgredindo os seus limites. Olympe de Gouges, sufragista francesa contemporânea à revolução de 1789, nunca esteve tão certa ao afirmar que os direitos “só têm paradoxos a oferecer” (Douzinas 2000, p. 21).

4. OS PARADOXOS DOS DIREITOS

No conjunto das revoluções do século XVIII, geralmente se reduz a análise ao caso francês e ao caso americano, o primeiro como revolta contra o absolutismo, o segundo como exemplo de libertação nacional. Nessa conta, no entanto, falta um terceiro elemento de revolta política que também surge no século XVIII: a luta pela abolição da escravidão. O epicentro dessa luta foi a colônia francesa de Saint-Domingue, hoje conhecida como Haiti. Os haitianos conquistaram sua liberdade por meio de uma revolta violenta em 1791 e, por meio da luta armada, em 1794 “convenceram” os franceses a reconhecer a abolição da escravidão na ilha e a universalizar a abolição em todas as suas colônias. Quando Napoleão assumiu o governo francês ainda tentou reestabelecer a escravidão, fazendo com

que em uma nova revolta, em 1804, o povo haitiano conquistasse sua independência. Os “jacobinos negros de Saint-Domingue”, como eram conhecidos, enfrentaram a metrópole e realizaram ativamente o objetivo iluminista da liberdade humana demonstrando que “a Revolução Francesa não era simplesmente um fenômeno europeu, mas um evento com implicações históricas de alcance mundial” (Buck-Morss 2011, p. 36-40).

Como afirma Žižek, os ex-escravos haitianos entenderam os lemas revolucionários franceses de forma mais radical que os próprios franceses ao ignorar todas as “restrições implícitas que abundavam na ideologia do Iluminismo”. Isso se evidenciou no episódio paradigmático em que os haitianos entoaram a Marselhesa, o hino revolucionário francês, ao enfrentar as tropas napoleônicas, provando que os haitianos eram “mais franceses” do que os próprios franceses, pois levavam a ideologia revolucionária a um ponto que os franceses não poderiam suportar (2011, p. 98-9). Como lembra Susan Buck-Morss, “o desenrolar de uma lógica da liberdade nas colônias ameaçava decompor toda a estrutura institucional da economia escravagista que sustentava uma porção substancial da burguesia francesa” (2009, p. 40-1).

O que é interessante perceber aqui é que a velha crítica à abstração dos direitos perde um pouco de sua efetividade. Foi à própria universalidade e abstração dos direitos do homem e do cidadão que os revolucionários haitianos recorreram para reivindicar sua liberdade. Episódios como o da Revolução Haitiana parecem lançar uma luz sobre o problema dos direitos humanos e da luta por direitos (e dentre eles, o direito de resistência): se, por um lado, ela não nos permite continuar com a crença inocente de que a previsão abstrata de direitos significa sua aplicação, por outro ela revela que a reivindicação política desses direitos abstratos pode ser bastante efetiva politicamente. O que eles evidenciam é que ideais abstratos emancipatórios não são mera “falsificação” da realidade, são a *própria condição de possibilidade de processos emancipatórios reais e concretos*: “foi a ‘liberdade formal’ burguesa que pôs em marcha o processo de demandas e práticas políticas ‘materiais’, do sindicalismo ao feminismo”. A liberdade é condição da libertação, é preciso se perceber como essencialmente livre para afirmar que a servidão real é uma corrupção da liberdade e lutar para que essa liberdade se concretize. Por isso, “a exigência de liberdade real só pode surgir a partir de minha ‘liberdade formal’” (Žižek, 2011, p. 64; 121).

Quando se exige um direito formalmente e abstratamente reconhecido, mas que não foi pensado para incluir certos grupos sociais (como já foi o caso dos escravos, das mulheres, dos imigrantes, etc.), estamos claramente diante do que Jacques Rancière chamou de *política*, isto é, quando um grupo não reconhecido enquanto tal discorda da distribuição estético-política de uma ordem. Em seu ensaio *Quem é o sujeito dos direitos humanos?*, ele apresenta uma proposta mais concreta de como devemos lidar com os direitos sem recair nem em um

otimismo (que não percebe a realidade de violações existentes e a incapacidade ou falta de interesse das organizações internacionais em resolvê-las), nem em um fatalismo (que desconsidera absolutamente os direitos humanos como armas de reivindicação da luta política).

Rancière se utiliza de outro exemplo paradigmático de conflito entre exclusão e universalidade de direitos: a luta das feministas sufragistas francesas representada por Olympe de Gouges e sua Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã de 1791.⁸ A Declaração buscava reconhecer a mulher como portadora dos mesmos direitos e deveres políticos reconhecidos aos homens e em seu art. 10 fazia a famosa afirmação de que “a mulher tem o direito de subir à guilhotina; ela deve ter igualmente o direito de subir na tribuna”. Ela foi rejeitada pela Convenção Nacional na época e somente em 1945, mais de 150 anos depois, as mulheres francesas puderam finalmente votar e serem eleitas em pleitos nacionais. Rancière afirma que as mulheres francesas fizeram uma afirmação dupla com sua Declaração: “elas demonstraram que eram privadas dos direitos que elas tinham graças à Declaração de Direitos” ao mesmo tempo em que afirmam, “por meio de sua ação pública, que elas *tinham* os direitos negados a elas pela constituição, que elas poderiam *encenar* esses direitos”, ou seja, “elas agiram como sujeitos que não tinham os direitos que tinham e que tinham os direitos que não tinham” (Rancière 2010, p. 69).

Essa posição paradoxal se dá porque a Declaração de Direitos, em sua proposta de universalidade, afirma que “todos os homens nascem livres e iguais”, mas com isso levanta a questão sobre a esfera de implementação desses predicados sendo a política a responsável por definir a linha divisória entre o “homem” sem direitos e o “cidadão” pleno. A Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã não poderia ser mais política nesse sentido. Ao mesmo tempo em que denunciava que as mulheres estavam excluídas da cidadania prevista (que não tinham os direitos que tinham), no próprio ato de reivindicar a cidadania se revelavam cidadãs (mostrava que tinham os direitos que não tinham). Elas afirmavam ser “arbitrariamente privadas dos direitos que a Declaração atribui aos membros da nação francesa e da espécie humana sem discriminação” ao mesmo tempo em que exerciam, por sua ação, “os direitos de cidadãs que a lei recusava a elas” (Rancière, 2006, p. 61).

Ter ou não ter direitos não é, portanto, uma questão de reconhecimento da ordem (dos Estados, das Organizações Internacionais), *é uma questão política por excelência*. Se não compreendermos essa dimensão estritamente política dos direitos humanos eles se tornam *direitos humanitários*, isto é, “os direitos daqueles que não podem demandá-los” e que dependem da ajuda externa para

⁸ A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã escrita por Olympe de Gouges está disponível em: <http://goo.gl/fPnD4s>.

socorrê-los. Para Rancière, portanto, “homem” e “cidadão” são sujeitos políticos e, como tal, não são coletividades definidas, mas nomes excedentes que a partir da luta política se define quem está ou não incluído. Correspondentemente, liberdade e igualdade não são predicados pertencentes aos sujeitos, são também predicados políticos abertos à disputa “sobre o que eles significam, a quem eles concernem e em que casos”. Os direitos humanos são os direitos “daqueles que fazem algo com essa inscrição” (Rancière, 2010, p. 68) e quando pessoas apresentam desacordo sobre a negação de direitos que elas sofrem, elas “efetivamente têm esses direitos” (2010, p. 68-72).

Os direitos, dessa forma, devem ser encarados como “uma mentira presente que pode ser parcialmente verificada no futuro” e se tornam efetivos ao motivar indivíduos e grupos a resistir à sua própria violação. Eles existem na “lacuna entre a natureza ideal e a lei, pessoas reais e abstrações universais” que somente a atividade política pode preencher (Douzinas, 2000, p. 97; 145). Direitos são fundados no discurso e não em alguma essência ou natureza humana: direitos humanos são aqueles que afirmamos serem direitos humanos e que na prática confirmamos sua universalidade (p. 371). Os direitos passam a existir não porque são previstos pela ordem, eles existem porque, concretamente, sujeitos afirmam serem portadores deles e na ação prática alteram a ordem a tal ponto que ela é obrigada a reconhecê-los. O que define a existência ou não dos direitos, paradoxalmente, é a política e não o direito em si: mesmo que o direito os negue, eles podem existir, ou melhor, terem existido no momento de sua reivindicação que em um momento posterior foi reconhecido.

Quando olhado por esse ângulo, o direito de resistência passa a ganhar contornos interessantes que superam os problemas iniciais de legitimação e condicionamento. O direito de resistência opera da mesma forma que os outros direitos: é no seu próprio exercício que ele se configura como um direito, ainda que não haja qualquer positivação ou reconhecimento por parte da ordem. O que importa é que se afirma haver um direito de resistência, afinal, sua existência é produto da disputa política. Porém, mais do que somente mais um direito, o direito de resistência se revela como uma espécie de *metadireito*: ele nunca se revela de uma forma “pura”, ninguém reivindica um “direito de resistência”, ele é reivindicado no próprio ato de resistir, nos processos mobilizatórios de reivindicação de outros direitos.

É preciso lembrar, no entanto, que a política é uma dança para dois. Se, de um lado, afirmamos a legitimidade e a existência de um direito de resistir e denunciarmos arbítrios e abusos, a ordem legal sempre vai divergir em última instância, sempre vai tentar impor limites a esse direito e, quando esses limites extrapolarem, reprimi-lo ou sequer reconhecê-lo como “direito”. Os manifestantes dirão que têm o direito de tomar as ruas e derrubar a ordem caso isso seja necessário para garantir seus direitos, o Estado vai afirmar que tem o

direito de utilizar a violência para reprimir movimentações que o ameacem. Não há critério objetivo, neutro e *a priori* que não a própria luta política para decidir o vitorioso. A resistência é tanto um fato quanto um direito e o direito de resistência, “como todos os verdadeiros direitos, é tanto real como ideal” (Douzinas 2013, p. 95-96). Ele surge do próprio ato de resistir.

O papel do direito pode ser ambíguo, mas está longe de ser desprezável. Diversas conquistas e retrocessos se deram por meio dele, mas mais importante do que a distância significativa entre a lei conquistada a duras penas e a sua eventual aplicação é o processo de lutas por direitos em si, que manifesta imanentemente o direito de resistência. Tentar que o Estado reconheça a resistência como legítima é uma luta perdida, poder algum vai estar disposto a garantir sua própria mudança. Mas isso não significa que a luta que lida de alguma forma com o direito seja inútil: pelo contrário, a busca por uma luta política “pura” é impossível, a luta política se dá nas demandas por direitos, nas reivindicações econômicas, nas pautas ambientais e culturais, nas pautas muitas vezes “reformistas” do sistema. O objetivo deve ser, então, resistir à ordem, tensioná-la ao seu máximo e, com isso, eventualmente, a depender das condições postas e da política que nesse processo se desenvolver, transformá-la (ou não) e conquistar (ou não) as demandas reivindicadas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Fernando (2005) “Derecho general a la Resistencia y derecho a la rebelión”, em Roberto Gargarella et al., *El derecho a resistir el derecho*, Madrid: Miño y Dávila; Buenos Aires: Ciepp.
- ARENDET, Hannah (2008a) “Da violência”, em Hannah Arendt, *Crises da república*, São Paulo: Perspectiva.
- ____ (2008b) “Desobediência civil”, em Hannah Arendt, *Crises da república*, São Paulo: Perspectiva.
- BEDAU, Hugo A. (1961) “On civil disobedience”, em *The journal of philosophy*, 58 (21).
- BENJAMIN, Walter (2011) “Para uma crítica da violência”, em Walter Benjamin (org. por Jeanne Marie Gagnebin), *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*, São Paulo: Duas cidades; Ed.34.
- BERNSTEIN, Richard J. (2013) *Violence: thinking without banisters*, Cambridge: Polity Press.
- BUCK-MORSS, Susan (2009) *Hegel, Haiti, and universal history*, Pittsburgh: Pittsburgh University Press.
- BUZANELLO, José Carlos (2002) *Direito constitucional de resistência*, Rio de Janeiro: América Jurídica.
- DE LA DURANTAYE, Leland (2009) *Giorgio Agamben: critical introduction*, Stanford (CA): Stanford University Press.
- DOUZINAS, Costas (2000) *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*, Oxford: Hart Publishing.
- ____ (2013) *Philosophy and resistance in the crisis: Greece and the future of Europe*, Cambridge: Polity Press.
- ____ (2014) “Philosophy and the right to resistance”, em Costas Douzinas & Conor Gearty (ed.) *The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DWORKIN, Ronald (1978) *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- GARGARELLA, Roberto (2005a) “El derecho de resistencia em situaciones de carencia extrema”, em Roberto Gargarella et al., *El derecho a resistir el derecho*, Madrid: Miño y Dávila; Buenos Aires: Ciepp.
- ____ (2005b) “Comentarios y respuestas finales: pensar y repensar el derecho de resistencia”, em Roberto Gargarella et al., *El derecho a resistir el derecho*, Madrid: Miño y Dávila; Buenos Aires: Ciepp.

_____ (2007) *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

HARCOURT, Bernard E. (2013) "Political disobedience", em Bernard Harcourt, William Mitchel & Michael Taussig, *Occupy: three inquiries in disobedience*, Chicago: University of Chicago Press.

KANT, Immanuel (2013) *Metafísica dos costumes*, Petrópolis (RJ): Vozes.

LOCKE, John (1988) *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press.

RANCIÈRE, Jacques (2010) "Who is the subject of the rights of man?", em Jacques Rancière (ed. by Stephen Corcoran), *Dissensus: on politics and aesthetics*, London: Continuum.

SELIGMANN-SILVA, Márcio (2009) "Walter Benjamin: o estado de exceção entre o político e o estético", em *Cadernos benjaminianos*, 1 (1).

THOREAU, Henry David (2012) *A desobediência civil*, São Paulo: Cia. das letras.

ŽIŽEK, Slavoj (2011) *Primeiro como tragédia, depois como farsa*, São Paulo: Boitempo.

_____ (2012a) "From democracy to divine violence", em Giorgio Agamben et al., *Democracy in what state?*, New York: Columbia University Press.

_____ (2012b) *Vivendo no fim dos tempos*, São Paulo: Boitempo.

CAPÍTULO 14

JUÍZES E O POVO: A LINGUAGEM E O DISCURSO PERSUASIVO COMO DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

*Gustavo Dalpupo de Lara
Vera Karam de Chueiri*

RESUMO: Muito se tem discutido, no campo do Direito Constitucional e da Filosofia Política, sobre a sensível relação – ou tensão – entre constitucionalismo e democracia. Isto serviu de causa a teorias como o constitucionalismo popular (Kramer), o constitucionalismo dialógico (Gargarella), o minimalismo (Sunstein) e o constitucionalismo democrático (Siegel, Post), teoria aqui eleita para análise. O presente estudo aproveita-se desse fenômeno para tentar aferir se a linguagem ou, mais precisamente, se os discursos de persuasão, ao menos no plano da reflexão, podem representar óbice à efetivação dos propósitos do constitucionalismo democrático de Siegel e Post. A abordagem linguística teve por base reflexões de Luis Alberto Warat e Neil MacCormick. Para tanto, mediante pesquisa bibliográfica, adotou-se metodologia hipotético-dedutiva, de cunho filosófico, para confrontar as noções presentes no constitucionalismo democrático com os problemas epistemológicos da linguagem e o aspecto argumentativo do direito, suscitados pelos dois últimos autores.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Democracia. Filosofia da linguagem. Discurso persuasivo.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os diversos problemas enfrentados, hoje, no Direito Constitucional e na Filosofia Política encontra-se a aparentemente infundável tensão entre o constitucionalismo e a democracia¹. Isto é, de um lado busca-se a manutenção da força normativa da Constituição e dos valores nela dispostos, de modo a permear e determinar, de modo geral, a práxis institucional em um Estado – democrático – de Direito; de outro, almeja-se a responsividade entre essas práticas e as expectativas daqueles que são seus destinatários: o povo. E nos cumpre focar em uma dessas práticas institucionais, a judiciária.

¹ A ideia de democracia explorada no presente trabalho, a despeito das várias conceituações possíveis, coaduna com aquela implícita nas ideias dos proponentes do constitucionalismo democrático, ou seja, a de um cenário comunitário deliberativo em que os diversos indivíduos e grupos buscam determinar os resultados do processo de tomada de decisão política desde os seus próprios interesses, tendo-se o conflito ou choque de ideias como um efeito salutar, e não indesejado.

O modo com que as Cortes constitucionais atuam nesse cenário e, mais especificamente, o grau de responsividade democrática que essa atuação *deve* ter é objeto de diversas correntes teóricas. Dentre estas o constitucionalismo popular, defendido, entre outros, por Larry Kramer, cujo escopo é transferir para o povo o papel de intérprete da Constituição²; há ainda o minimalismo de Cass Sunstein, que apresenta visão de maior teor juriscêntrico – embora não o seja plenamente³ – e oferece um argumento normativo no sentido de recomendar que o judiciário delibere cautelosamente sobre questões valorativas de grande repercussão, a fim de evitar alguma espécie de revolta popular⁴; e, como outro exemplo, há o constitucionalismo democrático, proposto por Robert Post e Reva Siegel⁵, que se coloca como um meio termo entre as duas primeiras teorias e é a vertente aqui privilegiada para análise.

Os dois últimos autores entendem o constitucionalismo popular e o minimalismo como extremistas e que, por essa razão, são teorias pouco realistas diante de um contexto democrático. Como solução para isso, Post e Siegel trazem nova perspectiva para o constitucionalismo (adiante melhor delineado), para a qual eventuais desacordos interpretativos seriam perfeitamente naturais no desenvolvimento do Direito Constitucional⁶ e da democracia.

Uma das principais propostas levantadas por essa teoria é a de que deve haver uma troca⁷ entre o povo e as Cortes no debate sobre como deve ser interpretada e aplicada a Constituição. Por esse motivo o constitucionalismo democrático põe-se como um ponto de equilíbrio entre o constitucionalismo popular e o minimalismo: porque procura justificar que o diálogo é necessário ao bom desenvolvimento do Estado de Direito.

Ao aspecto dialógico presente nessa perspectiva dar-se-á especial tratamento. Isto porque a práxis do Direito é notoriamente dialógica, marcada

² SERROTA, Michael. **Popular Constitutional Interpretation**. Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. p. 1640.

³ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 19.

⁴ SUNSTEIN, Cass R. **If people would be outraged by their rulings, should judges care?**. University of Chicago, Public Law Working Paper n. 151, 2007. p. 14. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965581. Acesso em: 25/07/2017.

⁵ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 1

⁶ *Ibidem*. p. 2.

⁷ A temática do procedimento ou dos resultados do processo democrático, bem as eventuais implicações mútuas entre este e aquele critério de legitimação, não serão abordadas, pois fugiria ao escopo do presente trabalho. A respeito do tema, ver: KOZICKI, Katya. **Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 41, n. 0, 2004, p. 43-57. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 30/07/2017.

pelo debate, ou seja, trata-se de um cenário em que a argumentação exerce função insubstituível. Nesse sentido aponta Neil MacCormick, ao sugerir que se impõe “o reconhecimento do Direito como campo da argumentação, um ambiente em que a retórica se desenvolve com toda a sua elegante e persuasiva, mas às vezes também dúbia, arte.”⁸

Assim sendo, Direito é linguagem, e esta media a troca pressuposta no constitucionalismo democrático. Vale dizer, a linguagem que nos interessa é aquela *efetivamente aplicada* pelos indivíduos presentes nessa relação. Logo, o destaque que se dará ao aspecto dialógico será considerado a partir de um prisma específico, o do discurso voltado à persuasão e, neste, das capacidades dos sujeitos envolvidos nesse jogo para *jogá-lo de modo igualitário*.

Para possibilitar a abordagem pretendida, são aqui adotadas as reflexões empreendidas por Neil MacCormick acerca do aspecto argumentativo do Direito, e as de Luis Alberto Warat relativamente aos problemas epistemológicos da linguagem, que serão adiante expostas.

Dessa forma, tendo em vista o exposto, o objetivo principal é analisar o constitucionalismo democrático a partir deste recorte linguístico. O objetivo específico é descobrir se a desigualdade nas capacidades argumentativas dos sujeitos envolvidos nesse debate constitucional (defendido por Robert Post e Reva Siegel) representa um obstáculo capaz de frustrar a consecução das metas desses autores⁹.

Com este recorte, naturalmente, não se pretende esgotar a complexidade do tema. Trata-se de um tópico apto a render discussão muito mais profunda. Reduccionismos, portanto, são perfeitamente possíveis, e disso é importante estar ciente. Por fim, importa destacar que a pesquisa bibliográfica foi a forma escolhida. O método adotado é o hipotético-dedutivo, privilegiando-se com isso uma aproximação filosófica ao pensamento dos autores mencionados, para deles tentar retirar um extrato comum.

⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 19.

⁹ É necessário destacar que, embora se assemelhe em alguns aspectos, esta pretensão tem em mira um resultado distinto daquele perseguido por Michael Serota no ensaio denominado *Popular Constitutional Interpretation*. Neste, Serota procura refutar o constitucionalismo popular, pois entende que o povo carece dos meios necessários (*constitutional knowledge* e *constitutional reasoning*) para interpretar a Constituição de maneira supostamente fidedigna. Para tanto, o autor desenvolve um rol de ideias, desde as competências necessárias à adequada interpretação da Constituição, até elementos de psicologia cognitiva para explicar a atividade dos juízes, de forma a tentar justificar que seria mais benéfico, para o constitucionalismo norte-americano, que as Cortes mantivessem para si a autoridade interpretativa constitucional. Dessa forma, a referida semelhança está somente para a análise da relação entre os juízes e o povo com respeito às respectivas competências interpretativas. O objetivo geral deste trabalho, diferentemente de Serota, não é refutar uma teoria (o constitucionalismo democrático), mas tornar mais claros eventuais obstáculos que se lhe imponham. No tocante ao tema, ver: SEROTA, Michael. **Popular Constitutional Interpretation**. Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. p. 1637-1639 e p. 1673.

2. UM PANORAMA SOBRE A IDEIA DE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EM ROBERT POST E REVA SIEGEL

Robert Post e Reva Siegel advogam que um dos pressupostos necessários ao constitucionalismo democrático é o de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, e nesse cenário as Cortes constitucionais exercem um papel interpretativo relevante¹⁰.

É uma perspectiva teórica semelhante àquilo que Roberto Gargarella denomina constitucionalismo dialógico ou justiça dialógica. Esta tem também como escopo abrandar o conflito entre o constitucionalismo e a democracia (deliberativa), isto é, reconciliá-los¹¹. Com isso o autor almeja que as questões constitucionais sejam “debatidas regularmente entre iguais, em uma discussão inclusiva que abranja as diferentes esferas governamentais e as pessoas em geral”¹² (tradução livre).

Gargarella complementa que um procedimento dialógico deve ter como pressupostos: a igualdade entre os diferentes participantes; um processo deliberativo; inclusividade (a inclusão do povo)¹³; a deliberação deve ser contínua, desenvolvida publicamente, restrita a questões de moralidade exclusivamente pública, e não pode depender da discricionariedade de quaisquer dos participantes¹⁴.

Da mesma maneira que o constitucionalismo democrático, o dialógico espera dos juízes uma postura ativa, no sentido de examinarem os efeitos do seu papel para um cenário democrático, que os transcende¹⁵ – isso, em contrapartida, retirar-lhes-ia algumas de suas prerrogativas.

Post e Siegel, por sua vez, preocupam-se em avaliar as consequências que emergem quando as Cortes constitucionais interpretam a Constituição

¹⁰ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 2.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. **Scope and limits of dialogic constitutionalism**. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES. **Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Springer, 2016. p. 121.

¹² GARGARELLA, Roberto. **Scope and limits of dialogic constitutionalism**. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES. **Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Springer, 2016, p. 122. Texto original: “public and ongoing process of constitutional interpretation where issues of public or intersubjective morality are regularly debated among equals, in an inclusive discussion that embraces the different governmental branches and people at large”.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*. p. 123.

¹⁵ *Ibidem*. p. 124.

divergindo dos interesses do povo¹⁶. O constitucionalismo democrático coloca-se justamente diante desse fenômeno conflitivo, buscando compreender a sua estrutura.

Ambos os autores entendem que quando os cidadãos se opõem a determinada interpretação realizada pelas Cortes, e sobretudo quando o fazem sob fundamentos constitucionais, estão em verdade expressando a sua “identificação normativa com a Constituição”¹⁷ (tradução livre). E uma reação popular que partisse dessas condições teria, como possível implicação, aquilo que os sobreditos constitucionalistas intitulam *backlash*, ou seja, uma manifestação de resistência a uma decisão presumidamente contrária às expectativas dos seus destinatários¹⁸.

O ofício hermenêutico constitucional envolve valores de grande amplitude¹⁹, cuja moldura significativa não é evidente, mas sim construída. A disputa entre povo e Cortes constitucionais é, então, por um significado correspondente a alguma das concepções axiológicas. Tal disputa permite-se em razão da incerteza no Direito (especialmente o constitucional), que decorre da própria indeterminação da linguagem²⁰, pondo em cheque as noções de certeza ou segurança jurídicas²¹.

Como infere Neil MacCormick, “o caráter dialético argumentativo dos procedimentos jurídicos é uma característica inerente ao arranjo constitucional”²² e, nesse sentido, há uma disputa pelo sentido, ou seja, por sua determinação.

Porém, não de existir lacunas entre uma eventual compreensão popular do sentido da Constituição e a construção de significado empreendida profis-

¹⁶ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 3.

¹⁷ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 3. Texto original: “To criticize a judicial decision as betraying the Constitution is to speak a from a normative identification *with* the Constitution. Citizens who invoke the Constitution to criticize courts associate the Constitution with understandings they find normatively compelling [...]”.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*. p. 7.

²⁰ Nesse mesmo sentido afirma Katya Kozicki, ao enfatizar que “a linguagem possui limites que lhe são inerentes, limites que fazem parte do próprio processo de comunicação. (...) Existe sempre uma indeterminação de sentido, uma vez que o significado é obtido a partir do uso e do contexto em que ele é referido”. In: KOZICKI, Katya. **Considerações Acerca do Problema da Aplicação e da Significação do Direito**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 30, n. 0, 1998, p. 444. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 29/07/2017.

²¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 18

²² *Ibidem*. p. 35.

sionalmente, pelas Cortes, condição que, para Siegel e Post, ameaça a legitimidade democrática da norma constitucional²³.

Diante desse contexto o constitucionalismo democrático busca conciliar a visão das Cortes e a visão do povo, como uma relação de complementaridade. Os autores enfatizam: não desejam afastar das Cortes a Constituição (como no constitucionalismo popular); de igual modo, não buscam estabelecer uma visão juriscêntrica, pois para o constitucionalismo democrático o engajamento público é relevante para a afirmação de legitimidade constitucional. Assim, trata-se literalmente de uma “troca entre oficiais e cidadãos sobre questões de significado constitucional”²⁴ (tradução livre).

Desse conflito interpretativo surge a possibilidade do *backlash* (protestos, mobilizações, litígios judiciais etc.), tendo, supostamente, como objetivo, manter a responsividade democrática (*democratic responsiveness*) da interpretação realizada pelas Cortes²⁵ e, em última instância, influenciar as decisões a fim de conformar o significado da própria Constituição²⁶. Para o constitucionalismo democrático, deve haver comunicação contínua entre o público e as Cortes²⁷. Tem-se como objetivo a preservação de valores constitucionais sem prejuízo da autoridade destas para interpretar “oficialmente” a Constituição²⁸.

No entanto, como Post e Siegel ressaltam, “juízes interpretam o texto constitucional para expressar seu entendimento implícito sobre o mundo”²⁹ (tradução livre). Não se pode encarar com ingenuidade tal fenômeno, ignorando-se a inevitabilidade de que o diálogo institucional está balizado pelas mais distintas expectativas políticas. Estas não de interferir e, na mais natural das hipóteses, determinarão a função das Cortes em maior ou menor grau.

Ademais, em relação a esses impasses a academia não possui uma postura imparcial. O jogo político interessa a quem possa sofrer os seus efeitos. Por essa razão é que os autores reafirmam que

²³ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 7. Texto original: “A large and persistent gap between professional and popular understandings of the Constitution, about questions that matter to the public, can threaten the democratic legitimacy of constitutional law”.

²⁴ *Idem*. Texto original: “Democratic constitutionalism observes that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning”.

²⁵ *Ibidem*. p. 8.

²⁶ *Ibidem*. p. 11.

²⁷ *Ibidem*. p. 9.

²⁸ *Ibidem*. p. 14.

²⁹ POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 11. Texto original: “Because judges interpret constitutional text to express their implicit understanding of the world”.

A tradição jurídica acadêmica procurou identificar métodos de interpretação constitucional que justificariam as decisões das Cortes para aqueles que poderiam de outro modo estar dispostos a se oporem a elas. Mas enquanto essa abordagem possa confortar os acadêmicos, duvidamos que isso tenha muito efeito político. Controvérsias constitucionais sérias (...) não se resolvem por algum truque metodológico mágico. O desacordo não desaparecerá meramente porque a Corte escolheu estruturar seu argumento de uma forma ou de outra³⁰ (tradução livre)

Em face dessas circunstâncias surgiram propostas como o “minimalismo”³¹ de Sunstein, cuja ideia (que não cumpre aqui aprofundar) é afirmar uma postura de cautela para as Cortes, a fim de que decidam de forma contida casos relativos a valores morais sensíveis ao público. Sunstein opõe-se, portanto, à ideia promovida pelo constitucionalismo democrático a respeito do modo de funcionamento do judiciário.

Isto é, Sunstein vai em direção oposta porque, para Post e Siegel, ao decidirem acerca de direitos ou valores constitucionalmente previstos, os juízes *devem* ter em consideração os efeitos políticos de suas decisões³², ou seja, não devem fugir do conflito, mas, ao contrário, devem ser sensíveis ao – e ativos nesse – contexto³³.

O conflito sobre o sentido ou significado constitucional (*over constitutional meaning*), complementam os autores, levanta a possibilidade de coesão política em um cenário em que a heterogeneidade é natural³⁴. Que os cidadãos estejam engajados na disputa sobre como a Constituição é interpretada é profundamente favorável a uma ordem jurídica democrática³⁵.

Mas importa notar que o constitucionalismo democrático é uma vertente voltada ao diálogo, sobretudo o diálogo entre juízes e o povo. Este diálogo, por presumível, está mediado pela linguagem. Os sujeitos (e valores) aí envolvidos são notoriamente heterogêneos³⁶. De um lado, toda sorte de indivíduos

³⁰ *Ibidem*. p. 13. Texto original: “Traditional legal scholarship has sought to identify methods of constitutional interpretation that will justify the Court’s decisions to those who might otherwise be disposed to oppose them. But while this approach may give comfort to academics, we doubt that it has much political effect. Serious constitutional controversies, like all political controversies, are not to be solved by some magical methodological trick. Disagreement will not disappear merely because the Court has chosen to frame its argument in one form or another.”

³¹ *Ibidem*. p. 19.

³² POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017. p. 34.

³³ *Ibidem*. p. 59. Texto original: “Judges vindicating constitutional rights should of course consider the effect of their decisions on democratic politics”.

³⁴ *Ibidem*. p. 35.

³⁵ *Ibidem*. p. 59.

³⁶ Katya Kozicki exemplifica, parafraseando John Rawls, que “existe um irredutível pluralismo entre as diferentes concepções de bem nas sociedades modernas, assim como uma divergência quanto a valores. As

e, de outro, juízes, especializados não só em manejar o discurso, mas um discurso especializado: o jurídico. E a linguagem jurídica, sobretudo a constitucional, dada a amplitude dos valores em jogo, não está integralmente – isso se em alguma medida estiver – sujeita aos rigores da cientificidade, que, por sua vez, são filosoficamente problematizáveis.

Nesse sentido, como Neil MacCormick indica, o Direito sequer ciência é: é uma arte prática dependente da argumentação, conhecimento e aprendizado. Ou seja, para o autor, o Direito, enquanto argumentação, é um ofício³⁷ (*learned profession*). Decidir entre um bom e mau argumento e ser capaz de elaborá-lo requerem familiaridade com o Direito enquanto teoria e prática. Para sumarizar: argumentar juridicamente exige, consoante o filósofo, conhecimento acumulado e habilidade argumentativa.

O ofício hermenêutico acaba por ser efetuado por sujeitos com autoridade – legítima ou não – para fazê-lo. E MacCormick enfatiza que esses sujeitos se qualificam para tanto³⁸, esperando-se sejam no mínimo racionalmente defensáveis seus argumentos³⁹. Neste caso, é razoável presumir que esse diálogo entre juízes e povo está inevitavelmente sujeito a alguma disparidade⁴⁰, hipótese possivelmente prejudicial à legitimidade democrática almejada pelo constitucionalismo de Robert Post e Reva Siegel, o que se pretende analisar a seguir.

3. O DIREITO ENQUANTO ARGUMENTAÇÃO: DIÁLOGOS ENTRE LUIS ALBERTO WARAT E NEIL MACCORMICK

Ao reconhecer o Direito como um ambiente de desenvolvimento da retórica, MacCormick coloca para si a seguinte indagação: os argumentos utilizados pelos operadores do Direito são objetivos e impessoais ou, ao contrário, têm como fundamento (e finalidade) justamente um posicionamento puramente ideológico?⁴¹.

peças, dentro de uma mesma sociedade política, possuem diferentes concepções religiosas, diferentes formações culturais e assim por diante”. In: KOZICKI, Katya. **Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 41, n. 0, 2004, p. 47. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 30/07/2017.

³⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 20.

³⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 4.

³⁹ *Ibidem*. p. 23-24.

⁴⁰ Este parece ser um eterno conflito decorrente do fato de que a linguagem jurídica e, por consequência, os seus instrumentalizadores, isolam-se num universo de signos particular, excluindo, em razão disso, a massiva maioria daqueles que são afetados por essa ordem normativa específica, mas não têm condições de integrar – ao menos de forma igualitária – esse campo.

⁴¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1.

Questão semelhante é colocada por Luis Alberto Warat ao analisar os problemas epistemológicos da linguagem. O autor parte das lições de Wittgenstein, que teria rompido, na primeira metade do século XX, com a corrente neopositivista, o que se convencionou chamar de sua “segunda fase”, quando passou a preocupar-se com a linguagem efetivamente empregada na comunicação e seus limites⁴², ao invés do enfoque na estrutura linguística estática⁴³.

Este novo enfoque (na linguagem *efetivamente utilizada*) conformaria a corrente denominada Filosofia da Linguagem Ordinária⁴⁴ (doravante FLO). Consoante Warat, esta se diferencia do Neopositivismo por privilegiar o nível pragmático (os usos linguísticos e, neles, as incertezas significativas e os modos de significar), enquanto os neopositivistas enfatizariam as análises sintática e semântica.

Confome o jusfilósofo argentino, “indagar sobre um uso lingüístico ou modo de significar é *realizar uma análise das alterações significativas que as palavras sofrem no processo de comunicação*”⁴⁵ (grifos do autor). Isto porque os signos linguísticos, neste processo, adquirem um significado próprio, que o autor denomina significado contextual, presente nos usos – em oposição ao significado de base, relativo, por sua vez, à língua enquanto ordem estática, abstrata, incompleta se isoladamente considerada. O significado de base serve, por vezes, à ocultação do sentido real das expressões⁴⁶.

A esse efeito de ocultação (sob pretensões político-ideológicas) a FLO, de acordo com Warat, parece não direcionar atenção, de modo a apontar quatro possíveis “instâncias” ou usos da linguagem: informativo, emotivo, diretivo e performativo⁴⁷ – aos quais o Warat acrescentaria então a função de dominação, subdividida entre os usos persuasivos e as relações de poder⁴⁸. Tais instâncias significam categorias de propósitos ou intenções do sujeito ao empregar a linguagem. A quinta instância trataria justamente do poder de influência dos discursos enquanto ferramentas de persuasão⁴⁹.

Apesar de ignorar aquilo que Warat indica como uso de dominação, a FLO teria seu mérito por elucidar a dicotomia significado de base/significado contextual, apta a desconstituir a “ilusão de univocidade” dos textos jurídicos: se a ideologia dos intérpretes permanece inalterada, a alteração textual é banal, para nada serve⁵⁰.

⁴² WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito - uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 33.

⁴³ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 63.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 64.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 65.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 66.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 67.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 68.

Para a FLO, as palavras sempre carregam consigo uma carga emotiva. Significa, então, que se pode falar em um uso emotivo da linguagem⁵¹, cujo escopo é persuadir, convencer emocionalmente o receptor dos valores do emissor. Mas essa persuasão é permitida porque o valor, no uso emotivo, é apresentado como se substância fosse, como se fosse um dado do mundo e inerente ao signo: uma definição persuasiva⁵². Trata-se de um processo de *substancialização* ou *fetichização* do sentido, afirma o autor, explicando que

Assim, o produtor da definição assegura, para si, o monopólio da constituição do campo denotativo, pois os receptores encontram-se adormecidos para a discussão dos critérios designativos persuasivamente propostos, o que encerra a possibilidade de discutir a inserção de um objeto em uma classe. Em suma, *sob aparência de definições empíricas, as definições persuasivas encobrem juízos de valor.*⁵³ (grifos do autor)

Essa potencialidade persuasiva da linguagem deve-se a recursos denominados *estereótipos*, que são signos com carga emotiva cujo significado constrói-se no contexto, e depende também das inclinações axiológicas na relação emissor-receptor, auxiliando assim os discursos de persuasão⁵⁴. Um estereótipo é “*um termo que tem eficácia comunicativa a partir da força conotativa vinculada a seu significante*” (grifos do autor), com os quais se objetiva “a consolidação e aceitação dos valores dominantes”⁵⁵. Exemplos de estereótipos nos discursos jurídicos seriam a noção de democracia ou mesmo as excludentes de antijuridicidade⁵⁶.

Desse modo, os estereótipos destinam-se a fazer-se aceitar determinada opinião⁵⁷, preferencialmente de maneira acrítica, evocando no receptor sentimentos fundados no senso comum (“diluídos pela força retórica das palavras”⁵⁸), como – exemplifica Warat – que a ordem jurídica fornece segurança, que o direito positivo garante a paz e é neutro em relação aos conflitos sob seu âmbito.

Além disso, os recursos linguísticos persuasivos mencionados devem sua força a um detalhe. Valem-se da diferença entre *desacordo de fatos* e *desacordo de valores*. A força do discurso, no primeiro tipo (de fatos), depende de que podem ser resolvidos por um mero processo de verificação. No segundo (de valores), apela-se a processos de convencimento, buscando-se alterar o ponto

⁵¹ *Ibidem.* p. 69.

⁵² *Ibidem.* p. 70.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 70.

⁵⁵ *Ibidem.* p. 71.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 72.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 73.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 72.

de vista do receptor: “dados fáticos são apresentados através de um conjunto selecionado de termos”, assim “as cargas emotivas deixam ao receptor a aparência de uma inquestionabilidade da decisão valorativa”⁵⁹.

Desse modo, decorre que “a argumentação em relação à aplicação do Direito à luz desses valores é persuasiva, não demonstrativa”, como é o caso das proposições fundamentadas na ideia de “justiça”⁶⁰ ou de “conformidade com o Direito”⁶¹. São ferramentais de linguagem cuja eficácia pode determinar os resultados (e a legitimação) da dinâmica argumentativa decisional, em detrimento dos interesses de quem não tenha condições de instrumentalizá-los (isto é, os ferramentais) com a mesma maestria que um operador do direito.

Proposições nesse sentido perfazem, conforme a FLO, as *falácias não formais*, destinadas a obter aceitação de um ponto de vista não comprovado logicamente (mas como se fosse logicamente estruturado), baseado em crenças generalizadas, na tentativa de justificar seu conteúdo na intuitividade do receptor e de seus valores⁶². Ou seja, uma justificação por referência ao senso comum⁶³, para a qual estão disponíveis os estereótipos.

Nessa mesma temática, outro aspecto relevante, também relativo aos estereótipos, falácias não formais e, de modo geral, discursos persuasivos, é o conhecido problema da vagueza e ambiguidade nas palavras⁶⁴, tão caro à filosofia da linguagem (nas suas diversas manifestações: a arbitrariedade do signo em Saussure; a textura aberta em Hart; os atos de fala perlocucionários em Austin; os jogos de linguagem de Wittgenstein, entre outros). Conforme Warat, vago é o termo que carece de uma regra definida quanto à sua aplicação, sendo então pragmaticamente construído. Trata-se de uma “zona de incerteza”, quando não se sabe ao certo a extensão do significado do termo, como no já clássico exemplo da incerteza sobre se um indivíduo é ou não “calvo”: para tanto “não existe um ‘calvômetro’”, ironiza o autor⁶⁵.

Ambíguo, por sua vez, será o termo que “veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis”⁶⁶, como no caso da expressão “manga”, aplicável tanto à fruta quanto à parte da

⁵⁹ *Ibidem.* p. 74.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. Coleção Primeiros Passos (62). São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 84. “(...) os direitos já conquistados *geralmente não são desafiados pelo dominador*: a dominação é, já o dissemos, hipócrita. (...) não se confessam abertamente essas violências, o que significa que *nem o opressor pode negar o Direito: apenas entortá-lo*, dizendo uma coisa e fazendo outra.” (grifos do autor).

⁶² WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 75.

⁶³ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 75.

⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 76.

⁶⁵ *Ibidem.* **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 76..

⁶⁶ *Ibidem.* p. 78.

vestimenta. Na categoria da ambiguidade inserir-se-iam as *expressões anfíbo-lógicas*, cuja “significação é anêmica”⁶⁷, onde – novamente – se encontram os estereótipos.

Transportadas para o Direito, as categorias da FLO demonstram a fragilidade implícita nos discursos jurídicos. A interpretação da norma, em alguma medida, será sempre refém de um “processo redefinitório” de sentidos⁶⁸. Portanto, as decisões judiciais são, se consideradas sob essa perspectiva, espaços de redefinição por excelência, especialmente quando estão em jogo valores de elevadíssima abstração.

Na esteira dessas noções, MacCormick afirma que a atividade interpretativa, “especialmente no contexto de um julgamento, (...) é acompanhada por uma prática argumentativa, e por um processo de tomada de decisão entre argumentos rivais”, donde a retórica⁶⁹.

Uma palavra final que derive dessa arena argumentativa, por presumível, não pode ser assumida como se *certeza* fosse. Isto porque – e não só no Direito – a certeza é inatingível, ainda que, para MacCormick, ela possa ser reduzida, tanto por conta da moldura significativa presente na norma, como pela tradição ou história da comunidade⁷⁰.

Assim sendo, incontestável é que o Direito é o campo da argumentação. É o espaço próprio dos discursos persuasivos, impondo-se o reconhecimento de que as “redefinições no processo judiciário encontram-se sempre axiológica ou ideologicamente determinadas”, de modo a implicar, “de forma velada, mudanças das propriedades designativas dos termos-chaves da lei”⁷¹.

Note-se que perspectiva semelhante à de Warat é compartilhada pelo propositos do constitucionalismo dialógico, ao apontar que, “na América Latina, emergem problemas sérios como consequência da posição privilegiada da qual juízes ainda se aproveitam”⁷² (tradução livre). Com isso o constitucionalista argentino intenta enfatizar que permanece a falta de controle, pelo povo, sobre seus representantes no processo de tomada de decisão, o fenômeno da alienação legal (*legal alienation*). Significa a circunstância em que as pessoas não se

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 79.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 9.

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 41.

⁷¹ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 80.

⁷² GARGARELLA, Roberto. **Scope and limits of dialogic constitutionalism**. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES. **Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Springer, 2016. p. 136. Texto original: “In Latin America, serious problems emerge as a consequence of the privileged position that judges still enjoy”.

identificam mais com o direito como produto de sua vontade; são, ao invés, vítimas dele (*victims of the law*)⁷³.

Como consequência disso, assevera Gargarella, o “diálogo democrático perde muito de seu apelo quando reduzido a um diálogo entre elites que estão ‘muito distantes’ do povo”⁷⁴ (tradução livre), e complementa: “‘Nós, o povo’ continuamos fora da Constituição, fundamentalmente incapazes de administrar e controlar nossas próprias assuntos públicos”⁷⁵ (tradução livre).

Descritas tais condições, como deve ser avaliada a relação esperada pelo constitucionalismo democrático, isto é, a relação entre os juízes e o povo, mediada pelo discurso? É possível conceber um constitucionalismo *realmente* democrático enquanto o *status quo* parece mostrar que a mencionada relação é, sob o ponto de vista da linguagem, profundamente desigual?

4. ARGUMENTAÇÃO, DISCURSOS DE PERSUAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: CONCLUSÃO

Cumpre, então, associar as proposições apresentadas, de modo a averiguar, ao menos no plano da ideia, se um contexto dialógico como aquele pressuposto no constitucionalismo democrático pode ter o seu cerne problematizado, enquanto possibilidade (pois não enquanto projeto ideal), em razão da condição argumentativa no e do Direito. Com isso não se pretende refutar tal vertente, pelo contrário, objetiva-se revelar os seus possíveis problemas de modo a clarificar o que poderia ser aprimorado, pois a ideia defendida pelos autores é perfeitamente razoável e moralmente legítima: um constitucionalismo democrático é desejável.

Deve-se frisar também que, ao elaborarem a teoria, Reva Siegel e Robert Post partem da mentalidade e do espaço norte-americanos. Isto é, pensam-na a partir da história constitucional dos Estados Unidos, principalmente desde os grandes avanços construídos na democracia norte-americana no tocante às questões de raça, gênero e orientação sexual, dos anos 60 até a contemporaneidade, construção essa atribuída precisamente aos esforços e pressão exercidos pelos cidadãos em detrimento do posicionamento das Cortes, por vezes profundamente antidemocrático.

⁷³ *Ibidem*. p. 137.

⁷⁴ *Idem*. Texto original: “democratic dialogue loses much of its appeal when it is reduced to a dialogue between elites that are ‘too far removed’ from the people”.

⁷⁵ GARGARELLA, Roberto. **Scope and limits of dialogic constitutionalism**. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES. **Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Springer, 2016. p. 142. Texto original: “‘We, the people’ still remain outside of the Constitution, fundamentally incapable of managing and controlling our own public affairs”.

Nesse caso, instrumentalizar essa teoria para pensar a democracia e Constituição brasileiras é um exercício a ser posto em prática com cautela. Isto porque qualquer proposição que aqui possa ser construída sê-la-á somente em abstrato. É uma opção arriscada. O primeiro reconhecimento a se impor, portanto, é o das limitações de quaisquer conclusões ora levantadas.

Há, contudo, alguns pontos que podem ser assumidos como constantes, vale dizer, como denominadores comuns entre aquele e este contexto, que permitem o paralelo entre uma teoria que foi pensada para um espaço-tempo e agora é transportada para o nosso.

O primeiro desses denominadores diz respeito à *responsividade democrática*. Esta, para Post e Siegel, é necessária à afirmação da autoridade da Constituição⁷⁶ – no caso dos autores, a Constituição norte-americana. Tal denominador pode ser estruturado de maneira simples. Independentemente das particularidades culturais e políticas, da forma com que o diploma constitucional tenha sido desenhado, da dinâmica impressa no funcionamento do judiciário, se as Cortes decidem de modo a refletir – ou não – o interesse de uma massa de indivíduos é um critério objetivo (em princípio, mensurado pelo *backlash*), e portanto um problema que transcende a localidade.

O segundo denominador seria o de que a relação entre as Cortes e povo é mediada pela linguagem. Tal constatação é algo óbvia, mas merece ser expressa como uma das premissas necessárias. Ainda, trata-se de linguagem específica. Não se pode afirmar que a troca entre os juízes e os cidadãos está informada somente pelo senso comum; as Cortes sofrerão a pressão advinda de movimentos sociais, protestos, mas também outros ferramentais como aqueles disponíveis para o controle de constitucionalidade dos atos das demais repartições do Estado.

Logo, o discurso aí envolvido transita entre o senso-comum, o filosófico e o especializado (científico?), donde ressurgem o antigo problema da aplicação do Direito, ligado ao sentido atribuído pelas Cortes e a forma com que esse sentido é “recepionado pela sociedade em geral”⁷⁷. Problema este que, sob o ponto de vista axiológico, consoante Kozicki⁷⁸, torna-se ainda mais complexo.

Inobstante, a disputa pelo sentido constitucional estará também condicionada pelos mecanismos da linguagem jurídica e todos os seus *processos redefinitórios*⁷⁹. Naturalmente, o ponto em disputa é a medida em que são atendidos os valores constitucionalmente protegidos, e a forma com que são vistos, por

⁷⁶ Ver nota de rodapé nº 6.

⁷⁷ KOZICKI, Katya. **Considerações Acerca do Problema da Aplicação e da Significação do Direito**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 30, n. 0, 1998, p. 448. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 29/07/2017.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Ver nota de rodapé nº 63.

um lado, pelo povo e, por outro, pelo judiciário. E os arranjos linguísticos balizadores desse debate serão, especialmente do ponto de vista de quem combata politicamente uma diretriz advinda de uma decisão judicial, tão vastos e heterogêneos quanto possam ser os próprios posicionamentos políticos em si.

Postas tais premissas, faz-se necessário verticalizá-las a fim de que se esclareçam, em primeiro lugar, as etapas do percurso dedutivo aqui pretendido e, em segundo, o respectivo derivado ou conclusão.

Assim sendo: (i) tendo em vista os dois denominadores comuns há pouco sustentados; (ii) haja vista a *impossibilidade* em se afirmar a existência de um interesse *necessário/homogêneo/estável*, por parte das Cortes, na relação institucional dialógica, em adotar uma postura democraticamente responsiva⁸⁰; (iii) sendo possível, ainda que presente uma *aparente* inclinação judicial em favor de um modo decisional responsivo, que essa postura seja inautêntica, porque diluída ou retoricamente construída para ocultar ou assegurar o inverso; (iv) considerando-se o arsenal jurídico-discursivo disponível – quase que exclusivamente – às Cortes, implícito no dominante *senso comum teórico*⁸¹ dos juristas, e estruturado pelos mecanismos dos discursos de persuasão (explicados com especial amparo nos apontamentos que Warat faz sobre a Filosofia da Linguagem Ordinária de Wittgenstein), pode-se inferir, sem mais, que a barreira da linguagem representa significativo obstáculo à instituição de um constitucionalismo *efetivamente* democrático.

Colocando-se de maneira algo simplória: não há que se falar em constitucionalismo democrático, senão abstratamente, ao se concluir pela profunda disparidade nas aptidões de instrumentalização de sentido do signo (e do

⁸⁰ Michael Serota, no entanto, não sem certa fé, acredita no oposto. Baseando-se em algumas noções de psicologia cognitiva e nos estudos de Eileen Braman (sobre a psicologia no processo de tomada de decisão judicial), Serota entende possível afirmar a probabilidade de que os juízes decidam mais de acordo com suas habilidades interpretativas do que seus preconceitos ou inclinações políticas. Isto porque, conforme o teórico, os magistrados têm consciência de que suas decisões serão avaliadas pelo público (o povo, a academia, advogados, imprensa, outros juízes em colegiado, por exemplo etc.) e, em virtude disso, tenderão a buscar uma postura mais objetiva e neutra. Mas o próprio autor reconhece as limitações de conclusões como essas, ao afirmar que “(...) *even fidelity based motivations are the predominant feature of the justices’s decision-making process, the cognitive bias caused by political motivations may still mitigate the justices’s neutrality*” (em tradução livre: “mesmo que as motivações baseadas em fidelidade sejam uma característica dominante do processo de tomada de decisão dos juízes, a tendência cognitiva causada por motivações políticas ainda podem mitigar a neutralidade do juiz”). Ou seja, a impossibilidade não desaparece. In: SEROTA, Michael. **Popular Constitutional Interpretation**. Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. p. 1668-1673.

⁸¹ Um conjunto de opiniões apto a omitir o aspecto ideológico e alienante do saber jurídico dominante, que afeta o a dinâmica jurídico-normativa (o processo de criação, interpretação e aplicação das normas) buscando, em verdade, oferecer aparente segurança e legitimar um conjunto de ideias fundadas em mitos ou dogmas, estes falsamente representativos da realidade fática, mas facilmente instrumentalizáveis por aqueles que se qualificam para tanto. In: WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito - uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 66-86.

signo jurídico constitucional), aliada à força e executoriedade de uma das respostas constitucionais – a das Cortes.

Isto posto, não para aferir a validade da teoria sob exame (porque uma discussão guiada por este propósito exigiria observações reflexões maiores em extensão e profundidade), tem-se que o constitucionalismo democrático, a fim de que possa se concretizar, deve antes encontrar ou coincidir com meios capazes de reduzir o distanciamento, no nível da linguagem, entre os dois polos que compõem a relação dialógica pressuposta nessa vertente, os juízes e o povo, tarefa esta que vai além do Direito.

REFERÊNCIAS

- GARGARELLA, Roberto. *Scope and limits of dialogic constitutionalism*. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES. *Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Springer, 2016. p. 119-147.
- KOZICKI, Katya. *Considerações Acerca do Problema da Aplicação e da Significação do Direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 30, n. 0, 1998, p. 433-450. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 29/07/2017.
- KOZICKI, Katya. *Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 41, n. 0, 2004, p. 43-57. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 30/07/2017.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. Coleção Primeiros Passos (62). São Paulo: Brasiliense, 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 23/07/2017.
- SEROTA, Michael. *Popular Constitutional Interpretation*. Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. p. 1635-1673.
- SUNSTEIN, Cass R. *If people would be outraged by their rulings, should judges care?*. University of Chicago, Public Law Working Paper n. 151, 2007. p. 1-65. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965581. Acesso em: 25/07/2017.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito - uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

CAPÍTULO 15

ESTADO DE EXCEÇÃO: O GERME TOTALITÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

Paulo Roberto Incott Junior

RESUMO: A segunda metade do século XX assiste a um movimento de forte democratização no Ocidente, pautada pela readequação da forma e do conteúdo dos textos Constitucionais. O Estado Social Democrático de Direito torna-se o modelo geral de organização político-jurídica. O conceito de dignidade da pessoa humana emerge como o núcleo em torno do qual deverá ser construído qualquer projeto político. Torna-se igualmente o princípio norteador de todo ordenamento jurídico.

O atual quadrante histórico permite uma avaliação sóbria quanto aos obstáculos que impediram a concretização destes ideais e a percepção de influências totalitárias que nunca desapareceram.

O texto que se segue é fruto desta análise. Partindo das lições de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção, procura-se compreender em que ponto este se manifesta na realidade brasileira mais recente, com ênfase ao papel da jurisdição enquanto principal via de concretização para medidas excepcionais.

Palavras-chave: Democracias Constitucionais; Estado de Exceção; Jurisdição.

ABSTRACT: The second half of the twentieth century witnessed a movement of strong democratization in the West, guided by a readjustment of form and content of the Constitutional texts. The Social Democratic Rule of Law becomes the general model of political-juridical organization. The concept of dignity of the human person emerges as the nucleus around which any political project must be built. It is also the guiding principle of all legal systems.

The current historical quadrant allows a sober assessment of the obstacles that impeded the realization of these ideals and the perception of totalitarian influences that never disappeared.

The following text is the result of this analysis. Starting from the lessons of Giorgio Agamben on the state of exception, we try to understand the point in which it manifests itself in the most recent Brazilian reality, with emphasis on the role of jurisdiction as the main way of achieving exceptional measures.

KEYWORDS: Constitutional Democracies; State of Exception; Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

O conceito de democracia passou por uma série muito ampla de significações desde que a filosofia grega estabeleceu suas primeiras balizas. Ninguém ousaria discordar que a noção aristotélica de democracia difere substancialmente daquilo a que hoje se refere quem discute o significado da democracia nas sociedades contemporâneas.

Não é possível também afirmar a efetivação da democracia como experiência jurídica e política concreta, mas tão somente considerá-la um

ente abstrato, uma espécie de horizonte a ser atingido, conquistado, quer no âmbito nacional ou nas relações internacionais. A democracia figura ainda como critério de validação dos estados ocidentais; medida pela qual se pode aferir sua legitimidade em relação aos cidadãos e a outros estados democráticos¹.

Não diz respeito a este texto realizar toda a genealogia da democracia. Pretende-se focar a experiência mais recente, notadamente aquilo que ficou conhecido como *democracias constitucionais*, com ênfase no movimento de democratização ocorrido na segunda metade de séc. XX, pautado na promulgação de constituições que estabeleceram Estados Democráticos de Direito.

Ao analisar este movimento, se dará atenção especial para aquilo em que esta concepção de democracia se afasta dos modelos anteriores e no modo como procuraram se contrapor à experiência totalitária experimentada na primeira metade do séc. XX.

Na sequência, pretende-se, partindo das lições de Giorgio AGAMBEN, conceituar o estado de exceção e delinear de que forma este se mantém atuante mesmo em Estados sob a égide de uma constituição democrática vigente.

Por fim, será suscitada a visão do Prof. Pedro SERRANO no sentido de que o poder jurisdicional atua contemporaneamente como instrumento específico de efetivação e legitimação do estado de exceção. Serão alistados os exemplos trazidos pelo professor em sua obra e também uma decisão mais recente, colhida da jurisprudência nacional, dando demonstração clara da atualidade e relevância do fenômeno apontado por AGAMBEN.

I. A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O irrompimento da revolução bolchevique em 1917 e as subseqüentes tomadas de poder na Itália e na Alemanha, pelo regime fascista e nacional-socialista respectivamente, representam uma ruptura no movimento democrático crescente que vinha obtendo expansão desde fins do séc. XVIII, com as revoluções americana e francesa (COSTA, 2012). Fato notório é que estes regimes totalitários emergem justamente a partir de discursos que colocam a democracia como um dos principais responsáveis pela crise econômica e política (no sentido de crise de representatividade) que os países em que foram inaugurados estavam passando.

¹ “Essa evolução do conceito de democracia inspira uma dupla observação. Em princípio, parece-me muito evidente que os direitos do homem perderam seu privilégio universalista em proveito da democracia e, de forma mais obscura, das “liberdades fundamentais”. Concebida após a Segunda Guerra Mundial, como um tipo de limite à liberdade, e depois como uma proteção contra a revolta, em seguida como o sustentáculo da justiça e da paz, ela é, em seu último estágio, o único sistema concebível ao homem livre” (DELMAS-MARTY, 2004: 131).

A segunda guerra mundial opõe dois pontos de vista diametralmente contrários quanto a questão democrática. Uma Europa marcadamente totalitária se viu em batalha contra a resistência soviética, posteriormente aliada a uma coligação ocidental que levava o estandarte da democracia.

Vale notar que, aos soldados desta coligação, se conferiu discursivamente a nobre tarefa de lutar em nome da democracia. Esta serviu de elo de ligação e ideologia motivacional para soldados norte-americanos, britânicos, franceses e, mais tarde, uma dezena de outros. Paradoxalmente, chineses e soviéticos se juntaram a esta investida contra as potências do eixo (Itália, Alemanha e Japão), motivados por interesses próprios é verdade, mas que, se não eram idênticos ao “espírito de democracia”, possuíam um fundo análogo, alicerçado sobre a luta contra um totalitarismo supranacional².

Quais são as peculiaridades desta democracia que se colocava como resistência ao totalitarismo e era enaltecida pelos países que terminaram por vencer a segunda guerra mundial? Quais as características que podem delinear o que ficou denominado como “democracia constitucional”?

Como primeiro ponto, quem sabe o nervo central das democracias constitucionais, é preciso apontar a **centralidade do conceito de pessoa**.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, inaugura um novo momento dentro da filosofia política e da teoria do direito. Não que a noção de direitos inalienáveis, fundamentais, não tivesse sido uma preocupação significativa de filósofos como John Locke ou Rousseau. O fato, porém, é que a Declaração traz uma nova cogência para estes direitos, amparada de diversos modos, como por sua menção explícita nas Constituições que se seguem ao segundo pós-guerra, a inauguração de organizações supranacionais de controle (ONU, Tribunal de Haia, etc.), tratados e convenções internacionais que desenvolveram de modo analítico direitos específicos e estabeleceram mecanismos de efetivação destes direitos, dentre outros. Como COSTA bem aponta:

Fundar a ordem política sobre o papel central da pessoa e sobre a atribuição a ela de todos os direitos necessários para o desenvolvimento de suas potencialidades: esta é a mensagem contida da Declaração de 1948, e este é o núcleo em torno do qual nascem na Europa as novas democracias, construídas (na Itália como na Alemanha e na França) sobre as cinzas dos totalitarismos derrotados. (COSTA, 2012: 281)

Colocar a pessoa como centro do projeto político (democrático) possui implicações viscerais sobre o direito. Não é sem motivos, então, que a concre-

² Celso Lafer afirma, a partir das lições de René Cassin, que “um dos fortes componentes axiológicos da guerra contra os países do Eixo tinha sido a batalha em prol da afirmação dos direitos humanos”. (LA-FER, 2015: 27)

tização desta nova forma de democracia passa por um movimento paralelo no âmbito jurídico – o neoconstitucionalismo.

Grosso modo, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como uma nova concepção do papel e do conteúdo das Constituições. No âmbito material (conteúdo), o texto constitucional passa a abarcar um rol quase inamovível de direitos fundamentais, orbitando o conceito central de dignidade da pessoa humana. O Estado passa a ser visto como o garantidor destes direitos, tendo sua legitimidade aferida mediante ações que tendam a salvaguarda e efetivação destes direitos. Surge o *Welfare State*, voltado a concretização do ideal de igualdade material, através de mecanismos propulsores de direitos sociais.

Quanto ao papel da Constituição, nota-se o reforço de sua capacidade normativa, vinculante. Conforme afirma BARROSO (2011: 219) “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica.”

Outro fator importante para elevação do papel a ser desempenhado pelas constituições é a crescente identificação e utilização de princípios, oriundos dos fundamentos e objetivos do Estado democrático, estampados em grande maioria das novas constituições democráticas. Isso permitirá uma expansão da atividade jurisdicional, assunto sobre o qual pretende-se tratar com maior vagar em momento posterior neste texto.

Fato que não pode deixar de ser mencionado ao se estudar a relação entre as novas democracias e o neoconstitucionalismo é a criação de Cortes Constitucionais, a quem se dá o papel primordial de “guardiã dos direitos invioláveis garantidos pela própria constituição” (COSTA, 2012: 285). Neste sentido, sendo um dos objetivos primordiais da análise que aqui está sendo construída tecer comentários sobre o cenário brasileiro, vale a menção de que esse é o papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição da República de 1988 (art. 102, *caput*).

Relacionando os objetivos principais do texto Constitucional em Estados democráticos contemporâneos, BARROSO conclui:

A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função de circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político... (BARROSO, 2011:112)

Fica claro, a partir da menção de BARROSO, que o lugar ocupado pelas constituições opera uma releitura dos elementos fundamentais da democracia, fazendo com que se chegue a identificação de uma segunda característica basilar das democracias constitucionais: **a prevalência do cuidado com as minorias**.

Um dos principais desafios da democracia é a resistência ao governo opressivo das maiorias. Neste sentido, as democracias constitucionais trazem consigo um marco importante na tentativa de estabelecimento do ideal de igualdade material e solidariedade. Os horrores perpetrados na segunda guerra contra minorias que, por diversos motivos, não interessavam aos que ocupavam posições de poder, calou fundo na cultura ocidental.

As próprias constituições buscaram estabelecer limites ao poder estatal, objetivando oferecer resistência aos malogros da democracia representativa, percebida como forma racional de legitimação da dominação de grupos capazes de obter hegemonia por meios econômicos e alianças políticas. Minorias raciais, mulheres, idosos e encarcerados obtiveram nas constituições democráticas um anteparo contra o abuso de direitos. Se nos voltarmos para Constituição promulgada no Brasil em 1988, encontraremos uma série de institutos garantidores dos direitos dessas minorias.³

O cuidado especial com minorias se concretiza também no conceito de **pluralismo**, outro elemento essencial das democracias constitucionais. A garantia de participação de grupos minoritários na vida política e nas decisões sensíveis do Estado passam por uma readequação, afim de serem exercidos para além do ritual do sufrágio. Mecanismos como o referendo, o plebiscito, a ação de iniciativa popular, a ação civil pública, todos positivados na Constituição da República brasileira de 1988, visam garantir a efetiva participação do povo no jogo do poder.

O pluralismo essencialmente *político*, vislumbrado na possibilidade de participação de diferentes ideologias partidárias, na restrição de impedimentos desarrazoados para ocupação de cargos políticos, na igualdade (formal) de condições no processo das eleições, no sufrágio universal e na limitação temporal para o exercício de cargos no poder executivo correspondem a um ideal mínimo de democracia na contemporaneidade.

Já no campo do pluralismo *jurídico*, estabelece-se uma relação de interdependência entre este e a democracia constitucional. Conforme observa Antônio Manuel HESPANHA (2016), a ideia em si de um direito plural não é nova, mas a busca por mecanismos que garantam a participação ampla e igualitária, incluindo de minorias historicamente silenciadas, é fruto do de-

³ Ver, por exemplo: Arts. 3º, III, IV; 4º, II, VIII; 5º *caput*, I, VI, VIII, X, XLI, XLII, XLV, XLVI, XLIX, LXII, 6º, 14, 196, 203, 205, 226.

sabrochar desta nova democracia. O aceite de fontes múltiplas do direito só é possível num estágio em que o direito não é mais visto (unicamente) como produto estatal, mas através de uma concepção “pós-estadualista”, em que a voz de grupos dissidentes não é simplesmente silenciada com base em interesses de um grupo hegemônico, travestidos de “vontade geral”.

Outra característica medular das democracias constitucionais é a **forma de legitimação** dos governos sob este regime.

O poder soberano passa a sofrer um constante constrangimento no que diz respeito aos **direitos fundamentais**. Há uma nova roupagem e uma nova força para estes. Conforme aponta COSTA (2012: 283) “os direitos são entendidos... como fundamento e condição de legitimidade do ordenamento”. Disso resultam duas consequências, complementares entre si, relevantes para o desenvolvimento político, jurídico e social das sociedades regidas por democracias constitucionais.

Um primeiro diz respeito ao fato de que o **núcleo destes direitos não pode mais ser alterado**, nem mesmo por um processo de emenda constitucional. Significa dizer que determinados direitos e garantias formam um “patamar civilizatório”, encastelado pela proibição expressa de sua alteração. No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, a Constituição promulgada em 1988 estabelece de modo inequívoco que não poderá figurar como objeto de proposta a emenda à constituição que seja “tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV). A menção à mera “tendência” deixa claro o grau de efetividade que se pretendeu dar à proteção destes direitos.

Por um outro lado, numa outra face desta mesma proteção, **não podem os Estados agir de modo a restringir outros direitos fundamentais** (direitos humanos) que venham a ser reconhecidos através de processo legislativo interno ou através da ratificação **de tratados e convenções internacionais**. Comentando essa vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos, o Ministro Celso de Mello, em voto de relator no ARE 639337, lecionou (grifos acrescentados):

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso **impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, **assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.**” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Fica nítido o motivo pelo qual a jurisdição adquire papel “protagonista” neste regime (COSTA, 2012).

Reside, porém, neste protagonismo, um dos fundamentais paradoxos das democracias constitucionais; um de seus principais pontos de fragilidade. Conforme se argumentará adiante, a expansão do poder jurisdicional opera uma constatação via de degradação de seus princípios, permitindo a BOBBIO (2015) falar das promessas não cumpridas da democracia constitucional.

Esse aspecto conduzirá a avaliação da hipótese levantada por AGAMBEN (cap. 2) acerca da coexistência de dois regimes simultâneos nos estados ocidentais contemporâneos: um democrático e um totalitário, suscitado por medidas de exceção.

Antes de adentrar a este ponto, porém, é salutar mencionar alguns dos maiores obstáculos para concretização dos ideais democrático-constitucionais nas últimas décadas. A análise será limitada a dois destes: os **processos de globalização e neoliberalismo**.

Os processos de **globalização** foram, de modo geral, divulgados com amplo otimismo no final do séc. XX. A possibilidade de um mercado global parecia a receita perfeita para eliminação de ofertas carentes e para o suprimento de demandas constantes e difusas. A competição mundial de fornecedores se apresentava como meio de redução de preços e divisão racional de obras primas. A troca de tecnologias e *know how* oferecia oportunidades aparentemente incalculáveis. As facilidades trazidas pela comunicação, transporte e padronização de modelos de produção completavam o portfólio de promessas de uma nova era de progresso mundial.

Boaventura de Souza SANTOS (2005) faz a importante ressalva de que o conceito de globalização não pode ser reduzido a seus aspectos econômicos, mas precisa ser analisado a partir de seus impactos sociais, políticos e culturais. Para SANTOS, o processo de globalização não é, como muitas vezes se pensa, algo consensual ou “natural”. Trata-se de um movimento de “colonização” de interesses hegemônicos, impostos a interesses subalternos. No entanto, são impostos através de uma racionalização diversa daquela dos movimentos colonialistas tradicionais. O discurso de sua legitimação é o discurso da única via possível ou adequada para salvaguarda mundial, tal como ocorreu com os conceitos de “modernização”, “desenvolvimento” e “progresso”.

Os empecilhos que a globalização traz para as democracias constitucionais não perfazem uma rota perceptível superficialmente. Pelo contrário, as promessas da globalização, ou melhor, de uma certa versão da globalização, parecia apontar para o reforço das noções de direitos universais (humanos) e solidariedade. Porém, o movimento de globalização não se deu a partir de um molde humanitário. Conforme já foi apontado, ele se desenvolveu a partir de interesses hegemônicos, de cunho primordialmente econômico.

Em virtude disso, seu resultado tem sido o acirramento das desigualdades próprias do sistema capitalista pós-industrial, com o agravante de concentrar de modo ainda mais rígido os polos de força político-econômica. Os efeitos para democracia constitucional são severos. O enfraquecimento e decadência do modelo de *Welfare State*, proporcionado pela agenda das multinacionais que estiveram por trás do grande processo de divisão internacional do trabalho, gênese da globalização, obrigou os Estados a abandonarem projetos de socialização dos meios de produção e efetivação de programas de amparo econômico. A demanda por privatização de setores chave foi seguida servilmente por países dependentes. Diante deste quadro, os direitos e garantias fundamentais, que como já se viu são nódulos sensíveis da democracia constitucional, se viram fadados a compor um rol meramente estético de preceitos estatais, estampados nas constituições sem, contudo, serem efetivamente assegurados.

Resumindo essa relação entre globalização e desigualdades sociais, SANTOS comenta:

O aumento das desigualdades tem sido tão acelerado e tão grande que é adequado ver as últimas décadas como uma revolta das elites contra a redistribuição da riqueza com a qual se põe fim ao período de uma certa democratização da riqueza iniciado no final da Segunda Guerra Mundial. (SANTOS, 2005:34)

Além deste aspecto econômico, a globalização traz ingredientes políticos periclitantes para o regime democrático constitucional. O enfraquecimento da soberania e a pressão para uma padronização normativa, com base em modelos internacionais, tende a reduzir a capacidade dos Estados em efetivar mecanismos de participação ampla no processo político interno, já que se vê refém das exigências de instituições financeiras transnacionais (como o FMI e o Banco Mundial), reguladores da dívida externa e viabilizadores reais, ao lado das multinacionais, do sistema econômico de países emergentes (ou marginais), como o Brasil⁴. Sobra pouco, ou quase nenhum espaço para manifestações políticas e movimentos sociais que se inclinam a dar voz a minorias, já que invariavelmente estas terão de ser silenciadas em prol da satisfação das obrigações supranacionais, engendradas à revelia dos interesses da população em geral, num ataque fulminante ao regime democrático.

Intimamente ligado a este cenário está o problema da **lógica político-econômica neoliberal**. Na realidade, neoliberalismo e globalização podem

⁴ Boaventura de Sousa Santos conclui que “a soberania dos Estados mais fracos está agora diretamente ameaçada, não tanto pelos Estados mais poderosos, como costumava ocorrer, mas sobretudo por agências financeiras internacionais e outros actores transnacionais privados” (SANTOS, 2005: 37).

ser vistos como duas faces da mesma moeda. Ainda assim, é relevante apontar em que o pensamento neoliberal oferece obstáculos específicos à concretização dos ideais democrático-constitucionais.

Foi assentado anteriormente que as democracias constitucionais se caracterizam, entre outras coisas, pela legitimação através da efetivação da dignidade da pessoa humana. Ocorre que a lógica neoliberal transforma por completo esta realidade, alterando o critério de aferição de legitimidade.

É assim que, para Michel FOUCAULT, o (neo)liberalismo não deve ser visto como mera doutrina econômica ou princípio regulador da economia política. Trata-se de muito mais. Trata-se de um “dispositivo geral de governamentalidade” (FOUCAULT, 2010:100). Rege-se pelo intento de regulamentar de forma total, nos mais ínfimos detalhes, as relações entre o Estado e os indivíduos.

Significa dizer que o pensamento neoliberal não se restringe à sua caricatura, ou seja, seu ideal mercadológico globalizado, mas perpassa toda a lógica de governo e até mesmo a teoria de Estado.

Segundo o pensamento do filósofo francês, o neoliberalismo atua como um novo instrumento de legitimação do Estado, dentro da premissa de que um Estado legítimo é o que garante a liberdade econômica. “A economia produz legitimidade” (FOUCAULT, 2010:116).

A adesão ao sistema neoliberal origina uma forma de consenso permanente, estranha ao modo de se pensar a teoria do Estado até então. Este consenso funciona *a priori*, sendo necessário apenas que se mantenha. Resume-se na noção de “crescimento econômico”. Uma “taxa de crescimento satisfatória, um poder de compra em expansão e uma balança de pagamentos favorável” serão os indicativos definitivos de um “bom governo”, estabelecendo o consenso necessário para perpetuação de seu domínio (FOUCAULT, 2010).

Além disso, o pensamento neoliberal transmuta a centralidade do conceito de pessoa, alterando a própria forma como o ser humano é visto pelo regime político. Enquanto o ser humano, na democracia constitucional, é tido como sujeito de direitos inalienáveis, independente de qualquer especificidade ou capacidade distintiva, no regime neoliberal o ser humano é definido pelo próprio mercado⁵. Na lição de George MONBIOT:

Neoliberalism sees competition as the defining characteristic of human relations. It redefines citizens as consumers, whose democratic choices are best exercised by buying and selling, a process that rewards merit and punishes inefficiency. It maintains that “the market” delivers benefits that could never be achieved by planning. (MONBIOT, 2016)

⁵ Ainda com Boaventura de Sousa Santos: “o conceito de consumidor substitui o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência” (SANTOS, 2005: 35)

Mais ainda, CHOMSKY (2017: loc. 979-980) percebe, como um dos pilares do neoliberalismo, a desmoralização da solidariedade, característica que serve de alicerce para a formação do pluralismo democrático. Diferente inclusive do que Adam Smith apregoava⁶, não há espaço, no pensamento neoliberal, para simpatias. A seguridade social é vista como um fardo, uma “injustiça” a ser restrita e, se possível, eliminada. Os que dela se beneficiam são vistos como “parasitas”, não como “necessitados”.

O mesmo autor analisa ainda a técnica de marginalização da população como outra pedra basilar do pensamento neoliberal. Manter as grandes massas incapazes de influenciar a política. Retratar os movimentos em prol de direitos coletivos como destrutivos. Incentivar as medidas de autossatisfação, autopromoção e egocentrismo como valores supremos, corroendo o desejo de participação em ações coletivas ou comunitárias (CHOMSKY, 2017: loc. 1966).

No final das contas, neoliberalismo e democracia parecem ser formas de pensamento cuja sincronização não funciona, senão de modo retórico. Falar de uma democracia liberal, no sentido vertido pela lógica econômica neoliberal, parece ser algo como falar de um “bom ditador”.

Existe, porém, um fenômeno ainda mais complexo através do qual o ideal de democracia, pautado por garantias constitucionais, parece receber sua restrição mais sufocante. Trata-se da manutenção de medidas pulsantes de exceção, engendradas pela ação do poder jurisdicional, objeto da análise que se segue.

II. O ESTADO DE EXCEÇÃO SEGUNDO GIORGIO AGAMBEN

Antes de tratar propriamente da construção trazida por Giorgio Agamben, para quem a exceção figura como um novo paradigma de governamentalidade, cabe fazer uma breve elucidação sobre as diversos significados de “exceção”, segundo o ramo de conhecimento que sobre este significante se expressa. Mesmo dentro de um único ramo amplo de conhecimento, como o Direito, vários conceitos podem ser encontrados, levando à lúcida observação de Rafael Valim (2017: loc. 152-153) quando afirma que “para fugir destas armadilhas do discurso é fundamental uma complementariedade consequente dos pontos de vista sobre o objeto de estudo”. Levando isso em conta, o mesmo autor descreve as muitas acepções que a exceção adquire no cenário político, sociológico e jurídico, concluindo que:

⁶ Por exemplo, em *Riqueza das Nações*, Adam Smith afirma que “entre os homens, ao contrário, os gênios mais dissimiles são de utilidade uns para os outros; os diferentes produtos de seus talentos, pela disposição geral para comerciar, barganhar e trocar, são reunidos como que a um patrimônio comum, onde qualquer homem pode adquirir a parte do produto do talento de outros homens de que ele necessitar”. (SMITH 2017: 38)

No plano dogmático-jurídico, por sua vez, a exceção assume diversas feições. No Direito Administrativo, por exemplo, tem-se a célebre “teoria das circunstâncias excepcionais” – consagrada pelo Conselho de Estado francês no aresto Heyriès –, segundo a qual, em um período de crise, o poder público dispõe de poderes excepcionais a fim de assegurar a “continuidade dos serviços públicos”. No Direito Constitucional – sob os rótulos mais variados: “estado de urgência”, “estado de emergência”, “estado de sítio”, “ditadura constitucional” e “governo constitucional de crise” – a exceção é entendida como o feixe de prerrogativas, explícito ou implícito, de que se vale o Poder Executivo para enfrentar situações anômalas como uma grave instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções. É o que, nos termos da Constituição brasileira, conhecemos como Estado de Defesa (art. 136) e Estado de Sítio (art. 137). Já a teoria política emprega a exceção como o paradigma de governo na contemporaneidade. Aqui se verifica o uso reiterado da expressão “estado de exceção permanente”, de modo a caracterizar a progressiva substituição da política por formas de controle social – *violence douce* ou violência física aberta. (VALIM, 2017: loc. 166-174; 179-182)

Um dos pontos trazidos a atenção por VALIM é o fato de que o estado de exceção não se contradiz, necessariamente, ao Estado de Direito, ou mesmo ao Estado Constitucional; pelo contrário, em certo sentido está intrinsecamente ligado à sua estrutura, uma vez que constitui um elemento ínsito aos seus pressupostos de efetividade. A exceção constitui o espaço que a própria norma procura dar para a possibilidade de tomada de poder alheio à normatividade, calcada numa série de condições que podem ser traduzidas pela noção de anormalidade ou de necessidade. O elemento que a exceção desestabiliza é a soberania popular. Porém, realiza isso sem assumir a natureza “revolucionária” dessa medida, ou seja, mantendo a ordem vigente sob o manto da legitimidade democrática formal. Indo além, VALIM identifica o estado de exceção permanente, a ser explicitado conforme a visão de Giorgio Agamben na sequência, como “uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.” (VALIM, 2017: loc. 296-299)

Feitas estas observações iniciais, analise-se a seguir a linha de raciocínio do filósofo italiano.

A Constituição de Weimar, que teve vigência efêmera na Alemanha durante os anos 1919-1933, é tida por muitos como o marco inicial das democracias constitucionais e do modelo de *Welfare State*. Mantida, tecnicamente, durante a existência do Terceiro *Reich*, possuía de forma modelar as características apontadas no primeiro tópico deste texto como peculiares à formação do modelo de democracia constitucional.

A aliança destas duas condições – a de compor o modelo fundante do regime democrático constitucional e de ter sido mantida em vigor, ainda que

apenas formalmente, durante um dos piores episódios de governo totalitário do ocidente no século XX, serve de paradigma para um movimento que será denunciado por Walter BENJAMIN (1985 *apud* AGAMBEN 2004: 90) e que, desde já, norteia as percepções que se pretende trazer sobre o cenário brasileiro atual: “o estado de emergência em que vivemos tornou-se a regra”.

Para construir esta constatação de forma fundamentada, cumpre voltar à própria Constituição de Weimar e perceber em que ponto ela permitiu o levante do nacional-socialismo sem a necessidade própria de uma revolução, ou seja, sem a necessidade da formação de um novo sistema político-jurídico.

O art. 48, § 2º, da referida constituição versava (grifos acrescentados):

Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas **necessárias** a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele **suspender**, parcial ou inteiramente, os **direitos fundamentais** (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154

Com esta prerrogativa, abria-se caminho para a história daquilo que AGAMBEN (2004) vai chamar de Estado de Exceção moderno, permanente. Como este emerge, envolve seus tentáculos nas bases da democracia constitucional e, por fim, restringe-a a apenas uma caricatura inerte? É possível definir a natureza jurídica do estado de exceção? Em que o poder jurisdicional contribui para a coexistência de um regime democrático formal em meio a medidas de exceção totalitárias?

Para AGAMBEN existem alguns elementos do estado de exceção que, combinados, nos ajudam a compreender sua gênese, seu funcionamento, seu discurso e o modo inexorável com que se este se sustenta, mesmo frente aos ditames da democracia constitucional. Dentre os apontados na obra do autor, serão aqui considerados três: a cisão entre a norma e sua aplicação; o *iustitium* romano e o imbricamento entre direito e violência.

AGAMBEN (2004: 61) entende o conceito de *aplicação* como uma “das categorias mais problemáticas da teoria jurídica”. Não é preciso muita pesquisa para concordar com o pensador italiano. Afinal, basta verificar o esforço que Kelsen, Hart, Dworkin, Heidegger, Gadamer, Perelman, Alexy e tantos outros fizeram e tem feito para construir um sistema ou um mecanismo coerente, íntegro e seguro, que permita uma relação dialógica entre fato em norma. No Brasil, Miguel Reale (2002), com sua teoria tridimensional, contribuiu substancialmente com esta tentativa.

Conforme bem aponta AGAMBEN, a aplicação da norma não é uma operação lógica (no sentido tradicional da lógica – lógica formal), mas uma atividade prática. A filosofia da linguagem, com sua propagação a partir de

WITTGENSTEIN, fez muito em elucidar as falaciosas dicotomias que deram suporte à discricionariedade jurisdicional e, como consequência, a medidas de exceção calcadas em “lacunas” normativas.

GADAMER (2002) afirma que interpretar e aplicar são sempre atividades que coexistem, uma vez que são interdependentes. HEIDEGGER também leciona que o movimento pelo qual interpretamos o mundo à nossa volta não pode ser desconectado da nossa própria interação com este mundo, tornando o ato de interpretação e compreensão um *continuum*. Lenio STRECK elucidada:

Para Heidegger compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser)! A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja experiência consiste na compreensão do ser. Ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta, e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental, próprios da metafísica. (STRECK 2002: 177-178)

Esta breve incursão na hermenêutica filosófica é suficiente para percebermos que o espaço entre a norma e sua aplicação não pode ser visto como um vazio anômico, esperando pela ação do julgador para ser preenchido através de uma operação lógica. A permissão desta concepção sobre o direito e sobre a atividade jurisdicional abre espaço para a “manobra” do sistema normativo, de modo a responder a demandas não democráticas. De acordo com AGAMBEN (2004: 58), “o estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação”. Afasta a força da lei para substituí-la pela força da decisão, calcada no álibi argumentativo da *necessidade*. Daí que, conforme bem aponta ZAFFARONI (2007:161), ao estudar a figura do inimigo (*hostis*) no direito penal, a “necessidade não conhece lei nem limites”.

Conclui-se desta maneira que a tentativa de cisão entre a norma e sua aplicação (decisão) age como um dos mecanismos fundamentais de sustentação do estado de exceção. Sempre que for conveniente ao poder em vigor, será possível “sacar” a *necessidade* e a hipotética *lacuna* entre a situação de fato e as normas vigentes para dar azo a medidas que restrinjam (suspendam) as garantias democráticas, constitucionalmente asseguradas. Resume AGAMBEN:

... a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. (AGAMBEN, 2004: 63)

Ladeando a cisão entre norma e aplicação, o autor italiano recupera do direito romano uma das raízes longínquas do estado de exceção. Trata-se do

iustitium. Segundo AGAMBEN (2004: 67), o “arquétipo do moderno estado de exceção”. Vejamos como ele funcionava.

Quando o Senado romano tomava conhecimento de que uma situação colocava em perigo a República, emitia um *senatus consultum ultimum*, através do qual solicitava aos cônsules e, em última medida, à cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para salvação da República.

Seguia-se a emissão de um decreto, que declarava o *tumultus* (de tumor, inchaço, fermentação), situação emergencial causada por fatores internos ou externos que ameaçavam a própria existência do Estado. Interessante observar que o *tumultus* se diferenciava da guerra (*bellum*). AGAMBEN destaca que, segundo Cícero, pode haver guerra sem *tumultus*, mas não *tumultus* sem guerra.

Observa-se aí a raiz do que será estudado com cuidado por ZAFFARONI, quando percebe que as medidas que engendram um direito penal dual guardam seu princípio de ativação no modelo de guerra civil, com a identificação, ainda que difusa e nebulosa, de inimigos internos do Estado. Conforme o jurista argentino bem demonstra, a relação íntima e constante entre exceção e direito penal encontra seu discurso de legitimação na doutrina da segurança nacional⁷, baseada na “falsa disjuntiva entre segurança e garantias” (ZAFFARONI, 2011: 120).

Voltando ao direito romano. Com base no *tumultus*, era possível a proclamação do *iustitium*. Segundo AGAMBEN (2004: 68), o conceito significa literalmente “interrupção, suspensão do direito”.

A tentativa de estabelecimento da natureza jurídica do *instiitium* recebeu as mais diversas construções teóricas. Houve quem sustentasse que este seria uma espécie de legítima defesa do Estado. Porém, não prospera esta hipótese, diante do fato de que, no estado de exceção, não se cria uma nova ordem jurídica. Se o Estado age ele mesmo fora do ordenamento em vigor, decretando sua suspensão, mas não o substitui por outro, quais os limites do que poderá ser feito durante a exceção? Como serão avaliados os atos perpetrados durante a exceção, do ponto de vista jurídico? Quem decide sobre a medida da necessidade? Se todo ordenamento foi suspenso, suspendeu-se também a competência dos magistrados autorizados a decretarem o fim da exceção ou estipularem seus limites? Fica claro que qualquer tentativa de criar uma teoria jurídica do estado de exceção não passa pelo mais simples teste de coerência.

⁷ Paulo Eduardo ARANTES (2010 *apud* Serrano 2016: 24) percebe que a doutrina da segurança nacional, com sua típica criação de inimigos fantasmagóricos e sua retórica de guerra, apresenta em tempos mais recentes uma feição renovada: “O Estado de emergência econômico permanente”. Sob o argumento de crises econômicas intermitentes é possível implantar políticas cada vez mais aberrantes, diametralmente contrárias ao que está positivado nas constituições democráticas, numa reprodução da mesma lógica sob a qual as demais afrontas a direitos fundamentais tem sido perpetradas. No final das contas, exceção e crise se complementam como base da política contemporânea.

Para AGAMBEN (2004: 74), o *institium* seria o “limite da ordem constitucional”. Justamente por isso não pode ser interpretado sob o paradigma da ditadura. Configura-se como fenômeno mais complexo, ambíguo. Afirma ainda que, em sentido técnico, nem Hitler nem Mussolini foram ditadores. De acordo com o autor italiano:

O que caracteriza tanto o regime fascista quanto o nazista é, como se sabe, o fato de terem deixado subsistir as constituições vigentes (a Constituição Albertina e a Constituição de Weimar, respectivamente), fazendo acompanhar – segundo um paradigma que foi sutilmente definido como “Estado dual”- a constituição legal de uma segunda estrutura, amiúde não formalizada juridicamente, que podia existir ao lado da outra graças ao estado de exceção. (AGAMBEN, 2004: 76)

A criação de um espaço vazio de direito era o efeito primordial do *institium* e parece ser a raiz mais remota do moderno estado de exceção. Hoje, a permissão destes espaços vazios, que vão ao encontro do que já foi abordado sobre a cisão entre norma e aplicação, são essenciais à ordem jurídica enquanto estratégia de manutenção do poder.

Dentro de uma perspectiva político-filosófica, o estado de exceção se insere no imbricamento entre violência e direito. A compreensão do funcionamento deste complexo campo de forças que se entrecruzam é abordado por AGAMBEN (2004) a partir do debate entre Walter BENJAMIN e Carl SCHMITT.

No centro do debate está a natureza da violência e sua colocação dentro das relações humanas normatizadas. Fala-se em violência dentro e fora do direito. Porém, BENJAMIN percebe a necessidade da concepção da violência que *funda* o direito em oposição à violência que *conserva* o direito.

Já SCHMITT tenta trazer a violência para dentro do jurídico. Onde BENJAMIN verá a indecidibilidade última, típica dos problemas jurídicos, SCHMITT verá o espaço próprio, característico, do exercício da soberania – a decisão sobre a exceção.

Tanto BENJAMIN quanto SCHMITT estavam diante de um estado de exceção, proclamado em 1933 na Alemanha e que nunca foi revogado. Surge nesse cenário estas duas concepções tão distintas sobre a relação entre Estado e Direito. Para BENJAMIN (1987 *apud* AGAMBEN 2004: 90), em sentido pejorativo, “o estado de emergência tornou-se a regra”. Para SCHMITT (2006 *apud* SERRANO 2016: 41), a exceção é por excelência o momento da soberania, o lugar em que aparece com maior clareza o Estado em toda sua magnitude. Para ele, “a regra vive da exceção”. É pela exceção que se reforça o poder de definir as regras. O “normal nada prova; a exceção prova tudo”, afirma o jurista alemão do nacional-socialismo.

A questão central é então proposta por AGAMBEN (2004: 90): “o que acontece quando exceção e regra se tornam indiscerníveis”? A convivência esquizofrênica entre democracia constitucional e estado de exceção faz dessa a preocupação primordial para teoria do direito na atual conjuntura.

A resposta de AGAMBEN (2004: 91) é de que “quando a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar... a decisão soberana se devora a si mesma”. Neste cenário, “não há senão uma zona de anomia em que age uma violência sem nenhuma roupagem jurídica”. O diagnóstico final do autor italiano soa como o réquiem da democracia:

O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade (...) quando o estado de exceção torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal. (...) O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. (AGAMBEN 2004: 130-131)

Cumprido analisar, como desfecho desta análise, qual o papel do poder jurisdicional em efetivar e legitimar o estado de exceção, sem desconstruir formalmente a estrutura da democracia constitucional. Verificar se conseguimos encontrar, no histórico recente do nosso país, exemplos práticos deste funcionamento.

III. A JURISDIÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO: O CENÁRIO BRASILEIRO

O Prof. Pedro Estevam SERRANO elaborou sua tese de pós-doutorado com a questão acima em mente. Quais foram suas conclusões?

SERRANO (2016: 34) observa que o regime constitucional brasileiro admite um estado de exceção meramente aparente, regulado pelo direito, ou seja, aquele a que se referem os artigos 136 a 141 da Constituição da República de 1988. Ao mesmo tempo, vige um estado de exceção real, “em que por vontade política soberana, decisionista, suspende-se o direito, implicando a submissão do jurídico ao político, sem qualquer racionalidade transversal entre essas dimensões da vida social”.

Ponto relevante destacado por SERRANO (2016) é o de que, além das características mencionadas no primeiro tópico deste texto, quanto aos traços fundamentais da democracia constitucional, deve ser ressaltada a possibilidade (direito) de resistência civil. O estado de exceção se impõe a partir da suspensão, primordialmente, deste direito.

De modo concreto, como se instrumentaliza o papel da jurisdição na efetivação do estado de exceção? SERRANO (2016: 105) explica que esse fenômeno pode ocorrer em dois sentidos: como “decisão jurisdicional ocasionadora ou legitimadora da interrupção inconstitucional da normalidade democrática ou como decisão suspensiva de direitos fundamentais do ser humano”. Quais seriam as forças que motivam a ação jurisdicional no sentido da exceção?

Há uma tendência, com o reforço do poder midiático, para que os magistrados sintam cada vez mais presente a pressão para atenderem demandas populistas. O poder judiciário ganha, em tempos recentes, uma exposição inédita nos meios de comunicação. No Brasil, isto é claramente perceptível. A criação da TV Justiça e o interesse da mídia na transmissão dos votos dos ministros de tribunais superiores são sintomas desta transformação: de um órgão que era visto como reservado e formal, para um ambiente cada vez mais assemelhado aos palanques políticos.

Este fenômeno ganha traços ainda mais peculiares recentemente, com o lançamento de obras biográficas de servidores públicos (juizes e membros do MP) propagandeados com apelo comercial que só se costumava verificar com personalidades da música ou do cinema.

Não só o cenário de corrupção sistêmica no poder executivo e a lentidão do poder legislativo podem ser atribuídos como causa para esse protagonismo político do poder judiciário. É preciso admitir que a própria teoria do direito fez muito por abrir espaço para decisionismos antidemocráticos. Mesmo KELSEN, com sua preocupação de cientificidade rigorosa para o direito, acaba por permitir essa abertura.

Ao estudar o capítulo XIII de sua *Teoria Pura do Direito* encontram-se diversas manifestações do jurista austríaco que dão azo a esta percepção. Por exemplo, ao falar da “moldura interpretativa”, KELSEN (2009: 390-391) defende a impossibilidade de uma única solução correta e afirma que ao interpretar, o julgador opta por uma entre “várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito subjetivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.”

KELSEN (2009: 393) vai além, asseverando que a questão de determinar qual, entre as possíveis decisões, é correta, não é uma “questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (...) também este último [o juiz ou o tribunal] é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre”.

Resta claro que a base sobre qual se constrói a teoria contemporânea do Direito (em sua versão mais difundida), tributária em grande parte do positivismo kelseniano, legitima a atividade jurisdicional como “criadora de Direito” num sentido demasiado amplo e desvinculado das amarras democrático-constitucio-

nais. Não surpreende, portanto, que o poder judiciário venha se tornando o palco central da efetivação do estado de exceção. É essa a conclusão de SERRANO, para quem:

Nesse cenário político, portanto, a jurisdição acaba funcionando como agente legitimador das práticas antidemocráticas e autoritárias. Isto porque com a assunção do processo democrático, as lideranças políticas que contestam os interesses da elite, mesmo que moderadas, passam a ocupar espaços no executivo, sendo perseguidas por mecanismos judiciais de exceção, assim como os movimentos sociais de reivindicação, normalmente caracterizados por meio de signos desumanizantes como “terroristas”, bandidos, corruptos, etc. Por estas razões afirmamos que o Estado de exceção e a fabricação de inimigos são, nesta roupagem assumida principalmente a partir do século XXI, instrumentos políticos de contenção democrática e de avanços sociais. (SERRANO, 2016: 146)

Para trazer estas conclusões para uma demonstração prática, Serrano aponta dois julgados⁸ peculiares em nosso país. Um destes traz menção implícita à teoria da exceção de AGAMBEN (ainda que sem citar o nome do autor italiano). O que surpreende é que o magistrado se utilizou da lição de AGAMBEN, claramente crítica dos mecanismos de exceção, para legitimar a efetivação da medida excepcional. Colhe-se da ementa da ADI nº 3.689 (grifos acrescentados):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS, DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

(...)

7. O estado de **exceção é uma zona de indiferença** entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, **suspendendo-se, dá lugar à exceção** – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

⁸ Agravo Regimental na Reclamação nº 3034/PB – STF 21/09/2006 e ADI nº 3.689

Como bem aponta SERRANO (2016), as lições de AGAMBEN foram expressamente referenciadas, ainda que tenham objetivado propósito diametralmente contrário ao pretendido pelo autor italiano em sua obra.

Cabe agora, como adição ao trazido por SERRANO, colacionar caso ainda mais recente em que a exceção foi utilizada como álibi argumentativo para suspensão de direitos fundamentais e legitimação de atos autoritários do poder jurisdicional, numa atestação clara da atualidade e relevância do tema aqui tratado.

Trata-se da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁹, onde se cuidava da responsabilização de um juiz federal por atos contrários às normas processuais penais elementares, como a disponibilização para mídia de provas do processo, obtidas inclusive à revelia do regramento pátrio. Na decisão, os desembargadores, ao arquivar a representação, lançaram mão do álibi argumentativo da exceção, alegando “que os processos e investigação criminais... sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito no direito brasileiro (...) situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”.

Cristalina a profundidade do poder dado à exceção. Não se cuida, no voto trazido, nem mesmo de sustentar a *necessidade*. Basta a menção à operação da polícia federal, que se encontra sob a jurisdição do magistrado representado, para justificar a aplicação dos mecanismos excepcionais. Após isso, quaisquer afrontas ao Código de Processo Penal e mesmo à Constituição da República são legitimados *a priori*, sob o manto confortável do ineditismo da luta supostamente encampada por aquele servidor do poder judiciário¹⁰.

⁹ Reclamação 23.457/PR

¹⁰ Interessante notar que o Min. Teori Zavascki, ao decidir sobre medida cautelar na aludida Reclamação, admitiu claramente que “Com efeito, a violação da competência do Supremo Tribunal se deu no mesmo momento em que o juízo reclamado, ao se deparar com possível envolvimento de autoridade detentora de foro na prática de crime, deixou de encaminhar a este Supremo Tribunal Federal o procedimento investigatório para análise do conteúdo interceptado. E, o que é ainda mais grave, procedeu a juízo de valor sobre referências e condutas de ocupantes de cargos previstos no art. 102, I, b e c, da Constituição da República e sobre matéria probatória que, segundo a própria decisão, não mais se encontrava na esfera de competência do reclamado. Mais ainda: determinou, *incontinenti*, o levantamento do sigilo das conversas interceptadas, sem adotar as cautelas previstas no ordenamento normativo de regência, assumindo, com isso, o risco de comprometer seriamente o resultado válido da investigação.” E ainda: “O que se infirma é a divulgação pública das conversas interceptadas da forma como ocorreu, imediata, sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (*‘para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’*), muito menos submetida a um contraditório mínimo (...) Como visto, a decisão proferida pelo magistrado reclamado em 17.3.2016 (documento comprobatório 4) está juridicamente comprometida, não só em razão da usurpação de competência, mas também, de maneira ainda mais clara, pelo levantamento de sigilo das conversações telefônicas interceptadas, mantidas inclusive com a ora reclamante e com outras autoridades com prerrogativa de foro. Foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia de-

Sem pudor, afirma-se que as ações do magistrado “escaparão ao regramento genérico”. Suspenderam-se as regras, que agora são apenas genéricas. Instituiu-se, no lugar delas, um novo regramento, paralelo, sem cancelar o anterior, porém apto a coexistir com e suplantar aquele. Este novo regramento não é explícito, não é debatido, não é democrático. Suas regras não são conhecidas *ex ante*, mas apenas no momento em que se fazem *necessárias*. Provavelmente, o único princípio realmente conhecido por todos e que as sustenta é o ditame maquiavélico de que os fins justificarão os meios. O *slogan* do totalitarismo.

Cabe o lembrete de que, ao dar respaldo ao golpe de 1964 no Brasil, falava-se claramente em ineditismo, em “manutenção da ordem”, apoio popular e até mesmo em “salvar a democracia”.

Quem sabe tenhamos que nos perguntar: no final das contas, o que sobrou do conceito de democracia?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central deste texto foi trazer uma análise pautada por elementos que permitissem identificar uma vertente de experiência da democracia que surge primordialmente na segunda metade do século XX e traz consigo a promessa de efetivação de direitos fundamentais e resistência ao totalitarismo.

Foi buscado oferecer um panorama do movimento democrático do pós-guerra, com o fito de demonstrar em que este movimento permitiu o estabelecimento de um grande número de novos Estados Democráticos de Direito, pautados por uma Constituição garantidora de direitos inalienáveis.

Ao mesmo tempo, foram elencados alguns dos obstáculos vividos por estes Estados no sentido de concretizar estes direitos.

Em sequência, foi trazido à tona uma análise da hipótese aventada por de AGAMBEN acerca da manutenção de elementos totalitários, paralelos à vigência das democracias constitucionais. Para AGAMBEN, estas vivem sob a pulsão sufocante de um estado de exceção, calcado em medidas tornadas factíveis, primordialmente, pelo poder judiciário.

Com base nas lições do Prof. Pedro Estevam SERRANO, foi apontado o exemplo do cenário brasileiro, com manifestações jurisdicionais recentes que

terminação de interrupção das escutas. Cumpre deixar registrado que o reconhecimento, que aqui se faz, de nulidade da prova colhida indevidamente deve ter seu âmbito compreendido nos seus devidos limites: refere-se apenas às escutas telefônicas captadas após a decisão que determinou o encerramento da interceptação. Não se está fazendo juízo de valor, nem positivo e nem negativo, sobre o restante do conteúdo interceptado, pois isso extrapolaria o objeto próprio da presente reclamação. Portanto, nada impede que qualquer interessado, pela via processual adequada, conteste a higidez da referida prova.” Não se tem conhecimento de quaisquer medidas tomadas de forma efetiva para responsabilizar, administrativa e penalmente, o magistrado que procedeu conforme descrito pelo Ministro Zavaski.

retratam de modo claro o acerto das conclusões de AGAMBEN e a profundidade do problema estudado pelo autor. Foi possível observar que a jurisdição não só tem agido de forma a permitir que a exceção sufoque conquistas democráticas duramente alcançadas, como tem se utilizado do argumento de exceção de modo explícito para fundamentar a suspensão de direitos e garantias que, segundo o mandamento constitucional, não poderiam nem mesmo compor a pauta de emendas constitucionais.

Com base no exposto, é possível concluir que nos encontramos muito distante dos ideais vislumbrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do movimento de democratização ocorrido no final do século XX. No Brasil, a vigência da Constituição da República, prestes a completar trinta anos, tem suportado os mais diversos ataques à sua efetivação e experimenta recentemente uma resistência que se origina justamente de onde de esperava sua maior salvaguarda – o poder judiciário. Estudar as lições de AGAMBEN contribui imensamente para compreensão do que está por trás deste fenômeno e permite a construção de uma crítica bem fundamentada aos mecanismos de restrição jurisdicional ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano: os dez princípios de concentração de renda e poder*. Editora Bertrand Brasil. Edição do Kindle. Não paginado. Citações a partir dos Locais do Kindle
- COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: Lições de história da democracia*. Curitiba: UFPR, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille [org]. *Processo penal e Direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2010.
- HESAPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no séc. XXI*. Lisboa, 2016.
- KELSEN, Hans. *A Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Editora WMS Martins Fintes, 2009.
- LAFER, Celso. *Direitos humanos: um percurso no Direito no Século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MONBIOT, George. *How Did We Get Into This Mess? Politics, Equality, Nature*. London; Brooklyn, NY: Verso, 2016
- _____. *Neoliberalism - the ideology at the root of all our problems*. The Guardian, 15 de Abril de 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot>.
- PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016,

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. Editora Contracorrente. Edição do Kindle, 2017. Não paginado. Citações a partir dos Locais do Kindle.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CAPÍTULO 16

ASPECTOS METODOLÓGICOS DA TEORIA NORMATIVA DA ADJUDICAÇÃO: O DEBATE ENTRE TEORIAS IDEAIS E NÃO-IDEAIS

Lucas Filardi Grecco

RESUMO: A teoria normativa da adjudicação preocupa-se em estabelecer como juízes devem decidir casos legais do ponto de vista moral. As duas teorias centrais nesta área são o formalismo e o particularismo. Os primeiros afirmam que juízes devem decidir casos legais de acordo com o sentido convencional ou original dos enunciados jurídicos e apenas sob raras circunstâncias lhes é permitido desviar desse sentido e utilizar raciocínios morais. Os segundos, por sua vez, que juízes devem possuir de uma liberdade criativa maior e devem valerem-se diretamente de argumentos morais. Juízes devem utilizar, por exemplo, o propósito moral por trás da legislação. Em uma série de artigos Sunstein (1999) e Sunstein & Vermeule (2003) argumentam que tal desacordo normativo entre formalistas e particularistas pode ser resolvido por meio de investigações empíricas de como os juízes de fato decidem. Segundo os autores, se estivermos munidos de estudos sociológicos, psicológicos e econômicos poderemos amenizar os debates porque disputas sobre valores são frequentemente disputas sobre fatos e compreender estes pode tornar desnecessário resolver as disputas quanto a valores. Em primeiro lugar, argumentarei que embora a defesa acima esteja correta ela só é plausível se considerarmos que formalistas e particularistas concordam quais são os critérios que determinam como devemos avaliar a maneira que juízes devem decidir. No caso endereçado pelos autores, apenas se formalistas e particularistas pensarem que uma teoria da adjudicação funciona para resolver problemas normativos não-ideais, ou seja, quando levamos em conta na elaboração de teorias normativas evidências de como adjudicadores reais irão de fato agir, tendo em vista suas limitações de tempo, cognição e comportamento. Por outro lado, não é óbvio que os critérios não-ideais estipulados pelos autores acima esgotem o debate. Afirmarei que é possível pensar que teóricos da adjudicação endossem uma perspectiva ideal desses critérios, cujo interesse é compreender o que juízes deveriam fazer assumindo que eles irão fazer tudo o que deveriam fazer. Se eu estiver correto, portanto, é relevante considerar que há também uma disputa metodológica negligenciada neste debate. Em segundo lugar, traço algumas considerações quanto a metodologia idealista. Aponto algumas versões dela suas principais motivações.

PALAVRAS CHAVES: Teoria do direito - Adjudicação - Metodologia

1. INTRODUÇÃO

A teoria normativa da adjudicação preocupa-se em estabelecer como juízes devem decidir casos legais do ponto de vista moral. Em outras palavras: pretende-se investigar de que maneiras juízes como agentes morais devem, moralmente, decidir os casos legais que lhes são incumbidos; por exemplo, se devem aplicar o conteúdo do direito literal ou se lhes é permitido utilizar diretamente o raciocínio moral. As duas teorias centrais nesta área são o for-

malismo e o particularismo. Os primeiros afirmam que juízes devem decidir casos legais de acordo com o sentido convencional ou original dos enunciados jurídicos e apenas sob raras circunstâncias lhes é permissível desviar desse sentido e utilizar raciocínios morais. Os segundos, por sua vez, afirmam que juízes devem possuir de uma liberdade criativa maior e devem valerem-se diretamente de argumentos morais. Juízes devem utilizar, por exemplo, o propósito moral por trás da legislação. Em uma série de artigos Sunstein¹ e Sunstein & Vermeule² argumentam que tal desacordo normativo entre formalistas e particularistas pode ser resolvido por meio de investigações empíricas de como os juízes de fato decidem. Segundo os autores, se estivermos munidos de estudos sociológicos, psicológicos e econômicos poderemos amenizar os debates porque disputas sobre valores são frequentemente disputas sobre fatos e compreender estes podem tornar desnecessário resolver as disputas quanto a valores.

Neste capítulo argumentarei que embora essa defesa esteja correta, ela só é plausível se considerarmos que formalistas e particularistas concordam quais são os critérios que determinam como devemos avaliar a maneira que juízes devem decidir. Chamo essa investigação de critérios como disputa metodológica. Ou seja, apenas se formalistas e particularistas pensarem que uma teoria da adjudicação funciona para resolver problemas normativos não-ideais: quando levamos em conta na elaboração de teorias normativas evidências de como adjudicadores reais irão de fato agir, tendo em vista suas limitações de tempo, cognição e comportamento. Afirmo que não é óbvio que os critérios não-ideais estipulados por Sunstein e Vermeule³ esgotem o debate. É possível pensar que teóricos da adjudicação endossem uma perspectiva ideal desses critérios, cujo interesse é compreender o que juízes deveriam fazer assumindo que eles irão fazer tudo o que deveriam fazer. Portanto, é relevante considerar que há também uma disputa metodológica negligenciada neste debate.

Divido este capítulo em três partes. Na primeira (seção 02) faço uma exposição das teorias do formalismo e do particularismo. Na segunda (seção 03), apresento os argumentos de Sunstein e Vermeule favoráveis a ideia de que a disputa entre as duas teorias pode ser minimizada por considerações empíricas. Na terceira (seção 04), apresento uma objeção a essa ideia baseada na distinção metodológica 'ideal' e 'não-ideal' em que afirmo que os argumentos dos autores só funciona quando tomamos apenas o 'não-idealismo' como

¹ Cass R. Sunstein, "Must Formalism Be Defended Empirically?", *The University of Chicago Law Review* 66, n° 3 (1999): 636–70, <https://doi.org/10.2307/1600421>.

² Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, "Interpretation and Institutions", *Michigan Law Review* 101, n° 4 (2003): 885–951, <https://doi.org/10.2307/1290510>.

³ Daqui para frente a expressão "Sunstein e Vermeule" é utilizada para englobar os dois artigos mencionados anteriormente.

metodologicamente relevante. Em outras palavras: o desacordo normativo sugerido pelos autores só é minimizado se de antemão tais teorias concordarem sobre qual metodologia normativa é adequada.

2. TEORIAS NORMATIVAS DA ADJUDICAÇÃO: FORMALISMO E PARTICULARISMO

A tese central do formalismo jurídico pode ser resumida pela seguinte afirmação de Schauer: “ser formalista, é dito, é ser escravo de meras marcas em um papel impresso”⁴. Essa assertiva põe em destaque a principal característica que formalistas dão à adjudicação, que é precisamente a ideia de que oficiais do direito estão vinculados às leis, à constituição e às regras de um sistema jurídico particular. Portanto, ser formalista é manter-se fiel ao sentido original ou convencional dos textos legais. Embora, à primeira vista, possa parecer que o juiz formalista é um juiz que aplica o direito “a ferro e fogo”, há, na realidade, uma disputa dentro das teorias do formalismo no que diz respeito à extensão da liberdade criativa dos juízes. Ou seja, mesmo que seja verdadeiro que formalistas valorizam sua vinculação ao direito, ainda não é claro o âmbito dessa vinculação.

Sunstein & Vermeule⁵ e Schauer⁶ afirmam que há duas concepções de formalismo que procuram estabelecer exatamente a extensão dessa vinculação. O “formalismo conceitual”, segundo o próprio Schauer, é a tese segundo a qual os aplicadores do direito não têm liberdade criativa qualquer, ou seja, juízes formalistas estão “compulsoriamente” vinculados ao significado dos enunciados jurídicos⁷. Vamos a um exemplo. Imagine que um juiz formalista está decidindo um caso jurídico ligado ao direito ao aborto. Há inúmeros enunciados relevantes para essa questão, e não é estranho que enunciados contendo termos como ‘liberdade’ e ‘dignidade humana’ sejam relevantes para decidir essa situação. Suponhamos que o juiz fica convencido de que há, de fato, o direito ao aborto nessa situação. A justificação central do formalista conceitual é apelar para a ideia de que há um análise conceitual envolvida nessa decisão, ou seja, o resultado da decisão é determinado pela análise conceitual do termo liberdade, o qual inclui o direito ao aborto. Um juiz diria algo do tipo “Concedo o direito ao aborto, porque é isso que a liberdade significa”. Além disso, dado que ele apela para a noção de análise conceitual, o juiz formalista diz que

⁴ Frederick Schauer, “Formalism”, *Yale Law Journal* 97 (1988 de 1987): 521. Tradução livre de “To be formalistic, it is said, is to be enslaved by mere marks on a printed page”

⁵ Sunstein e Vermeule, “Interpretation and Institutions”.

⁶ Schauer, “Formalism”, 511-512.

⁷ Schauer.

não há escolhas políticas, econômicas ou morais envolvidas em sua decisão. Se compreendermos o termo liberdade de maneira competente, há um único resultado “compulsório” que os juízes devem atingir.

O segundo sentido do formalismo é o “novo formalismo”⁸ ou “formalismo como estratégia de tomada de decisão”⁹. Essa versão é mais sofisticada que o formalismo conceitual. Há espaço teórico para admitir que juízes fazem escolhas ao decidirem casos legais. Dito de outra forma, os juízes estão vinculados ao direito, mas há espaço para a liberdade criativa dos juízes. Qual é esse espaço? A resposta depende dos elementos linguísticos envolvidos no caso jurídico. Há duas classes de elementos linguísticos relevantes. A primeira é a que envolve indeterminação da linguagem, penumbra e vagueza, para citar três elementos famosos (não quero afirmar que são os únicos). Nessas circunstâncias são admitidas escolhas políticas, morais ou econômicas por parte dos juízes. O exemplo clássico dessa situação é quando juízes precisam decidir se o enunciado legal “é proibido veículos no parque” inclui ou não um tanque de guerra.

Por outro lado, na segunda classe, em que os enunciados são claros, esse segundo grupo de formalistas “nega que juízes tenham escolhas quaisquer ao decidirem”¹⁰. Em outras palavras: quando não estamos perante indeterminação ou penumbra, os juízes estão vinculados ao significado convencional ou original da linguagem de leis, súmulas ou precedentes. Além disso, apenas sob raras circunstâncias é permissível que eles desviem desses resultados. Até mesmo se, aparentemente, a aplicação do direito ocasionar resultados moralmente duvidosos.

Uma maneira fácil de visualizar essa adjudicação formalista é através do papel que aplicadores do direito atribuem a si próprios quando decidem casos legais. Sunstein¹¹ afirma que dado o peso que formalistas dão ao sentido convencional ou original da legislação, esses aplicadores do direito, geralmente, pensam que sua função é cumprida quando exercem quatro poderes centrais: (1) fazer o mínimo de exceção possível aos textos legais, apenas quando estas parecem necessárias; (2) não alterar o significado de palavras conforme o tempo; (3) evitar invocar canons de interpretação para empurrar a legislação numa dada direção que consideram favorável; (4) não insistir no “propósito” por trás da legislação quando termos legais são precisos, mas apontam resultados controvertidos sob o ponto de vista moral, econômico ou social.

⁸ Sunstein e Vermeule, “Interpretation and Institutions”.

⁹ Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Clarendon Press, 1991).

¹⁰ Schauer, “Formalism”, 515. Tradução livre de “(..) denial that there are frequently choices about whether to apply even the clear norms.”

¹¹ Sunstein, “Must Formalism Be Defended Empirically?”, 639.

O sentido de formalismo tomado neste capítulo é o do segundo grupo, pois a característica principal do segundo formalismo é a estratégia de tomada de decisão. Para tanto, os argumentos utilizados pelos seus defensores, além de descritivos, são também morais; ao passo que o primeiro grupo utiliza, quase exclusivamente, argumentos conceituais. Alexander e Schauer, dois representantes do formalismo do segundo grupo, reconhecem que a defesa da ideia de vinculação ao direito depende de “argumentos morais para o direito ignorar ao menos alguns argumentos morais dentro da tomada de decisão jurídica”¹². Como o interesse deste capítulo é explorar os métodos das teorias normativas da adjudicação, precisamos, antes de tudo, investigar quais são os argumentos normativos utilizados para que, posteriormente, possamos elucidar que métodos estão sendo pressupostos com esses argumentos. Portanto, apenas as justificações desse segundo grupo serão investigadas.

Há dois argumentos centrais que justificam a adjudicação formalista. Larry Alexander utiliza o que eu chamo de “argumento da minimização de desacordos”¹³. Alexander nos convida a imaginar o seguinte experimento mental: imagine que vivamos num mundo anterior à criação de um sistema jurídico. Pessoas nesta situação enfrentam cotidianamente problemas de coordenação, pois não sabem quais são seus direitos e deveres ou a extensão deles. Elas não sabem, por exemplo, de quem é a responsabilidade pelos eventuais danos e avarias ao objeto contratual durante sua trajetória de entrega. Além disso, mesmo que elas saibam tal coisa, elas podem discordar sobre o âmbito de seus direitos, como na situação em que as pessoas disputam o limite da indenização cabível numa eventual perda do objeto contratado. É preciso algum mecanismo social que minimize esses problemas de desacordos, afinal, cidadãos precisam saber como agir. Alexander pensa que o direito é precisamente este mecanismo, porque assenta por meio de sua autoridade aquilo que as pessoas podem ou não fazer. O direito ao enunciar que “o devedor é responsável por eventuais danos e avarias durante o trajeto” faz com que as pessoas, de antemão, já saibam seus direitos e deveres, o que melhora substancialmente a coordenação entre as pessoas. Assim, a partir do momento que as pessoas aceitam a existência do direito, elas passam a consultar regras legais para resolver seus problemas de informação: quando elas não sabem os termos do contrato, elas abrem o código civil; quando elas têm dúvidas sobre o limite de sua propriedade, elas vão até o cartório de registros e consultam o registro pertinente.

¹² Larry Alexander e Frederick Schauer, “Law’s Limited Domain Confronts Morality’s Universal Empire”, *William & Mary Law Review* 48, nº 5 (1º de abril de 2007): 1579. Tradução livre de “moral argument for law’s ignoring of at least some moral arguments in legal decision making”

¹³ Larry Alexander, “‘With Me, It’s All er Nuthin’”: Formalism in Law and Morality”, *The University of Chicago Law Review* 66, nº 3 (1999): 530–65, <https://doi.org/10.2307/1600416>.

Portanto, Alexander considera que o direito é um instrumento para promoção da coordenação. Para realizar essa tarefa, o direito precisa funcionar de uma maneira específica. A maneira eleita por Alexander é justamente o formalismo, através de regras legais sérias: regras que são obscuras às suas justificações subjacentes. Dito de outra forma, aplicadores do direito não devem tentar aplicar diretamente as razões que justificam a existência das regras, mas apenas o seu sentido convencional ou original. Vamos a uma ilustração. Suponhamos que estamos num sistema jurídico que contém a regra “é proibida a entrada de cães no restaurante”. Imagine, agora, um caso jurídico em que um indivíduo tenta entrar acompanhado de seu cão adestrado e extremamente manso no Rubaiyat. O significado do termo “cão” deve ser tomado no seu sentido convencional ou original para a comunidade em questão. Suponhamos que esse sentido seja “animal pertencente a espécie *canis lúpus familiaris*”. Se o aplicador assim o fizer, o cão adestrado deve ser impedido de entrar no restaurante. Por outro lado, caso o aplicador da regra passe a interpretá-la a partir do “propósito” ou da razão de sua existência, talvez seja o caso de permitirmos a entrada do animal. Todavia, Alexander pensa que se isso acontecer, regras tornam-se inúteis, porque “elas nos deixam com as mesmas incertezas e controvérsias que o direito, incluindo o direito constitucional destina-se a resolver”¹⁴. Em outras palavras, negamos ao direito sua função primordial de resolver desacordos, que por sua vez minimiza nossa chance de vivermos em um mundo coordenado.

O segundo argumento é o de Schauer¹⁵. O autor afirma que em todo ambiente de tomada de decisão, como o direito, há dois tipos de erros salientes: os erros ocasionados pelas próprias regras, as quais são imperfeitas para guiarem todos os casos legais; e os erros cometidos por adjudicadores ao aplicarem o que pensam ser a resposta correta aos defeitos de regras grosseiras ou, se for o caso da segunda pergunta, os erros cometidos pelas próprias instituições tomadoras de decisão e os erros das pessoas que decidem sem quaisquer instituições desse tipo (daqui para frente vou assumir só a primeira, mas os argumentos são iguais para a segunda). Schauer afirma que ambos os erros nos convidam a colocar na balança as consequências de darmos mais liberdade aos adjudicadores ou de levarmos regras a sério. O ganhador dessa disputa é o modelo que produzir menos erros. Vale notar que isso depende, parcialmente, do nosso conhecimento empírico de como, de fato, seres humanos decidem. Ou seja, precisamos de evidências que apontem o quanto seres humanos são falíveis ao deliberarem sem regras. Além disso, também precisamos de evidência empírica sobre a falibilidade de regras, ou seja, o quão suscetível a erro elas

¹⁴ Alexander, 550.

¹⁵ Schauer, *Playing by the Rules*, 149-155.

são. Supondo que seja verdadeiro que nossos adjudicadores errem menos que a rudeza de regras, temos boas razões para preferir uma adjudicação menos formalista. Por outro lado, se os erros produzidos por regras são menores ou menos frequentes do que os produzidos por aplicadores do direito, o modelo formalista é a escolha preferível. Schauer batiza esse argumento de “segundo melhor”, precisamente para capturar a ideia de que devemos escolher modelos de decisão que produzam os melhores resultados no cômputo geral das coisas. Em outras palavras, a razão pela qual devemos suportar o erro das regras é que elas produzem, no geral, menos erros do que modelos em que damos liberdades aos adjudicadores – assumindo que temos o conhecimento empírico relevante a essa questão.

Explicados esses dois argumentos, o próximo passo é investigar o que penso estar pressuposto, ou métodos, nesses dois argumentos. Em primeiro lugar, os argumentos do segundo melhor e o da minimização de desacordos sublinham que uma boa defesa normativa da argumentação jurídica precisa levar a sério as capacidades e habilidades genuínas de seres humanos. No argumento de Alexander, isso é visível em duas ideias. A primeira é que o próprio Alexander afirma, em diversas passagens, que o direito “é uma solução para um problema cognitivo”¹⁶. Ou seja, o autor pensa que precisamos de instituições jurídicas para contornar nossa falibilidade cognitiva, dado se fôssemos deuses seríamos omniscientes e inexistiria a necessidade de o direito acobertar essa falibilidade. Em segundo lugar, a ideia de que o direito promove a cooperação entre as pessoas também coloca em destaque que é preciso pensar sobre como pessoas reais cooperam no seu dia a dia, e como regras jurídicas podem facilitar essa cooperação. Temos que entender como humanos de carne e osso cooperam e, a partir desse conhecimento, mostrar como instituições jurídicas auxiliam a promoção dessa cooperação.

No argumento de Schauer, por sua vez, parte da ideia do ‘segundo melhor’ pressupõe que estamos desenhando instituições para “tomadores de decisões reais”¹⁷. A ideia é que instituições jurídicas são moralmente adequadas na medida em que elas promovem as melhores consequências para seres humanos de carne e osso. Dito de outra maneira, não é o ponto do argumento do segundo melhor pressupor adjudicadores perfeitos. Não há porque pressupor que adjudicadores consigam sempre resolver o problema da falibilidade das regras. Muito pelo contrário: temos que admitir que seres humanos erram e, partir disso, construir sistemas jurídicos.

Portanto, em linhas gerais, os argumentos de Alexander e Schauer parecem sugerir que o método aconselhável para teorizar sobre a argumentação

¹⁶ Alexander, “With Me, It’s All er Nuthin’”, 549. Tradução livre e adaptada de “law is a solution to a cognitive, not a motivational, problem”

¹⁷ Schauer, *Playing by the Rules*.

jurídica é o seguinte: dadas nossas limitações como seres humanos, como podemos tornar a adjudicação melhor?

A teoria rival do formalismo é o particularismo. O comentário inicial desta seção diz respeito à própria definição de particularismo. Neste capítulo, utilizo este conceito para expressar a ideia de que a adjudicação não se esgota na aplicação do sentido original ou convencional de termos legais. Faz parte da adjudicação a invocação dos propósitos do texto, ou de princípios morais e políticos inerentes à sociedade em questão. Consequentemente, juízes particularistas têm mais liberdade criativa quando decidem casos legais, pois é exigido deles o uso efetivo de raciocínios morais substanciais. Um bom juiz particularista preocupa-se em decidir da maneira moralmente correta, mesmo que para tanto precise violar o sentido das palavras. O segundo comentário é que, embora essa definição seja bastante abrangente - pois encampa muitas tradições cuja classificação poderia gerar debate, como a teoria do direito natural e do direito como integridade -, para os objetivos deste capítulo ela é suficiente, uma vez que não pretendo fazer uma análise da complexidade e dos pormenores de cada uma dessas perspectivas internas ao particularismo. A única teoria particularista analisada é a teoria de Ronald Dworkin, porque o objetivo crucial deste capítulo é mostrar que Dworkin possui uma visão metodológica diferente dos autores formalistas referidos anteriormente. Portanto, toda vez que o conceito de particularismo for utilizado, ele é sinônimo, somente, da teoria de Dworkin.

Dworkin é um filósofo inovador dentro da teoria do direito, sobretudo pela sua maneira peculiar de abordar o problema da legitimidade do Estado e da natureza do Direito. Este, é o problema de saber quais são as propriedades necessárias e suficientes para algo ser direito; enquanto aquele, é o de compreender se a coerção utilizada pelo estado é justificada. A maioria dos filósofos pensa que ambos os problemas podem ser tratados separadamente. Saber quais são as propriedades do direito remonta à ideia de descrever quais são essas propriedades relevantes; o que, aparentemente, não ilumina coisa alguma do problema da legitimidade, que é, sem dúvida, um problema normativo. O contrário também é verdadeiro: saber se a coerção é legítima não tem implicação sobre as teses da natureza do direito. Dworkin, por outro lado, pensa que isso é falso.

A razão central para Dworkin afirmar isso é que ele acredita que práticas sociais - como a cortesia e o próprio direito - são 'conceitos interpretativos'; um conceito que só é determinado a partir de sua 'melhor luz' pelos participantes dessa prática em questão. Por 'melhor luz' Dworkin quer dizer que a interpretação das práticas sociais deve ser entendida normativamente pelos participantes da prática, de maneira que eles "impõem um propósito num objeto ou prática com a finalidade de torná-los os melhores exemplos possíveis

da forma ou gênero que os consideramos pertencer”¹⁸. Assim sendo, nós não conseguimos compreender o que é, por exemplo, a prática da cortesia de uma maneira puramente descritiva. Nós devemos, também, entender qual é o propósito dessa prática; ou seja, a análise normativa é inafastável. Considerando o direito como uma prática social, segue-se que os participantes de um sistema jurídico específico devem interpretar as práticas jurídicas de modo a revelar o melhor ponto dela. Juízes quando decidem qual é o direito das partes, por conseguinte, devem considerar argumentos morais e políticos que tornem suas decisões as melhores decisões possíveis daquela comunidade em particular. Por fim, Dworkin acredita que no caso de sistemas jurídicos contemporâneos, como o americano e o inglês, isso só será bem-sucedido se partirmos da ideia de que o direito precisa justificar o uso da força pelo estado¹⁹. A consequência disso tudo é que, se queremos saber qual é o direito, isso depende, parcialmente, de argumentos morais e políticos que justifiquem a coerção.

Essa maneira de tratar ambos os problemas, torna a avaliação dos argumentos bastante mais complicada. Dada essa inseparabilidade dos problemas, a proposta teórica de Dworkin precisa cavar fundamentos sólidos para que a consideremos genuinamente interessante. Para realizar essa tarefa, Dworkin precisa conjuntamente criticar as abordagens tradicionais e sublinhar porque sua visão é plausível. Isso é uma proposta ambiciosa, pois, se não for cuidadosamente trabalhada, o preço a ser pago é a má-compreensão. Dito isso, não tentarei reconstruir o argumento do Dworkin de uma maneira que abrace todas as pretensões teóricas do autor. Procurarei extrair dele a parte que é mais sensível aos propósitos deste trabalho, notadamente, aquelas em que Dworkin mostra por que o ‘direito como integridade’ é o método de adjudicação que juízes devem seguir.

Retomando o que foi dito anteriormente, a ideia de Dworkin é que juízes precisam recorrer a argumentos legais que justifiquem o uso da coerção pelo estado. Dworkin entende que o Estado é legítimo “se sua estrutura constitucional e práticas são tais que os cidadãos têm uma obrigação política geral

¹⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986), 52. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should Tradução livre de “imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”

¹⁹ Dworkin, 93. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should

de obedecer às decisões políticas as quais têm a intenção de impor deveres a eles”²⁰. Não é qualquer argumento que consegue realizar essa tarefa. Dworkin considera que não há vários argumentos disponíveis que justifiquem a coerção, mas que sempre existe um único argumento correto na decisão de casos legais. Dworkin afirma que se utilizarmos o ‘direito como integridade’ teremos essa resposta.

Por que o valor da integridade faz surgir as condições necessárias que justificam o uso da coerção pelo estado? Segundo o próprio Dworkin, a partir do momento que uma determinada comunidade jurídica passa a usar a virtude da integridade em sua vida política corriqueira, ela transforma-se num caso especial de comunidade; especial, porque a comunidade que aceita a integridade “promove sua autoridade para assumir e utilizar o monopólio da força coercitiva”²¹. Assim sendo, o que Dworkin tenta mostrar com essa linha de raciocínio é que há uma conexão entre o valor da integridade e sua análise do que constitui um Estado legítimo. Portanto, é preciso salientar (1) quais são as condições em que Dworkin pensa que a coerção é justificada e, por fim, (2) onde está a conexão entre a integridade e tais condições.

Respondendo a essa primeira parte, Dworkin considera que sua teoria da legitimidade é uma teoria associativa. Com isso, o autor quer dizer que as condições pelas quais a coerção é justificada dão-se em virtude do pertencimento a algum grupo social específico. Em outras palavras, sob a perspectiva das obrigações associativas, o simples fato de uma pessoa pertencer a uma comunidade, de preencher um determinado papel social, como o de cidadão, já faz dela portadora de direitos e deveres. Não é preciso ir além desses vínculos para explicar por que o Estado tem legitimidade sobre seus membros e, por conseguinte, que a coerção possa ser justificada.

O pormenor é estabelecer quais são esses critérios constitutivos de associações e porque pensar que o cumprimento deles é suficiente para justificar a coerção. Dworkin pensa que quatro critérios satisfazem essa condição: a) os

²⁰ Dworkin, 191. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law’s Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should Tradução livre de “if its constitutional structure and practices are such that its citizens have a general obligation to obey political decisions that purport to impose duties on them”

²¹ Dworkin. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law’s Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should Tradução livre de “promotes its moral authority to assume and deploy a monopoly of coercive force”

membros do grupo veem suas relações uns com os outros de forma especial, ou seja, eles se tratam de maneira distinta do que tratam pessoas fora do grupo; b) os direitos e obrigações são tidos como pessoais, pois são frutos das relações diretas entre os membros da comunidade; c) os membros veem seus direitos e deveres fluírem de uma preocupação do bem estar de cada um; d) os membros compreendem esses direitos e deveres de forma igualitária, de maneira que o interesse de todos é relevante e ninguém é mais importante que ninguém²². Se for o caso de uma comunidade política preencher esses quatro critérios, Dworkin pensa que a coerção é justificada. A razão disso, é que essa comunidade possui valor intrínseco para seus membros. Fazer parte dela é um bem si mesmo, porque preenche a vida dos indivíduos e as torna realizadoras. A contrapartida de viver nessa comunidade de valor intrínseco, é que em certas situações as pessoas têm que aceitar que o Estado as coaja a fazer certas coisas.

Respondendo à parte (2), a ideia de que a associação política possui um valor em si mesmo é a conexão que Dworkin vê com o valor da integridade²³. Dado que comunidades políticas são legítimas porque possuem valor intrínseco, o direito necessita configurar-se de tal maneira que reflita fidedignamente essa igual preocupação com todos os membros da comunidade. A integridade é exatamente a virtude política que permite tal coisa, na medida em que ela é a virtude política que promove o valor intrínseco de cada um de seus membros. Ela é a virtude que trata todos como uma única voz, como diz o próprio Dworkin. Portanto, quando legisladores e juízes realizam suas tarefas, eles precisam utilizar argumentos que respeitem o valor da integridade. Se assim o fizerem, Dworkin pensa que o uso da força pelo Estado está justificado.

Especificamente junto à adjudicação, Dworkin tenta iluminar o papel do direito como integridade por meio do experimento mental do juiz Hércules, um juiz imaginário com “poder intelectual super-humano e paciência que aceita o direito como integridade”²⁴. Hércules, quando aceita a virtude da integridade, aplica o poder coercitivo do estado de uma maneira moralmente

²² Dworkin, 199. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should

²³ Stephen Perry, “Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law”, in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, org. Scott Hershovitz (Oxford University Press, 2006), 1–40.

²⁴ Dworkin, *Law's Empire*, 239. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should Tradução livre de “superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity”

aceitável. Como ele faz isso? Segundo Dworkin, quando Hércules “testa sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estrutura política e decisões de sua comunidade perguntando se sua interpretação poderia formar uma parte de uma teoria coerente de justificação dessa rede como um todo”²⁵. Duas características são centrais nessa afirmação: a) que juízes encaixem essas decisões na estrutura política como um todo; e b) justifiquem tal encaixe de maneira que explique o direito como um todo. Vamos a um exemplo. Imagine que Hércules precisa decidir se a indústria farmacêutica deve arcar com os custos financeiros de efeitos colaterais ocasionados por medicamentos genéricos. Sabemos que uma das partes será a perdedora e, provavelmente, terá que arcar com a indenização cabível. Há, assim, a necessidade de que o juiz que decidirá o caso utilize o poder do estado de uma maneira moralmente justificada. Hércules consegue justificar isso quando usa a integridade em suas decisões. Primeiramente, ele estuda a estrutura do direito como um todo e tenta encaixar sua decisão nela. Neste estágio, por exemplo, Hércules questiona se condenar a indústria farmacêutica é coerente com o sistema jurídico em questão. Supondo que sim, o próximo estágio é explicar por qual razão tal decisão é a melhor possível. Hércules, agora, precisa utilizar um argumento que mostre as razões do porquê a condenação torna o direito o melhor. Talvez ele possa insistir que a condenação da indústria inaugura uma nova fase do direito empresarial, em que se exige das empresas um compromisso maior perante às pessoas. Se Hércules percorrer esse caminho exemplificado, Dworkin conclui que a coerção é legítima.

É importante notar que para saber como juízes devem decidir Dworkin pressupõe um modelo no qual juízes são infalíveis. O experimento mental do juiz Hércules coloca em relevo precisamente esse ponto, já que ele cumpre todos os seus deveres morais e legais: ele nunca deixa de prestar atenção aos casos, não decide melhor depois de “tomar um cafezinho” e nem é suscetível à influência de emoções. Stephen Guest também reconhece a natureza desse comprometimento. Segundo o autor “a ideia de integridade de Dworkin é designada a construir um sistema judiciário ideal, onde trocas entre princípios são perfeitamente elaboradas pelos juízes”²⁶. Isso sugere, que conclusões sobre

²⁵ Dworkin, 245. Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated—by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists—for years to come. Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should “test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole”

²⁶ Stephen Guest, *Ronald Dworkin: Third Edition* (Stanford University Press, 2012), 81. Tradução livre de “Dworkin’s use of the idea of integrity is designed to construct an ideal judicial system, where principled trade-offs are perfectly made by judges.”

como instituições humanas devem ser independentes do nosso conhecimento empírico sobre seres humanos. Ou seja, quando pensamos se uma determinada instituição é justa ou não, aparentemente, não precisamos mensurá-las ao que humanos podem ou não fazer. Esse método, por hipótese, pode inclusive violar o que podemos esperar de seres humanos ordinários

3. O ARGUMENTO METODOLÓGICO DE SUNSTEIN E VERMEULE

Há dois artigos que defendem o compromisso metodológico central das teorias da adjudicação. Cass Sunstein defende a tese de que as teorias da adjudicação devem ser defendidas empiricamente²⁷. Sunstein & Vermeule afirmam que deveríamos construir teorias da adjudicação pensando nas “capacidades institucionais” (institutional capacities) e nos “efeitos dinâmicos” (dynamic effects) das instituições adjudicativas²⁸.

Os respectivos artigos podem ser divididos em duas partes. Na primeira parte, o objetivo dos autores é, sobretudo, normativo. Eles procuram fornecer argumentos morais que apontam como a adjudicação deve ser. Os dois autores apresentam estilos de argumentos muito semelhantes, pois ambos acreditam que isso deve ser pensado a partir de considerações empíricas, econômicas e sociológicas. Em outras palavras, para saber como a adjudicação deve ser, antes de tudo, precisamos compreender como de fato os seres humanos decidem os casos legais e a partir disso desenharmos instituições jurídicas justas.

Embora Sunstein e Sunstein & Vermeule concordem com esse aspecto, cada um deles apresenta sua própria versão de como considerações empíricas nos auxiliam em como as coisas devem ser. Sunstein, defende uma tese de custo-benefício. Segundo o autor, o que precisamos fazer é algo muito semelhante ao Schauer: pôr na balança os custos de permitirmos que adjudicadores tenham plena liberdade e os custos de utilizarmos regras grosseiras. Dependendo da situação, ora teremos modelos formalistas e ora não-formalistas. Não há como determinar isso sem fazer esses estudos.

Sunstein & Vermeule, por sua vez, defendem a ideia de pensarmos nas capacidades institucionais e nos seus efeitos dinâmicos. O que quer dizer isso? A grosso modo, instituições como tribunais, delegacias de polícia e agências reguladoras possuem habilidades e limitações próprias. Um tribunal especializado em causas tributárias parece, intuitivamente, possuir uma habilidade para resolver problemas tributários maiores comparado a um juiz de primeiro grau que resolve os mais diversos casos dos ramos do direito. Sunstein & Vermeule

²⁷ Sunstein, “Must Formalism Be Defended Empirically?”

²⁸ Sunstein e Vermeule, “Interpretation and Institutions”.

afirmam que essa constatação deve informar as teorias da adjudicação, na medida em que parece haver boas razões para permitirmos que tribunais muito especializados tenham mais liberdade em decidir os problemas em que eles são especialistas. Afinal de contas, os juízes desses tribunais têm um amplo conhecimento relativo a essas questões. Em contrapartida, um juizado de primeiro grau, dado seu conhecimento pouco especializado, talvez nos dê razões para que limitemos sua liberdade criativa. Novamente, para conseguirmos chegar a essa conclusão, precisamos entender, empiricamente, essas diferentes capacidades institucionais.

Por fim, a ideia de efeitos dinâmicos diz respeito ao impacto que certas decisões proferidas pelas mesmas instituições têm em relação às pessoas, sejam elas públicas ou privadas. Suponhamos que as decisões de um Tribunal Superior sejam predominantemente formalistas. Como isso impacta as pessoas quando elas, por exemplo, fazem contratos? Será que damos a elas bons ou péssimos incentivos? Sunstein & Vermeule, dizem que tal fato é, também, crucial para determinarmos como nossas instituições devem ser. Se estivermos munidos com evidências empíricas razoáveis dos incentivos que as instituições dão às pessoas, podemos defender tanto que certas instituições devem ser formalistas e outras, não.

Dito tudo isso, os autores argumentam que seus respectivos argumentos normativos são metodologicamente adequados porque diminuem desacordos normativos. Sunstein afirma que essas considerações empíricas “suavizam os debates políticos e jurídicos ao mostrar que as disputas sobre valores são frequentemente disputas sobre fatos, pelo menos no sentido de que certas respostas a questões factuais podem tornar desnecessários resolver problemas sobre valores”²⁹. Sunstein & Vermeule, por sua vez, afirmam que “uma apreciação da falibilidade judicial e seus efeitos dinâmicos permitirá às pessoas convergirem em abordagens apropriadas, apesar de seus desacordos sobre o caminho correto que juízes seguirão”³⁰.

Podemos interpretar as duas passagens acima da seguinte maneira: os autores estão propondo que os debates entre formalistas e não-formalistas são apaziguados na medida em que ampliamos nosso conhecimento empírico sobre seres humanos ordinários. É importante notar, que para essa afirmação funcionar, formalistas e não-formalistas precisam concordar que tal conhecimento é uma razão suficiente para que suas perspectivas convirjam. Imagine

²⁹ Sunstein, “Must Formalism Be Defended Empirically?”, 08. Tradução livre de “soften legal and political debate by showing that disputes about values are often disputes about facts, at least in the sense that certain answers to factual questions can make it unnecessary to resolve disputes about values”

³⁰ Sunstein e Vermeule, “Interpretation and Institutions”, 47. Tradução livre de “an appreciation of judicial fallibility and of dynamic effects will enable people to converge on an appropriate approach despite their disagreements about the right path for perfect judges to follow”

a seguinte situação. Dois filósofos do direito querem saber como um tribunal superior deve decidir. Suponhamos, hipoteticamente, que o filósofo A defende que tal tribunal interprete a lei utilizando seu sentido original. O filósofo B, por outro lado, considera que é mais adequado considerar os propósitos por trás da legislação. Temos, assim, instaurado um desacordo. Sunstein e Vermeule dirão que a natureza dessa discórdia se dá pelo fato de A e B não conhecerem questões empíricas relevantes. Caso A e B saibam, suponhamos, que a decisão com base nos propósitos faz com que cidadãos desobedeçam às leis ou criem incentivos perversos, A e B aceitarão que é melhor termos um tribunal superior originalista. Em suma: o método proposto na adjudicação formalista de tratar as características humanas como cruciais na determinação do que é correto, diminui os desacordos de como as coisas devem ser.

4. OBJEÇÕES

As teses do formalismo e do particularismo são teses sobre como juízes devem decidir. O que distingue ambas é a liberdade que lhes é atribuída. Do mesmo modo que há disputas sobre como juízes devem decidir, há, igualmente, disputas sobre os critérios que devemos usar para responder como juízes devem decidir. Portanto, há de se perguntar se teóricos da adjudicação concordam com esses critérios.

Sunstein e Vermeule pensam que a adjudicação é uma questão de avaliarmos as consequências da ação de adjudicadores reais. Se podemos confiar em suas capacidades, o particularismo é interessante; caso contrário, o formalismo é mais adequado. Assim sendo, para saber como juízes devem argumentar, primeiramente, precisamos saber como de fato estes decidem. Isto, por sua vez, pode ser feito buscando informações empíricas fornecidas pela psicologia, ciência política e economia. Depois de coletarmos esses resultados podemos elaborar qual é a estratégia de raciocínio mais satisfatória. Dado que essa abordagem se concentra em investigar como juízes devem agir a partir das evidências empíricas sobre como eles provavelmente agirão (o que inclui o efeito para terceiros, tempo, habilidades cognitivas), podemos chamá-la de critério não-ideal.

Dworkin parecem não utilizar esse critério. Ele afirma que devemos entender a adjudicação como a melhor interpretação de práticas jurídicas. Para realizar essa tarefa, devemos imaginar uma situação contrafactual em que um adjudicador faz tudo aquilo que deveria fazer do ponto de vista moral. O direito como integridade é a exemplificação desse comprometimento. Diferentemente da abordagem anterior, na qual questões empíricas são cruciais, aqui a análise filosófica tradicional é primordial, porque, primeiramente, devemos identificar um estado de coisas perfeitamente justo. Dada

a preponderância da identificação desse estado de coisas perfeito podemos chamar essa abordagem de ideal.

Colocando os critérios desse modo, o que precisa ser perguntado é se há um conflito genuíno entre as abordagens. Ou seja, se, ao optarmos por qualquer um desses critérios estamos, automaticamente, comprometidos a negar o outro. Acredito que não temos uma resposta adequada a essa indagação. Relembre que, de acordo com o argumento de Sunstein e Vermeule, a análise empírica apaziguaria os ânimos entre formalistas e particularistas. Esse raciocínio só funciona se, de início, os teóricos concordarem sobre qual é o critério adequado para avaliarmos a justiça dos argumentos legais. Se particularistas e formalistas concordarem que o critério é não-ideal, o argumento de Sunstein e Vermeule é plausível. Os primeiros alegariam que, para melhorar a adjudicação não-ideal, é melhor dar liberdade aos juízes. Os últimos, por outro lado, que a restrição é vantajosa. Entretanto, note que para resolver esse desacordo basta buscar um argumento independente que mostra qual dos dois lados está mais próximo ao critério previamente estabelecido. Sunstein e Vermeule fazem isso muito bem ao estabelecerem os conceitos de ‘capacidades institucionais’ e de ‘custo e benefício’, por exemplo. Se esses forem conceitos que genuinamente conseguem defender o critério não-ideal, os autores estão corretos em pensarmos que as desavenças se resolverão.

Entretanto, pode ser o caso que particularistas e formalistas não concordem com esse critério inicial. Se assim for, o argumento de Sunstein e Vermeule perde sua força, porque o particularista pode aceitar que, do ponto de vista não-ideal, o argumento tem plausibilidade, mas negar que a teoria normativa da adjudicação se resume a projetos não-ideais. O particularista pode afirmar que a teoria ideal da adjudicação é a investigação central da adjudicação. Se minha análise for plausível até aqui, precisamos mudar o foco do debate atual e nos debruçarmos, mais atentamente, aos critérios de investigação que os particularistas e formalistas propõem, e mostrar o que há de errado.

Tendo esclarecido isso, o problema central é, portanto, procurar responder por que razão os particularistas estão mais inclinados a usar métodos ideais para investigar teorias normativas da adjudicação, e se há algo de bom nesse método. Secundariamente, é interessante responder se tal método é incompatível com os métodos não-ideais, mesmo que tenhamos uma noção ainda pouco profunda deste método. Somado a isso, sugiro também que a reflexão desse tema pode ser vantajosa ao próprio formalismo por um segundo motivo. Suponhamos, ainda que sem argumentos, que o idealismo é adequado. Formalistas cientes disso podem tentar criar teses que defendem por que juízes perfeitos devem aplicar o sentido convencional ou original do direito. Ou seja, aceita-se o comprometimento metodológico típico do particularismo e rejeita-se que isso implique a

liberdade criativa dos juízes. Acredito que, embora adentrar nessa empreitada não seja do gosto dos formalistas, buscar esse tipo de projeto é bastante valioso para esta tradição, já que é uma tentativa de refutar seu adversário teórico em seu próprio território.

5. CONCLUSÃO

O presente capítulo debateu o argumento de Sunstein e Sunstein & Vermeule sobre os métodos das teorias normativas da adjudicação. Para tanto, foram apresentadas as teorias normativas do formalismo e do particularismo e feita algumas considerações sobre os pressupostos que os autores pensam ser relevantes ao desenvolverem suas respectivas teorias normativas. Foi indicado que formalistas pressupõe uma visão de adjudicação que leva em consideração como pessoas reais, de fato, decidem e que particularistas, como Dworkin, parecem não levar tal consideração como normativamente relevante. Após essa exposição foi apresentado o argumento de Sunstein e Sunstein & Vermuele que afirma que os debates normativos podem ser apaziguados por meio de informações empíricas sobre como juízes decidem e como instituições se comportam. O desacordo normativo é, portanto, apenas aparente, pois, uma vez informados sobre essas questões fatuais, tanto formalistas e particularistas, supostamente, concordariam como juízes devem decidir. Objetei essa ideia dos autores apontando que esse argumento só faz sentido se tomarmos uma certa concepção metodológica como relevante, nomeadamente, o método ‘não-ideal’. Afirmei que é possível teorizar sobre a adjudicação de uma perspectiva ‘ideal’ onde questões empíricas, ao menos em um primeiro momento, não são consideradas relevantes para sabermos como as coisas devem ser. Se assim for, parece que o argumento dos autores só é plausível contra os teóricos que concordam com a metodologia não-ideal.

BIBLIOGRAFIA

- Alexander, Larry. “‘With Me, It’s All er Nuthin’”: Formalism in Law and Morality”. *The University of Chicago Law Review* 66, n° 3 (1999): 530–65. <https://doi.org/10.2307/1600416>.
- Alexander, Larry, e Frederick Schauer. “Law’s Limited Domain Confronts Morality’s Universal Empire”. *William & Mary Law Review* 48, n° 5 (1º de abril de 2007): 1579.
- Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*. Harvard University Press, 1986.
- Guest, Stephen. *Ronald Dworkin: Third Edition*. Stanford University Press, 2012.
- Perry, Stephen. “Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law”. In *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, organizado por Scott Hershovitz, 1–40. Oxford University Press, 2006.
- Schauer, Frederick. “Formalism”. *Yale Law Journal* 97 (1988 de 1987): 509–48.
- . *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press, 1991.

Sunstein, Cass R. "Must Formalism Be Defended Empirically?" *The University of Chicago Law Review* 66, n° 3 (1999): 636-70. <https://doi.org/10.2307/1600421>.

Sunstein, Cass R., e Adrian Vermeule. "Interpretation and Institutions". *Michigan Law Review* 101, n° 4 (2003): 885-951. <https://doi.org/10.2307/1290510>.

CAPÍTULO 17

NULIFICAÇÃO DO JÚRI E NULIFICAÇÃO JUDICIAL

*Vinicius de Souza Faggion
Lucas Filardi Grecco*

INTRODUÇÃO

Durante os primeiros anos que sucederam a declaração de independência dos Estados Unidos até a Guerra Civil entre o Norte e o Sul, a escravidão ainda era uma realidade. Apesar do amadurecimento de ideias abolicionistas, o Estado impunha o *Fugitive Slave Act* que obrigava oficiais do governo garantirem o traslado de escravos em fuga à propriedade do seu senhorio. Era comum alguns casos de desobediência oficial chegarem à corte, forçando juízes proferirem sentenças pró-escravidão. Durante essa época, juízes da Suprema Corte, como Joseph Story e Lemuel Shaw, apesar de abolicionistas confessos, sentiam-se obrigados a aplicar o *Fugitive Slave Act* mesmo contra sua consciência. Story e Shaw tinham em mãos a oportunidade de fazer a diferença, e tornar seus vereditos uma bandeira forte contra a escravidão¹. Porém, o risco de afastamento do cargo e o receio de punição ou perseguição pelo governo eram altos.

Os juízes desse período resignaram-se a uma concepção bastante difundida pelo senso comum: juízes são oficiais do direito, cuja função principal é zelar pela correta aplicação das leis, ou seja, juízes têm uma obrigação moral de obedecer ao direito. Ou, na terminologia da filosofia política, o direito exerce autoridade sobre os juízes². Segundo essa perspectiva, juízes só exercem sua

¹ Paul Butler, “When Judges Lie (and When They Should)”, *Minnesota Law Review* 91, nº 6 (jun. 2007): 1787–91.

² O juiz Story certa vez confessou a um amigo próximo sua resignação ao cargo ocupado: “[...] eu nunca vou hesitar em cumprir o meu dever como um juiz, perante a constituição e as leis dos Estados Unidos, sejam quais forem as consequências. Essa constituição, eu jurei proteger, e não posso esquecer ou repudiar minhas obrigações ao sabor do arbítrio. Você sabe muito bem que sempre me opus à escravidão. Mas eu assumo meu padrão de dever como um juiz à partir da Constituição” (tradução livre). Joseph Story, *Life and Letters of Joseph Story: Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University* (Union, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001), 431.

função *como juízes* se respeitarem essa obrigação e aplicarem sempre o conteúdo normativo exigido pelos materiais jurídicos relevantes.

Felizmente, hoje vivemos numa época em que várias conquistas sobre direitos humanos foram alcançadas, sendo a escravidão, obviamente, uma das injustiças combatidas em qualquer Estado Moderno³. Apesar disso, mesmo sabendo o mal que o Estado pode promover por meio de suas políticas, notamos que a adjudicação ainda é uma atividade regida por essa aparente obrigação moral geral entre juízes e os ditames do direito.

Hoje em dia nos deparamos com casos injustos como *Lockyer v. Andrade* (2003)⁴, onde a Suprema Corte confirmou pena de prisão perpétua, seguindo o regramento da “Lei dos Três Strikes” em vigor na Califórnia. A Regra prevê que qualquer crime pode configurar uma falta grave para efeito cumulativo do terceiro strike, que confere ao condenado o regime de restrição de liberdade mais gravoso. Como o réu acumulara uma condenação por agressão com porte de arma, seguido de dois furtos pequenos, preencheu os requisitos que o lavariam à prisão para a vida, medida que soa desproporcional ao potencial lesivo dos crimes praticados. Ou ainda com *González v. Raich* (2005)⁵ que negou o direito ao plantio medicinal de *marijuana* como prescrição médica a dois cidadãos cuja condição de saúde só era restabelecida com o consumo de um extrato contido na droga⁶. Esses são só alguns exemplos de casos⁷ cuja decisão tomada foi *subótima*, ou seja, não fosse a influência da obrigação geral de adesão ao direito, juízes se sentiriam autorizados a atingir veredictos moralmente superiores às partes derrotadas.

Nosso objetivo será mostrar que os juízes têm um dever moral geral de evitar injustiças decorrentes da aplicação do direito injusto. Para provar nossa tese, adaptaremos à teoria da nulidade do júri (*jury nullification*) ao caso da obrigação judicial. Segundo essa teoria, os jurados de um tribunal do júri têm o dever moral de decidir contra o direito⁸. Demonstraremos como as mesmas razões aplicadas ao júri são perfeitamente cabíveis à hipótese da desobediência

³ Nós os autores não queremos afirmar que inexistente escravidão no mundo ou que isso não é um problema persistente. Nosso ponto é mais simples: Estados, ao menos os que se consideram como democráticos liberais, colocam-se como agentes promovedores da liberdade e não toleram, como antigamente, qualquer política ou postura pró-escravidão. Estamos em aberto quanto a crítica de que os Estados deveriam fazer mais para combater esse mal.

⁴ “*Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003)”, Justia Law, acessado 30 de janeiro de 2018, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/63/>.

⁵ “*Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005)”, Justia Law, acessado 30 de janeiro de 2018, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/1/>.

⁶ Jeffrey Brand-Ballard, *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*, 1ª ed. (Oxford ; New York, N.Y.: Oxford University Press, 2010), 79–80.

⁷ Para mais casos semelhantes aos indicados, consultar Ballard (2010) nas mesmas páginas indicadas acima.

⁸ Michael Huemer, “The Duty to Disregard the Law”, *Criminal Law and Philosophy* 9 (2016): 16.

judicial ao direito. Em outras palavras, se aceitarmos o dever de nulidade do júri, também teremos que aceitar um dever de nulidade por parte dos juízes. Em síntese, defenderemos as seguintes teses:

A) Princípio da prevenção: Mantida todas as coisas, é impermissível a um agente moral causar um mau injusto à terceiros quando está no seu poder a prevenção dessa injustiça.

A) Aplicação do princípio da prevenção à nulificação:* membros do júri diante de casos em que o direito é injusto estão vinculados a este dever moral de prevenção.

B) Conexão entre nulificação do júri e nulificação judicial: Se for verdadeiro que existe um dever de prevenção para o júri, é igualmente verdadeiro que tal dever de prevenção existe para oficiais do direito, em especial aos juízes.

Esclarecemos ainda que as conclusões que almejamos são exclusivamente filosóficas e normativas. Um exame acerca da nulidade do júri ou judicial pode envolver três aspectos⁹, cada um responsável por responder questões diferentes, embora relacionáveis entre si:

- 1) *Uma teoria normativa:* quer saber como o júri e juízes devem julgar;
- 2) *Uma teoria empírica:* quer relatar como o júri ou juízes de fato julgam;
- 3) *Uma teoria atitudinal:* quer descobrir como o comportamento do júri ou juízes influencia em bons ou maus julgamentos;

Tendo esses aspectos em mente, restringimos nossa análise apenas sobre a teoria normativa. Então, nossa dedicação é tornar claro como os membros do júri e do judiciário devem ou deveriam julgar, sem necessariamente nos comprometer com a prescrição de como esses agentes precisam julgar em concreto. Essa última é uma questão carente de dados empíricos e atitudinais somente obtidos através de 2 e 3, que nos mostrem como um júri ou juízes de fato julgam e projetem quais atitudes esses deliberadores têm ao decidir. Somente por meio da conjunção entre essas três abordagens é que nos seria possível transportar, com certa certeza, nossa tese normativa para a prática sem o risco de causar prejuízos inesperados (*e. g.*, mais injustiças do que hoje ocorrem).

⁹ Nos inspiramos na mesma divisão metodológica sugerida por Jason Brennan a respeito de quais seriam os deveres dos cidadãos quanto à representação política. Em *The Ethics of Voting*, Brennan quer apenas trabalhar com o aspecto normativo, buscando responder à questão: teriam os cidadãos o dever moral de votar para escolher seus representantes políticos? O exame filosófico dos argumentos sugerirá que não. Mas daí, não se segue que devemos abolir de agora em diante modelos de democracia representativa, pois apenas uma análise dos outros dois aspectos nos permitirá chegar a uma resposta prática mais completa. Jason Brennan, *The Ethics of Voting*, (Princeton: Princeton University Press, 2012), 9.

Feitos esses esclarecimentos, dividimos o artigo em duas seções. Na primeira, explicaremos o que é a nulificação do júri. Após essa exposição, explicaremos porque a nulificação é moralmente adequada, ou seja, defenderemos o item (A*) mencionado acima. Defenderemos que a nulificação é derivada do princípio moral da prevenção e, por isso, ela é justificada. Na segunda seção, exploraremos a conexão entre o dever de nulificação por parte do júri e o dever judicial de não aplicar leis injustas. Defenderemos a tese (B): juízes, diante de casos em que os resultados do direito são injustos, também estão diante de um dever moral de prevenção.

1. O ARGUMENTO DA NULIDADE DO JÚRI E O QUE ELE IMPLICA

A nulidade do júri é a prática na qual os jurados que compõem o tribunal do júri, portanto, responsáveis por julgar o réu que está sendo processado perante eles, decidem desconsiderar o resultado legal que conduz a solução do caso para absolver o réu. Os jurados assim decidem por terem a crença de que seguir o direito é injusto. A nulidade pode ocorrer por três hipóteses¹⁰: i) pelo fato de os jurados considerarem o direito aplicável injusto como um todo; ii) apesar de reconhecerem que as leis direcionadas ao caso estão corretas como norma geral, os jurados concluem que sua aplicação ao caso particular será injusta; iii) ou por considerarem o réu culpado, mas concluírem que a pena é muito severa.

A primeira hipótese é exemplificada pela absolvição de um réu acusado de ter realizado o suicídio assistido de um paciente terminal, sendo que o júri assim decidiu por considerar a criminalização geral da eutanásia injusta.

Um exemplo da segunda é ilustrado por Hurd¹¹. A filósofa descreve um caso onde Smith é acusada pelo homicídio do seu marido. A ré confessa tê-lo matado enquanto dormia, embora tenha cometido o ato para proteger sua vida e a dos seus filhos, pois todos viviam sob constante violência física e psicológica. O crime fora consumado pela crença justificada de que era impossível garantir a segurança de todos numa fuga eventual. Diante dos elementos probatórios apresentados, se o júri concluir que a ré é inocente, estará desconsiderando normas que preveem a absolvição apenas em casos de legítima defesa. Levando-se em conta que essa excludente de ilicitude é, de fato, incabível no caso sub judice, o júri está absolvendo Smith porque considerou a solução jurídica injusta, muito embora as normas penais contra o homicídio e as que garantem a legítima defesa sejam, em geral, justas.

¹⁰ Michael Huemer, "In Praise of the Lawless Jury", 2017, <https://philarchive.org>.

¹¹ Heidi M Hurd, *O Combate moral* (São Paulo: Martins Fontes, 2003), 13–14.

Por fim, a terceira hipótese representa o caso de um tribunal do júri nos Estados Unidos, no começo do século XX, ter concluído ser injusta a condenação de homicidas à pena capital por eletrocussão.

Esclarecemos que a teoria da nulidade do júri, nas situações i) e ii), requer que o réu esteja sendo processado por um ato claramente ilegal, ou seja, sua conduta contraria normas jurídicas criminais ou cíveis¹² que lhe aplicam algum tipo de sanção, como indenização, encarceramento ou multa. Porém, esse ato é considerado moralmente permissível (ou até mesmo obrigatório). Em outras palavras, o ato é legalmente impermissível, mas moralmente permissível.

Dito isto, a nulidade que nos interessa não abarca a hipótese de um júri absolver o réu comprovadamente responsável por abrir fogo contra os espectadores em uma sessão de cinema (supondo que por puro sadismo). Nesse cenário, não há base para considerar o ato moralmente permissível. Temos nessa situação um caso em que há nulidade impermissível, tanto moral quanto legal, e que foi, muito provavelmente, causada pela negligência ou incompetência dos jurados. Assim, analisamos casos de nulidade presumindo que os jurados cumpram a expectativa básica do seu múnus público, nomeadamente, julgar os réus com probidade diante dos fatos e graus de culpabilidade dos agentes.

Já, na situação iii), diferentemente das anteriores, o réu comete um ato condenável tanto do ponto de vista legal, quanto moral. Mas, a punição legal para a essa conduta é demasiadamente severa. Os jurados chegam à convicção moral de que o ato lesivo requer uma sanção mais branda que a legal, *e.g.*, ao invés do encarceramento, talvez uma simples multa seja suficiente. Desse modo, iii) representa um cenário de desproporcionalidade entre a pena prescrita pelo direito e o mal cometido pelo infrator, o que faz a punição legal ser moralmente impermissível, motivando assim sua nulidade¹³. Há punições, por exemplo, para a pirataria de internet em que os réus são condenados a penas de prisão. Admitindo que seja ilegal e imoral violar a propriedade intelectual em meios digitais, ainda assim um júri poderia absolver o réu por considerar que essa conduta não merece ser punida com pena de reclusão¹⁴.

Outra qualificação da tese da nulidade é que o júri só pode utilizá-la para absolver o réu. Não existe nulificação para punir alguém, já que a atuação do

¹² Há tribunais do júri que julgam casos cíveis e penais. O sistema jurídico dos EUA, por exemplo, confere ao júri competência em matéria penal e civil. O sistema jurídico brasileiro, por outro lado, só confere ao júri competência penal em crimes dolosos contra a vida.

¹³ Podemos dizer também que há então uma diferença no nível onde ocorre a reprovação moral entre i) e ii) em relação a hipótese iii). Nos primeiros, o júri considera a prática do crime em si injusta, logo, o réu em julgamento não mereceria punição. Enquanto no segundo, o júri reprova apenas a proporcionalidade da pena.

¹⁴ No Brasil só temos júri para casos penais decorrentes de crime doloso contra a vida, em razão disso só exploraremos casos penais neste artigo.

júri é regida pelo princípio da presunção de inocência. Possivelmente, todos os ordenamentos jurídicos são guiados por esse corolário, de modo que o direito não admite condenação sem fundamento legal. Para ilustrar os casos de nulidade do júri¹⁵ consideramos o seguinte caso¹⁶:

Joana é uma técnica de enfermagem. Em 2006, Maria realizou um procedimento abortivo em uma jovem de 14 anos, cobrando por tais serviços o valor de cinquenta reais. A mãe da jovem descobriu indícios do crime após encontrar o feto no quintal de sua casa. Joana fora denunciada pelo crime de aborto praticado por terceiro com consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal). Durante a seção de julgamento, Joana confessou o crime, não restando dúvida, portanto, da autoria do fato. Além disso, no direito brasileiro, o aborto só não é punido se praticado por médico e se tal prática visar salvar a vida da gestante, em razão das dificuldades da gestação, ou se a gestação é fruto de estupro¹⁷. Desse modo, do ponto de vista legal, os jurados deveriam considerar os atos praticados por Joana como criminosos. Entretanto, o tribunal do júri decidiu pela absolvição.

É difícil especular as razões que levaram os jurados a tal entendimento, uma vez que eles não precisam fundamentar as decisões¹⁸. Gostaríamos de especular que as razões que parecem relevantes para a decisão enquadram-se em todas as três hipóteses do conceito de nulificação. Em primeiro lugar, os jurados poderiam ter a crença que o crime de aborto não é um crime, pois o feto não é uma entidade digna de proteção jurídica¹⁹. Assim sendo, as leis penais

¹⁵ No direito norte americano um dos casos mais famosos é o *Crown v. John Peter Zenger*, em que o tribunal do júri decidiu contra as leis de imprensa da época, inaugurando a tradição norte americana da liberdade de imprensa. “*Crown v. John Peter Zenger, 1735*”, acessado 29 de janeiro de 2018, <http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/history-new-york-legal-eras-crown-zenger.html>. O teor da decisão pode ser visto em: http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/History_Tryal-John-Peter-Zenger.pdf.

¹⁶ O caso é verídico. Nós, os autores, alteramos os nomes das pessoas envolvidas por considerarmos indelicado a utilização dos nomes reais dessas pessoas. O caso é este: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=08269725&comrCodigo=433&numero=1 E o caso foi noticiado pela imprensa, por exemplo, em: “Júri absolve mulher que confessou procedimentos abortivos em adolescente em Montes Claros” G1, Grande Minas, acessado 29 de janeiro de 2018, <https://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/juri-absolve-mulher-que-confessou-procedimentos-abortivos-em-adolescente-em-montes-claros.ghtml>.

¹⁷ Há outras hipóteses como o caso da anencefalia.

¹⁸ Thom Brooks, “A Defence of Jury Nullification”, *Res Publica* 10, n° 4 (1° de dezembro de 2004): 402, <https://doi.org/10.1007/s11158-004-2329-3>.

¹⁹ O filósofo Peter Singer justifica um argumento desse tipo. Por exemplo, não crê que o mero pertencimento à espécie *homo sapiens* seja condição suficiente para se garantir o direito à vida, pois não seria correto a identidade entre *ser humano* e *pessoa*. Para Singer o direito à vida, e o *status* de pessoa ou sujeito de direitos, somente começa à partir do momento em que o feto seja capaz de sentir dor. Logo, abortos provocados em estágios iniciais de gestação ou próximos de completar vinte semanas (que estatisticamente são os que mais ocorrem por escolha voluntária) seriam moralmente justificados, já que não causariam sofrimento ao feto. – Peter Singer, *Ética Prática*, 1° ed (Lisboa: Gradiva, 2000).

como um todo são injustas. Em segundo lugar, os jurados poderiam pensar que, embora o feto mereça proteção jurídica, a aplicação do crime de aborto, dado as circunstâncias particulares do caso, é injusta. Em terceiro lugar, mesmo considerando que o ato da ré é legalmente proibido e moralmente condenável, a pena que seria imposta a ela seria muito pior que a ação cometida.

Esclarecido tudo isso, a próxima pergunta é se a prática da nulificação é moralmente adequada. Ou seja, se nos casos em que o direito é injusto, é moralmente permissível ou obrigatório aos jurados nulificar o direito. Defendemos que o júri está obrigado a nulificar em razão do *'princípio moral da prevenção'*. Segundo esse princípio, “mantidas outras circunstâncias [*other things being equal*], é errado conscientemente levar uma pessoa a sofrer um prejuízo grave, injusto”²⁰.

Para defender esse princípio, mencionamos a seguinte história real contada por Rachels²¹: durante a Segunda Guerra Mundial pescadores holandeses clandestinamente transportavam judeus refugiados para a Inglaterra. Em algumas dessas viagens ocorria a interceptação das embarcações holandesas por agentes nazistas. Como de praxe, os oficiais nazistas perguntavam aos pescadores se eles estavam transportando judeus. Sabemos que em condições gerais é errado mentir, pois não tratamos as pessoas com o devido respeito. Assim sendo, quando questionados pelos oficiais nazistas, os pescadores tem duas opções: mentir – e assim não os tratar com o devido respeito – ou dizer a verdade e condenar todos os judeus ali refugiados a danos excessivamente cruéis, como prisões e campos de concentração. Admitindo que os judeus estivessem bem escondidos e que os pescadores não expunham suas vidas a risco excessivo, parece intuitivo crer que a opção correta é a primeira²². Ou seja, quando sabemos que nossas ações geram algum tipo de dano a terceiros, temos uma obrigação de evitar tal ação, a menos que exista uma presunção muito forte pelo contrário, por exemplo, que a injustiça causada tenha um benefício muito maior.

Voltando para o caso do júri de Joana, a situação moral dele é semelhante ao caso dos pescadores holandeses. Os jurados representam os pescadores; os oficiais do Reich, nosso Estado; e Joana, os judeus sendo transportados. Quando os jurados são questionados sobre a resolução do caso, o Estado está perguntado a eles se Joana merece punição por ter violado uma lei moralmente desculpável. Caso os jurados digam que sim, eles estão infligindo um mal injusto a Joana, pois ela está sendo punida por um ato moralmente desculpável sobre o qual pessoa alguma merece punição. O tipo de dano infligido a

²⁰ Huemer, “In Praise of the Lawless Jury”, 3. Tradução livre de: “other things being equal, it is wrong to knowingly cause a person to suffer serious, unjust harm.”

²¹ James Rachels, *Os elementos da filosofia da moral*, trad. Roberto Cavallari Filho (Barueri: Manole, 2006), 128.

²² Esse caso hipotético é semelhante a um cenário de mentira elaborado por Huemer em “*The Duty to Disregard the Law*”: 3-4.

Joana é, neste caso específico, seu futuro encarceramento. Do mesmo modo em que os pescadores têm um dever de prevenir um mau aos judeus em fuga, os jurados devem prevenir um mau a Joana, decidindo, assim, pela nulificação do direito. Portanto, quando um júri está diante de um caso em que o direito é injusto, é moralmente errado condenar uma pessoa com base nessa lei injusta.

2. DO ARGUMENTO DA NULIFICAÇÃO DO JÚRI PARA A NULIFICAÇÃO JUDICIAL

Como sugerimos na seção anterior, o *jury nullification* é derivado a partir do princípio moral da prevenção, que nos diz que é errado afligir uma pessoa com um mal injusto. Logo, se um agente cometeu uma infração legal moralmente desculpável, não devemos aplicar-lhe a sanção prevista pelo direito. Temos a convicção de que, mantido todas as coisas, se esse princípio é aplicável ao júri, ele é plenamente cabível aos juízes, simplesmente pelo fato dele ser a expressão de um dever moral geral, portanto, recomendado para qualquer agente.

Logo, juízes igualmente estão sujeitos ao dever de não causar dano injustificado a terceiros. Isso implica que juízes deveriam estar autorizados a desconsiderar regras jurídicas que geram vereditos injustos, não só em casos onde o júri está presente, e se requer do juiz a confirmação da vontade soberana dos primeiros na sentença, como também em litígios onde somente o juiz (ou um colegiado de juízes) é responsável pela decisão. Nesse sentido, os juízes competentes para julgar uma disputa envolvendo o *Fugitive Slave Act*, ou os juízes da corte que negou aos réus o direito de plantar *marijuana* para fins medicinais, deveriam julgar em contrariedade aos materiais jurídicos disponíveis.

Encontramos evidências para o reconhecimento da nulidade judicial no chamado *dilema do perspectivismo jurídico*, um impasse teórico construído por Heidi Hurd, que coloca os deveres atribuídos ao papel judicial no centro da discussão. A solução para o dilema justifica o dever dos juízes desobedecerem ao direito quando necessário, além de sugerir que tal dever é uma prática genuína do juiz agindo *qua* juiz. Noutras palavras, faria parte da natureza do papel judicial a função de evitar a ocorrência de injustiças pela aplicação do direito.

Apesar de não adotar o termo usado até aqui, Hurd concorda com o princípio da prevenção ao apresentar o que chamou de “*retributivismo frágil*”. A pensadora parte de um caso (vide o exemplo para a hipótese *ii* da nulidade do júri), cuja conduta praticada pelo agente é considerada moralmente desculpável, embora ilegal. A partir dele, defende o *retributivismo frágil* afirmando que, para o postulado,

o mérito moral constitui uma condição necessária de culpa ou punição: os indivíduos moralmente inocentes (indivíduos cujas ações são justificadas) não

merecem punição e, assim, não deveriam ser punidos, mesmo quando sua punição pudesse produzir um bem-estar. O princípio do retributivismo [frágil] mostra sua força intuitiva no sentimento de que é moralmente repulsivo culpar ou punir indivíduos que fizeram exatamente o que deveriam ter feito²³.

Logo, se estamos diante de um caso cuja aplicação do direito produz um resultado moral *subótimo*, já que a ação praticada pelo agente é moralmente desculpável, sua conduta não deveria ser punível. Hurd pensa que o *retributivismo frágil* decorre da *tese da correspondência*. De acordo com ela, uma ação não pode ser moralmente avaliada como correta pelo agente que a praticou, mas incorreta pelo oficial do direito responsável por julgá-la²⁴. De um modo mais conciso, essa tese adota o seguinte: *se é moralmente permitido A fazer φ, então é impermissível que B repreenda A por fazer φ*. Assim, se reconhecermos que é moralmente permissível aos réus plantar *marijuana* para fins medicinais, então é impermissível que juízes os repreendam com uma sentença desfavorável²⁵.

No entanto, tal raciocínio não é aceito tão facilmente. A noção de que juízes estão estritamente vinculados à autoridade do direito nos impede reconhecer a tese da correspondência como verdadeira. É por causa dessa percepção sobre a adesão judicial ao direito que existe o *dilema do perspectivismo jurídico*. Esse dilema surge quando admitimos a prática de uma conduta ilegal e moralmente desculpável, embora também concordemos que é dever dos juízes seguir regras.

O perspectivismo jurídico é causado pelo argumento de que existe uma moralidade profissional ou relativa a funções (*role morality*) que seria distinta da moralidade ordinária²⁶. Um agente vinculado pela *role morality* se vê obrigado a decidir conforme padrões morais fixados por convenções específicas da profissão que ocupa²⁷. Já um agente que decide conforme a moralidade ordinária está livre para agir conforme razões morais não constrangidas, ou seja, não limitadas pela moralidade relativa à função. A moral ordinária é um tipo de moralidade crítica, na qual a discussão sobre se um ato é certo ou errado independe do papel ou profissão que alguém ocupa²⁸.

²³ Hurd, *O Combate moral*, 16–17.

²⁴ Hurd, 4.

²⁵ A tese da correspondência moral também é facilmente compatível com um caso levado ao júri. Se reconhecemos que é moralmente permissível Joana ter praticado o aborto, então é impermissível que o júri a condene pelo crime.

²⁶ O debate entre a moralidade ordinária e a moralidade dos papéis sociais é um tema próprio discutido pela ética prática e metaética. Mais sobre a discussão em: Benjamin Freedman, “A Meta-Ethics for Professional Morality”, *Ethics* 89, nº 1 (1978): 1–19.

²⁷ Tim Dare, *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role*, 1ª ed. (Routledge, 2016), 30.

²⁸ Daniel E. Wueste, *Professional Ethics and Social Responsibility* (Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, 1994), 104.

Por exemplo, na medicina, profissionais de saúde prestam o *Juramento de Hipócrates*. Os termos do juramento impõem aos médicos zelar pela saúde dos pacientes, utilizar todos os meios disponíveis na medicina para cuidar dos enfermos e não causar-lhes danos. É comum argumentar que o juramento cria um dever moral especial para o médico: ele jamais deverá contribuir para a morte de um paciente²⁹. Assim, médicos não seriam autorizados, em virtude da sua moralidade profissional, a fazer a eutanásia voluntária de pacientes terminais. No entanto, não estivesse vinculado pelo juramento, o médico poderia invocar razões da moralidade ordinária para justificar a eutanásia. Poderia argumentar que a eutanásia seria correta, pois o paciente terminal não tem chances de reabilitação, e porque mantê-lo vivo causa muito sofrimento a ele próprio e a seus familiares.

Cenário semelhante se passa com jurados ou juízes. Esses, vinculados por uma obrigação de fidelidade ao direito, teriam o dever especial de julgar em conformidade aos padrões jurídicos.

Porém é justo argumentar que a força desse vínculo especial não é o mesmo para jurados e juízes. Membros do júri são convocados para exercer uma função institucional temporária, de modo que, se realmente existe uma obrigação especial, ela termina com o voto do júri sobre o caso particular. Já para o caso dos juízes, a obrigação especial de obediência é persistente, dado que ela seria intrínseca ao ofício.

Desse modo, podemos afirmar que a obrigação judicial é mais robusta que a obrigação do júri, porque ela impõe deveres mais duradouros sobre seus agentes. Sugerimos que é por essa razão que a nulificação do júri tem alguma aceitação prática, enquanto a nulificação judicial é bastante contestada. Ou seja, é a percepção de que a *role morality* é mais forte para juízes o elemento que explica essa resistência à aceitação da nulificação judicial. Essa sugestão encontra força na aparente necessidade de juízes obedecerem ao direito para preservar instituições justas. Michael Moore explica que:

[E]m um sistema jurídico cujas leis são substancialmente justas em seu conteúdo, um juiz tem uma razão adicional para considerar tais leis como autoritativas para suas decisões. Isso ocorre porque todos, juízes e cidadãos, têm uma obrigação de suportar instituições justas. Essa obrigação de suportar leis justas não dá origem a uma obrigação geral de obedecer às leis por parte dos cidadãos, porque, Raz afirma, 'é um exagero melodramático supor que cada transgressão do direito' por um cidadão cria um exemplo tão ruim que irá ameaçar o sistema justo de leis que todos têm obrigação de apoiar. Embora Raz não diga, presumivelmente não é tão exagerado alegar que juízes não

²⁹ Gary Seay, "Euthanasia and Physicians' Moral Duties", *The Journal of Medicine and Philosophy* 30, n° 5 (outubro de 2005): 517, <https://doi.org/10.1080/03605310500253071>.

podem desconsiderar as leis enquanto exercem seus cargos sem desmotivarem por seus exemplos um grande número de concidadãos a obedecer por si mesmos. Porque os cidadãos podem muito bem pensar que se até juízes podem transgredir leis em sua conduta profissional, que razão existiria para cidadãos comuns aderirem a elas? Se esse é o caso, então juízes têm uma obrigação especial de obedecer às leis enquanto julgam, uma obrigação reconhecidamente dependente de sua posição num sistema jurídico cujo conteúdo das leis é relativamente justo³⁰.

Esclarecemos que a obrigação moral de suportar instituições justas é geral e não implica, necessariamente, numa obrigação moral de obediência a toda lei. Um sistema jurídico razoavelmente justo contém leis presumivelmente justas, de modo que transgressões a algumas regras são admissíveis, *e. g.*, a nulidade do júri é exemplo claro disso. No entanto, transgressões judiciais às regras jurídicas são mais difíceis de defender em virtude da posição oficial que juízes ocupam no direito.

Em que pese o argumento de que juízes têm uma obrigação moral mais forte de respeito ao direito, ainda não existe consenso filosófico acerca da moralidade relativa a papéis ser um domínio normativo independente ou distinto da moralidade ordinária. Assim, é possível que a *role morality* seja um campo de aplicação específico da moralidade ordinária de maneira que ocupantes de funções específicas não poderão justificar como corretas decisões contrárias ao que a moralidade ordinária requer³¹. Nesse caso, se as melhores razões morais requerem que o médico faça a eutanásia, ou que o juiz julgue contra padrões do direito, ambos teriam permissão para assim decidir.

Retornando ao problema do perspectivismo jurídico, as razões que apresentamos acima mostram que conformar-se com ele, ou renunciá-lo em prol de uma obrigação moral estrita ao direito, não são opções tão evidentes. É possível

³⁰ Michael S. Moore, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, 1ª ed. (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000), 134. Tradução livre de: “in a legal system with laws substantively just in their content, a judge has an additional reason to regard those laws as authoritative for his decisions. This is because everyone, judges and citizens alike, has an obligation to support just institutions. This obligation to support just laws does not give rise to a general obligation to obey the laws on the part of citizens. Raz asserts, because ‘it is a melodramatic exaggeration to suppose that every breach of law’ by a citizen sets such a bad example that will endanger the just system of laws everyone has an obligation to support. Although Raz does not say so, presumably it is not nearly such an exaggeration to claim that judges cannot disregard the laws as they exercise their offices without demotivating by their example a large number of their fellow citizens to comply themselves. For citizens might well think that even if judges can be lawless in their official behaviour, what reason is there for ordinary citizens to be law-abiding? If this is so, the judges have a special obligation to obey the laws as they judge, an obligation admittedly dependent upon their sitting in a legal system the content of whose laws is relatively just”.

³¹ Dare, *The Counsel of Rogues?*, 34.

que a moralidade profissional tenha de se conformar com a moralidade ordinária, de modo que a primeira não pode ser incompatível com a segunda³².

Sobre o dilema propriamente dito, aceitá-lo cria uma contradição, pois admitiríamos que uma mesma conduta moral seja igualmente julgada correta pelo agente que a pratica, mas incorreta pelo oficial do direito que a julga. Como soa incorreto preservar o dilema, o perspectivismo precisa ser afastado.

Duas opções estão disponíveis: 1^a) renunciar o *retributivismo frágil*, ou seja, a descrição do princípio da prevenção, e negar que a ação praticada era realmente desculpável; ou 2^a), negar que juízes têm obrigação de estrita obediência ao direito³³.

Podemos afirmar com relativa segurança que as soluções mais comuns variam entre manter a primeira opção ou fazer vistas grossas ao dilema, logo, ocultar sua existência. Isso ocorre devido à ampla percepção de que juízes agem *qua* juizes apenas quando aderem ao direito, mesmo que o custo disso seja o reconhecimento de que certas injustiças inevitavelmente ocorrerão. Larry Alexander e Fred Schauer são exemplos de filósofos que acenam para uma dessas vias.

Ao discutirem as razões que justificam a existência do direito como um sistema de regras, os pensadores presumem um argumento funcionalista. Defendem que o direito somente cumprirá sua função de coordenar as ações dos sujeitos, protegendo valores como boa governança e segurança jurídica, caso ele seja visto como um domínio limitado de razões práticas³⁴. Com isso, querem dizer que o direito só será devidamente obedecido quando suas diretivas são vistas como razões de autoridade que sobrepõem qualquer outra razão moral que esteja fora das fronteiras do que é legalmente permitido. Diante desse motivo, a obrigação judicial precisa ser limitada pelo dever moral de adesão ao direito. Assim, juízes não estarão legalmente autorizados a contrariar regras postas pelo direito, e qualquer decisão que desafie a legalidade de uma norma será vista como um desvio da função judicial. Alexander e Schauer articulam esse argumento da seguinte forma:

Certamente, muitos não concordariam com nossa qualificação de que o juiz não tem autorização para mudar o direito estabelecido, e diriam que saber se um juiz teria tal autoridade é exatamente a questão disputada. Mas, a não ser que estejamos sendo acusados de escapar ao enfrentamento da questão principal, notamos aqui que, ao permitir tal autoridade para juízes, implicaria

³² Tim Dare, "Robust Role-Obligation: How Do Roles Make a Moral Difference?", *The Journal of Value Inquiry* 50, n° 4 (1° de dezembro de 2016): 705-06, <https://doi.org/10.1007/s10790-016-9577-2>.

³³ Esse dilema não afeta somente juízes, pode afetar outros oficiais do direito também, como as autoridades policiais, por exemplo.

³⁴ Larry Alexander e Frederick Schauer, "Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire", *William & Mary Law Review* 48, n° 5 (abr. 2007): 1586.

autorizá-los mudar o direito estabelecido sempre que o julgamento moral do juiz produzisse um resultado superior, e é somente essa concepção do papel judicial (ou do poder de um cidadão) que consideramos inconsistente com a função apaziguadora do direito³⁵.

Os filósofos temem que reconhecer uma tese da nulificação judicial derrotaria o propósito de termos uma ordem jurídica. Porque, se juízes e pessoas em geral passassem a raciocinar levando-se em conta todas as razões morais, erros de julgamento fatalmente aconteceriam com frequência, colaborando para maior falta de coordenação e conflitos morais indesejáveis. Isso contribuiria por minar valores como a segurança jurídica e o estado de direito (*rule of law*).

Nós concordamos parcialmente com essas razões.

Reconhecemos que defender que juízes tenham apenas uma obrigação moral *prima facie* de adesão ao direito é capaz de aumentar a insegurança jurídica e até estimular desobediências injustificadas. Mas essa é uma questão com bases pragmáticas, e somente dados empíricos podem tornar o argumento de Alexander e Schauer mais ou menos factível. Infelizmente, ainda não temos acesso a dados empíricos robustos que provem o ponto que os autores querem estabelecer. É por esse motivo que discordamos em aceitar esse argumento como prescrição correta.

Além disso, mesmo que um argumento contrário à nulidade judicial seja correto para realidades concretas, ele não é suficiente para reconhecermos que seguir regras do direito é a coisa certa a se fazer em abstrato. Conforme destacamos na introdução, nosso propósito foi apresentar um argumento filosófico e normativo. Note que a objeção sugerida por Alexander e Schauer precisa de evidências teóricas sobre outros aspectos da tomada de decisão judicial, portanto, dados fornecidos por análises empíricas e atitudinais também destacadas na introdução.

Então, se o princípio da prevenção que defendemos ao longo do artigo é moralmente correto, a nulificação por juízes deve ser considerada um exercício ínsito do papel judicial. O que se passa é que, na realidade prática, juízes e cidadãos podem lidar mal com a prática da nulidade. Assim, embora filosoficamente correta, a teoria da nulificação judicial talvez não deva ser prescrita como padrão prático de julgamento.

³⁵ Alexander e Schauer, 1589. Tradução livre de: "Plainly many would disagree with our qualification that the judge has no authorization to change the settled law, and would say that whether a judge has such authority is exactly the question at issue. But lest we be accused of begging the central question, we note here that allowing such authority to judges would entail allowing judges to change the settled law whenever the judge's all-things-considered moral judgment produced a superior outcome, and it is just that conception of the judicial role (or a citizen's power) that we take to be inconsistent with law's settlement function."

CONCLUSÃO

Nesse breve ensaio sustentamos o argumento de que juízes têm o dever moral de julgar contra o direito, quando a aplicação de suas regras produzirem injustiças às partes envolvidas. Para sustentar nosso ponto buscamos amparo num instituto que, embora não seja completamente aceito como correto, é reconhecido pela prática institucional, a nulificação do júri.

Indicamos que os jurados de um tribunal têm o poder de absolver agentes culpáveis pelo direito vigente, mas que cometeram infrações moralmente escusáveis. Demonstramos que essa faculdade moral do júri é derivada do princípio da prevenção. De acordo com ele, jurados não devem afligir agentes com prejuízos evitáveis, ou melhor, não devem puni-los com sanção incompatível à justa retribuição da conduta praticada.

Provamos como o princípio da prevenção é um dever moral geral, portanto, capaz de afastar presunções acerca das obrigações impostas pela moralidade ou pelo direito. Dessa maneira, estendemos sua aplicação à tomada de decisões judiciais.

Por fim, vimos como a obrigação de adesão judicial ao direito é resistente, a ponto de criar um dilema moral que produz uma cisão entre moralidades, a moralidade ordinária e a moralidade relativa a funções, à qual imaginamos estar incorreta.

REFERÊNCIAS

- Alexander, Larry; Frederick Schauer. "Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire". *William & Mary Law Review* 48, n° 5 (1° de abril de 2007): 1579.
- Brand-Ballard, Jeffrey. *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*. 1ª ed. Oxford ; New York, N.Y: Oxford University Press, 2010.
- Brennan, Jason. *The Ethics of Voting*. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- Brooks, Thom. "A Defence of Jury Nullification". *Res Publica* 10, n° 4 (1° de dezembro de 2004): 401-23. <https://doi.org/10.1007/s11158-004-2329-3>.
- Butler, Paul. "When Judges Lie (and When They Should) | Minnesota Law Review". *Minnesota Law Review* 91, n° 6 (junho de 2007): 1785-1828.
- "Crown v. John Peter Zenger, 1735". Acessado 29 de janeiro de 2018. <http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/history-new-york-legal-eras-crown-zenger.html>.
- Dare, Tim. "Robust Role-Obligation: How Do Roles Make a Moral Difference?" *The Journal of Value Inquiry* 50, n° 4 (1° de dezembro de 2016): 703-19. <https://doi.org/10.1007/s10790-016-9577-2>.
- . *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role*. 1 ed. Routledge, 2016.
- Freedman, Benjamin. "A Meta-Ethics for Professional Morality". *Ethics* 89, n° 1 (1978): 1-19.
- "Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005)". Justia Law. Acessado 30 de janeiro de 2018. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/1/>.
- Huemer, Michael. "In Praise of the Lawless Jury", 2017. <https://philarchive.org>.
- . "The Duty to Disregard the Law". *Criminal Law and Philosophy* 9 (2016): 1-18.

Hurd, Heidi M. *O Combate moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

“Júri absolve mulher que confessou procedimentos abortivos em adolescente em Montes Claros | Grande Minas | G1”. Acessado 29 de janeiro de 2018. <https://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/juri-absolve-mulher-que-confessou-procedimentos-abortivos-em-adolescente-em-montes-claros.ghml>.

“Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003)”. Justia Law. Acessado 30 de janeiro de 2018. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/63/>.

Moore, Michael S. *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*. 1ª ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

Rachels, James. *Os elementos da filosofia da moral*. Traduzido por Roberto Cavallari Filho. Barueri: Manole, 2006.

Seay, Gary. “Euthanasia and Physicians’ Moral Duties”. *The Journal of Medicine and Philosophy* 30, n° 5 (outubro de 2005): 517–33. <https://doi.org/10.1080/03605310500253071>.

Singer, Peter. *Ética Prática*. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 2000.

Story, Joseph. *Life and Letters of Joseph Story: Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University*. Union, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001.

Wueste, Daniel E. *Professional Ethics and Social Responsibility*. Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tem se apresentado, nos últimos cinco anos, como um dos principais fóruns de discussão e reflexão teórica e crítica sobre o direito constitucional e a filosofia política no Brasil. A terceira edição do Congresso, realizada em Curitiba, pelos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal do Paraná, teve como tema central a Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social, recebendo mais de uma centena de trabalhos enviados por pesquisadores do Brasil e da América Latina. Foram publicados quatro volumes de trabalhos completos, os quais passaram por rigoroso peer review, com as seguintes temáticas específicas: Volume 1: Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política; Volume 2: Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional; Volume 3: Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo; Volume 4: Direitos Humanos e Democracia.



www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

