



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



SARA MARIA DE ANDRADE SILVA

**PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICA: ANÁLISE DISCURSIVA DAS ESTRATÉGIAS DE
DECISÃO DO STF SOBRE COTAS RACIAIS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS
(ADPF 186/DF)**

Tese de Doutorado

RECIFE
2017

SARA MARIA DE ANDRADE SILVA

**PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICA: ANÁLISE DISCURSIVA DAS ESTRATÉGIAS DE
DECISÃO DO STF SOBRE COTAS RACIAIS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS
(ADPF 186/DF)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor(a) em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Linguagem e Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Co-Orientadora: Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima.

RECIFE

2017

Catálogo na fonte

Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

S586p

Silva, Sara Maria de Andrade

Poder judiciário e política: análise discursiva das estratégias de decisão do STF sobre cotas raciais em universidades públicas (ADPF 186/DF) / Sara Maria de Andrade Silva – Recife: A Autora, 2017.
219 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Nobre Pereira Júnior

Co-orientadora: Prof. Dr. Flávia Danielle Santiago Lima

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.

Inclui referências.

1. Direito e política. 2. Ações afirmativas. 3. Poder judiciário - Brasil. 4. Análise do discurso - França. 5. Decisão (direito). 6. Supremo Tribunal Federal - Brasil. I. Pereira Júnior, Edilson Nobre (Orientador). II. Lima, Flávia Danielle Santiago (Co-Orientadora). III. Título.

340 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2017-44)

Sara Maria de Andrade Silva

“Poder Judiciário e Política: Análise Discursiva das Estratégias de Decisão do STF sobre Cotas Raciais em Universidades Públicas (ADPF 186/DF)”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor(a) em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Linguagem e Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Co-Orientadora: Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (Presidente/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Fernando Ângelo Ribeiro Leal (1º Examinador Externo/FGV-RJ)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva: (2º Examinador Externo/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima: (3ª Examinadora Interna/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima: (4º Examinador Interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 18 de dezembro de 2017.

Coordenadora Profa. Dra. **Juliana Teixeira Esteves.**

A minha mãe Elizabete e meu pai Gercino, pelo dom da minha existência e razão de minha persistência. Com minha declaração pública de amor, dedico a vocês este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho foi construído a várias mãos, traduzindo-se no resultado de contribuições valiosas que generosamente recebi e que, espero, tenham sido aqui aproveitadas da melhor maneira possível.

Assim, agradeço aos meus professores orientadores, Edilson Nobre e Flávia Santiago, que assumiram comigo o compromisso de lapidar uma intenção de pesquisa e de transformá-la em um desafio viável, tornando esse momento uma realidade.

A “Flavinha”, que não realizou apenas a troca de ideias relevantes para a minha pesquisa, mas também me impulsionou para novos voos com muita generosidade.

Aos meus revisores, amigos e professores, em especial o Prof. Gustavo Just e Leonardo Almeida, Renata Celeste e Pedro Spíndola que incondicionalmente me distinguiram com sua atenção e souberam perceber os erros e acertos desse trabalho, fazendo-o sempre melhor e me impulsionando às oportunidades.

Aos meus irmãos queridos, Rita, Heitor, Eduardo, Saulo e Alberto, por acompanharem de perto todo o meu trajeto, não deixando de atender a nenhum pedido, urgência ou necessidade, seja qual fosse a sua natureza ou ocasião.

Às minhas queridas amigas e tradutoras Ana Katarina e Mônica Carvalho, com quem compartilhei vários momentos dentro e fora da academia e que me fortaleceram como pessoa e pesquisadora.

A Leideana Farias, meu exemplo eterno de sabedoria, ética e amizade... sempre seguirei seus passos!

A Lara Rodrigues, amiga das artes, da dança e da vida. Um presente do universo para o qual eu devo gratidão.

A todos e a todas que estiveram presentes na minha vida e nesse projeto desde o seu nascimento, não o deixando padecer nas horas em que eu sempre precisei... e foram muitas.

Enfim, a todos os meus amigos e parentes, que direta ou indiretamente me ajudaram na realização desse projeto, com confiança e motivação.

Vocês todos são autores e autoras desse resultado do qual apenas faço parte. Agradeço por terem acompanhado meus passos e os/as homenageio por se traduzirem nos passos que me inspiram seguir.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto estudar as relações entre Direito e Política a partir da própria experiência de Estado e suas respectivas transformações, o que definiu o arranjo político-constitucional entre os poderes e as atribuições do Poder Judiciário. Para tanto, elegeu-se uma estrutura descritiva, de modo que no primeiro eixo de reflexões desenvolvido, foram relacionadas as variações do Estado de Direito com os diversos perfis do Poder Judiciário, desde sua primeira versão – forjada pelo liberalismo clássico –, passando pela modelagem jurídica do Estado Social até chegar aos traços do Estado Democrático e Constitucional. Num segundo plano, e aqui o de maior destaque, a pesquisa se dedicou ao estudo de julgado do Supremo Tribunal Federal/STF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186/DF), cujo objeto discutiu a constitucionalidade de ação afirmativa de cotas raciais em Universidades Públicas. Com esse objetivo, o exame fez uso da Análise do Discurso francesa para apreender as estratégias de produção de efeitos de sentido do STF para elaborar uma decisão legítima, sobretudo vislumbrando uma aparente separação entre Direito e Política. Como conclusão, constatamos que os Ministros do STF, atravessados pela ideologia, fizeram uso de várias estratégias de produção de sentido para legitimar o seu discurso, dentre elas a fixação de sentidos oficiais, a crença de que os sentidos são uma evidência extraída do texto legal, a valorização de que as evidências representam a própria objetividade da interpretação, o efeito ideológico da completude dos sentidos, a aparência de que foi cumprido um itinerário metódico para a construção do resultado e de que a decisão é resultado de um *saber* (razão) e não do exercício de um *poder* (vontade).

Palavras-chave: Direito e Política. Análise do Discurso Francesa. Estratégias Decisórias do Supremo Tribunal Federal. Ações Afirmativas. Cotas Raciais.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto estudiar las relaciones entre Derecho y Política a partir de la propia experiencia de Estado y sus respectivas transformaciones, que definió el arreglo político-constitucional entre los poderes y las atribuciones del Poder Judicial. Para ello, se eligió una estructura descriptiva, de modo que en el primer eje de reflexiones desarrollado, fueron relacionadas las variaciones del Estado de Derecho con los diversos perfiles del Poder Judicial, desde su primera versión – forjada por el liberalismo clásico -, pasando por el modelado jurídico del Estado Social hasta llegar a los rasgos del Estado Democrático y Constitucional. En un segundo plano, y aquí el de mayor destaque, la investigación se dedicó al estudio de juicio del Supremo Tribunal Federal/STF (Argüedad de Incumplimiento de Precepto Fundamental – ADPF 183/DF), cuyo objeto discutió la constitucionalidad de acción afirmativa de cuotas raciales en Universidades Públicas. Con ese objetivo, el examen hizo uso del Análisis de Discurso francés para aprehender las estrategias de producción de efectos de sentido del STF para elaborar una decisión legítima, sobre todo vislumbrando una aparente separación entre Derecho y Política. Como conclusión, constatamos que los Ministros del STF, marcados por la ideología, hicieron uso de varias estrategias de producción de sentido para legitimar su discurso, entre las cuales la fijación de sentidos oficiales, la creencia de que los sentidos son una evidencia extraída del texto legal, la valorización de que las evidencias representan la propia objetividad de la interpretación, el efecto ideológico de la completitud de los sentidos, la apariencia de que se cumplió un itinerario metódico para la construcción del resultado y de que la decisión es resultado de un *saber* (razón) y no del ejercicio de un *poder* (voluntad).

Palabras-clave: Derecho y Política. Análisis de Discurso Francés. Estrategias Decisorias del. Supremo Tribunal Federal. Acciones Afirmativas. Cuotas Raciales.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O ENCONTRO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: ASPECTOS PRELIMINARES	17
2.1	BREVE RETROSPECTO DA HISTÓRIA DO PODER POLÍTICO E JURÍDICO	19
2.2	NOÇÃO DE ESTADO DE DIREITO E SEUS PRECEDENTES HISTÓRICOS	22
2.2.1	Da noção de Estado ao Estado de Direito.....	22
2.2.2	A Formação do Estado de Direito: antecedentes em torno do movimento constitucionalista	25
2.2.3	As revoluções burguesas e sua importância na formação do Estado de Direito .	28
2.3	PRINCIPAIS PENSADORES E IDEIAS ANTIABSOLUTISTAS: por uma nova arquitetura de poder político-jurídico	31
2.4	O ESTADO DE DIREITO LIBERAL E A IDEOLOGIA DAS TRÊS SEPARAÇÕES: os limites da atuação estatal e do poder judiciário na concepção do estado de direito moderno.....	39
3	DO LIBERALISMO AO INTERVENCIONISMO: CARACTERÍSTICAS SÓCIO-HISTÓRICAS DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DO WELFARE STATE.....	48
3.1	A RACIONALIDADE TÉCNICO-FORMAL DA MODERNIDADE JURÍDICA	48
3.2	DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO INTERVENCIONISTA	51
3.3	A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NO CONTEXTO DO ESTADO DE BEM-ESTAR: aspectos de seu surgimento e características transformadoras	62
3.4	O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA AMÉRICA LATINA E BRASIL	65
3.5	OS IMPACTOS DO WELFARE STATE NO DIREITO	72
3.6	ASPECTOS GERAIS DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	77
4	O ESTADO CONSTITUCIONAL E A BUSCA DE UM NOVO PARÂMETRO HERMENÊUTICO.....	83
4.1	RUMO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: itinerários teóricos	83
4.2	PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES: do legalismo hermenêutico à interpretação constitucional.....	90
4.2.1	A perspectiva tradicional da interpretação constitucional	96

4.2.1.1	Os elementos da interpretação	96
4.2.1.2	Princípios instrumentais da interpretação constitucional	99
4.3	A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: parâmetros e categorias ...	102
4.4	O NEOCONSTITUCIONALISMO ENQUANTO EXPLICAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	109
5	ESCOLHENDO TÉCNICAS E INSTRUMENTALIZANDO ANÁLISES: CONCEITOS E ELEMENTOS EM ANÁLISE DO DISCURSO	120
5.1	OS ESTUDOS DISCURSIVOS	120
5.2	ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE DO DISCURSO	122
5.3	A LINGUAGEM NA PERSPECTIVA DISCURSIVA	124
5.4	A NOÇÃO DE DISCURSO NA AD	127
5.5	O PAPEL DO SUJEITO NA ANÁLISE DISCURSIVA.....	129
5.6	A AD APLICADA AO DIREITO.....	130
5.6.1	Especificidades do discurso jurídico	130
5.6.2	O Texto, o discurso e sua análise	135
5.6.3	Princípios gerais de procedimento: em busca de um protocolo de investigação....	136
5.6.3.1	Do procedimento de análise	138
6	ANÁLISE DA ADPF 186/DF	143
6.1	APRESENTAÇÃO.....	143
6.2	DADOS DA ANÁLISE.....	145
6.3	A CONTROVÉRSIA DO INTERESSE SOB EXAME.....	147
6.4	RESUMO DOS VOTOS DOS MINISTROS (QUADRO SINÓPTICO: PROCEDÊNCIA X IMPROCEDÊNCIA)	149
6.5	ARGUMENTOS/RAZÕES UTILIZADOS PELOS MINISTROS PARA JUSTIFICAR SEUS VOTOS	150
6.5.1	Ministro Relator Ricardo Lewandowski	150
6.5.2	Ministro Luiz Fux	152
6.5.3	Ministra Rosa Weber	154
6.5.4	Ministra Cármen Lúcia	155
6.5.5	Ministro Joaquim Barbosa	156
6.5.6	Ministro Cezar Peluso	157
6.5.7	Ministro Gilmar Mendes	158
6.5.8	Ministro Marco Aurélio	159
6.5.9	Ministro Presidente Ayres Britto	160

6.6	ANÁLISE DAS PERGUNTAS DE PARTIDA.....	161
6.6.1	Como o/a Ministro/a define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	161
6.6.2	Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	165
6.6.3	Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?.....	169
6.6.4	Qual tipo de discurso legitima suas posições?	170
6.6.5	A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”	172
6.7	ESTRATÉGIAS DISCURSIVAS: EFEITOS DE SENTIDO PARA UMA DECISÃO LEGÍTIMA	176
7	CONCLUSÕES.....	190
	REFERÊNCIAS	198

1 INTRODUÇÃO

Vivemos hoje em um período tido por muitos como um momento de transição, no qual se constata a certeza das mudanças e, ao mesmo tempo, as incertezas de um novo tempo. Numa era com traços ainda a definir, o que parece restar evidente é que as grandes marcas distintivas da modernidade estão desaparecendo, configurando um estado histórico transitivo no qual nem a modernidade é a mesma, nem um novo tempo já se inaugurou.

Para além desta transição de caráter, às vezes, intangível, algo efetivamente tátil anuncia o presente momento histórico como um período que exige novas posturas e reflexões. O surgimento de novos problemas, bem como o agravamento de antigas adversidades sociais também colocam em causa os pilares e idealizações do movimento ilustrado, de modo que questiona-se o próprio projeto político e jurídico moderno, atualmente incapaz de gerir muitos dos males de nosso século.

Particularmente, no que tange ao âmbito jurídico, observa-se uma crise de princípios que abala o paradigma que sustentou a prática e racionalidade do Direito nos últimos 200 anos, a exemplo da tese da universalidade e objetividade da lei, do princípio da isonomia, da teoria da separação de poderes, dos ideais da democracia representativa e da ideia da soberania dos Estados.

Com tudo isso, fala-se em suposta “crise” do Direito desde meados do século XX, julgamento esse que se converteu em modismo a partir de então. Todas as teses universalistas e abstratas advindas da modernidade se converteram em promessas de difícil concretização, de tal modo que muitos dos seus valores estão sendo revisados pelas motivações das mais diversas, sejam elas de natureza teórica, política ou ideológica.

Incluída neste conjunto de revisões está a busca por um substituto seguro ao paradigma jurídico moderno e tradicional, dado que, em síntese, a ‘crise do poder’ nada mais é que a ‘crise de legitimidade do poder’, poder este que se liga intimamente ao Direito, pois é mediante o monumento jurídico que o poder formal adquire respaldo e assume, ideologicamente, a representação da ordem (AGUIAR, 1990).

É dentro deste cenário que elegemos nosso tema de investigação, contextualizado nos debates clássicos da ciência e da prática jurídica no que tange ao papel do Direito na sociedade e de como ele deve ser aplicado.

Em face disto, o tema proposto para a presente tese doutoral não pode ser classificado como algo inusitado às reflexões jurídicas até então formuladas, tampouco se trata de um fenômeno nascido nos dias atuais. Estamos nos referindo ao relacionamento entre

Direito e Política que dentre as suas manifestações atuais pode se tangibilizar no fenômeno conhecido como “politização do Poder Judiciário” debate que se reacende quando qualquer mudança na prática judicial tradicional se faz repercutir para além dos horizontes estritamente jurídicos, seja em razão de temas novos ou mesmo em virtude da reconfiguração de antigos problemas.

Nas discussões correntes sobre a matéria, as relações entre Direito e Política também se expressam na conhecida da “judicialização das relações sociais”¹, que tem a ver com a ampliação das funções e da discricionariedade do Poder Judiciário enquanto escudo da sociedade e como entidade de controle dos demais Poderes (controle de mérito dos atos administrativos, da condução de políticas públicas e da legalidade ou constitucionalidade das leis); ou seja, trata-se da incorporação de temas que antes eram objeto de controle apenas dos Poderes Legislativo e Executivo e que agora passam ao âmbito de controle jurisdicional, atingindo a teoria clássica da separação de poderes. Já a “politização da justiça” vem sendo entendida como a incidência de interesses políticos e ideológicos na condução dos assuntos judiciais, a exemplo da escolha dos integrantes da magistratura por critérios pessoais ou ideológicos, ou o uso das decisões dos tribunais como arma de luta que escapa aos efeitos burocráticos e processuais de suas sentenças.

Contudo, ainda há uma perspectiva de politização do Poder Judiciário que também trazemos à baila em nosso estudo e que vem apresentada por Habermas (1997, v. 2), ampliando nosso horizonte de possibilidades e enquadramento da temática, qual seja a transcendência do Direito rumo ao universo da Política no ambiente da prática judicial. Explicamos: por universo da Política compreende-se aquilo que, realizando-se mediante projetos de execução gradual, estando sempre aberto ao futuro e suas consequências. Quando o Direito, em sua estrutura atual, prescreve objetivos como o de *bem comum* ou da *justiça social*, e o Judiciário atua numa perspectiva concretizadora, orienta-se conforme a Política, projetando-se, igualmente, para o futuro.

Em qualquer dos casos, como bem assinalam Maciel e Koerner (2002, p. 114), referindo-se aos estudos de C. N. Tate e T. Vallinder, “‘Judicialização da política’ e ‘politização da justiça’ seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos de expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas”. Em ambos os casos, pode-se perceber certa permeabilidade entre as fronteiras do Direito e da Política, o que, certamente, não resulta em opiniões pacíficas. Daí, temos como consequência a profusão

¹ Para aprofundamento do conceito, vide Vianna *et al.* (1999).

de debates e polêmicas que até o presente momento não encontram conciliação, mas que se consagram em dois grandes posicionamentos.

Para uns, as relações entre Direito e Política tem sentido positivo, visto que regulam as paixões políticas e garantem os direitos dos mais vulneráveis. Aqui podemos falar de uma espécie de “poder judicial máximo”, no qual os juízes são a reserva de racionalidade que contém os excessos e perigos da política, inclusive contra a “ditadura da maioria”. Para outros, é um risco à estabilidade dos regimes democráticos, dado que “não é desejável que, em muitos casos, tenham a última palavra funcionários não eleitos que são os juízes. [...]”² (ANSOLABEHERE, 2005, p. 44). Neste caso, os partidários do “poder judicial mínimo” advertem para o eventual perigo que reside nas instituições judiciais, quando sobre elas não se exerce qualquer controle que garanta a imparcialidade de suas decisões ou a primazia da legitimidade forjada no âmbito do Estado Democrático de Direito³.

Diante destas opiniões, vários são os questionamentos que podemos levantar quanto aos perigos ou benefícios do fenômeno da politização do Poder Judiciário. Nesse aspecto, indaga-se se a politização do Judiciário é uma forma de distorção da democracia e do princípio da separação de poderes ou um desdobramento das democracias contemporâneas, em que esse fenômeno se faz necessário diante da omissão do Legislativo e Executivo, dentre outras perquirições.

Tudo isso põe em relevo os vários aspectos da politização do Poder Judiciário, alcançando desde o dever de imparcialidade do julgador até os aspectos que trazem a discussão para o âmbito da teoria da interpretação jurídica (a exemplo da exigência de se decidir com base em parâmetros estritamente legais e de afastar-se da postura arbitrária que decorreria de critérios pessoais ou ideológicos do magistrado). Outrossim, coloca-se em evidência a necessidade de manter a autonomia dos demais Poderes no exercício de suas funções clássicas, de modo a preservar a teoria da separação como requisito para que nenhuma entidade ou governo exorbite no poder que possui por acúmulo de funções⁴.

No que tange a este tema, Leal (2008) assinala que, historicamente, essa alteração na idealização clássica de Montesquieu quanto à separação de poderes se refere ao surgimento do *Welfare State* e suas consequências no jogo de relações do Estado. Estas mudanças tiveram

² Texto original: “no es deseable que, en muchos casos, la ultima palabra la tengan funcionarios no electos que son los jueces. [...]”.

³ Sobre o tema vide pesquisa desenvolvida pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales del México (ANSOLABEHERE, 2005, p. 39-63).

⁴ Na formulação clássica da separação de Poderes desenhada por Montesquieu (2005), um Poder elaboraria as leis (Poder Legislativo), outro executaria as leis (Poder Executivo) e um terceiro julgaria as violações às leis ou a disputa de interesses (Poder Judiciário). Cada um destes Poderes haveria de ser exercido por um corpo distinto, por ser esta a maneira de evitar o seu acúmulo e o seu abuso.

repercussões no âmbito interno ou funcional do Poder Judiciário, assim como alterações externas ou institucionais.

No primeiro eixo de mudanças (internas ou funcionais), observa-se uma ampliação do campo clássico de atuação dos Tribunais, de modo que ocorre uma passagem do papel de mero ‘cumpridor’ da decisão política do Estado para o papel de ‘controlador’ de tais decisões. Tal controle pode se dar sob duas formas: a primeira diz respeito ao “controle da constitucionalidade das leis”, emanadas do Poder Legislativo e, em pequena medida, do Poder Executivo, quando possui autorização e competência para legislar em relação a algumas matérias ou situações. Neste caso, o Poder Judiciário representa o papel de ‘intérprete último da Constituição’, exercendo um controle político sem precedentes na história da relação entre os três Poderes. Já na segunda forma de controle, o “controle dos atos administrativos”, o Judiciário vigia, orienta e corrige a atuação da Administração Pública em geral, seja de forma preventiva, concomitante ou subsequente. Em lúcida observação sobre o tema, Just (2005, p. 26, grifo nosso) assim esboça a matéria:

Ocorre que, no caso do controle de constitucionalidade, a tensão com o princípio democrático se põe de um modo imediato e abstrato, independentemente da forma e dos resultados concretos do exercício dessa prerrogativa, o que significa que é a própria lógica da organização constitucional que se encontra assim em questão. Por outro lado, o controle de **constitucionalidade é geralmente reconhecido como o mais importante e o mais ativo entre os mecanismos de intervenção da autoridade judicial, e particularmente da corte constitucional, na vida política [...]**.

Em relação ao segundo eixo de transformações (externas ou institucionais), verifica-se que, pelo aumento de produção legislativa para cumprir as exigências do intervencionismo estatal (com seu teor geral e principiológico), um elevado grau de discricionariedade se instaurou nas decisões judiciais. Isso afastou a clássica neutralidade dos juízes, dada a abertura no campo da interpretação dos conceitos indeterminados da lei e a necessidade de inovação jurídica e judicial para tratar dos novos casos concretos.

Contudo, o mais profundo efeito de todas estas transformações internas e externas que alcançaram o Poder Judiciário é o de que as decisões judiciais passam a ser cada vez mais motivadas por finalidades e consequências práticas a serem atingidas e menos pela argumentação baseada em premissas jurídicas de natureza técnica ou legislativa.

Some-se a isso uma agenda de novos conflitos que emergem das condições concretas e próprias de nosso tempo, passando a ampliar as pautas dos processos judiciais, de

modo a diversificar o rol de temas que hoje cabe ao Judiciário decidir⁵. Como bem assinala Flávia Santiago Lima (2013, p. 189):

[...] coube a CF-88 a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as ‘judicializáveis’, diante de um texto analítico, que permite que as mais diversas expectativas – e doutrinas – sejam criadas em seu nome.

Tratando-se de um fenômeno empírico e observável, o referido cenário pode ser examinado sob as mais diversas perspectivas. Isso se torna por demais útil, haja vista a necessidade de compreender a atuação judicial para além de seus contornos clássicos, sobretudo ao colocar em causa as teses abstratas que animam as discussões sobre princípios de segurança jurídica, neutralidade do Poder Judiciário ou da teoria da divisão dos Poderes do Estado.

Considerando que o fenômeno pode nos fornecer mais respostas do que aquelas tradicionalmente buscadas, propomos um estudo que intenta abarcar em maior medida a sua complexidade, dado que o contexto atual no qual se insere o Direito requer não apenas uma reflexão ampla e profunda sobre seus aspectos jurídicos mais estruturantes, mas principalmente uma *nova forma de reflexão*⁶.

Daí que propomos um estudo que consinta um encontro entre o Direito e outras ciências. Particularmente, propomos um estudo da permeabilidade da Política no espaço jurídico, tendo como enfoque a atuação do Poder Judiciário no contexto das várias experiências de Estado de Direito na sua perspectiva de processo histórico, conciliando um retrospecto evolutivo às experiências empíricas que se desenvolvem na moldura dessa história socialmente referenciada.

Neste sentido, sendo a estrutura social mutável, o Direito há de refletir as transformações que lhe tocam, direta ou indiretamente, a fim de moldar-se às novas situações nas quais se encontra inserido. Assim, o argumento central deste olhar para o Direito gravita

⁵ Para tratar daquilo que está ou não dentro da pauta judiciária, nasceu nos Estados Unidos a doutrina das “questões jurídicas não judiciáveis”, ou “*political questions*”, para designar as matérias que por sua natureza e substância estão excluídas de exame por parte do Poder Judiciário. Vale salientar, contudo, que em alguns casos, matérias que são tidas como fora da pauta judicial passam a integrá-la em virtude de alguma variação de jurisprudência ou legislação, de modo que estas questões não são fixas e que existe uma tendência crescente à ‘plena judiciabilidade’ dos atos, a exemplo do que ocorre com a ampliação de legitimidades ativas (novas categorias de Direitos, como Direitos difusos ou Direitos coletivos) e com o alargamento das funções jurisdicionais (VIA, 2005).

⁶ Isso não quer dizer que devemos abandonar as perguntas que sempre animaram o Direito enquanto prática e enquanto ciência, mas sim afirma que se faz urgente atingir novas respostas, pois são outros os pontos de chegada que nos desafiam na atualidade.

sobre o fundamento de que cada sistema jurídico traz em si o esforço de adaptação a circunstâncias diferentes daquelas que o originaram, transpondo certos elementos constituintes do sistema original.

Uma vez apresentadas as bases do enquadramento contextual do tema, podemos agora prosseguir na apresentação de nossa pesquisa, neste primeiro momento desenvolvida sob fundamentos bem mais modestos do que a sua ambição já foi capaz de suscitar.

Para esta aproximação, elegemos o desenvolvimento de cinco capítulos nucleares, nos quais abordamos o encontro entre o Direito e a Política, com alguns contornos preliminares à luz da experiência constitucional no ocidente e das bases de formação do Estado de Direito liberal (Capítulo 2), as características sócio-históricas da transição do Liberalismo para o Intervencionismo e os impactos do *Welfare State* no Direito, com os aspectos gerais da politização do Poder Judiciário no Brasil (Capítulo 3), a nova interpretação constitucional, com destaque para o surgimento e características do neoconstitucionalismo e o papel do ‘juiz constitucional’ (Capítulo 4), os estudos em Análise do Discurso francesa como construção de um parâmetro analítico para o enfoque qualitativo de ato decisório do Supremo Tribunal Federal (Capítulo 5) e, finalmente, a análise de decisão do STF em busca de detectar as estratégias para produzir os efeitos de sentido de uma decisão legítima (Capítulo 6).

Adotar-se-á as transformações do Estado e do Direito como fio condutor e aporte teórico da pesquisa, delimitando a moldura histórica que fixa as bases de atuação do Poder Judiciário e seu relacionamento com a Política.

Para tanto, desenvolvemos um arcabouço de caráter historiográfico, traçando uma breve retrospectiva sobre como o Direito vem contribuindo para a legitimação do poder político, bem assim sobre a evolução do constitucionalismo, desde suas raízes modernas - na esteira das grandes revoluções do século XVIII e da formação do Estado de Direito -, o que nos fornecerá pistas para a compreensão das relações entre Direito e Política e do que se previu historicamente para a atuação do poder de julgar na experiência ocidental.

Com ênfase na contribuição da história das ideias políticas para examinar os antecedentes desse paradigma estatal, a abordagem a ser empregada será de caráter descritivo e histórico. Descritiva por tentar expor de maneira detalhada os passos de seu desenvolvimento, sem a ambição de explicar as variáveis que nele interferem, tampouco como elas se relacionam. Histórica por buscar, mediante o exame do passado, os elementos para sua melhor compreensão contextual, assim como para estabelecer um potencial relacionamento com o presente, uma vez que os processos, acontecimentos e instituições do passado influenciam na constituição da sociedade atual.

Nosso objeto de estudo é identificar as relações entre o Direito e as variadas experiências de Estado, bem assim seu impacto na atuação do Poder Judiciário, definindo sua relação com a Política, de modo a torná-lo mais ou menos autocontido. A atuação do Poder Judicial e sua expressão mais ou menos politizada dirá respeito às condições de produção de seu saber/decisão legítimo/a, seja assumindo-se como técnica (razão), seja assumindo-se como política (ato de vontade).

Para fins de estudo empírico, elegemos um julgado do Supremo Tribunal Federal com grande sensibilidade política: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, que teve como objeto a discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas com reserva de vagas, mediante critério étnico-racial, em seleção pública de ingresso em Universidade Pública. A escolha de tal decisão se deve ao fato de repercutir na discussão sobre maiorias x minorias, enfocando a questão da igualdade na perspectiva do acesso aos bens sociais, culturais e simbólicos de minorias historicamente excluídas. Ademais, expõe como o Judiciário, em sua condição contramajoritária, decide sobre questão que antes de ser jurídica é política, pois define, enfim, um projeto de sociedade.

O aspecto inovador da pesquisa proposta encontra-se exatamente na perspectiva de observação desenvolvida. Para emoldurá-lo teoricamente, desenvolvemos a relação entre Direito e Política a partir da própria experiência de Estado e suas respectivas transformações, o que definiu o arranjo político-constitucional entre os poderes e as atribuições do Poder Judiciário. Em seu teor, e aqui realçamos o traço mais original do estudo, ganha destaque o protocolo analítico utilizado, já que fez uso da Análise do Discurso francesa para apreender as estratégias de produção de efeitos de sentido da cúpula de nosso Poder Judiciário para elaborar uma decisão legítima.

Como conclusão, constatamos que, no âmbito da decisão analisada, os Ministros do STF, atravessados pela ideologia, fizeram uso de várias estratégias de produção de sentido para legitimar o seu discurso, dentre elas a fixação de sentidos oficiais, a crença de que os sentidos são uma evidência extraída do texto legal, a valorização de que as evidências representam a própria objetividade da interpretação, o efeito ideológico da completude dos sentidos, o processo de “dessignificação” através do discurso, bem assim a aparência do método e de que o direito é um saber (científico), fundamentado na técnica e na razão, e não um exercício de um poder.

2 O ENCONTRO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: ASPECTOS PRELIMINARES

Conforme já anunciado, no que tange à escolha de nosso tema de investigação, propomos um estudo das motivações sócio-históricas que relacionam a atuação do Poder Judiciário e sua permeabilidade frente à Política com o devir histórico do próprio Estado de Direito.

A razão desta escolha tem a ver com o momento de contradições em que se encontra o Poder Judiciário nos dias atuais, inserido num contexto de questionamento de seu tradicional modelo de atuação. Esse contexto pode ser considerado à luz do diagnóstico de uma suposta “crise da justiça” que, dentre outros fatores, tem na explosão de litigiosidade - decorrente da profusão de leis e direitos, com particular interesse no caso brasileiro - a razão que levou o Judiciário a se converter numa entidade produtora de “respostas burocráticas”, aniquilando a produção criativa de soluções jurídicas e esgotando sua capacidade de atender às expectativas sociais nas suas funções básicas⁷.

Assim, desafios como o da autoavaliação do Poder Judiciário, no sentido verificar sua capacidade de responder a estímulos externos, de atender a critérios mínimos de eficiência e de lidar com novos problemas a partir de um sistema jurídico posto em causa, estão se impondo com urgência crescente.

Na perspectiva aqui apontada, a racionalidade jurídica tradicional e suas teses explicativas passam por um momento de revisão crítica, no qual a reprodução dos modelos de resolução de litígios, da postura institucional isolacionista dos tribunais e do padrão de pensamento cartesiano se mostram insuficientes frente a temas e conflitos emergentes ou ao agravamento de problemas já clássicos.

Por outro lado, observa-se o crescente protagonismo do Poder Judiciário na cena social e política dos mais diversos países, gerando o que se costuma denominar como encontro entre o Direito e a Política no domínio de temas e conflitos que antes estavam a salvo da intervenção do Poder Judicial⁸.

⁷ Segundo Faria (2003), citando o relatório do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra/Portugal (CES) sobre os Tribunais nas sociedades contemporâneas, uma crise atinge o Poder Judiciário nas suas três funções básicas: a *instrumental* (o tribunal como *locus* de resolução de conflitos), a *política* (o tribunal como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, bem como fortalecendo as estruturas do poder vigente e integrando a sociedade) e a *simbólica* (o tribunal como disseminador do sentido de equidade e justiça na vida social e moldando os padrões vigentes de legitimidade da vida política).

⁸ Outros sintomas podem assinalar a ampliação da potência e protagonismo do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Além de intervir em temas que antes lhes eram estranhos (a exemplo dos assuntos políticos e econômicos do Estado), a antiga postura dos tribunais em atuar apenas quando provocados, e num horizonte meramente retrospectivo (versando sobre eventos passados), vem sofrendo câmbios sensíveis, de modo que suas decisões alcançam não apenas o ajuste de situações pretéritas, mas também incidem sobre fatores que se

Circunstância típica deste encontro é a transcendência dos limites legais quando o Judiciário é instado a se posicionar diante de casos de elevada complexidade e que trazem em si implicações econômicas, políticas ou sociais. Nestas ocasiões, dada a obrigatoriedade de oferecer a prestação jurisdicional, os tribunais acabam sendo desafiados a praticar uma criatividade decisória que recorre ao julgamento de questões controvertidas, como o enquadramento da legalidade ou ilegalidade dos atos do Poder Executivo, em face das obrigações que lhe são definidas por lei. Aqui, eles sofrem as acusações de ‘ausência de neutralidade’ ou de exceder os limites de suas funções, configurando um discurso desqualificador de sua atuação enquanto poder legítimo⁹.

A questão acima descrita, contudo, não tem fácil desenlace, pois se os tribunais não atuam nesta direção e preocupam-se em proteger-se de acusações às suas intervenções, correm o risco de se tornar socialmente irrelevantes.

Daí que o atual estágio coloca o Poder Judiciário em persistente polêmica, posto que o seu papel não pode seguir reproduzindo a postura tradicional, tampouco bem se acomoda a uma atitude mais ousada, que não passa sem críticas e sem questionamentos sobre sua legitimidade¹⁰.

inclinam para o futuro de forma determinante. Ademais, as ações judiciais que antes eram controladas pelas partes do processo em seus efeitos e alcance, agora assumem a potência de gerar desdobramentos que extrapolam os seus termos mais imediatos (FARIA, 2003). Acresce-se que a esta ampliação de funções e temas que restam à competência do Poder Judiciário, também se observa que muitos assuntos antes reservados ao controle exclusivo do Judiciário agora lhe escapam ao domínio restrito, o que também tem como consequência a ruptura com a postura tradicionalmente afastada dos tribunais, no sentido de levar a justiça a sair do isolamento social e político no qual se manteve por longos períodos.

⁹ Isso também é o que se denominam as já mencionadas “*questões políticas não judiciáveis*”, ou seja, aquelas questões privativas de outros Poderes do Estado e que não convém ao Judiciário apreciar. Neste caso, cabe aquilo que se denominou “*auto restrição*”, ou seja, a atitude do Poder Judiciário em não considerar que existem direitos absolutos e que, portanto, ele não deve tomar parte em matérias que sejam próprias dos demais Poderes, a exemplo de temas de política econômica. Como postura contrária, pode-se apontar o movimento do “*ativismo judicial*”, segundo o qual deve o julgador considerar as consequências de suas decisões - o que, na corrente do realismo jurídico da primeira metade do século XX, correspondia ao “juiz localizado” -, estimulando uma interpretação dinâmica em detrimento da interpretação estática da norma. Daí também a expressão “governo de juízes”, usada pela crítica a este movimento. Mais recentemente e neste mesmo sentido de decisões localizadas, desenvolveu-se nas Universidades de Chicago e Yale a teoria da “análise econômica do Direito” (*Law & Economics*), que lança mão de métodos da análise econômica no âmbito do Direito, interpretando e avaliando suas normas a partir de parâmetros da economia (VIA, 2005, p. 22-23).

¹⁰ Como nos recorda Neslon Saldanha (2005, p. 51), em seu retrospecto sobre o método no processo de secularização do pensamento jurídico, por muito tempo a legitimidade representou um problema axiológico, ligado a crenças e até a implicações de fé. Com a secularização, a legitimidade do poder passa a se basear no próprio Estado, tese esta que revela seus resquícios teológicos, dado que o Estado reserva para si a condição de fonte exclusiva do poder legítimo, como um verdadeiro dogma da teoria moderna: “Deste modo, a legitimidade, perdendo seu antigo toque divino e seu fascínio histórico, era encontrada na própria forma de elaboração do poder: convergência de vontades, aquiescência de obediências, delimitação-negação do poder como tal. Depois entretanto o Estado cresceu, aumentou em poder e serviços, e o problema da legitimidade foi afetado [...]”.

Dado que a ampliação das questões judicializáveis leva a um inevitável avanço do Poder Judiciário aos diversos âmbitos da vida social, certamente um novo fenômeno se experimenta, promovendo, particularmente, certa permeabilidade entre o Direito e a Política.

As relações entre estes dois campos, contudo, não são recentes, de modo que podemos localizá-las desde a formação das primeiras sociedades com poderes complexos e organizados até o próprio percurso de formação do Estado de Direito, quando o ideário do Constitucionalismo vem consagrar um poder político que, para ser legítimo, deveria estar submetido à lei.

Nesse sentido, e dada a relevância que essas relações remotas e historicamente referenciadas possuem para o presente estudo, dedicamos alguns apartados específicos a esse tal desdobramento historiográfico, tarefa que realizaremos nos itens a seguir.

2.1 BREVE RETROSPECTO DA HISTÓRIA DO PODER POLÍTICO E JURÍDICO

No que diz respeito às origens da organização do poder político-jurídico, pode-se vislumbrar no surgimento das primeiras civilizações seus sinais mais embrionários. As formas de sociabilidade até então existentes estavam baseadas num sistema ainda ‘primitivo’, com pequeno grau de complexidade, enquanto que:

Uma civilização, via de regra, implica uma organização política formal com normas estabelecidas para governantes e governados; implica projetos amplos que demandem trabalho conjunto e administração centralizada; [...] [e implica] a criação de um corpo de sustentação política (PINSKY, 2001, p. 62).

Nesse estágio mais complexo também se dá o desenvolvimento da escrita, o surgimento das grandes aglomerações urbanas e a estratificação da sociedade. A divisão de tarefas se transforma em divisão de trabalho, convertendo-se na marca de uma passagem histórica, já que assinala a “transição de uma economia de auto-suficiência individual ou grupal para uma estrutura que contempla trabalhadores braçais de um lado e organizadores da força de trabalho de outro” (PINSKY, 2001, p. 70).

Esta divisão em duas grandes classes, denominadas por Juan Ramón Capella (2002, p. 41-42) como “comunidade eminente” e “comunidades subalternas”, compõe uma única sociedade, organizada em torno de um processo produtivo no qual a primeira detém os saberes intelectuais e se dedica ao controle do trabalho social, enquanto as segundas cuidam da própria subsistência e sustentam os ditos eminentes.

Certamente, segundo Capella (2002), esta divisão do trabalho e dos benefícios dela advindos não transcorria sem resistências ou conflitos. Uma tensão intrínseca ao modo de produção descrito necessitava de instrumentos para neutralizar e conter tais enfrentamentos, o que não seria mais alcançado apenas com normas de regulação, cuja força estivesse baseada tão somente na persuasão ideológica. Deste modo, foi o poder político, e a seu serviço o Direito, o instrumento capaz de realizar tal tarefa. Este poder político (exercido pela comunidade eminente) tinha a seu lado o saber técnico e organizativo, bem como as forças militares de imposição da ordem e de repressão dos desvios. Assim, esse poder se caracteriza, originariamente, como “*a institucionalização da força cultural-militar*”:

O ‘estado’ [...] detém a suprema capacidade de violência; sustenta a regulamentação social e pode inclusive inová-la [...].

O poder jurídico-político assume as funções seguintes: a) garantir a prestação de sobretrabalho das comunidades subalternas; b) reprimir os intentos de emancipação destas; c) difundir – por si ou através de outras instituições sociais – ideologia de aceitação da ordem político-social, obtendo consenso, interiorização da regimentação pelas pessoas, e hegemonia, em definitiva, para a ‘comunidade eminente’; d) garantir a realização de tarefas de interesse geral [...] (CAPELLA, 2002, p. 44).

Também denominadas como sociedades pré-clássicas, estas comunidades desenvolveram uma nova forma de organização política, na qual lideranças deixam de ser provisórias e sujeitas a contestações para buscar solidez e perpetuidade, tudo sustentado em uma suposta legitimação divina, a exemplo das civilizações egípcia e mesopotâmica. Surge um poder político teocrático, baseado na figura do soberano (rei ou sacerdote) que exerce um poder absoluto e incontestável, em vista de sua divinização ou potencial origem sobrenatural.

Contudo, é na Grécia que se experimenta um dos modelos de organização do poder político-jurídico mais conhecidos da história continental. Sua grande contribuição está nas primeiras reflexões sobre a Política, com Aristóteles, sendo a cidade o espaço no qual a comunidade ordenada se realiza segundo a justiça e o bem comum.

Com a sociedade romana, temos o exemplo de um poder político-jurídico forte e centralizado, sendo o mais representativo dentre todos os outros. Passando por várias experiências de organização de poder, Roma conheceu desde as formas excessivamente centralizadas (poder unipessoal, como na monarquia e no império), até a forma de um poder colegiado, como na república.

Sua grande inovação está no desenvolvimento da noção deste novo formato de organização do poder político que inaugura o conceito de *res publica*, atribuindo-se a Cícero (106-43 a.C.), orador, escritor e pensador político, a realização desta tarefa.

Na sua ótica, o governante, independentemente de estar no exercício de um poder monárquico, aristocrático ou democrático, deve se guiar por um único princípio norteador, o ‘bem comum’. Assim, o interesse comum tem relação com o que é público (*res publica* = pertencente a todos em comum), em oposição ao interesse privado, típico da vida doméstica.

Toda a riqueza das ideias de Cícero ou a grandeza e imponência do império romano não evitaram, porém, o seu ocaso. Desde problemas internos (revoltas plebeias, sucessão conflituosa do poder imperial, corrupção dos governos) a problemas externos (ofensiva dos povos bárbaros e altas despesas com a defesa das fronteiras) acarretaram sua queda, marcando, com a decadência do Império Ocidental (476 d.C.), a passagem para um novo período histórico, no qual o mundo experimentou um momento de instabilidade e enfraquecimento do poder político centralizado.

Inaugura-se um novo momento histórico (Idade Média), caracterizado fundamentalmente pela fragmentação de poderes – políticos e jurídicos -, pelo regime de produção feudal, por uma sociedade estamental e pela centralidade da Igreja Católica como instituição de grande prestígio e influência, tanto espiritual quanto temporal. Aqui, o poder político-jurídico centralizado, forte e laico cede lugar a uma realidade retalhada e submetida ao obscurantismo dos dogmas religiosos.

Após um longo período de instabilidade, uma nova fase conduziu a sociedade a aspirar por uma organização política unificada, consistente e garantidora de direitos essenciais. Animado por imensa insatisfação social, esse período resultou em movimentos de ideais revolucionários – como o inglês, o americano e o francês –, que caracterizaram o pensamento político sucessor, a Modernidade, sobretudo no século XVIII, conhecido como o ‘século das revoluções e das declarações de direitos’.

Num plano mais abrangente, a transição do período medieval para o período moderno vem marcada pelo Renascimento. Nesse estágio, valoriza-se a razão, a dignidade humana e a personalidade individual. Aqui, o paradigma teológico (a divindade como centro do universo e razão de todas as coisas) dá passagem ao humanismo e ao racionalismo: o homem passa a representar o centro de tudo.

[...] o humanismo vem, por isso, a propor uma filosofia antropocêntrica, que desvia o centro da atenção de Deus para o homem: a fundamentação do governo dos homens já não é a realização de fins superiores, mas antes a de garantir aos cidadãos a satisfação das suas necessidades e dos seus interesses (HOMEM, 2001, p. 185).

Em virtude de se iniciar neste momento histórico a gestação do Estado de Direito até seu nascimento, dedicaremos ao período moderno uma atenção particular. Isso se deve ao fato de estarmos diante do que denominaremos ‘antecedentes da formação do Estado de Direito’, um dos aspectos a que se dedica o presente apartado.

Portanto, daremos agora início a um rápido incurso em duas das características da modernidade: a formação dos Estados Modernos e as Revoluções Burguesas. Aqui, temos o cenário do processo de constituição de uma nova forma de organização do poder político-jurídico, cujo auge é o modelo de Estado de Direito que se consagrou na contemporaneidade.

A partir de agora, enfocaremos a primeira fase do paradigma jurídico-político estatal (Estado liberal) que trouxe para o Poder Judiciário características e atribuições específicas para aquele momento histórico e social.

Como bem assinala Campilongo (2011, p. 27), observaremos que:

[...] no interior do sistema jurídico forjado pelo liberalismo, a legislação sempre ocupou um papel central. Com base em uma distinção aparentemente bem demarcada entre legislação e jurisdição, o Poder Judiciário cunhou a imagem de um poder neutro e imune às influências políticas, econômicas ou de qualquer outra natureza. [...]

Para o autor, o Judiciário era assim uma entidade excessivamente fechada e burocrática, pensada para se blindar contra pressões externas, mediante as características de grande unidade interna e obediência a procedimentos de rotina capazes de fazer fluir seu alto grau de operacionalidade.

Vejamos como isso se configurou enquanto resultado do próprio processo de formação do Estado de Direito, sob a forma de um Estado Liberal.

2.2 NOÇÃO DE ESTADO DE DIREITO E SEUS PRECEDENTES HISTÓRICOS

2.2.1 Da noção de Estado ao Estado de Direito

A ideia de Estado já esteve associada a várias designações terminológicas. Os gregos o tinham como dimensões territoriais limitadas às suas cidades que eram chamadas de *polis*, donde se originou a palavra “política” como a arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos o designaram como *civitas* e *respublica*. Os medievais começaram a aplicar a designação moderna de Estado com o uso do latim *status*, que significa “estar firme”. O uso do termo, contudo, apenas foi registrado em 1513, quando Maquiavel escreveu a obra

intitulada “O Príncipe”. A partir de então, o termo “Estado” como derivação do latim “*Status*” vem sendo largamente utilizado em nossa literatura.

O seu significado intrínseco vem representar, para a maioria dos autores, “todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros” (DALLARI, 1989, p.43).

Várias são as formulações teóricas para explicar o aparecimento do Estado. Dentre as razões mais expressivas de sua formação, temos as razões espontâneas, cujas correntes representam a *teoria da formação natural*, e as razões pretendidas, representadas pela *teoria da formação contratual*. Ambas partem do pressuposto de que o Estado teria surgido de agrupamentos humanos não integrados a qualquer sociedade política, ou seja, fundam-se na tese de *formação originária do Estado*. A outra tese existente postula a *formação dos Estados por derivação*, em que estes se organizam a partir de sociedades políticas preexistentes, mediante fracionamento ou união.

A ideia de formação natural do Estado se apoia em quatro grandes teorias. A primeira sustenta que seu surgimento seria resultado do alargamento das famílias primitivas, formando cada uma delas uma unidade estatal diferente; a segunda teoria defende que o Estado se originou da relação entre dominantes e dominados, exercendo nesse processo um papel de regulador natural; uma terceira teoria afirma que o Estado teria nascido por razões econômicas, pela necessidade de associação dos indivíduos para suprir suas demandas humanas, que, isoladamente, não poderiam ser satisfeitas; por fim, a quarta teoria vem considerar que o Estado é uma potencialidade em todas as sociedades humanas em estágio de desenvolvimento ou mínima complexidade.

Em síntese, embora haja várias correntes para explicar o processo de formação dos Estados, a tese que representa o pensamento da maioria dos autores é a de que o Estado foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais que, na sua origem, existiam sem a presença dessa entidade de autoridade superior.

Nesse sentido, o Estado se configura como uma ‘sociedade política’, sendo *societal* por reunir e organizar um grupo de indivíduos em torno de um objetivo comum - em caráter permanente -, e *política*, porque tem sua organização determinada por normas de Direito Positivo, e tal organização se hierarquiza em governantes e governados com vistas ao bem de todos. Os objetivos do Estado são resumidos no conceito de bem público, ou seja, na *ordem* e defesa social. Nesse sentido, o Estado é dotado de autoridade e poder, sendo a ‘ordem’ “o direito de mandar e dirigir, de ser ouvido e obedecido”, enquanto que a ‘defesa social’ significa a “força por meio da qual se obriga alguém a obedecer” (DALLARI, 1989, p.

5). A força que impõe tal obediência, contudo, deve resultar da autoridade, pois o poder sem autoridade constitui-se em tirania.

Os limites à ação autoritária e arbitrária do Estado vêm a ser referenciados na relação que este mantém com o Direito e a legitimidade. A existência de normas que dão ao Estado personalidade jurídica, atribuindo-lhe deveres e restrições, é o que assegura o seu respeito aos direitos dos membros da sociedade.

Ao ser enquadrado em um sistema normativo fundamental, o Estado passa a designar-se ‘Constitucional’. O Estado Constitucional é uma criação moderna, embora alguns autores apontem as experiências do constitucionalismo desde a Antiguidade. Sua origem se deu paralelamente à emergência do Estado Democrático, que se assenta no grau elevado de respeito e proteção às liberdades e direitos fundamentais.

O Estado Constitucional se funda na existência de documentos legislativos a que denominamos ‘Constituições’, surgidas a partir do século XVIII. As Constituições encerram o significado de padrão jurídico fundamental imposto ao Estado, aos governantes e aos governados como lei ou preceito maior que não pode ser contrariado.

No seu sentido jurídico e político, a Constituição tem a função de organizar o Estado através de seus elementos essenciais. No seu aspecto valorativo, a Carta Magna é a expressão dos Estados que consagram “valores políticos, ideológicos ou institucionais” (CARVALHO, K., 1992, p. 23). Assim, uma vez que atingimos a fórmula de um Estado submetido a dada ordem jurídica que lhe limita o uso do poder e lhe impõe valores a serem alcançados, podemos assinalar o conceito de Estado de Direito como “o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado” (NOVAIS, 1986, p. 265).

Podemos, portanto, observar que o Estado de Direito é o resultado da transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal. Essa transição foi proporcionada por vários fatores, dentre um deles o movimento constitucionalista moderno, que pretendia a instauração de uma nova ordem político-jurídica na qual o poder soberano estaria submetido a critérios de legalidade, mediante a regulamentação escrita e legal de sua organização e a declaração de direitos dos indivíduos. Nesse sentido, o constitucionalismo do final do século XVIII trouxe em seu seio o acúmulo de expectativas antiabsolutistas e antidespóticas, tendo como pressupostos o princípio da separação de poderes, a garantia dos direitos individuais, a soberania popular e a democracia representativa.

2.2.2 A Formação do Estado de Direito: antecedentes em torno do movimento constitucionalista

A Idade Moderna teve origem, na linha temporal, com o ano de 1453 e se estende até 1789, quando se dá a Revolução Francesa. Os Estados Modernos tiveram suas características largamente determinadas pela deficiência do modelo político medieval, o que conduziu sua sociedade a aspirar pela unidade de um poder supremo e de dimensão territorial delimitada. Os novos Estados, então, consolidaram-se resgatando as antigas formas das monarquias absolutas.

Assim, a crise do sistema político medieval, cujo início já pode ser sentido desde os séculos XIII e XIV, conduz ao processo de criação dos Estados europeus. Com o período moderno, ressurge a ideia de Estado, neste caso representado pela figura do monarca, o Rei, que concentraria todos os poderes, irradiando dele toda autoridade.

Na lição do constitucionalista português Jorge Miranda (2002, p. 32-33), o Estado Moderno europeu terá características próprias de sua circunstância histórica, tais como: 1) passa a ser dotado de unificação política - e não religiosa -, correspondendo ao conceito de 'comunidade nacional'; 2) possui natureza laica e secularizada, separando-se o temporal do espiritual e religioso; e 3) incorpora o exercício do poder soberano, capaz de fazer frente às resistências internas e às ameaças externas, assim como confirmando seu poder em relação aos súditos, com independência e autonomia em relação aos Estados estrangeiros.

Uma vez consolidado o poder político na figura dos Estados, pode-se identificar suas etapas de desenvolvimento até o êxito do movimento constitucionalista moderno, que forjou a formação de um Estado submisso à lei, opondo-se à representação de um poder político ilimitado e absoluto.

Num primeiro período, temos a experiência do 'Estado Estamental', ou seja, da monarquia ainda limitada à convivência com diversos estamentos sociais, bem como herdeira das consequências do regime feudal. Assim, caracteriza-se como uma fase de transição em que, embora já presente a ideia de Estado, este era ainda pouco desenvolvido em suas potencialidades.

Quando o monarca ganha força para promover a unificação do poder, ingressamos num segundo período do desenvolvimento dos Estados: a época dos 'Estados Absolutos'.

O absolutismo pode ser aqui entendido como o sistema de governo fundado na máxima concentração de poderes nas mãos do Rei. Por sua vez, o absolutismo possui dois momentos característicos: o primeiro, que persevera até início do século XVIII, representa o

período do ‘poder divino do Rei’, ou seja, a etapa de seu desenvolvimento em que a autoridade do Rei tinha origem religiosa; e o segundo, que configura a fase de uma nova fundamentação para os poderes do soberano, que deixa de ser teológica para ser racional, haja vista a influência do iluminismo reinante. A este segundo momento corresponde a expressão “despotismo esclarecido’. Em oposição ao absolutismo tradicional, o déspota esclarecido não precisava responder perante ninguém, sequer perante Deus, haja vista que sua autoridade era resultado da iluminação racional que ele próprio possuía.

Assim, embora tenha sido largamente combatido pelo movimento constitucionalista, o regime absolutista desempenhou papel extremamente importante para a transição da ordem medieval para a ordem do Estado de Direito que inaugura a contemporaneidade. Nas palavras de Jorge Miranda (2002, p. 43-44):

[...] A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres).

Finalmente, chegamos ao momento histórico em que as forças sociais, políticas, econômicas e filosóficas vão operar a grande viragem na definição de Estado. As revoluções liberais do final do século XVIII, culminando com a Revolução Francesa de 1789, marcam a transição de um regime de concentração de poderes nas mãos de um soberano para entregá-lo ao povo, detentor, a partir de agora, dos poderes soberanos da nação¹¹.

O súdito cede lugar ao cidadão, titular de novos direitos que farão frente ao anterior poder absoluto do soberano, eis a vitória do movimento constitucionalista que, segundo J.J. Gomes Canotilho (2000, p. 51-52),

[...] é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

¹¹ Segundo o investigador alemão Horst Dippel (2007, p. 9-10), na obra *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas*, o grande marco para esta passagem foi a Declaração de Direitos de Virgínia, em junho de 1776. Na sua carta de Direitos foram traçados os aspectos intrínsecos do movimento constitucionalista e do Estado de Direito, sendo o modelo que há mais de 200 anos permanece intocável para a configuração dos Estados constitucionais: “Encontravam-se aqui os princípios fundamentais e os elementos estruturais que as subseqüentes constituições deviam integrar, princípios e elementos tidos como pré-condição indispensável tanto para assegurar a liberdade individual como para garantir um governo racional e regulado pelo Direito, em vez de um governo regulado pelo arbítrio, pelo privilégio ou pela corrupção”.

Pode-se afirmar, assim, que o constitucionalismo moderno fundou as bases do Estado de Direito nascido ao final da Idade Moderna e consagrado definitivamente na fase contemporânea. Contudo, vale salientar que tal movimento constitucionalista não possui uma face única, ou seja, não se trata de um único processo que, com características homogêneas, alcançou os mesmos marcos temporais e espaciais. Como bem descreve J.J. Gomes Canotilho (2000, p. 51), “será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais”.

Neste sentido é que o constitucionalista português assinala a diferença entre o movimento constitucionalista inglês, francês e americano.

Ao tratar do modelo inglês, destaca o autor que houve uma espécie de evolução dos ‘momentos constitucionais’, iniciando-se com a *Magna Charta* (expressão latina para a Carta do Rei João Sem Terra), em 1215, passando pela *Petition of Rights*, de 1628, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679 e, finalmente, atingiu o *Bill of Rights*, em 1689. Todo este percurso histórico, contudo, possui traços que nos permitem abstrair os conceitos estruturantes do constitucionalismo inglês, quais sejam: a) a garantia da liberdade de todos e da segurança dos indivíduos e dos seus bens; b) a criação do devido processo legal, consagrando a ideia de um processo justo e regulado pela lei, no que tange ao disciplinamento de regras sobre a privação da liberdade ou da propriedade (*due process of law*); c) a interpretação das leis pelos juízes do país e não pelo legislador, desenvolvendo o direito comum do povo (*common law*) e d) a criação de uma nova categoria política: a *representação* e a *soberania* parlamentar, que atuaria ao lado do monarca como órgão de governo, bem como seriam do parlamento editadas as leis que regulariam o exercício do poder supremo, nos moldes de uma ‘constituição mista’.

Já em relação ao constitucionalismo francês, Canotilho (2000, p. 57) assinala que na França o movimento revolucionário queria ir ainda mais além do que atingiu a experiência inglesa, uma vez que esta não havia realizado a completa ruptura com o regime de estamentos do sistema tardo-medieval. Sendo assim, o movimento constitucionalista francês ambicionava romper com os privilégios, garantindo direitos individuais que ultrapassavam a mera garantia da liberdade e da propriedade: “os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não ‘naturalmente desiguais’ por integração, segundo a ‘ordem natural das coisas’, num dado estamento”. Outrossim, a nova ordem a ser criada pela convenção entre os indivíduos deveria passar para um ‘plano escrito’, de modo a garantir os direitos e regular o poder político, daí a ideia de ‘Constituição’ e de ‘poder constituinte’.

Por fim, quanto ao constitucionalismo americano, a grande marca foi a centralidade que o povo assumiu no processo democrático de tomada de decisões, embora no

contexto de seu primeiro constitucionalismo, assim como no de muitas das sociedades europeias de 1800, existia uma visível distinção entre pessoas livres e não livres, o que revelava o traço de uma cultura fortemente escravagista (DIPPEL, 2007). Ao povo livre, em momentos tidos como raros, cabia tomar certas decisões, o que se dava através do exercício do poder constituinte. Por outro lado, o governo também atuaria na tomada de decisões, neste caso para as situações mais frequentes (democracia dualista).

Na experiência americana, o poder judicial também assume grande importância, mais do que se admite no constitucionalismo inglês e francês, nos quais a figura do parlamento (legislativo) possuía primazia. Aqui, o juiz é o verdadeiro fiscal e defensor da constituição que, mediante o controle de constitucionalidade das leis, examinará a devida adequação entre normas ordinárias e a lei fundamental (*judicial review*).

Deste modo, realizadas as devidas advertências quanto às diferenças entre os movimentos constitucionalistas vivenciados na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América, cabe agora fazermos uma breve passagem pelo levantamento descritivo das grandes revoluções que conduziram ao triunfo desse constitucionalismo nos séculos XVII e XVIII, inaugurando-se um novo modelo de organização da sociedade política e que moldará o Estado de Direito pós-revolucionário, bem como os termos do relacionamento entre Direito e Política.

2.2.3 As revoluções burguesas e sua importância na formação do Estado de Direito

Com a vitória do movimento constitucionalista, o poder político passa a ser entendido como um ‘governo de leis e não de homens’. Fundamentalmente, o argumento central do ideário constitucionalista é de que existem normas que são anteriores ao universo jurídico e que carecem ser obedecidas por qualquer soberano que queira ser reconhecido como detentor de um poder político legítimo. Assim, todo poder político há de se submeter ao Direito, sob pena de se tornar arbitrário ou despótico.

Contudo, o esplendor do movimento constitucionalista não foi alcançado sem um longo processo histórico de desdobramento, no qual se desenrolaram lutas e resistências contra o poder desmedido do rei. Tais lutas podem ser emblemáticas em três momentos particularmente interessantes ao estudo da formação do Estado de Direito, emblemáticos das reivindicações das classes sociais insatisfeitas e do cultivo de novos ideais de sociedade. Trata-se do que se convencionou denominar de ‘revoluções burguesas’, destacadamente a Revolução Inglesa, as Revoluções Americanas e a Revolução Francesa, representativas do

grande triunfo do ideário político-jurídico moderno.

No primeiro desses movimentos, como assinalamos, deu-se o que muitos autores chamaram de **Revolução Inglesa**. Sua origem se fundou no confronto tradicionalmente travado entre o Rei (poder absoluto) e o Parlamento Inglês (domínio de maioria burguesa), atingindo seu auge em 1688-89, com uma Declaração de Direitos a proclamar prerrogativas e liberdades dos súditos. À declaração de direitos inglesa foi acrescentado um novo documento, chamado de “*Bill of Rights*”, que veio a ratificar e finalmente consagrar a supremacia do Parlamento em face do monarca. Esse conjunto normativo tinha dois pontos basilares:

[...] a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, ambos contribuindo para a afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos (DALLARI, 1989, p. 125).

A ideia de participação política começa a ser resgatada e consolidada, renunciando o surgimento da democracia moderna. Os direitos de cidadania e participação, portanto, começam a ser repensados ao lado dos direitos fundamentais e individuais.

O segundo movimento revolucionário ocorrido na Idade Moderna foi a **Revolução Americana**, com data em 1776. Esse movimento contemplou duas etapas: a Declaração da Independência das Colônias Norte-Americanas – ocorrida aos quatro dias de julho de 1776 – e a Convenção e Declaração da Colônia da Virgínia – passada em 20 de julho do mesmo ano –, consagrando direitos fundamentais e individuais nos moldes do que chamamos hoje de direitos civis e políticos.

As motivações históricas e políticas do movimento norte-americano também dizem respeito à luta contra o absolutismo inglês. A Declaração da Independência das Colônias e a criação dos Estados Unidos da América, contudo, puderam avançar bem mais no processo histórico em que estavam inseridos, não apenas resgatando as ideias básicas de direitos humanos, mas também progredindo para seu alargamento e para uma concepção mais moderna de democracia.

Segundo Dallari (1989, p. 126), na circunstância histórica em que o movimento revolucionário ocorreu, “os norte-americanos estavam conquistando sua independência e de nada lhes adiantaria livrarem-se de um governo absoluto inglês para se submeterem a outro, igualmente absoluto, ainda que norte-americano”. Inexistindo um Parlamento ou uma nobreza que fizessem oposição ao absolutismo, o governo exercido pelo próprio povo passou a ser uma alternativa não só possível, mas até necessária. A situação, portanto, era propícia à

instauração de um governo efetivamente democrático, inspirado na igualdade entre os homens e em uma ideia de governo, cujo justo poder é consentido pelos governados, conforme descrito no próprio documento que proclamou e declarou a independência daquele povo.

O terceiro e último movimento revolucionário moderno com vistas à formação do Estado de Direito foi a **Revolução Francesa** (1789), promovida pela maioria de uma população descontente – incluindo-se a burguesia – e sob a influência e inspiração das revoluções inglesa e americanas, o que assentou o movimento francês nos princípios de liberdade, igualdade e legalidade. Tal revolução, contudo, não representou um movimento semelhante aos vivenciados na Inglaterra e na América, pois as condições políticas eram bem diferentes e seus efeitos também se apresentaram distintamente.

Uma característica particular da Revolução Francesa é que sua declaração de direitos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tinha uma pretensão universal, pelo fato de consagrar princípios baseados na existência e razão humanas, presentes em todo o planeta. Dessa forma, tais princípios foram aceitos com o mesmo alargamento, alcançando influência em todo o Ocidente. Outra particularidade é que além de contemplar os direitos naturais, próprios da condição humana, a declaração de direitos francesa reconheceu os chamados direitos civis (direitos que exigiam do Estado uma postura negativa em face do cidadão, a fim de que os indivíduos pudessem realizar as suas liberdades sem quaisquer restrições) e os direitos políticos (direitos públicos que asseguravam aos cidadãos a prerrogativa de participar do exercício do poder, ou seja, o direito de participação política).

Com a Revolução de 1789, consagram-se os ideais modernos e democráticos. Numa negação ao Antigo Regime, este último movimento representa, em âmbito continental, a inauguração de um novo período que há de se construir sobre as bases dos princípios da legalidade, da democracia, da separação de poderes e da garantia dos direitos individuais: emerge o Estado de Direito e inicia-se a Idade Contemporânea.

Esse novo modelo de Estado deve possuir características que lhe qualificam como verdadeiro Estado Constitucional e são tais características que, segundo Horst Dippel (2007, p. 10), constituem a essência do constitucionalismo moderno. São elas: i) soberania; ii) princípios universais; iii) direitos humanos; iv) governo representativo; v) constituição como direito supremo; vi) separação de poderes; vii) governo limitado; viii) responsabilidade e sindicalidade do governo; ix) imparcialidade e independência dos tribunais e x) o povo como detentor do direito de reformar seu próprio governo e de revisar sua Constituição.

O movimento constitucionalista, contudo, não se dá isolado de outras transformações relevantes para a época, nem delas está isento, representando, ao contrário,

um fenômeno amplo que reúne e é influenciado por aspectos que extrapolam a esfera estritamente jurídica. Além de trazer em si preocupações de ordem legal (a limitação legal do poder político), sua ideia de um Estado submetido ao Direito também emerge no contexto socioeconômico da ascensão da burguesia como classe, o que lhe dá também um tom de luta política. Assim, adequado aos novos princípios evocados pelo liberalismo político, jurídico e filosófico, este Estado terá, então, a face de um Estado Liberal.

Ademais, este processo não prescindiu de um consistente suporte no campo das ideias, que com suas teses antiabsolutistas, contribuiu decisivamente para a consagração do modelo de Estado de Direito em fins do século XVIII. Neste sentido, faremos agora uma breve exposição dos principais pensadores e suas respectivas obras na luta política de ruptura com o Antigo Regime do poder sem limites.

2.3 PRINCIPAIS PENSADORES E IDEIAS ANTIABSOLUTISTAS: **por uma nova arquitetura de poder político-jurídico**

As grandes ideias políticas que desferiram os mais contundentes golpes contra o absolutismo (Antigo Regime), vieram de John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

Em finais do século XVII, o individualista liberal **John Locke (1632-1704)** publica a obra *Ensaio sobre o Governo Civil* (1690), cujo título original era *Segundo Tratado do Governo Civil: ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil*. Seu pensamento político representa o primeiro ataque incisivo ao absolutismo vigente e ainda consagrado por autores filiados ao poder ilimitado e até autoritário do Rei, a exemplo de Thomas Hobbes.

Contrariamente a Hobbes, na sua defesa da autoridade absoluta do soberano, Locke ansiava por um governo antiabsolutista, por um poder político contido e limitado pelo consentimento popular e pelo direito natural. Defendia mecanismos que inibissem o despotismo e a arbitrariedade, inclusive aquela acobertada pela doutrina do direito divino, que justificava os maiores excessos de abuso de poder da época. Atribui-se sua posição contestadora ao conjunto de circunstâncias concretas pelas quais passou, dentre elas a religião que praticava (protestantismo) e a decepção com a ‘Restauração’ em seu país de origem, a Inglaterra.

Transitando na tese do contratualismo para explicar a formação das sociedades políticas, Locke tem como ponto de partida o ‘estado de natureza’, assim como os demais pensadores que exploram esta tese, numa espécie de ‘moda intelectual’ de seu tempo.

Segundo tal compreensão, para o homem sair do estado de natureza pactua um ‘contrato original’ que faz nascer a sociedade política e o governo civil. Trata-se da passagem do *estado de natureza* para o *estado de sociedade*, na qual irão ser preservados os direitos naturais dos indivíduos existentes desde o estágio anterior do qual saíram. Estes direitos serão o escudo social contra a arbitrariedade e os abusos de poder, uma vez que na sua formulação (diferentemente daquela elaborada por Hobbes) o estado de natureza já era governado pela razão, assim como sua renúncia não representa a renúncia por completo dos direitos inatos, sendo estes preservados no estágio seguinte:

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte (LOCKE, 1998, p. 468).

O que distingue o estado de natureza de Locke daquele idealizado por Hobbes é que nesta etapa os homens não viviam numa guerra de todos contra todos, numa circunstância de selvageria e violência. Ao contrário, em Locke o estado de natureza é um estado de liberdade e de igualdade governado pela razão, que também é natural. O que levaria o homem a realizar o contrato original seria tão somente o desejo de se acautelar contra ‘certos inconvenientes’ e de buscar um nível de sociabilidade ainda melhor. Estes inconvenientes seriam as tentações de parcialidade às quais o homem no estado de natureza estaria vulnerável, uma vez que, sendo cada um julgador em causa própria (a natureza autorizou o homem a proteger-se e a reprimir o mal que lhe ameaçasse, mediante o direito natural de punir), poderia atuar em defesa de interesses ou benefícios pessoais.

A maneira através da qual esta passagem ocorreria seria pela via do consentimento de certo número de homens livres que teria a capacidade de representar a maioria dos seus pares. O poder político, aqui, não decorre do poder paternal, como ocorria na sucessão do poder monárquico, nem da conquista pelas armas ou pela força, como alguns teóricos do absolutismo também defendiam. Apenas mediante o consentimento dos homens livres, racionais e iguais é que se asseguraria um verdadeiro e legítimo governo civil.

Neste governo, decorrente do contrato original, dois poderes hão de ser fundamentais. O Poder Legislativo (herdeiro do direito natural do homem poder fazer o que julgar adequado à preservação de sua pessoa e dos seus pares) e o Poder Executivo (herdeiro do direito natural de punir os atos atentadores das leis da natureza, fazendo-as executar por

sua própria força)¹². Ao Poder Legislativo cabe regular “o modo como as forças do Estado devem ser empregues para a conservação da sociedade e dos seus membros [...] o executivo [...] assegura a execução das leis positivas no interior [do Estado]” (CHEVALLIER; GUCHET, 2004, p. 101).

Tais poderes devem estar em mãos separadas, sob pena de seu detentor sofrer a tentação do abuso e do seu uso arbitrário. Outrossim, entre eles há de se destacar o Poder Legislativo como o poder supremo, pois dele nasce a lei positiva de todos os Estados, sendo o espírito do corpo político. A este poder estaria, portanto, subordinado o Poder Executivo que no exercício de suas funções deveria, tanto quanto o primeiro, agir sempre em proveito do bem do povo. Assim, ambos são os depositários do poder da população (verdadeiro poder soberano) e deveriam primar pelo bem comum, sob pena de verem de si retirados o poder que lhes foi outorgado.

Locke defendia para o povo o direito de insurreição, haja vista que o contrato firmado entre os homens para a criação da sociedade política não representava um contrato de submissão ao poder constituído, mas um contrato de depósito do poder soberano que nunca deixou de ser do próprio povo. Deste modo, sua obra estabeleceu as bases da democracia liberal e essencialmente individualista. Locke será, enfim, o grande ícone de inspiração das revoluções burguesas do século XVIII.

Outro ataque ao absolutismo veio a ser formulado por **Montesquieu (1689-1755)** que, em 1748, publica a obra intitulada *O Espírito das Leis*. Sua intenção nesta obra política célebre foi examinar os motivos, os princípios, os impulsos e as tendências que movem uma dada sociedade e seu governo a adotar certa lei e não outra qualquer.

Montesquieu (2005) parte do pressuposto de que o legislador obedece a certos fatores que justificam sua produção, não endereçando qualquer resultado a aspectos de aleatoriedade, como o acaso ou a sorte.

Assim, seu trabalho se deu no sentido de, mediante um estudo racional, descobrir ligações lógicas entre aspectos que podem ser extraídos da realidade concreta e que depois dela se descolam para que enunciem, enfim, o ‘espírito das leis’ de determinada sociedade, atingindo a uma solução abstrata: “toda a lei tem a sua razão porque toda a lei é relativa a um elemento da realidade física, moral ou social; toda a lei supõe um nexo. Um encadeamento de nexos, uma organização de nexos, um sistema de nexos (positivos), eis o espírito das leis” (MONTESQUIEU, 2005, p. 109).

¹² Em Locke o Poder Judiciário não possui autonomia, mas é mera extensão ou ramo do Poder Executivo.

Na sua teoria sobre os governos, Montesquieu (2005) propõe uma nova classificação em substituição à tipologia tradicional (democracia, aristocracia e monarquia). Assim, faz o seu exame à luz dos tipos de governo republicano, monárquico e despótico. Antes de tudo, porém, distingue cada governo conforme sua *natureza* e o seu *princípio*. A natureza de cada governo designa a sua estrutura particular, aquilo que o faz ser como é. Deste modo, a natureza de um governo republicano tem no povo, ou parte dele, o detentor do poder soberano; a natureza do poder monárquico tem como principal característica o governo de um só, embora limitado por leis fixas e estabelecidas; já na natureza de um governo despótico o soberano age segundo sua vontade ou capricho, sem qualquer lei ou regra que limite seus desejos.

Por sua vez, o princípio diz respeito àquilo que Montesquieu (2005) denomina como as ‘paixões humanas’ que movem o governo, ou seja, aquilo que o faz agir. Assim, na república democrática, a causa ou paixão que mobiliza o governo é a virtude do cidadão que, em prol do Estado e do interesse público, renuncia seu egoísmo e sua avidez. Esta virtude, num governo republicano-democrático, nunca pode acabar, sob pena de sua degenerescência. Para mantê-la, necessário se faz uma ‘onipotente educação’ a fim de cultivar o sacrifício do egoísmo e o amor à pátria e às leis. Diferentemente, numa república aristocrática (uma espécie de democracia restrita), o princípio será um espírito de moderação a ser cultivado pelos poucos cidadãos que detêm o poder: os nobres.

Por sua vez, a monarquia tem na ambição o seu princípio, repousando numa nobreza hereditária e num regime de privilégios e de desigualdades. Aqui, a ambição põe em movimento o governo através do movimento de todas as suas partes e indivíduos. Estes, na busca de seu benefício pessoal, findam por trabalhar pelo bem comum.

Finalmente, o despotismo - governo de um só sem qualquer limite ou controle – tem como princípio o temor que o príncipe mantém nos seus súditos, mediante o seu permanente braço levantado e sua força firme.

Para o autor, entre a monarquia e um governo despótico não existe outra diferença senão de grau e de moralidade. Às ordens do déspota deve-se obediência extrema que supõe a ignorância de quem obedece. Para mandar, basta querer e nada mais que isso; não necessita de razões ou ponderações, eis o regime despótico. Por isso, o despotismo é para Montesquieu (2005) o maior dos insultos à natureza do homem.

Como solução às possibilidades de abuso de poder, Montesquieu (2005) elabora sua teoria da liberdade política, consagrada mediante a existência de leis que irão preservar o cidadão do arbítrio. Em sua tese, ser livre é poder fazer o que a lei permite e não ser obrigado

a agir se a lei não ordena. Assim, sua concepção de liberdade reside na lei que há de fixar os deveres e proteções do cidadão perante o poder político. Na produção e administração desta lei, o poder político não pode estar concentrado nas mãos de apenas um, mas sim fragmentado ou dividido em vários poderes, pois apenas um poder tem a potência de frear outro poder.

Sua inspiração veio da experiência inglesa, na qual já existia um formato de separação de poderes. Em sua formulação, a separação de poderes se daria segundo um poder que elabora as leis (Poder Legislativo), outro executa as leis (Poder Executivo) e um terceiro que julga as violações às leis ou a disputa de interesses (Poder Judiciário, que diferentemente do pensamento de Locke, recebe *status* de um poder autônomo e não de simples ramo do Poder Executivo).

Segundo Montesquieu (2005), cada um destes poderes haveria de ser exercido por um corpo distinto, por ser esta a maneira de evitar o seu acúmulo e o seu abuso. Eis como desenvolve sua argumentação na obra em estudo:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2005, p. 166).

Deste modo, o autor examina a lógica do encadeamento de forças do poder político-jurídico, examinando suas formas de convivência segundo um princípio de ‘freios e contrapesos’ que levariam todos eles a se controlar mutuamente. Como defende Montesquieu (2005), este sistema de ‘alavancas e travões’ não conduziria ao imobilismo do sistema, pois o movimento necessário das coisas constrangeria cada um dos poderes a se mover.

Embora não tenha sanado todas as dúvidas e explicações a respeito do funcionamento de um governo fundado na separação de poderes, a obra política de Montesquieu (2005) se tornou uma grande influência no Direito Constitucional do Ocidente. Seu reconhecimento foi percebido ainda em vida e em ocasião de sua morte o autor já era consagrado em toda Europa. Evidentemente, existiram oposições ao seu pensamento, a exemplo dos defensores da monarquia e da Igreja, bem assim as críticas fulminantes de Voltaire, obstinado a comprometer sua obra. Contudo, não se pode negar a rica contribuição que seu pensamento forneceu para a superação do regime absolutista. Outrossim, seu esforço

não foi simples: “*O Espírito das Leis*” representa um empenho de 20 anos de trabalho e o depósito de toda a vida intelectual do autor. Seu pensamento político resultou numa obra vasta e que mergulha nas razões e mistérios não apenas do poder, mas também da própria civilização humana.

Em 1762, **Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)** publica uma obra que também se torna célebre, denominando-a de “*O Contrato Social*”. Assim como Hobbes e Locke, Rousseau aborda a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade. Sua originalidade em relação aos seus predecessores decorre do conjunto de influências intelectuais e concretas sofridas ao longo de sua experiência pessoal, uma vez que sendo de origem não abastada, Rousseau muito se desapontou nas experiências que teve com a aristocracia da época. Igualmente, o seu ativismo de pensamento - influenciado pelas ideias de Calvino – o levou a um novo tipo de raciocínio para fundamentar a formação de uma verdadeira sociedade política.

Em seu pensamento, tanto a liberdade, quanto a igualdade, presentes desde o estado de natureza, mantêm-se no governo civil, porém com uma feição transformada. A liberdade desnaturada é a possibilidade que cada um tem de fazer prevalecer a vontade geral sobre sua vontade particular, apagando o egoísmo e o amor próprio em benefício do amor de grupo. Já a igualdade transforma-se em igualdade moral e legítima, de modo que se os homens podem ser, pela natureza, desiguais em força ou engenho, na sociedade política, pela via da convenção, igualam-se em direitos (igualdade formal). Em sua concepção de igualdade está implicada a maneira como Rousseau entendia a forma de superar a própria desigualdade entre os homens. Na obra “*Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*”, o autor assim elabora seu raciocínio:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2001, p. 12).

Ao idealizar a transformação da liberdade e da igualdade na passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, Rousseau formula o seu primeiro traço inventivo em relação às teses contratualistas anteriores: no estado de sociedade forja-se uma nova natureza para o homem, capaz de fazê-lo conciliar seus anseios e tendências individuais com seus

deveres coletivos. O eixo desta primeira concepção está nos conceitos de ‘soberano’, ‘soberania’ e ‘lei’.

Ao tratar do conceito do **soberano**, Rousseau parte do princípio de que não há outro fundamento legítimo para a obrigação da comunidade política senão o pacto realizado entre seus membros, no qual cada um dos associados transfere-se sem reservas à nova comunidade, igualizando-se a todos os demais. Neste ato, cada um também adquire sobre os outros os mesmos direitos que cedeu, de modo que existe uma exata equivalência entre o que se dá e o que se ganha, com a vantagem de se adquirir mais força para conservar o que se possui. A ideia fundamental de ‘contrato’ no autor, portanto, não é de submissão, mas sim de ligação. O membro da comunidade política em Rousseau obedece, assim, a ninguém menos que a ele próprio, o que faz dele tanto cidadão (quando participa da atividade do corpo político) quanto súdito (quando obedece às leis votadas por este corpo político). O que o autor denomina de ‘corpo político’, assim, é o próprio povo que, promulgando a vontade geral, é exatamente o soberano da sociedade, soberano de si mesmo.

No que tange ao conceito de **soberania**, o autor o deduz da noção anterior. Ou seja, a soberania é o poder do corpo político em relação aos seus membros, tendo as mesmas características da vontade geral, uma vez que com esta se confunde: é inalienável, indivisível, infalível e absoluta. *Inalienável* porque a vontade e a soberania não são passíveis de transmissão (alienação), do mesmo modo que não se representam sob qualquer modo. Rousseau é partidário do voto direto das leis e defende a nulidade de uma lei que não passou pela ratificação pessoal do povo. Igualmente, a soberania é *indivisível*, ou seja, para ser plena, deve advir de todo o corpo político, sob pena de se tornar expressão de uma vontade particular. Sendo vontade geral, a soberania é também *infalível*, uma vez que esta vontade popular sempre tenderá para o bem de todos e de cada um. Por fim, a soberania é *absoluta*, dado que resulta do poder absoluto de cada um sobre os outros no seu antigo estado de natureza. Deste modo, Rousseau opõe ao ‘poder sem limites’ o ‘poder da soberania popular’, da ‘vontade geral’ e do ‘governo dos governados’.

Finalmente, a **lei** é para Rousseau tanto sublime e sagrada quanto poderosa. Trata-se do único antídoto para o abuso dos homens que, individualmente, detêm o poder. Todo o seu esforço foi no sentido de defender uma forma de governo que submetesse o homem à lei, cuja justiça teria sua origem em uma dimensão transcendente, divina. Esta lei deveria, evidentemente, ser expressão da vontade geral, muito embora o autor reconheça que o povo nem sempre está preparado para tão difícil missão. Aqui, como solução para a necessidade de um entendimento adequado para produzir a norma, valoriza-se a figura do legislador, cujo

perfil, embora tratado pelo autor, não será aqui examinado.

Como segunda grande invenção de Rousseau temos a distinção entre *soberania* e *governo*. A soberania vem do povo, do corpo social que vota as leis, enquanto que o governo seria constituído pelo grupo de pessoas concretas que executam tais normas, cumprindo por ações particulares a vontade geral. O governo pode ser exercido por magistrados ou príncipes que, de modo algum, podem ser confundidos com os ‘senhores do povo’. Porém, eles são, ao contrário, depositários do poder outorgado pelo corpo de cidadãos que tanto pode estabelecê-los quanto pode destituí-los. O governo seria, assim, o corpo intermediário entre o soberano e os súditos que, como qualquer outro corpo que exerce certo poder delegado, sofre o risco de se degenerar, desejando usurpar o poder soberano. Na visão de Rousseau, este era um vício que qualquer corpo político trazia em si, devendo-se sempre recorrer aos meios de manutenção da autoridade soberana do povo, sob pena de se assistir ao seu perecimento.

Ante o exposto, pode-se constatar que, a seu modo, Rousseau também contribuiu para a construção do aparato teórico de derrocada do absolutismo e de triunfo do Estado de Direito. Sua obra política – embora o próprio autor tivesse dúvidas quanto à sua possibilidade de se concretizar – ganhou força no imaginário dos homens e no ímpeto dos revolucionários. Sabe-se que ela influenciou o espírito e as ideias que animaram as revoluções liberais, particularmente a Revolução Francesa, alimentando as esperanças em torno de um projeto de sociedade baseado, dentre outros pilares, na unidade de Estado, na soberania popular e na lei como expressão da vontade geral.

Depois deste sucinto levantamento das ideias políticas de maior destaque nas teses antiabsolutistas, podemos agora fazer uma breve digressão ao modelo de Estado de Direito que se forjou - à luz de uma teoria liberal - e que, na nova forma de sociabilidade política e jurídica constituída, definiu os limites de atuação estatal e moldou, igualmente, a própria atuação do Poder Judiciário.

Veremos que nesse formato foi a legislação e não a jurisdição que ocupou o vértice do sistema jurídico delineado na perspectiva moderna da teoria da separação de poderes.

Como bem adverte Campilongo (2011, p. 30),

[...] ‘Divisão de poderes’ é um dos conceitos mais complexos da teoria constitucional. Em primeiro lugar, pode-se dizer que o modelo concebido por Montesquieu deu origem a duas visões distintas da função do Judiciário: na tradição do direito continental, o juiz é a ‘boca da lei’ e está limitado ao Legislativo; na tradição da *common law*, o magistrado é o garante da Constituição e impõe limites ao Legislativo.

Isso porque na experiência europeia (França pós-revolucionária), o poder dos juízes representava uma ameaça ao Novo Regime e, portanto, seria um inimigo a ser rechaçado; enquanto que na experiência norte-americana a maior ameaça ao Estado de Direito e aos direitos individuais viria das maiorias democráticas, emblematizada no temor à ‘tirania da maioria’.

Essas características, com ênfase na trajetória continental europeia, vão se tornar bem evidentes na relação entre os três poderes do século XIX, estabelecidas sob a égide do Estado Liberal, como veremos adiante. Nesse modelo, o Legislativo exerce o verdadeiro poder de governo, fazendo deslocar o centro da decisão política para o Parlamento (no qual a burguesia tinha assento), controlando a atuação do Executivo e fazendo do Judiciário uma instituição isolada de pressões externas, bem como orientado por critérios decisórios previamente conhecidos, consagrando os valores da certeza jurídica, da previsibilidade e da garantia de expectativas.

Associado ao princípio da divisão de poderes, também é traço característico do Estado Liberal a forte ênfase individualista e as separações que o Estado estabelece com outras dimensões da vida social para fazer prosperar o projeto burguês de desenvolvimento. Eis o que será desenvolvido a seguir para a melhor compreensão do equilíbrio político e jurídico da época e a razão pela qual a legitimidade do Judiciário estará fortemente associada à observância de critérios formais e racionais da decisão.

2.4 O ESTADO DE DIREITO LIBERAL E A IDEOLOGIA DAS TRÊS SEPARAÇÕES: os limites da atuação estatal e do Poder Judiciário na concepção do Estado de Direito moderno

Segundo Jorge Reis Novais (1986), o Estado de Direito que se configurou no contexto e sob a influência da teoria liberal tem como característica o que denominou como a “ideologia das três separações”, na qual são fundantes as separações entre *Estado/política* e *economia*, *Estado* e *moral* e *Estado* e *sociedade civil*.

No primeiro caso, temos o aspecto que acentua a postura abstencionista do Estado em relação ao domínio econômico. Aqui, o Estado não deve intervir no espaço que ficou destinado à iniciativa privada, cabendo a ele cuidar apenas da garantia da segurança e da proteção da propriedade. O mercado seria explorado pelo setor privado e teria regras específicas, inerentes ao seu próprio funcionamento. Assim, uma espécie de auto-regulação da

economia se daria pelas regras espontâneas de mercado, cuja gestão era conduzida por uma ‘mão invisível’ existente na sua própria lógica interna. Como bem assinala Homem (2001, p. 187), “Para o utilitarismo, o mercado permite o constante ajustamento dos factores de produção, de modo a permitir a prosperidade da sociedade e a liberdade dos indivíduos, segundo uma lei natural, ou na expressão de Adam Smith, uma mão invisível”.

Tal tese, portanto, teria muita utilidade ao capitalismo concorrencial ascendente, uma vez que prezava pela livre concorrência e pela livre circulação de riquezas. O argumento aqui defendido é que existe uma ordem natural (e por isso justa) que conduzirá a um resultado espontâneo e vantajoso para todos (naturalismo otimista da escola clássica inglesa):

O bem-estar colectivo resultará, não de uma atividade conscientemente dirigida a atingi-lo, mas antes do livre encontro dos fins individuais [...]. Porém, para que estes resultados se produzam é necessário que as leis internas da economia se possam desenvolver sem interferências exteriores e, logo, sem intervenção do Estado na esfera económica [...] (NOVAIS, 1986, p. 301).

Dado que a ordem do mercado é natural, qualquer interferência externa e artificial seria negativa para o conjunto da sociedade. Este primeiro distanciamento entre Estado e economia, portanto, configurava-se como extremamente benéfico ao seguimento burguês, que necessitava atuar sem coações ou arbítrios de poderes externos a interferir nas atividades mercantis. Contudo, para o projeto da liberdade no domínio económico se concretizar plenamente era necessário que o Estado, por outro lado, assumisse certas funções, inclusive na própria esfera económica. Aqui, além de segurança e paz, o bom funcionamento do mercado dependia de outros fatores, a exemplo de obras de infraestrutura¹³.

Com isso, estaria fora da atribuição do Estado e do Poder Judiciário interferir na esfera económica, mas tão somente garantir as condições para sua realização, mediante leis e decisões que assegurassem a propriedade, a livre iniciativa e a liberdade contratual.

Na separação entre Estado e moral, a tese fundante se pauta na impossibilidade do Estado influir no âmbito íntimo dos indivíduos. A virtude e a ética são incoercíveis, não cabendo ao Estado buscar seu controle ou cuidar de punir sua violação, dependendo unicamente da consciência interna dos homens. Neste campo, a contribuição do filósofo

¹³ Por não serem lucrativas à época, o ônus das obras de infraestrutura residiam nas mãos do poder público. Deste modo, a total separação entre Estado e economia nunca chegou a se realizar, como pretendia o liberalismo clássico, uma vez que o mercado não poderia alcançar a totalidade da esfera económica e necessitaria sempre de um ‘estado protetor’ para o seu bom funcionamento. Daí a constatação de que o Estado se acomodou plenamente aos interesses económicos da época, atuando apenas nos campos e nos limites que a estes serviam.

alemão Immanuel Kant (1724-1804) foi primordial. Na sua formulação sobre a separação entre Direito e Moral, Kant acentua que a moral se interessa pelo aspecto interno das ações humanas, enquanto que o Direito se destina a disciplinar aquilo que o homem exterioriza (KANT, 2003).

Isto é, as normas que atuam no plano pessoal do indivíduo, visando torná-lo melhor e mais virtuoso, caracterizam-se pela interioridade, pertencentes ao plano da moral. Aqui o que interessa é o que se passa no interior dos destinatários da regra moral, a sua adesão espiritual e espontânea. Já para o Direito, interessa a conduta exteriorizada pelo indivíduo, independentemente de sua pureza de coração ou de sua intencionalidade.

Desta dicotomia o pensamento de Kant foi levado à separação entre Estado e moral. Para Kant a moral é autônoma em relação à legalidade, não podendo o Estado exercer sobre os indivíduos qualquer influência que atinja sua esfera íntima de motivações ou de escolha dos fins que irão seguir. Deste modo, a moral, assim como na sua relação com o Direito, é incoercível: o mundo do Direito (exterior) é compatível com o uso da força, diferentemente do mundo da moral (interior), cujo cumprimento forçado o tornaria sem sentido.

Portanto, a única forma de justificar o Estado de Direito seria pela via da legalidade, do Direito e da razão. Ao Estado de Direito não cabe qualquer limitação que não seja a jurídica, nem a ele se impõe qualquer fim moral ou ético a ser alcançado, qualquer tarefa de realização de bem comum, como defendiam as teses de justificação do despotismo esclarecido: “o seu único fim é o direito, no sentido de que lhe compete exclusivamente assegurar a ordem jurídica, garantir a cada um a liberdade exterior que lhe permita determinar os seus próprios critérios morais e procurar a felicidade pessoal” (NOVAIS, 1986, p. 308).

Importa assinalar que a teorização de Kant não foi formulada para atender a qualquer interesse de classe em particular, mas tinha pretensões de uma ‘forma jurídica universal’. Na perspectiva kantiana, este aspecto tem caráter puramente filosófico, mas nas mãos da burguesia, tratava-se de um instrumento de luta política e consagrava um elemento essencial para o exercício da liberdade de mercado sem quaisquer interferências externas ou formas de controle. A separação entre Estado e moral fornecia-lhes o correspondente da autonomia de vontade existente no âmbito dos contratos: a autonomia moral do indivíduo¹⁴.

¹⁴ O Estado de Kant não é um Estado moral, mas um Estado racional que não tinha interesse pelo que os indivíduos elegiam como fins pessoais. Deste modo, a entidade estatal kantiana tinha como preocupações principais garantir a *liberdade* ao homem, a *igualdade* ao súdito e a *independência* ao cidadão, enquanto que em relação à ética, abstinha-se completamente. Embora tais garantias de liberdade, igualdade e independência

Com isso, ao Estado não caberia gerir questões morais e ao Poder Judiciário seria defeso atuar segundo orientações de caráter moral, dado serem elas insondáveis pela lei e externas ao Direito.

Finalmente, o distanciamento entre Estado e sociedade civil é o resultado das duas primeiras antíteses. Tanto a economia quanto a moral estavam no âmbito da regulação privada, no campo das escolhas individuais que, por sua vez, concentrava-se na sociedade civil e não na sociedade política. A crença otimista liberal do século XVIII é no sentido de que existe uma ordem natural que regularia, por dinâmica própria, o mercado e a moral, campos impulsionados pelas “leis naturais da competitividade individual” (NOVAIS, 1986, p. 311). A sociedade civil seria um ‘recinto fechado’ no qual se dava a disputa de interesses em equilíbrio natural.

De um modo mais amplo, esta separação entre Estado e sociedade civil corresponde a o que se denomina também de distinção entre espaço público e espaço privado. Esta separação não é invento da modernidade, mas sim uma de suas características mais palpáveis e que foi bem manejada no cenário da caracterização liberal do Estado de Direito¹⁵.

No período moderno, a distinção entre espaço público e privado se representava na dicotomia ou oposição entre o *Estado* e o *indivíduo*. O privado (esfera do indivíduo) emerge como antítese do público (esfera do Estado) e do social (espaço de encontro entre ambas as esferas). A tônica da época moderna é preservar a vida privada da esfera política e social. A ideologia da separação entre Estado e sociedade civil engendra a regulação das formas através das quais o indivíduo estabelecerá seu relacionamento com os diversos espaços em que atua, quais sejam, a *família*, o *mercado* e o *Estado*.

No cenário familiar, célula básica da sociedade, ele assume o papel de *pai*, *marido*, *filho* e *irmão*. Trata-se do espaço da privacidade, do descanso, de um refúgio da

fossem extensíveis a todos os cidadãos indistintamente, apenas foram atingidas em sua plenitude pelo seguimento burguês, o único que na concretude tinha condições materiais para tanto.

¹⁵Segundo Hannah Arendt (1997), na obra “A Condição Humana”, esta distinção entre a esfera pública e a esfera privada sempre percorreu as relações humanas, remontando os tempos da Grécia Antiga, particularmente da *polis* grega. Seu trabalho muito contribuiu para o estudo das relações humanas sob tal ponto de vista e é desenvolvido à luz de três conceitos fundamentais que transitam entre o espaço privado e o espaço público: o *labor*, o *trabalho* e a *ação*.

Para Hannah Arendt (1997), o *labor*, cujo lugar é a casa (*oikos*) diz respeito àquela atividade ligada à sobrevivência biológica do homem. O homem que labora é o *animal laborans*, que corresponde a um estágio primitivo da existência humana, no qual os seres humanos viviam isolados dos seus pares, regendo-se pelas leis fisiológicas da vida animal. O *trabalho* diz respeito à elaboração de bens duráveis e já contempla a relação do *homo faber* com outros homens, numa relação de compartilhamento de saberes. Por fim, a *ação* diz respeito à vida humana em sociedade, na qual está presente a interação entre os homens num espaço político e por isso, para realizar-se, depende exclusivamente da interação social contínua, cujo lugar é o espaço público (*koinon*). Aqui, ocorre uma atividade comunicacional mediada pela linguagem e pela pluralidade de opiniões, ensejando um confronto político que se dá através da retórica, conforme a experiência da *polis* grega.

subjetividade. Lá o indivíduo pode ser o que realmente é, demonstrar suas inseguranças e fragilidades e se desvencilhar das posturas socialmente aceitas e exigidas. Neste campo, o indivíduo exerce seu direito à intimidade e atua dentro de um espaço reservado à sua vida particular.

No mercado, o indivíduo assume o papel de produtor e consumidor, do burguês, do homem empreendedor e eficiente em permanente competição. Seu sucesso ou fracasso resulta e depende unicamente do seu esforço e competência, além do exercício da liberdade como pressuposto liberal fundamental para qualquer ação humana. A liberdade e a igualdade são presumidamente existentes e pertencentes a todos; o empenho e a inteligência são pessoais e fazem a diferença frente a um mercado que, na ideologia liberal, oferece a todos as mesmas condições e possibilidades.

Um futuro promissor, portanto, apenas não é conquistado pelos ‘inseguros’, ‘preguiçosos’ e ‘incompetentes’, “por isso o burguês não precisa ter má-consciência em relação àqueles que nada têm, pois eles mesmos são culpados pela situação desfavorável em que vivem” (FERREIRA, 1993, p.171). Neste campo, o burguês exerce suas prerrogativas civis, pratica sua liberdade e exerce seu direito de igualdade na busca de seus interesses pessoais, estando no pleno uso de sua autonomia de vontade e da liberdade de mercado.

Frente ao Estado, finalmente, o indivíduo aparece como cidadão, o “legitimador da ordem institucional” (FERREIRA, 1993, p.169). O Estado lhe assegura garantias constitucionais, como liberdades e proteção individual contra atos arbitrários, e reconhece seu direito de participação política, conforme as regras específicas de cada época e sociedade. Por outro lado, o cidadão “deve pagar os impostos, respeitar as leis, acatar as autoridades, zelar pelo patrimônio público e estar sempre pronto para defender o país” (FERREIRA, 1993, p. 169). Neste campo, o cidadão há de exercer seus direitos políticos e suas obrigações cívicas.

Com isso, e ao afirmar o indivíduo como titular de direitos subjetivos, ao Estado caberia apenas assegurar a segurança e certeza das relações jurídicas, traço da previsibilidade racionalista e cientificista que dominará os séculos XIX e XX, intensificando o processo de codificação do Direito, a fim de lhe dar o melhor e mais firme dos suportes: a lei escrita e oriunda da razão do legislador estatal.

Na esteira dessa orientação, o Poder Judiciário estaria interditado a ir além da norma e da preservação das prerrogativas individuais, caracterizando-se pelo fetiche da lei e pelo apego ao passado que a produziu, limitando-se à razão do legislador¹⁶.

¹⁶ Em Campilongo (2011, p. 35), a divisão de poderes forjada no Estado Liberal “responde às exigências de uma sociedade individualista na medida em que desenvolve mecanismos de autocontrole do Poder e,

Conforme é possível observar, e considerando a importância do Direito para a formação das sociedades político-jurídicas, podemos ir além do que prevê o pensamento tradicional ao propor que Direito e Política estão unidos apenas no plano da criação normativa, dado que a norma é um produto do processo constituinte e do processo legislativo, ou seja, da vontade das maiorias.

Portanto, o Direito representa tanto um dos principais produtos da Política, como também, e a um só tempo, o instrumento de legitimação e limitação do próprio poder político.

Por outro lado, o Direito também serve a interesses políticos, forjando-se segundo uma tensão de forças que historicamente vem demarcando o próprio processo evolutivo da formação do Estado e sua forma de atuação.

Por essa razão é que, no plano da aplicação, os dois domínios foram, em teoria, nitidamente separados e daí resulta a equação do Estado de Direito no qual está evidente a função de legislar, de administrar e de julgar. Nestas três tarefas, a tradição ressalta que a atuação dos juízes e dos tribunais deve estar a salvo do contágio político, garantindo-se a independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e fazendo do Direito um mundo autônomo (formalismo jurídico).

Tratando-se de uma separação relacionada ao conceito de Estado Constitucional, a teoria tradicional ressalta que enquanto na Política vigoram a soberania popular e o princípio majoritário (domínio da vontade), no Direito vigora o primado da lei e o respeito aos direitos fundamentais (domínio da razão). Nesse relacionamento, o Direito e o Estado estão submetidos à descrita ideologia das três separações, distanciando um e outro de suas relações com a economia, a moral e a sociedade, o que pode explicar, em alguma medida, o isolacionismo que se atribui ao Direito no âmbito das ciências e aos Tribunais na esfera social.

Por todos esses motivos é que o tema central do presente estudo não pode ser realizado numa perspectiva disciplinar e restrita, sob pena de produzir uma abordagem parcial, míope e fragmentada do fenômeno da politização do Poder Judiciário.

Nessa direção, recorreremos a uma abordagem interdisciplinar da formação do Estado de Direito e, por consequência, da produção e aplicação da norma, no intento de ir além de sua compreensão meramente instrumental. Ao contrário, e lançando mão de uma retomada histórica de sua formação, observamos que a atuação do Estado, à luz da teoria da

consequentemente, de garantia dos direitos fundamentais. Um Judiciário obrigado a decidir conforme a lei está, por isso mesmo, legitimado a resistir às pressões do sistema político. A independência do Judiciário tem por preço sua dependência à lei”.

separação de poderes, não se cinge a uma discussão apenas normativa, mas também se vasculariza na História do Direito e nas Teorias Políticas que criaram as bases das atuais democracias, *pari passu* com os movimentos constitucionalistas modernos e suas respectivas revoluções.

Assim, foi esforço deste primeiro capítulo encontrar os nexos conceituais, históricos e políticos que relacionam Direito e Política, fornecendo elementos para reconhecer na atualidade os traços que podem explicar a compreensão de justiça e de atuação do Poder Judiciário como derivados de nossa própria história democrática e constitucional.

Na tentativa de sedimentar um debate abrangente sobre a matéria, embora nunca exaustivo, seguiremos a recorrer, aqui e ali, a contribuições das teorias do Direito, da Política, da Economia e da História, com vistas a dar conta de sua extensão e intensidade, identificando as diferentes tradições de pensamento que animaram as diversas experiências de Estado de Direito, sua divisão de poderes e a maneira como estes devem atuar.

Com tal intento, levantamos aqui contribuições da Teoria e História das Ideias Políticas, identificamos a importância do liberalismo clássico na formação do Estado de Direito, bem assim nos debruçamos sobre os aspectos da ideologia liberal que perpassam as relações entre Estado, Direito, Sociedade, Economia e Política.

Rompendo as linhas disciplinares do universo jurídico, nos foi possível observar como a produção do Direito e sua aplicação sempre se vulnerou às diferentes questões de cunho político, social, econômico, cultural e histórico.

Com as experiências grega e romana, e suas noções sobre o republicanismo, identificamos sua influência na concepção moderna de Direito, muito embora com o tensionamento de muitos dos seus temas em virtude da primazia do indivíduo e o impacto das revoluções burguesas.

Essas revoluções consagram os paradigmas da modernidade e inauguram a experiência contemporânea com suas constituições, modelos de Estado e o primado dos direitos fundamentais. Assim, entendemos que para compreender o constitucionalismo contemporâneo e suas demandas, faz-se necessário conhecer as heranças e questões que estiveram no centro do debate das revoluções do século XVIII, esforço que também foi perseguido neste primeiro capítulo. Isso nos auxiliará na própria compreensão da centralidade que o Poder Judiciário e as cortes constitucionais exercem nas atuais democracias, assim como o fenômeno da judicialização das relações sociais e, seu reflexo, a politização da justiça.

Nesse novo cenário, a Constituição continua a ser o elemento de interface entre o universo político e o campo jurídico, pois é a carta constitucional que institui os Poderes do

Estado, distribuindo-lhes as suas diversas competências. Contudo, o papel que ela exerce nas atuais democracias e a maneira como impacta nas relações da sociedade variou ao longo do tempo, demarcando, também a atuação do Estado e de seus poderes.

Na perspectiva tradicional, enquanto o Executivo e o Legislativo exercem papéis essencialmente políticos e dependentes do processo majoritário, ao Poder Judiciário são reservadas as atribuições fundamentalmente técnicas. Seus membros não são eleitos e os juízes, regra geral, ingressam na carreira mediante concursos públicos. Sua atribuição típica é a aplicação do direito aos casos concretos, de modo que o julgador faz prevalecer a solução abstratamente prevista na lei.

Com vistas a proteger a atuação judicial da influência inadequada e imprópria da política, reza a doutrina tradicional que os órgãos judiciais não exercem ‘vontade própria’, mas sim atuam na realização da vontade política majoritária, expressa pelo constituinte e pelo legislador.

Aqui temos um dos dogmas das democracias pós-revolucionárias, qual seja, o dogma da ‘independência do Poder Judiciário’, segundo o qual a justiça estaria protegida de pressões políticas, bem como apta a atuar com isenção, num governo de leis e não de homens.

Outro aspecto que manteria a esfera jurídica blindada de influências políticas é o da vinculação do Poder Judiciário ao direito posto e à dogmática jurídica. Daqui podemos depreender que o Direito não nasceria da vontade do julgador. Ao contrário, o papel do juiz seria aplicar as normas que já foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador e mesmo quando atue no papel criativo da aplicação do direito ao caso concreto, isto apenas se daria à luz dos valores compartilhados pela sociedade, em cada tempo e lugar. Com isso, o trabalho do magistrado não incluiria escolhas livres ou arbitrárias, mas sim uma atividade vinculada à norma preexistente ou a princípios compartilhados.

Contudo, pouca adesão tem hoje a crença de que as normas jurídicas trazem em si um sentido único e objetivo. Ao contrário, há mais consenso na doutrina contemporânea no sentido de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos volitivos e cognitivos, cabendo ao Poder Judiciário interpretar a norma em última instância e fixar o sentido e alcance da lei. Daí que a chamada ‘supremacia judicial’ quanto à determinação do Direito carrega em si o exercício de um poder político.

Na concretude, portanto, as relações entre o Direito e a Política são muito mais próximas do que pretende o pensamento jurídico tradicional, de modo que, mesmo sendo diferentes entre si, eles não se isolam reciprocamente.

Suas órbitas se cruzam e às vezes se contrapõem, colocando em causa a justiça ou

a segurança jurídica de um lado, ou a soberania popular e a legitimidade democrática de outro. Daí que não apenas na sua origem e orientação histórico-ideológica os universos jurídico e político se interpenetram, mas também no âmbito da própria interpretação e aplicação da norma podemos verificar a existência de pontos de contato que fazem se encontrar as duas esferas aqui estudadas. Nos capítulos seguintes daremos sequência ao delineamento de nossa moldura teórica, apontando como as transformações do Estado impactaram na produção e aplicação do direito, bem assim na atuação do Poder Judiciário.

3 DO LIBERALISMO AO INTERVENCIONISMO: CARACTERÍSTICAS SÓCIO-HISTÓRICAS DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DO WELFARE STATE

3.1 A RACIONALIDADE TÉCNICO-FORMAL DA MODERNIDADE JURÍDICA

Ao examinar os desdobramentos da racionalidade que assume o Estado de Direito, inevitável é o contato dessa reflexão com seu processo histórico, de modo que os fatos sociais que o mobilizam fazem-se repercutir nas valorações normativas de cada época.

Como vimos, a cultura jurídica e a visão de mundo moderna foram marcadas pela formação da sociedade burguesa, o desenvolvimento da economia capitalista, o surgimento de interesses liberal-individualistas (o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; o indivíduo enquanto um “valor absoluto”) e uma estrutura estatal centralizada, tudo acompanhado por um contexto de progresso científico, renascimento, reforma e secularização da realidade.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (1995), essa modernidade jurídica se assenta “numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Tem a pretensão de ser ‘um direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal’”.

Nesse sentido, um tipo específico de racionalidade técnica demarcou os traços característicos do direito moderno e, por conseguinte, da própria atuação do Poder Judiciário. Isso se deu segundo um significado que, além de formal, também era ideológico, fazendo daí emergir as marcas distintivas da generalidade, da abstração, da coercibilidade e da impessoalidade. Desse modo, “tal ordenação privatista equipara, com uma mesma medida, as desigualdades e as diferenças, situa os indivíduos num mesmo patamar, sem questionar as distinções que fazem da organização social uma pirâmide” (WOLKMER, 1995).

Com tais qualidades distintivas, os principais institutos da modernidade jurídica são o direito à propriedade (direito absoluto e inviolável, exclusivo e perpétuo) e a autonomia da vontade, esta última enquanto símbolo do poder da vontade individual, que serve como instrumento de autorregulamentação dos interesses particulares.

Para que esses institutos tivessem força realizadora, necessário se fazia criar também categorias jurídicas que lhe fossem nucleares, o que se deu com as figuras do ‘sujeito de direito’ - que materializa o indivíduo como um ente livre e igual a se expressar mediante suas vontades autônomas, diretamente ligado às formulações da autonomia da vontade.

Daí que surgem como princípios-fins da modernidade jurídica a liberdade e a segurança/certeza jurídica.

No que tange à liberdade, trata-se de um dos direitos inatos do homem (teoria do direito natural) e, portanto, deve ser preservada como valor absoluto. Deste modo, o homem moderno não deve ser restringido em sua autonomia individual, cabendo ao poder político-jurídico tanto se abster de fazê-lo quanto cuidar de sua proteção e garantia, apenas atingindo-a quando estritamente necessário à segurança das relações sociais. Portanto, a postura do poder político-jurídico, desenhado na figura do Estado abstencionista, há de ser ‘negativa’, ou seja, há de evitar qualquer intervencionismo na esfera individual dos cidadãos. Aqui também se percebe um corte com a ‘velha ordem’, no que diz respeito aos poderes ilimitados dos Reis nos regimes absolutistas, assim como em relação à ordem medieval teológica, que tanto ambicionava controlar a dimensão espiritual do homem, quanto a dimensão temporal de sua vida em sociedade.

Já a certeza e segurança jurídicas eram a garantia que se oferecia tanto ao indivíduo, quanto aos seus direitos e bens – de propriedade –, no sentido de que apenas procedimentos regulares e antecipadamente previstos poderiam alterar seu *status* ou situação. Tratava-se, assim, de uma posição formalista, fundada na ideia de ordem e previsibilidade, a partir do binômio seguridade-legalidade.

Em face de tudo isso, numa síntese apertada, a modernidade jurídica afirmava o indivíduo como titular de direitos subjetivos, cabendo ao Estado garantir a segurança e certeza das relações jurídicas, traço da previsibilidade racionalista e cientificista que influenciará, mesmo com inegáveis paradoxos, os séculos XIX e XX, intensificando o processo de codificação do Direito.

Deste modo, o indivíduo, a sua liberdade e os seus bens, emblemas da modernidade burguesa, estariam devidamente assegurados por lei e sob a proteção do Estado, com um Poder Judiciário alinhado a essa tal racionalidade técnica, restringindo-se a aplicar a lei, sem qualquer potencial criativo.

Contudo, é sabido que cada época possui conjunturas políticas, sociais e jurídicas próprias, de modo que o curso histórico fez transitar o discurso normativo do direito moderno para um novo cenário que inaugura uma pouco conhecida modalidade estatal.

Num quadro comparativo, pode-se distinguir que na primeira fase do Estado de Direito, a entidade estatal era o único centro irradiador de poder, regido segundo uma democracia representativa e legitimado na vontade popular. A isso também se segue a tendência codificadora do Direito, sendo a lei parlamentar sua principal fonte de criação.

Aqui, o primado da lei surgia como crítica ao governo arbitrário dos soberanos e dos tribunais, fazendo do cumprimento estrito da norma legislada a única forma de combate às incertezas.

Nessa moldura desenvolve-se com grande força a corrente do positivismo jurídico, com sua desconfiança às especulações abstratas e argumentos de autoridade¹⁷, assim como sua recusa a qualquer forma de subjetivismo e moralismo, numa expressão da tão perseguida neutralidade axiológica (HESPANHA, 1998, p. 175), responsável pela formação da cultura jurídica que dominou a prática judiciária da época.

Após as revoluções do século XVIII, tivemos no século seguinte uma sucessão de escolas jurídicas que vieram a dar a tônica dessa racionalidade técnica e jurídica, com merecido destaque para a escola pandectista, cuja expansão se deu tanto na Europa, quanto fora dela. De inspiração romana e desenvolvida na Alemanha, a pandectística contribuiu enormemente para a elaboração da dogmática jurídica moderna e é assim descrita por Hespanha (1998, p. 188-189):

Este *pathos* da neutralidade e da objectividade, combinado com o *pathos* político estadualista, foi um dos principais factores de legitimação da administração – e também de uma administração judiciária – dirigidas pelo princípio da racionalidade. A nova ética do burocrata e do juiz – tão bem descrita por Max Weber – é justamente cunhada por esta ideia de que ao Estado e ao Direito compete levar a cabo uma tarefa de racionalização social, avaliando situações em termos neutrais e objectivos, independentemente dos valores político-sociais em debate e da qualidade das pessoas envolvidas.

Na perspectiva formalista da pandectística, era necessário evitar a instrumentalização do Direito pela Política, reivindicando, para o primeiro, plena independência em suas construções doutrinárias. Seu legado chegou ainda a influenciar o movimento codificador de inícios do século XX – inclusive o Código Civil alemão de 1900 – conservando a crença de que uma aplicação rigorosa da forma no processo de decisão garantiria a justiça material dos resultados.

Como resultados definidores dessa doutrina, podemos destacar a teoria da subsunção, o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico e a interpretação objetivista do Direito, encontrando na “*Teoria Pura do Direito*”, de Hans Kelsen, o apogeu de tal formalismo (HESPANHA, 1998), embora em sua terceira fase Kelsen revise algumas de suas concepções nesse âmbito.

¹⁷ Os argumentos de autoridade eram um dos fundamentos epistemológicos do discurso jurídico medieval, entendidos como uma ‘falácia lógica’ em tempos modernos.

3.2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO INTERVENCIONISTA

Segundo Capella (2002), o denominado direito da modernidade, como expressão jurídica das sociedades do capitalismo concorrencial, pode ser explicado conforme dois grandes momentos: i) a primeira fase da industrialização e as revoluções do século XIX, na qual se estabelecem as bases do individualismo jurídico (auge do direito privado moderno) e ii) a fase da produção massificada e da transmutação do Estado Liberal para o Intervencionista, na qual as relações privadas passam a sofrer intervenção pública como forma de garantir a sobrevivência do sistema (origem do direito público moderno, sob a forma de Direito Administrativo).

Em sua primeira fase, o sistema dos tribunais atuava numa modalidade estatal que lhe endereçava a função de guardião da ordem, segundo um sistema hierárquico e funcionalmente planejado, entendendo-se a jurisdição como um conjunto escalonado de juízes e de cortes decisórias com competências específicas de atuação.

Com isso, emerge um tipo de magistratura caracterizada por sua capacidade técnica frente aos conflitos que precisa solver, estando restrita à aplicação fria da lei e tendo a função, no sistema dos tribunais, de “afirmar a neutralidade estatal na vida social” (CAPELLA, 2002, p. 142).

Assim, os tribunais operam segundo aquilo que estava previsto na teorização de Montesquieu (2005), para quem os juízes, com seus julgados, nada devem incorporar ou adicionar ao direito legislado.

No procedimento jusprivatista, as partes litigantes dão início à lide e o magistrado se cinge a decidir sobre o que foi unicamente apresentando por elas, a quem compete, também, dar impulso ao processo.

Dessa concepção de magistratura teve origem a representação de julgar segundo uma silogística da decisão judicial: a sentença é o resultado de uma relação lógica entre premissas. Segundo Coelho, F. (2001), os adeptos desse raciocínio consideram que a organização dos argumentos na ação profissional dos juristas – em peças processuais, pareceres ou decisões – pode ser traduzida em silogismos. Noutras palavras, seria possível identificar a estrutura silogística presente na argumentação jurídica, dado que nela estariam construídas as deduções.

O raciocínio dedutivo jurídico partiria de premissas mais gerais que a conclusão, percorrendo três etapas de configuração: i) premissa maior (enunciado de dever ser contido na

norma – a lei); ii) premissa menor (enunciado de realidade sobre um fato pertinente à norma jurídica – o caso concreto); e iii) conclusão (aplicação da norma jurídica ao fato – decisão)¹⁸.

Contudo, o grau de abstração que esse pensamento exige resulta num afastamento artificial das tensões existentes entre a norma e a realidade concreta, ou, como muitos preferem, entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser*¹⁹. Certamente essa racionalidade decisória foi submetida a infindáveis críticas, dentre elas a de que a submissão do juiz à norma reduz a função dos tribunais a uma atividade meramente mecânica e rotineira, descuidando de que o procedimento de aplicação do direito não é apenas de caráter lógico, mas também de caráter axiológico e fático.

Por essa e outras razões é que, segundo Manuel Calvo García (2002), o tipo de racionalidade pretendida para o direito moderno, conforme um paradigma lógico-formal de aplicação da lei, apenas teria êxito se submetesse as decisões jurídicas a esse império restrito e excludente da lei, a fim de:

[...] colocar entre parênteses os fatores subjetivos ou político-sociais inerentes às dinâmicas da aplicação do direito. Tudo isso fomentou de um modo singular o postulado da independência e neutralidade dos órgãos judiciais no que tange a critérios materiais advindos da moral, da política ou das relações sociais, em consonância, por outro lado, com a teoria da divisão dos poderes²⁰.

Mesmo com essa pretensão e tendo esse tal modelo vigorado no início da experiência estatal burguesa, as transformações dos séculos XIX e XX colocaram em causa as promessas e esperanças da modernidade jurídica e da ilustração. Isso porque os limites impostos por seu formalismo e a pauperização social revelou que aquele projeto de sociedade,

¹⁸ Para Coelho, F. (2001, p. 72-73), na premissa maior a norma deve ser expressa na sua forma lógico-deôntica (antecedente ligado ao conseqüente pela expressão “dever ser”). Na premissa menor, faz-se referência ao caso concreto de cujos elementos é possível se estabelecer uma relação de pertinência com a norma enunciada. Já a conclusão resulta da subsunção do fato/caso concreto à norma, traduzindo-se na aplicação do direito por meio de uma decisão. Os fatos presentes na premissa menor não possuem caráter deôntico, nem acoplam o antecedente ao conseqüente por meio de seu conectivo (“dever ser”), o que preocupa alguns lógicos, dado que inclui no silogismo jurídico certa “impureza” ao ser mero enunciado de realidade. Importa assinalar que esse enunciado dos fatos não se refere à realidade em si, mas à versão que ela assume nos autos do processo (versão processualmente construída), interessando ao Direito esse seu aspecto construído.

¹⁹ Segundo a Teoria da Subsunção, o pensamento lógico-formalista do silogismo tem duas características básicas: a) a distinção entre o fato (acontecimento do mundo real e exterior) e o direito (norma a ser aplicada pelo julgador ao caso concreto); b) a presunção geral de que o direito é conhecido pelo julgador e a obrigação, às partes envolvidas, de prova dos fatos por elas alegados. Tudo isso mantém harmonia com a crescente distinção ou separação entre o âmbito do Direito e outras dimensões da vida social, consagrando aquele como uma dimensão “independente” dos aspectos materiais nos quais estava inserido, a exemplo de influências morais, políticas e econômicas.

²⁰ Texto original do autor: *Un ideal que sólo se logrará — ideológicamente — al someter las decisiones jurídicas "al imperio exclusivo de la ley", para poner entre paréntesis los factores subjetivos o político-sociales inherentes a las dinámicas de la aplicación del derecho. Todo ello fomentó de un modo singular el postulado de la independencia o neutralidad de los órganos judiciales con respecto a criterios materiales procedentes de la moral, la política o las relaciones sociales, en consonancia por otro lado, con la teoría de la división de poderes.*

idealizado no primeiro liberalismo, seria incapaz de solucionar os problemas e distorções causadas por seu próprio funcionamento.

Isso deu início, na segunda metade do século XIX, à luta pela criação de sindicatos e associações políticas por parte dos trabalhadores para pôr em marcha suas reivindicações de classe. Adota-se os movimentos revolucionários de 1848, a partir de Paris, como marco cronológico dessa nova fase de adaptação do capitalismo, fazendo eclodir o embate político e ideológico entre uma burguesia consolidada e o proletariado industrial francês, de modo a se espalhar para os demais centros urbanos da Europa.

Desde então, os trabalhadores passaram a empreender suas lutas em busca, dentre outros, da limitação legal da jornada de trabalho, pelo direito de greve e de filiação sindical, assim como para legalizar seus próprios partidos, incluindo na pauta dos problemas coletivos a denominada “questão social” (CAPELLA, 2002, p. 159).

A história do século XIX adquire, assim, uma dimensão que tinha como perspectiva a questão dos problemas sociais, associada à potência e ideia de ameaça da própria revolução social do proletariado. Já nos idos de 1840, a força do proletariado vinha se convertendo em um fenômeno que os pensadores burgueses tiveram de constatar, considerando-o como um problema prático e político que alcançava desde uma perspectiva de classe até o fato de ser um movimento ou força capaz de abalar a sociedade.

Nesse ambiente de ideias, França e Inglaterra viviam a experiência de movimentos comunistas dotados de consciência revolucionária, tornando possível a fusão entre as teorias jacobinianas (revolucionário-comunistas) com as teorias socialistas-associacionistas, bem como o encontro desta nova fórmula com as experiências concretas da época, passando o proletariado a representar a força capaz de transformar a sociedade, através da negação de seu modelo vigente.

A classe trabalhadora proletária seria a portadora de um novo projeto de sociedade, a partir de uma crítica que deixou de ser parcial para alcançar um espectro mais amplo do sistema capitalista, enxergando-se no socialismo a consequência do desenvolvimento histórico do próprio capitalismo (HOBSEBAWM, 1978).

Todos esses fatores fizeram com que, no âmbito da Economia Política, tivesse início uma discussão sobre a postura abstencionista do Estado. Particularmente, na década de 1870, comemorava-se na Inglaterra o centenário da obra “*A Riqueza das Nações*”, de Adam

Smith. O pensamento de Smith - no sentido de uma postura abstencionista de Estado²¹ -, seguia sendo valorizado como incontestável, mas ali os liberais humanistas já anunciavam a necessidade de posturas estatais intervencionistas quando se tratasse de pessoas vulneráveis, hipossuficientes, oprimidas ou pouco afortunadas pelas circunstâncias da vida, de modo que algumas questões deveriam fazer parte da ação governamental.

O contexto que envolve a década de 1870 na Inglaterra era pessimista para os olhares de seus contemporâneos, já que para eles a Economia Política havia perdido sua efervescência, quando comparada com décadas anteriores. Contudo, com os olhos da atualidade, 1870 marca um período de transição para a matéria, pois ali já se colocava o que haveria de ser alguns dos pontos essenciais para a reconstrução da teoria econômica, sendo um momento em que se registram controvérsias em vários domínios, com destaque para o domínio da Política.

No contexto dessa controvérsia política, o debate público sobre a atividade econômica do Estado e sua postura abstencionista frente à “questão social” emerge como corolário dos problemas advindos da industrialização dos anos 1850 e 1860.

A questão social da pobreza propicia o surgimento de uma consciência social sensível e a busca mais ampla do autoconhecimento. A crença na natureza espontânea do desenvolvimento econômico e social (liberdade de mercado) passa então a mitigar-se diante da necessidade de planejamento e de eleição quanto à forma econômica da sociedade, além de começar a ganhar relevância a ampliação do direito de sufrágio e a grande força obreira que emergia com o movimento sindical.

Em outra frente, a valorização da ciência como meio de solução dos problemas concretos do homem assume o lugar de primazia na Inglaterra oitocentista daquela época, com suas alvissareiras possibilidades para a Política e o controle social (HUTCHISON, 1967, p. 22).

A soma das questões sociais advindas da industrialização e da exaltação da ciência como meio de solucionar os problemas da sociedade submeteu os princípios tradicionais da Economia Política a questionamento, sobretudo aquelas hipóteses nas quais estava baseada, bem como porque ela havia se convertido numa espécie de ‘interpretação científica’ para a defesa da liberdade na esfera da economia privada. Portanto, era necessário desvincular e tornar cristalinos os limites entre a produção teórica da Economia Política e a

²¹ Adam Smith, na ocasião, ainda era exaltado por seu reconhecido traço de cientificidade e por seus referenciais liberais. Para o autor, o indivíduo seria o melhor “juiz” para eleger e defender seus próprios interesses, cuja consequência automática seria igualmente desejável também para o Estado.

experiência política do *laissez-faire*.

Estava no contexto desta controvérsia a superação do tradicional entendimento de que o mercado livre é algo essencialmente benéfico, enquanto que a intervenção estatal seria, *a priori*, pernicioso. Ambos, mercado e Estado, não seriam intrinsecamente bons ou maus e o trabalho da ciência seria investigar quando a concorrência ou a ação do Estado produz resultados desejáveis ou indesejáveis.

Nesta análise, o aspecto da distribuição ganha centralidade, com duras críticas às generalizações malthusianas, às clássicas leis naturais de distribuição e a outros pilares da doutrina tradicional da Economia Política²².

Na ocasião, muitas fissuras sobre a teoria clássica da Economia Política ficaram abertas. Alguns problemas práticos mereciam ser solucionados e sobre eles passaram a se ocupar os economistas ingleses nas décadas seguintes, dentre os quais o tema da pobreza, das reivindicações da classe trabalhadora, da distribuição da riqueza, do papel do Estado e das dificuldades de uma política monetária consciente.

A importância desse contributo para a compreensão das transformações do Estado está no fato de a economia, avaliando a experiência do liberalismo clássico e do capitalismo concorrencial, passar a incorporar em seus estudos questões políticas e sociais, atualizando a produção intelectual da época e projetando uma nova forma de pensar a produção de riquezas capitalista.

Com isso, o campo das ideias econômicas, do domínio da Política e do Direito voltam a se relacionar fortemente, de modo que o declínio das doutrinas clássicas da economia se dava ao passo de fatos políticos e jurídicos importantes, como a Segunda Lei de Reforma de 1867 e o aumento do poder sindical com as legislações de 1871 e 1875.

Em face desses câmbios, a postura do Estado começa a abandonar a tradição clássica do primeiro liberalismo (abstencionista) e, a partir de 1880, resta inequívoca a tendência de aumento dos gastos públicos, resultado de uma transformação na política econômica desde a década de 1870²³.

²² Ganha destaque nesse cenário a figura do economista britânico William Stanley Jevons que com sua teoria de valor baseada na ‘utilidade marginal’, trouxe uma contribuição fundamental para a transição do sistema clássico. Jevons (1835-1882) ao refletir sobre o futuro da Economia Política, faz-lhe construtivas sugestões, prestigiando o conhecimento histórico dos problemas e a importância da formulação teórica. Assim, delineia os três principais campos de estudo da economia: o princípio da escassez (o valor de um produto é uma grandeza subjetiva: relaciona-se com a utilidade que ele tem para cada um), a análise sistemática dos princípios da Economia Política (com destaque para os limites do *laissez-faire*) e a necessidade de uma ciência do mercado do dinheiro e das flutuações econômicas.

²³ Esse marco cronológico deve ser considerado, entretanto, num contexto em que as novas doutrinas para a política econômica tenham começado a surgir um pouco antes, quando J. S. Mill deu início à revisão das

Nesse processo de mudança doutrinária e política, merece realce a importância do economista britânico William Stanley Jevons (1835-1882), cujas ideias podem ser consideradas como um grande contributo à transição que aqui fazemos referência, tanto numa perspectiva cronológica (seu período de produção intelectual atravessa o marco dos anos de 1870) quanto do ponto de vista doutrinal (contempla em seus estudos, a partir de 1870, a defesa do incremento de gastos públicos para a satisfação de novas necessidades).

Vale salientar, contudo, que Jevons nem sempre foi um defensor de uma política econômica “intervencionista” para o Estado. A princípio era um adepto das teorias malthusianas e defensor do liberalismo clássico. Em sua conferência na Universidade de College, em 1876, consagra-se seu grande câmbio de orientação, cuja tendência começa transformar-se já na década de 70. Com as transformações advindas do industrialismo urbano, logo Jevons teve que admitir: a Inglaterra necessitava de mais controle legislativo e de mais intervenção estatal.

O grande economista inglês e um dos fundadores da Economia neoclássica seguiu nesta orientação até seus últimos escritos, nos quais abordava assuntos como o da proteção ao consumidor, da inspeção governamental, da legislação fabril, da jornada de trabalho e da legislação sindical. Contudo, em relação a temas como a proporcionalidade da tributação, nacionalização, distribuição e redistribuição seu pensamento não pode ser considerado como transformador, mantendo-se também adepto do livre comércio e permanecendo com os padrões da postura clássica.

Entre os contemporâneos de Jevons, destacam-se os críticos historicistas e institucionais da Economia Política, ocupando-se em geral das questões teóricas e de método da política econômica. Cliffe Leslie, Arnold Toynbee, Walter Bagehot, Sidgwick e Foxwell foram os principais nomes que aportaram contribuições importantes para as transformações na política econômica do Estado, mediante defesa de investimento público para proteger os mais débeis.

Já com Alfred Marshall (1842-1924), encontramos um economista que mantinha esperanças no progresso social, cultural e educativo. Segundo seu pensamento, o nível de educação e os avanços tecnológicos elevariam as chances de inclusão das massas, reduziriam a jornada de trabalho e diminuiriam o esforço físico dos trabalhadores. Dedicou-se também aos temas de combate à pobreza, da distribuição e redistribuição, bem como defendia a

doutrinas clássicas, muito embora num ambiente com condições bem adversas para novas idéias na matéria (HUTCHISON, 1985, p. 128).

tributação progressiva, sendo adepto de políticas assistenciais.

Por influência deste conjunto de economistas, de fato a política econômica da Inglaterra começa a mudar, particularmente com os avanços da tributação progressiva que começou a ganhar força a partir de 1890. A ideia era cristalina: tributar com mais intensidade os ricos para diminuir as desigualdades da distribuição e acesso dos pobres, alcançando-se um nível ótimo de bem-estar. Pela primeira vez depois de um século de liberalismo econômico na forma clássica do *laissez-faire*, os economistas são pacíficos no apoio à tese da distribuição dos impostos com as demandas sociais, unificando o pensamento econômico em torno de um objetivo antes impensável para o liberalismo (HUTCHISON, 1985, p. 154).

As ideias liberais em torno da política de emprego também sofrem uma grande transformação e adquirem adeptos, já que a irregularidade do emprego seria uma das causas da pobreza. Assim, as obras públicas de emergência passaram a ser aceitas para amenizar o problema, sendo apoiadas por economistas como Marshall e Pigou, este último um dos grandes expoentes da discussão neoclássica da política econômica na Inglaterra. Com tudo isso, observamos que os economistas mais renomados da época foram, pouco a pouco, adaptando suas teorias às transformações da realidade, alterando a teoria tradicional sobre a política econômica e sobre o papel do Estado na economia.

O que acabamos de trilhar em perspectiva histórica pode ser considerado como a expressão dos aspectos axiológicos e teóricos que contribuíram para a compreensão dessa nova modalidade de Estado que veio a ser pensado e pretendido para responder a novas demandas da realidade, caracterizando uma síntese das ideias da economia e da política rumo a esse novo cenário.

Numa perspectiva sociológica, episódios importantes como a Revolução Russa protagonizada pelo povo (camponeses e proletariado industrial) de 1917 e a I Guerra Mundial (1914-1918) impulsionaram ainda mais o pensamento e as transformações da época rumo a um novo modelo de capitalismo e de Estado. Antes disso, pode-se assinalar a Constituição Francesa de 1848 como um esforço de compromisso, que reunia os interesses do liberalismo e do socialismo democrático, instituindo, mesmo que de forma pouco firme, deveres sociais do Estado perante os trabalhadores e os mais vulneráveis, com ênfase em seu art. 13. Na América Latina, teria sido o México a consagrar em sua Carta Constitucional pela primeira vez os direitos sociais e econômicos (a Constituição do México de 1917).

Empobrecida e derrotada após os conflitos da guerra, a Alemanha outorga a primeira constituição a incorporar direitos econômicos e sociais (Constituição de Weimar de 1919) na Europa, demarcando o colapso de seu Estado Liberal e a emergência de um primeiro

protótipo de Estado Social, como forma de conter a ameaça revolucionária obreira. Também na Itália, imersa em profunda crise, é o temor da subversão proletária que cria as condições para o crescimento e triunfo do movimento fascista, sob a liderança de Benito Mussolini.

Nos Estados Unidos, o *crash* da bolsa de valores de 1929 fez eclodir uma crise econômica que atravessou fronteiras e alcançou, além da própria nação norte americana, países da Europa, África, Ásia e América Latina. Com vistas a proteger suas economias internas, competiu aos Estados criar mecanismos de controle da crise e aquecimento da produção.

Nesse ambiente é que surge, nos anos de 1930, as políticas de intervencionismo estatal na economia que se tornaram conhecidas como “keynesianas”, em referência ao economista britânico John Maynard Keynes, para quem, em circunstâncias específicas, convém que o Estado intervenha e regule a economia.

Em um texto intitulado “O Fim do *Laissez-faire* (1926)”, Keynes avalia a crise capitalista da época e a necessidade de algumas transformações.

Seu escrito remete a duas conferências que proferiu em Oxford (novembro de 1924) e na Universidade de Berlim (junho de 1926). Na ocasião, a Europa acabara de sair da Primeira Grande Guerra, encontrando-se num estado de desorganização econômica e social. Neste contexto, os problemas da fome e do emprego eram os mais urgentes, de modo que o declínio do *laissez-faire* emerge, sobretudo, como sintoma de um processo de “involução civilizacional” da contemporaneidade.

Keynes inicia sua reflexão apontando que a atitude de individualismo e *laissez-faire* perante os assuntos públicos possui muitas fontes, sejam elas correntes de pensamento, sejam elas impulsos sentimentais. Em termos teóricos, desde o surgimento do cálculo utilitário - que sucede as teorias de crença religiosa -, uma nova ética do individualismo passou a fundamentar as doutrinas de justificação dos direitos de propriedade privada e liberdade individual. Já no sentido íntimo, o homem se viu imbuído de um propósito de acumulação de patrimônio e acesso ao consumo, levando-o a desenvolver uma espécie de ‘amor pelo dinheiro’.

Contudo, adverte para uma mudança de ambiente, rumo a uma ênfase na igualdade, já iniciada por Jeremy Bentham (1748-1832) e Mary Paley Marshall (1850-1944) – que propugnaram por um hedonismo ampliado para utilidades sociais – e Rousseau – que inseriu a crítica ao egoísmo e fez emergir a valorização da vontade geral e da igualdade como fins fundamentais da sociedade. De tal modo, passaram a fazer parte da Filosofia Política os princípios de igualdade e altruísmo, bem como, numa segunda etapa, transita-se para o

pensamento democrata de um socialismo utilitarista.

Somando-se e mesclando-se à corrente de pensamento anterior, a nova corrente harmoniza o *individualismo conservador* (Locke, Hume, Johnson e Burke) com o *socialismo e igualitarismo democrático* (Rousseau, Paley, Bentham e Godwin). Contudo, essa conciliação não foi um processo de encontro espontâneo e sem obstáculos. Trata-se de correntes opostas, contrárias, cuja tarefa de harmonização Keynes atribui à Filosofia Política do século XIX, quando reuniu todos os aspectos positivos de cada corrente em torno de um fim único. Através de tal contribuição, o homem prático pôde solucionar a contradição entre *egoísmo* e *socialismo*²⁴.

Nesta conciliação entre *individualismo* e *socialismo*, contudo, ainda repousa o conceito de *laissez-faire*, mandamento que se fortalece também com a experiência prática de um grande progresso material que se desenrolou no período de 1750 a 1850 e cujo resultado decorre dos esforços de iniciativa dos indivíduos e não da sociedade organizada.

Uma vez popularizada a doutrina do *laissez-faire*, coube aos economistas interpretá-la, enquanto uma teoria do livre comércio. Ao ter sua regra consagrada nas últimas obras de Bentham, a campanha política a favor do comércio sem amarras teve grande impulso, contando com a influência da Escola de Manchester e com o trabalho dos utilitaristas benthamianos. A regra do *laissez-faire*, assim, passa a integrar o imaginário popular, embora com uma sensível diferença: enquanto que na segunda metade do século XVIII as limitações à intervenção estatal eram marcadas por grande entusiasmo, nos princípios do século XIX já não parecem tão empolgantes.

Assim, as reservas contra a doutrina do *laissez-faire* começam a ser percebidas com mais força. A conjectura ou sua suposição de partida seria a de um estado de coisas “no qual a distribuição ideal dos recursos produtivos pode produzir-se através da atuação independente dos indivíduos” (KEYNES, 2008, p. 285)²⁵. Neste contexto, os indivíduos que conduzem seu capital e trabalho na direção correta eliminarão, por concorrência, aqueles que optaram por direções equivocadas. Para estes últimos, não haveremos de ter compaixão ou piedade, pois se trata aqui de uma luta pela sobrevivência, donde se distingue o ‘mais eficiente’ do ‘menos eficiente’. Assim delineada, tal teoria não leva em consideração o custo desta luta, mas apenas os benefícios do resultado final, supostamente tidos como permanentes.

²⁴ Isso se tornou possível com a tese de que, por uma ação de leis naturais, se os indivíduos perseguem seus próprios interesses em condições de liberdade, tendem a promover, ao mesmo tempo, o interesse geral (KEYNES, 1988, p. 278).

²⁵ Texto original: “*en el que la distribución ideal de los recursos productivos puede producirse a través de la actuación independiente de los individuos*”.

Num paralelismo entre a regra do *laissez-faire* e a teoria da seleção natural de Darwin, busca-se a explicação para justificar a sua implementação nas relações humanas e econômicas como uma espécie de caminho para o progresso. Trata-se, como vimos, da primeira hipótese provisória da teoria do *laissez-faire* que, por sua vez, une-se visceralmente a outro suposto: o da *oportunidade* de cada indivíduo em ter as condições certas, no lugar correto e no tempo apropriado para produzir mais riqueza²⁶.

Com tudo isso, Keynes (1988) alerta para o fascínio que tal teoria exerce sobre as pessoas, não necessariamente por consistência teórica ou fática – é meramente hipotética e não se deduz dos fatos -, mas sim por sua simplicidade e beleza. Denuncia que os economistas geralmente deixam para um segundo momento o tratamento das complicações da realização desta regra, assim como relegam a um estágio tardio a análise dos fatos reais, justificando, ao final, que “consideram a hipótese simplificada como saúde e as complicações adicionais como enfermidade” (KEYNES, 1988, p. 287)²⁷.

Segundo Keynes (2008), outros aspectos também vinham contribuindo para manter o prestígio da teoria do *laissez-faire*, dentre eles a ausência de propostas teóricas alternativas coerentes e que viessem a lhe fazer frente. Para o autor, o que contestara a regra do *laissez-faire* até o momento foram as teorias do protecionismo, por um lado, e do socialismo marxista, por outro. Ambas careceriam de idoneidade científica e plausividade, motivo pelo qual a autoridade do *laissez-faire* se estabeleceu. Ademais, o individualismo e o *laissez-faire* estavam de acordo com os desejos e necessidades do mundo dos negócios da época, o que também contribuiu para sua primazia em relação ao tema da direção dos assuntos públicos²⁸.

Num passo seguinte, Keynes (2008) se propõe a eliminar os princípios metafísicos e gerais sobre os quais vem se fundamentando o *laissez-faire*. Para tanto, desconstrói alguns mitos que não pareciam manter relação com o mundo dos fatos, dentre eles: a) o princípio de que os indivíduos gozam de uma ‘liberdade natural’ nas atividades econômicas; b) a crença de que existe um ‘convênio’ que confere direitos perpétuos sobre o que as pessoas possuem ou

²⁶ Aqui, encontramos uma espécie de incentivo ao esforço máximo, tendo como motivo mais poderoso o tal ‘amor ao dinheiro’.

²⁷ Texto original: “*Consideran la hipótesis simplificada como salud y las complicaciones adicionales como enfermedad*”.

²⁸ Neste aspecto, Marshall, citado por Keynes (1988, p. 289), chegou a comentar o quanto nos chamados “*homens de negócio*” estavam depositadas nossas esperanças de progresso. Para ele, grande parte da imaginação mais eminente estava neste mundo e ali estava atuando o homem que experimenta, que inova e que traça as estratégias, a exemplo de um jogador de xadrez, que busca antecipar-se aos obstáculos que podem se opor ao desenvolvimento de suas ambições e planos e que faz as jogadas mais brilhantes ao imaginar as reações de seu adversário.

adquirem; c) a ideia de que o mundo se governa ‘de cima’ e a compreensão de que este mundo, portanto, não se dirige ‘desde baixo’, de modo que nem sempre coincidem os interesses privados e coletivos; d) o entendimento de que o interesse pessoal ilustrado produziria o interesse público; e) a ideia de que o interesse próprio é geralmente ilustrado; e f) a regra de que os indivíduos, ao formarem uma unidade social, enxergam com menos clareza do que quando atuam separadamente (KEYNES, 1988, p. 290).

De tal modo, o economista assinala que a questão não pode ser tratada a partir de uma perspectiva meramente abstrata e que devemos matizar em que medida o Estado deve deixar “ao esforço individual” a gestão de todas as atividades que se desenrolam no âmbito da sociedade. Assim, seria a principal tarefa dos economistas, naquele tempo, distinguir entre o que deve ou não ser incluído na “agenda” do governo, cabendo, igualmente, aos políticos fixar formas de governo capazes de cumpri-la.

Para o autor, a agenda do Estado deve separar os serviços que são “tecnicamente sociais” e os que são “tecnicamente individuais”. Ao Estado caberia gerir as funções que se encontram fora do domínio individual, ou seja, assumir as atividades que são diferentes daquilo que os indivíduos já estão fazendo. Para ilustrar seu pensamento, Keynes se presta a tratar de algumas situações específicas e como exemplo emblemático, destaca a questão do “desemprego involuntário”²⁹.

Naquela época, o fenômeno do desemprego não encontrava resposta nem teórica, nem prática e Keynes estava convencido de que as velhas receitas do *laissez-faire* estavam superadas, sendo necessária uma intervenção externa e rápida ao sistema. O economista, embora admitisse que existem forças de equilíbrio da economia, não acreditava que elas eram automáticas. Em termos conclusivos, Keynes defendeu a tese de que o Estado deveria intervir na fase recessiva dos ciclos econômicos e assim manter o pleno emprego.

Ao final, Keynes ressalta que sua crítica ao *laissez-faire* não representa um rechaço ao capitalismo em si. Para o autor, o capitalismo pode ser dirigido com sensatez e configurar-se como um sistema mais eficiente, alcançando seus fins econômicos. Defende, portanto, que o problema se encontra em construir um tipo de organização social que seja o mais eficiente possível, mantendo-se na sociedade a ambição de uma forma de vida satisfatória.

Daí o seu posicionamento sobre o papel do Estado na economia, bem ilustrado nas palavras de Stiglitz (1998): “A escolha não deve ser se o Estado deve ou não estar envolvido

²⁹ Keynes ainda descreve outros dois exemplos: “economias e investimentos” e “controle populacional”.

(na economia), mas como ele se envolve. Assim, a questão central não deve ser o **tamanho do estado** mas as atividades e métodos do governo”. Como passo seguinte, Keynes sugere que sejam, em definitivo, harmonizadas as opiniões (pensamentos) com as simpatias (sentimentos), separação que mantém o homem em estado de angústia e imobilismo. A questão gravita, assim, em torno de perseguir objetivos corretos com os métodos corretos.

Nesse ambiente de agravamento de tensões e novas preocupações, opera-se no capitalismo a passagem para uma nova fase de funcionamento, deixando de ser meramente concorrencial para assumir sua face “organizada”, o que dá ensejo às condições de surgimento dos chamados direitos sociais e econômicos.

3.3 A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NO CONTEXTO DO ESTADO DE BEM-ESTAR: **aspectos de seu surgimento e características transformadoras**

Historicamente, pode-se dizer que os direitos econômicos e sociais foram forjados juntos, de modo que todas as referências e documentos a respeito de sua origem e garantia os enquadram num conjunto quase inseparável, que hoje vem traduzido nas expressões “cidadania social”, “legislação social” ou, enfim, “direito social” como forma de síntese.

Na doutrina geral dos direitos humanos, os direitos sociais e econômicos enquadram-se no que se chama de 2ª geração (ou dimensão) de direitos que, ao lado dos direitos culturais, também são proclamados como prerrogativas que todo homem deve realizar, pois indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento livre de sua personalidade. Portanto, somam-se aos direitos civis e políticos (direitos de 1ª geração) e, segundo Paulo Bonavides (1993, p. 517), tais conquistas caracterizam prerrogativas introduzidas “[...] no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”. E continua: “[...] Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Assim, pode-se conceber que os direitos econômicos e sociais, distintamente do que ocorre com os direitos civis, estão vinculados à positividade da ação estatal, de modo que o Estado se vê obrigado a empreender ações próprias com vistas a promover acesso à educação, saúde, habitação, trabalho e demais formas de assistência. Tais direitos surgiram a partir de meados do século XIX, com a Revolução Industrial e consubstanciam-se hoje nas diversas constituições nacionais, bem como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais aprovado pela ONU, em 1976.

Ao se investigar as condições de surgimento dos direitos de cidadania em geral, e dos direitos econômicos e sociais em particular, pode-se observar que suas conquistas ou seu alargamento se ligam não só à luta dos descontentes, mas também a contingências históricas determinantes, aos interesses do Estado e proveito das classes dominantes.

Para tratar do tema do surgimento destes direitos é inescapável dar primazia ao papel do Estado e à maneira como as instituições estatais garantem e organizam formas de prover as expectativas da sociedade. Assim, elegemos para o presente estudo um enfoque que demarca o surgimento dos direitos econômicos e sociais no contexto do próprio nascimento e desenvolvimento do *Welfare State*, com recurso às várias teorias explicativas, como já se viu, construídas na perspectiva da Economia Política, da Teoria do Estado e da Ciência Jurídica³⁰.

Todas estas teorias convergem para um elemento comum: as transformações que o mundo sofreu com o advento da industrialização, desde finais do século XIX e que não cessaram de suceder ao longo do século XX. Para alguns, as mudanças nas relações produtivas com a consequente extinção das formas pré-capitalistas, inseriram câmbios em toda a lógica da sociedade, atingindo não apenas as relações econômicas (âmbito do mercado), mas também as relações familiares (âmbito privado) e os requisitos de legitimação política do Estado (âmbito público).

Neste último aspecto, Juan Ramón Capella (2002, p. 178) acentua que as transformações que se davam dentro da moldura de um então Estado de Polícia (garantidor da segurança das relações e abstencionista nas relações privadas) exigem dele outra postura, de modo que viesse a assumir diferentes e novas funções. Os frutos da produção em massa também exigiam novos gastos públicos, cuja utilidade como salários “diretos” ou “indiretos” foi essencialmente necessária para também manter a demanda efetiva pelos bens produzidos, agora, em escala industrial. Os bens oferecidos iam desde a oferta de trabalho (política keynesiana para superar a crise de 1929), educação ou saúde (para garantir trabalhadores capacitados e dispostos ao trabalho), até os investimentos de infraestrutura (para garantir o desenvolvimento da urbanização, o fornecimento de energia, o avanço das comunicações e o escoamento da produção).

Abandonando seu papel primariamente limitado, o Estado passou, no plano econômico, da postura liberal para uma postura cada vez mais intervencionista (expandindo a

³⁰Vale lembrar que entre direitos sociais e as políticas sociais implementadas pelo *Welfare State*, não há uma correspondência de significação, pois os direitos sociais nem sempre são expressos em sua integralidade ou natureza por tais políticas. Mais do que isso: os direitos sociais exigem de seus titulares a consciência dos direitos que possuem e que podem reivindicar.

produção) e, no plano social, de uma atitude abstencionista a um comportamento assistencialista (redistribuição de renda), financiando a satisfação das necessidades sociais com alterações nas políticas fiscais (o aumento da carga de impostos em sentido progressivo, ou seja, atingindo aqueles que estão em melhores condições de suportá-la).

O novo Estado, portanto, passou a assumir novas funções, que no entendimento de Capella (2002), podem ser distinguidas como aquelas ‘essencialmente econômicas’ e as ‘socioeconômicas’. Dentre as primeiras, podemos destacar as funções de: i) administrar o ciclo econômico e suas “eventuais” crises, mediante políticas orçamentárias e monetárias; ii) socializar gastos de inovação tecnológica e iii) socializar riscos das empresas privadas.

Já no aspecto assistencial (ou socioeconômico), o novo modelo do *Welfare State* se destaca pelas funções de: i) satisfazer as necessidades sanitárias da população, desenvolvendo um sistema de saúde e hospitalar público e gratuito; b) garantir um sistema público de seguridade social e aposentadoria; c) oferecer um sistema de educação que garantisse a formação mínima indispensável para a força de trabalho e para a reprodução do saber científico-tecnológico (ambos necessários para o sistema produtivo); e d) construir novas moradias.

Ademais disso, no âmbito jurídico, observa-se um câmbio da postura meramente repressiva do Estado de Polícia para o investimento em políticas preventivas e, por fim, no plano político, o Poder Executivo passa a ser o centro do Estado intervencionista, controlando as funções de intervenção econômica e social.

No contexto do século XX e já sob a influência de Keynes, além dos “salários indiretos” citados acima (bens educativos e de saúde pública) várias mudanças no plano jurídico podem ser registradas como resultado de um grande pacto entre as classes sociais³¹: estabelecimento de salário mínimo, pagamento de aposentadoria, limitação da jornada laboral, garantia de férias remuneradas, o fim das perseguições por filiação sindical e a legalização dos partidos obreiros, dentre outros³². Como concessão, a classe trabalhadora atenua seu espírito de luta e assume o espírito de gestão e representação de interesses. No plano ideológico, os trabalhadores sossegam na discussão a respeito dos reais fundamentos do capitalismo e alguns, ao longo do tempo, perdem a vertente política que considerava

³¹ Embora a ideia de “pacto” seja discutível, como veremos a seguir.

³² Como bem acentua Daniel Sarmiento (2006, p. 19), é com os direitos sociais e econômicos que surge “[...] um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade”.

incompatível uma relação amistosa entre capital e trabalho.

Uma vez delineados estes traços caracterizadores que marcam o contexto de surgimento dos direitos sociais e econômicos no ambiente das transformações que induziram ao nascimento do *Welfare State*, vale agora um estudo mais detido sobre suas teorias explicativas, com o fim de compreender o fenômeno enquanto processo histórico e suas condições de produção. A seguir, trataremos das características que formatam o surgimento do Estado Social na América Latina para, enfim, realizarmos uma breve análise sobre o processo de constitucionalização da cidadania social no Brasil, bem como os cortes caracterizadores da prestação estatal no país.

3.4 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA AMÉRICA LATINA E BRASIL

Embora muito da modernidade e seus desdobramentos seja pensado numa perspectiva eurocêntrica ou norte americana, é possível descrever algo que pertine ao desenvolvimento da América Latina para além de ser entendida como cópia imperfeita da experiência dos países centrais.

No que tange às políticas sociais de proteção dos países latino-americanos, por muito tempo ficamos à espera de um tratamento teórico profundo e que atendesse às particularidades desta realidade específica. Diferente da vasta literatura que descrevia a história e classificava tipologias para os direitos sociais e econômicos de modelo europeu, até finais dos anos 70 não existiam estudos capazes de descrever a tipologia de modelos periféricos do *Welfare State* latino-americano, tampouco das proteções sociais que dele advinham no contexto do surgimento dos direitos humanos de segunda geração no hemisfério sul.

Apenas com o estudo de referência intitulado “Cidadania e Justiça”, de Wanderley Guilherme dos Santos (1979), avançou-se rumo à compreensão de como se configuram (sistematização) e se realizam (eficácia) as políticas sociais brasileiras, desenvolvidas, sobretudo, depois de 1930. Após isso, com os novos estudos comparativos incorporados à nossa literatura (AURELIANO; DRAIBE, 1989; KORNIS, 1994; SOARES, 1995, dentre outros) foi possível construir um conhecimento consistente para examinar o processo histórico que aqui daremos ênfase.

De maneira geral, Sônia Driabe e Manuel Riesco (2011) reconhecem que as características fundamentais do Estado de Bem-Estar dos países centrais estão presentes na experiência latino-americana. Contudo, destacam particularidades de seu processo histórico e

traços que vão lhes dar também a feição de Estado Desenvolvimentista, quando desenvolveram seus sistemas de proteção social no eixo sul das Américas.

Nos países como México, Peru e alguns outros da América Central, desenvolveu-se o que se classifica como *padrão colonial clássico sobre os antigos impérios*, cuja experiência se deu em áreas de tradicional produtividade agrícola, com populações indígenas numerosas, de cultura complexa e baixa incidência de imigração tardia (final do século XIX e início do século XX).

Já no padrão *modernidade precoce com base na imigração tardia* encontramos baixa produtividade agrícola na fase pré-moderna e suas populações indígenas são pouco representativas (extermínio de finais do século XIX). Por isso, suas manifestações culturais são débeis e se observa o predomínio de imigração tardia, nomeadamente a europeia (final do século XIX e início do século XX). Também se observa um capitalismo e urbanização prematuros, desenvolvendo-se na Argentina e Uruguai, assim como na Patagônia chilena e Estado de São Paulo (Brasil).

O tipo de Estado constituído de *colonos pobres às margens dos antigos impérios* alcançou países como Chile e Costa Rica e foi caracterizado pela baixa produtividade agrícola em suas fases pré-modernas, população indígena de representação mediana e manifestação cultural relativamente fraca. Por outro lado, teve um campesinato tradicionalmente forte e independente, baixa incidência de imigração tardia e precoce desenvolvimento republicano.

Por fim, temos o padrão das *sociedades escravistas e de plantations*, que alcançou a experiência brasileira, cubana e de alguns outros países do Caribe. Neles, observa-se baixa produtividade agrícola no período pré-moderno, população indígena precocemente exterminada ou com presença relativamente escassa e cultura pré-hispânica timidamente manifesta. Ênfase na indústria de exportação colonial que cuidava de produzir açúcar, café, tabaco, borracha e minérios, dentre outros recursos. Foi largamente marcado pela cultura escravagista, já que importou massivamente escravos africanos para a exploração das riquezas que serviriam de matéria prima para a grande indústria. Também se caracteriza pela grande incidência de imigração tardia, bem assim pela tardia emergência de sua experiência republicana³³.

Com esses precedentes, a partir da década de 1920, com ênfase nos impactos da depressão norte-americana de 1929, cabia aos Estados nacionais latino-americanos tanto alcançar os níveis de desenvolvimento do industrialismo, quanto, ao mesmo tempo, prover o

³³ Os autores advertem, contudo, que “um mesmo país pode abrigar distintos padrões, especialmente países grandes e heterogêneos como o México e o Brasil” (DRIABE; RIESCO, 2011, p. 237).

progresso social em uma experiência que até então era essencialmente agrária. Por isso, não era possível tão somente reproduzir os processos de desenvolvimento ocorridos nos países centrais, mas criar sua própria trajetória. Pela ausência dos principais atores que deram fôlego às transformações do Estado Liberal dos países desenvolvidos (massa obreira e classe empresarial), o Estado de Bem-Estar latino-americano teve que assumir essa tal função na trama social que aqui se desenrolava, sendo ao mesmo tempo aquele que cria e alimenta as engrenagens de seu próprio crescimento.

Sob a face de Estado Desenvolvimentista, a experiência do *Welfare State* na América Latina foi, assim, amplamente marcada pela transformação das estruturas econômicas da época e pela regulação estatal com vistas ao mínimo de amparo social das populações vulneráveis, muito embora com seu viés industrialista, visando principalmente a proteção do trabalhador, sendo ele próprio responsável pela consolidação do capitalismo na região. Para Draibe e Riesco (2011, p. 240):

[...] o regime de bem-estar aqui erigido enquadra-se no tipo meritocrático ou conservador, ou ainda bismarkiano, na classificação de Esping-Andersen. Ou seja, foram, desde o início, referidos ao homem-provedor, legitimado por sua inserção no mercado de trabalho, e à mulher-cuidadora, esta última característica reforçada, mais ainda, pelo viés “familista” que imperou desde as origens.

Em face disso, não obstante algumas variações, a população rural, as massas do crescente mercado informal e os pobres da zona urbana foram relegados às margens dos sistemas de proteção social, inclusive daqueles programas considerados básicos para acesso a serviços essenciais de educação e saúde. Daí que, ao fim do ciclo desenvolvimentista, observa-se no cenário latino-americano uma acumulada e significativa ‘dívida social’, passando o seu resgate a constituir as principais pautas da nova agenda social a partir da década de 1980.

Para o caso do Estado Social brasileiro, estudos confirmam que seu surgimento se dá sob o conceito do que Santos, W. (1979, p. 75) denomina como “*cidadania regulada*”, segundo a qual “são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei”.

Para o autor, tratava-se de uma cidadania baseada num critério de estratificação ocupacional, o que muito tem relação com os conceitos que Titmuss desenvolveu para o modelo de *Welfare State* “meritocrático-particularista”³⁴ e que Esping-Andersen (1991)

³⁴ Vários estudiosos esforçaram-se ao longo dos últimos anos para aglutinar as diversas experiências de *Welfare State* a partir de padrões básicos, diferenciados por, dentre outros, sua forma de financiamento e a extensão dos

formulou para o tipo de Estado de Bem-Estar “conservador e corporativista”³⁵.

Na descrição de Liana Aureliano e Sônia Driabe (1989, p. 143), o sistema de proteção social no Brasil, até as reformas universalizantes das décadas de 70 e 80, pode ser caracterizado como ‘seletivo (no plano dos beneficiários), heterogêneo (no plano dos benefícios) e fragmentado (no plano institucional e financeiro)’, baseando-se na relação condicionada entre renda-contribuição-benefício, de modo a reproduzir as desigualdades sociais já existentes no país.

Toda esta ideia global vem bem sintetizada nos estudos de George Kornis (1994, p. 58-59), segundo o qual a experiência brasileira se explica da seguinte forma:

Um *welfare state*, em síntese meritocrático-particularista fundado na capacidade contributiva do trabalhador e num gasto público residual financiado por um sistema tributário regressivo. Um sistema não-redistributivo e montado sobre um quadro de grandes desigualdades e de misérias absolutas [...].

Em termos cronológicos, fala-se em surgimento dos direitos sociais no Brasil a partir da década de 30, momento em que se verifica uma transformação nas relações entre o Estado e a Economia, bem como entre o Estado e a Sociedade. Segundo os estudos de Draibe (1993, p. 19), o marco legal desta transformação passa por dois momentos de referência na produção jurídica brasileira: o período compreendido entre 1930 e 1943 e a fase dos anos de 1966 a 1971. Ambos os momentos são caracterizados por experiências de regimes autoritários, o que reforça a tese de que as elites destes períodos visavam a legitimação de seu poder pela via das políticas sociais, forma, inclusive, de criar medidas preventivas à sublevação das grandes massas.

Neste primeiro marco temporal iniciado em 1930 consagra-se a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil. No rastro da Constituição de Weimar (1919), que estabelece o compromisso do individual com o social, a emergência dos direitos sociais e econômicos como prerrogativas fundamentais no constitucionalismo brasileiro prevê o ingresso de tais direitos no âmbito da proteção legal e jurídica do país. É na Constituição de

serviços oferecidos. Richard Morris Titmuss formulou aquela que é considerada a mais antiga ou conhecida dessas classificações. Para ele, o *Welfare State* “meritocrático-particularista” seria um modelo baseado em capacidades de performances pessoais, de modo que caberia às políticas sociais tão somente intervir na correção de falhas específicas do mercado, sem que se tornem obstáculos para a resolução autônoma e independente dos indivíduos em relação às suas necessidades, sendo meramente complementar às instituições econômicas.

³⁵ Esping-Andersen (1991), em sua tipologia, caracteriza o *Welfare State* de tipo corporativo como aquele que evolui mediante ajustes que visam tão somente atender às novas estruturas da classe pós-industrial, protegendo, portanto, seu viés, além de corporativista, também conservador. Aqui predomina a preservação das diferenças e do *status* social dos indivíduos, estando os direitos diretamente ligados às condições sociais dos cidadãos. Com isso, o impacto das políticas de redistribuição é visivelmente desprezível.

1934 – A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” - que eles são postos em primeira mão e depois disso passam a fazer parte do acervo e patrimônio dos direitos fundamentais da sociedade brasileira, repetindo-se nas Cartas Políticas de 1946, 1967, na Emenda Constitucional nº 1/69 e na atual Constituição de 1988³⁶.

O contexto de criação e vigência da Constituição de 1934 é bastante particular, dado que se trata da Carta Política que menos durou na história do país. Seu brevíssimo período de vigência não consentiu que os princípios ali consagrados e animados por um processo democrático e revolucionário³⁷ fossem devidamente cumpridos. Logo, em 1937, outra Constituição entra em vigor, agora sob a égide de um regime autoritário e outorgada por uma ditadura: a ditadura Getúlio Vargas.

Com o cenário de gestação da Constituição de 1934, ela resultou num misto entre princípios liberais, autoritários e corporativistas. Mesmo assim, no que compete aos direitos sociais dos trabalhadores, foi com ela que se deu a criação de muitos direitos que se inspiraram nas ideias socialistas da pré-Revolução de 1930, a exemplo de seu artigo 121 que contemplava: i) a previsão do salário mínimo; ii) a fixação da jornada máxima de trabalho diário; iii) a vedação ao ingresso prematuro no mundo laboral (proibição de trabalho infantil); iv) a garantia do direito de férias anuais remuneradas; v) o direito de indenização por demissão sem justa causa; vi) o direito à assistência médica e dentária; vii) a previsão da assistência remunerada a trabalhadoras grávidas; viii) a instituição de uma previdência, mediante contribuição equivalente por parte da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e dos casos de acidentes de trabalho ou morte; e, dentre outros, a criação de uma jurisdição especializada para questões relativas às relações trabalhistas: a Justiça do Trabalho (art. 122). Em 1943, estes e outros direitos haviam sido consagrados numa compilação legislativa, nomeada como “Consolidação de Legislação Trabalhista” (CLT), recentemente reformada em polêmica votação no Congresso Nacional

³⁶Segundo o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva (1998, p. 290), a atual formatação dos direitos sociais e econômicos na Carta Magna do Brasil pode ser assim classificada: “a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente”.

³⁷Consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932. Até tal revolução ocorrer, o Brasil teria passado por um período de transição, marcado por um governo provisório que durara 4 anos, após a Revolução de 1930 contra a República Velha. A Revolução Constitucionalista foi um ato de rebeldia do Estado de São Paulo, que exigiu do então chefe de Estado em caráter temporário, o mesmo Getúlio Vargas, a convocação de uma Assembléia Constituinte, que veio a ser eleita em maio de 1933. Iniciando seus trabalhos em novembro do mesmo ano, tinha como missão elaborar uma Carta Constitucional que revelasse os sinais dos novos tempos para o país, sobretudo superando o contrato social até então vigente que tinha o regime oligárquico-aristocrata como modelo. Com isso, a classe dominante deixa de ser a oligarquia cafeeira para ceder lugar à classe média, aos industriais e aos militares. Ressalte-se que a maior parte dos criadores da Constituição de 1934 fazia parte do próprio governo e uma vez promulgada, a Assembléia findou por confirmar Getúlio Vargas na presidência.

(Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017).

Como bem assinala Daniel Sarmiento (2006), os impactos dos direitos econômicos e sociais na postura do Estado são relevantes inclusive por trazer para o seu marco normativo uma legislação que ampara o trabalhador, sob a égide de direitos constitucionais e desse novo ramo do direito, embora hoje mitigado pelos impactos da reforma acima mencionada:

[...] Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade (SARMENTO, 2006, p. 19).

Conforme previsto na Constituição de 1934, ao lado dos progressos no âmbito da legislação laboral, cria-se o Instituto de Aposentadorias e Pensões. Também se observa, a partir de 1934 até 1943, alterações no âmbito das políticas de saúde e educação. Já no período de 1945 a 1964 (volta provisória do regime democrático), observa-se um movimento de inovação legal-institucional nos domínios da saúde, educação, assistência social e, inclusive - embora timidamente -, no âmbito da habitação popular. Aqui é que vemos expandida a proteção social prevista no período de 1934-1943, incorporando novos grupos sociais no seu sistema de amparo, embora de maneira seletiva, heterogênea e fragmentada, como já assinalado acima.

Apenas a partir da década de 1970 é que se percebe uma transformação radical no sistema de proteção social do Estado brasileiro, com a organização de sistemas nacionais públicos de serviços sociais básicos com ‘tendências universalizantes’ – dado que o sistema segue sendo excludente em vários sentidos –, como educação, saúde, assistência social, previdência e habitação³⁸. Assim, as coberturas deixam de ser fragmentadas e seletivas para se converter em políticas de massa, ampliando-se quanto ao público beneficiário. Também é a partir da década de 1960 que se incorporam mecanismos de formação de patrimônio para a classe trabalhadora, com a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)³⁹ e em

³⁸ Saliente-se que todo sistema de proteção forjado no contexto do regime ditatorial de 1964 e que se institui a partir de meados de 1970 é fortemente marcado por características tecnocráticas e autoritárias, definindo o “núcleo duro” do *Welfare State* no Brasil e completando a sua política de intervenção social.

³⁹ Segundo dados do governo central do Brasil, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado para proteger o trabalhador demitido sem justa causa. Trata-se de capital formado pelo depósito mensal por parte dos empregadores em benefício dos empregados - e vinculado ao contrato de trabalho - de valor correspondente a 8% do salário de cada funcionário. Com o FGTS, o trabalhador pode formar um patrimônio ao longo de sua vida laboral, bem como pode adquirir sua casa própria, com os recursos de conta vinculada que acumulou até sua aposentadoria ou até demissão sem justa causa. Além de favorecer os trabalhadores, o

1970 um instrumento de participação nos lucros das empresas, com o Programa de Integração Social (PIS)⁴⁰.

Embora marcado por avanços no que tange à rede de proteção social do Estado brasileiro, estes direitos foram criados e administrados com base em traços de corte centralizador, autoritário e com regras claras de inclusão/exclusão de seus beneficiários (seletividade). Como já mencionado, trata-se de uma cidadania regulada e estratificada, baseada na posição ocupacional e na contribuição do trabalhador, que se universalizou em poucos aspectos ou categorias de direitos (educação básica – obrigatória e gratuita – e saúde).

Dada sua expansão massiva no período de 1977-1981 e seu padrão de funcionamento que seguiu sendo arcaico, logo se observam sinais de esgotamento do modelo adotado, resultando numa crise de caráter organizacional, financeiro e social. Ao lado do sistema securitário de contraprestação, vigorava um sistema assistencial não contributivo e denso, voltado para os grupos residuais (grupos de risco como crianças, gestantes, lactantes e idosos) que eram vítimas da própria precariedade dos salários vigentes, além de voltar-se para toda população miserável e desempregada (DRAIBE, 1998, p. 21).

Isso teve como consequência uma política de reestruturação que seguiu de 1981 a 1985. Neste período, o país ainda estava sob o governo dos militares e por isso tal reestruturação se deu nos moldes do conservadorismo. Apenas a partir de 1985 (até 1988) é que se verifica uma tentativa de reestruturação progressista, conduzindo o país para o desenho de um novo perfil de Estado Social, como expressão das novas definições de direitos sociais que vieram a ser consagrados na Constituição de 1988, já ensaiada pelo governo civil da Nova República democrática.

O atual sistema de proteção brasileiro, cunhado no marco da Constituição de 1988, reúne duas grandes categorias de direitos sociais, no qual se protege o direito à saúde e se garante as condições mínimas de sobrevivência em situações de necessidade ou risco (assistência e previdência social). Ambas fazem parte de uma cobertura oferecida com base no princípio da solidariedade, dado que seu financiamento está a cargo de toda sociedade (art. 195 da CF/1988) (BRASIL, 1988)⁴¹.

FGTS financia programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana que beneficiam a sociedade em geral, principalmente a de menor renda.

⁴⁰ O PIS foi criado com o fim promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, viabilizando melhor distribuição da renda nacional. Em termos mais específicos, hoje se trata de contribuição social de natureza tributária, devida pelas pessoas jurídicas, com objetivo de financiar o pagamento do seguro-desemprego e do abono para os trabalhadores que ganham até dois salários mínimos mensais.

⁴¹ Convém assinalar que durante o desenvolvimento deste estudo encontra-se em discussão no Congresso Nacional a Reforma da Previdência Social, com previsão de mudanças representativas em relação ao regime vigente. Até a presente data, dita reforma não foi votada.

Segundo o dispositivo constitucional que trata da proteção social no Brasil, art. 194/CF, “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988). Outrossim, define os objetivos segundo os quais o Poder Público deve organizar a seguridade social do país. São eles:

- I - universalidade da cobertura⁴² e do atendimento⁴³;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços⁴⁴;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio⁴⁵;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988).

Assim, o sistema de proteção social aqui descrito tem como pressuposto imediato ou remoto o acesso a todo o leque de direitos sociais e econômicos previstos em diversos instrumentos internacionais e ao longo de toda Constituição Federal em vigor. De tal modo, observa-se que o modelo adotado pelo constituinte de 1988 resultou na ampliação de um padrão seletivo e que protegia apenas determinados setores da população (“seguro social”), para aquilo que pode ser considerado como uma mais autêntica “seguridade social”, cujo fim é atender a todos aqueles que se encontrem em situações geradoras de necessidades.

3.5 OS IMPACTOS DO WELFARE STATE NO DIREITO

“Inegavelmente, o Direito do Estado de Bem-Estar é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às consequências de sua aplicação” (CAMPILONGO, 2011, p. 103).

⁴² Aspecto objetivo do princípio que é aplicável apenas às situações de risco. Será efetivamente universal quando todas as situações de risco forem atendidas. O direito à saúde é dirigido a todos, já o direito aos recursos mínimos à sobrevivência se dá pela via da previdência social (sujeita à condicionalidade de contribuição prévia) ou da assistência social (protetiva dos mais necessitados, em caráter não contributivo). A assistência social é medida subsidiária da previdência social, ou seja, apenas se aplica quando o indivíduo não possui cobertura previdenciária para suas necessidades.

⁴³ Aspecto subjetivo do princípio que se relaciona com os destinatários das prestações da seguridade social.

⁴⁴ Aqui se elegem os riscos sociais que serão cobertos pela prestação estatal, como a velhice, a doença e a invalidez (seletividade); já a distributividade fixa o grau de proteção devido a cada um, com base no princípio da isonomia que se aplica à matéria da seguridade social (Wagner Balera *apud* Pierdoná, 2007).

⁴⁵ Consideração da capacidade contributiva do cidadão, bem como da relação diretamente proporcional entre o risco social e a contribuição.

Com o quadro histórico que acabamos de traçar, podemos constatar que, no âmbito jurídico, uma das mudanças advindas com o surgimento do *Welfare State* foi a própria ênfase na noção de tempo presente e de tempo futuro que recaíram sobre o Direito. Se antes o Direito se voltava para o passado – traço do paradigma liberal com seu apego ao princípio da segurança jurídica –, agora volve-se para o futuro, no sentido de prescrever programas de desenvolvimento, promovendo sua execução gradual (CAPPELLETTI, 1993, p. 134).

Isto também se relaciona com as transformações do Estado e do Direito que muito têm implicado numa mudança de postura do ente estatal frente à realidade, deixando de exercer a função primordial de consolidar e assegurar o marco racional-formal da “autonomia protegida” - inclusive no âmbito da resolução de conflitos e do processo decisório - para fazer emergir o que se convencionou denominar de “direito regulativo”.

Numa síntese breve, pode-se dizer que essa emergência vem em consonância com a ampliação da postura intervencionista do Estado nas relações sociais, induzindo o Direito a experimentar novas modalidades de regulação normativa a fim de atender a esse novo padrão de intervenção.

O direito regulativo, na perspectiva desta breve investigação, vem a ser compreendido no contexto da expressão “direito útil” ou “direito instrumental”. Trata-se de um novo paradigma jurídico, no qual os ideais do liberalismo – com seus traços de Estado abstencionista e de direito lógico-formal - dão lugar a uma perspectiva mais integradora entre o universo jurídico e as outras dimensões da vida social:

Os novos caminhos do direito estão relacionados com a utilização do sistema jurídico para intervir nos sistemas sociais primários e corrigir os desequilíbrios existentes ou fazer frente aos ‘riscos sociais’. O Estado, por meio do direito, fixa as linhas de intervenção política com fins de integração social e promove regulativamente os valores e interesses que devem orientar as relações sociais (CALVO GARCÍA, 2005, p. 23)⁴⁶.

Essa mudança teve origem nos antecedentes de regulação econômica e social de inícios do século XX, tendo sua primeira grande onda regulativa com a depressão de 1929, procurando-se, com isso, tanto superar a sensação de fracasso dos ideais liberais, quanto resgatar setores financeiros e industriais, além de proteger os cidadãos.

Portanto, desde a década de 1930, com as bases intelectuais traçadas por John M.

⁴⁶ Texto original: Las nuevas sendas del derecho están relacionadas con la utilización del sistema jurídico para intervenir en los sistemas sociales primarios y corregir los desequilíbrios existentes o hacer frente a los ‘riesgos sociales’. El Estado, por medio del derecho, fija las líneas de intervención política con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales.

Keynes, a ordem econômica foi saudada com a atuação estatal no âmbito de sua regulação, tornando-se suporte para uma nova época de prosperidade, que seguirá até finais dos anos de 1960. Nos anos de 1970 uma matriz crítica inicia a denúncia das falhas desse modelo, o que, talvez não por acaso, dá início a uma segunda onda regulativa que traz novas características em relação ao período antecedente, como instrumentos de intervenção jurídica que atentam para o bem-estar físico – inclusive moral – das pessoas, de modo que a *regulação social* vai assumindo traços distintos da tradicional *regulação econômica*, estando aquela relacionada à proteção da saúde, seguridade, meio ambiente, à superação da discriminação no acesso aos bens sociais (educação, emprego e moradia) e à salvaguarda de riscos emergentes, advindos da tecnologia e das novas condições naturais do planeta (CALVO GARCÍA, 2005, p. 25-26).

Pode-se dizer, assim, que suas principais consequências na estrutura e práxis jurídica são, em primeiro lugar, que o Direito é tido como *meio* ou *instrumento* para alcançar finalidades sociais, de modo que seu universo se abre a critérios e influências de caráter econômico, cultural, político, ético e técnico. Assim, o Direito assume um sentido instrumental, visando a realização de políticas de intervenção e de promoção de metas sociais, mediante o desenvolvimento de programas e políticas (‘implementação’).

Neste esforço, o sentido da previsão normativa passa a ser evitar riscos, antecipando-se com medidas legislativas que carecem de multiplicar-se para ampliar seus mecanismos de controle e de cautela – o que, por consequência, desencadeou, a partir dos anos setenta, o que se denominou de ‘inflação legislativa’, enquanto nova racionalidade político-burocrática para a qual se abriram as comportas do Direito.

Essa superabundância de normas, contudo, não diz respeito apenas à complexidade dos novos objetivos buscados ou às matérias reguladas, mas também à burocratização dos meios de realização do Direito, o que implicou em mais regras de procedimento para o funcionamento da justiça dos tribunais. Esse funcionamento exige novas formas de controle que enseje a mudança substancial da fisionomia do Direito, deslocando a dinâmica jurídica da adjudicação para a realização de políticas regulativas.

Noutras palavras, o desdobramento do que assistimos é a transição de uma “racionalidade formal” (atitude do paradigma liberal do Direito) para uma “racionalidade material” (postura do paradigma regulativo). Assim, além das normas meramente proibitivas ou abstencionistas do modelo anterior, surgem novos meios de controle que se caracterizam como ‘positivos’, exigindo também novas formas de funcionamento do Estado e do Direito para garantir o desenvolvimento de programas e a implementação das normas de proteção dos valores sociais que agora são perseguidos.

Nas palavras de García-Palayo (2009, p. 49),

Trata-se da chamada racionalidade instrumental, funcional, sistêmica, operacional etc., que desconhece uma ordem racional objetiva e para a qual não há nada mais que racionalidades subjetivas. Com base nela, é racional aquilo que, dada uma relação mais ou menos complexa entre fins e meios, serve para alcançar um objetivo. Sendo assim, a razão não é uma ordem substancial, mas um mecanismo relacional, um procedimento cujo valor, na melhor das hipóteses, é medido por sua funcionalidade [...].

Como segunda consequência desta mudança paradigmática, podemos destacar o aspecto da “flexibilidade”, tida como a introdução de novos espaços de ambiguidade ou indeterminação material dentro do direito regulativo. Sua necessidade está no aspecto de criar aberturas e mobilidades para garantir a execução de políticas públicas, cujo fim é o alcance de resultados concretos e não o cumprimento estrito dos ditames da lei. Deste modo, o critério de medida da eficácia da norma jurídica deixa de ser o restrito cumprimento das regras de Direito, para se converter no alcance dos objetivos sociais pretendidos, aumentando o grau de discricionariedade daquele que irá executar seus comandos⁴⁷.

Disso extrai-se a distinção apontada pela literatura entre ‘Estado formal’ e ‘Estado material de Direito’, também trazida à baila pelo jurista espanhol García-Pelayo (2009, p. 41):

Estado formal de Direito se refere à forma de realização da ação do Estado, e, concretamente, à redução de qualquer de seus atos à lei ou à Constituição, estabelecendo, para tanto, determinados princípios e mecanismos [...] que têm sua origem na estrutura dos postulados liberais pela técnica jurídica [...]; o Estado material de Direito, também chamado ‘conceito político de Estado de Direito’ (M. Peters), não se refere à forma, mas ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios materiais de justiça.

Daí que, preocupado com a realização efetiva de seus postulados, bem como buscando corrigir as distorções que se deram no âmbito da esfera privada, o Direito se volta para a regulação, melhor dizendo, para a judicialização das relações sociais privadas, o que acarretou a publicização de seu tratamento jurídico, inclusive a do mercado de trabalho, posto que é característica do *Welfare State* transitar pela norma e pela regulação macroeconômica.

Isso trouxe como fenômeno paralelo um enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, causando, por consequência, sua obstrução. Para sanar este problema, bem como para poder se ocupar com as questões de política geral e partidária - evitando a paralisia do processo de atendimento às novas demandas -, o Legislativo se viu face à

⁴⁷ Inclusive, dita flexibilidade supõe a debilidade da autoridade e rigidez formal da norma, como bem assinala Calvo García (2005, p. 31), deixando o Direito permeável a pressões sociais e políticas, bem como aos próprios critérios de oportunidade de quem maneja a lei.

necessidade de transferir grande parte de suas atividades.

Diante de tudo isso, observou-se uma espécie de “abdicação” do Legislativo no âmbito da administração política do *Welfare State*, pois cabia ao Estado, agora Estado Administrativo, tutelar cada vez mais e de modo mais paternalista, cada região da vida social.

Essa forte regulação legislativa, embora gere impactos tanto no próprio sistema político, quanto no direito judicial, deságua no sistema jurídico quando a política se socorre do ‘adiamento’ ou ‘delegação do poder decisório’, o que não é possível no âmbito da prática judicial. Na perspectiva de Campilongo (2011, p. 92):

O sistema político sobrecarrega o sistema jurídico, e, com isso, aumentam a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da lei. A diferenciação do Direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: “politiza” a magistratura.

Neste cenário é que o Estado se apresenta como um terreno fértil para as lutas do movimento democrático e para o sindicalismo em busca do avanço de uma agenda igualitária. Esta agenda, segundo a compreensão destes movimentos e a estratégia por eles utilizada, deveria investir na judicialização da Administração, como ocorrera com a judicialização do mercado de trabalho, de modo que o Direito passou a ser considerado como um indicador da democratização social, assumindo grande importância no Estado Social.

O Direito, assim, converte-se num dos principais recursos de comunicação do Estado, particularmente do Poder Executivo, pondo em ameaça a tradicional repartição democrática de Poderes. Neste contexto, as decisões políticas do Estado Social são continuamente traduzidas em normas jurídicas, o que também coloca o Poder Judiciário em posição central, dado ser a única instância institucional especializada na interpretação das normas, bem como no arbitramento sobre sua legalidade e aplicação.

Mitigando a primazia da orientação pelo que fora determinado no passado, o Estado Social passa a se voltar cada vez mais para o tempo presente e futuro, assumindo sua ‘indefinição’ e sua ‘indeterminação’, “contaminando” o campo do Direito com o ‘provisório’, o ‘temporário’ e o ‘incerto’. Daí que, como bem assinala Habermas (1997, v. 2,), surge uma outra forma de identificação do Direito com a Política, ou seja, a abertura do Direito ao tempo futuro e todas as suas consequências. Para o autor, com esta abertura o Direito passa a admitir “leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação de prognóstico inseguro [...], a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 174).

Embora a produção das leis seja tarefa do Poder Legislativo, tal indeterminação do Direito exigiu que seu acabamento recaísse no Poder Judiciário, conferindo-lhe o papel de “legislador implícito”, já que a ele compete a interpretação final da norma, visando fixar seu sentido.

Portanto, com a agenda igualitária não temos apenas a difusão do Direito nas relações de sociabilidade, mas também um novo Poder Judiciário, no sentido de se transformar numa instituição que irá controlar os Poderes políticos e a vontade do soberano, podendo, agora, invocar o ‘justo’ em desfavor da ‘lei’. Tal como afirma Vianna *et al.* (1999, p. 22):

O *Welfare State* lhe facultou [ao Poder Judiciário] o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno [pós II Guerra], a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encenada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Somado a tudo isso, a emergência de conflitos coletivos resultantes de novos processos sociais gerou o fenômeno da massificação da tutela jurídica (CAPPELLETTI, 1993, p. 22), o que provocou a própria participação do Direito na construção da sociabilidade. O Poder Judiciário, então, surge como uma alternativa para a resolução de conflitos também coletivos, fazendo emergir, em torno dele, uma nova arena pública na qual os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos procedimentos judiciais, agora levados a atuar em um novo contexto de interpretação e aplicação do Direito, sobretudo dos dispositivos que gozam de *status* constitucional.

Daí um novo contexto institucional que não só aponta para a aproximação entre Direito e Política, mas também para o protagonismo dos magistrados como portadores das expectativas de justiça. É nesse cenário que podemos nos debruçar sobre alguns estudos que se voltaram à experiência da justiça brasileira na matéria e que aqui servirão como pistas dos caminhos já percorridos e de novos percursos a seguir. Ademais, busca-se descrever algumas de nossas peculiaridades, sem, contudo, afastar-se do quadro geral de contornos históricos, sociais, políticos e econômicos que demarcam a expansão da atuação do Poder Judiciário em outras democracias contemporâneas.

3.6 ASPECTOS GERAIS DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Nos estudos sobre a politização do Poder Judiciário no Brasil, encontramos referências que revelam o crescente envolvimento da Justiça com as questões sociais, bem

como sua cada vez mais elevada preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais.

Fazendo uma breve recuperação dos estudos sobre o tema em nosso país, pudemos vislumbrar que estes ganharam fôlego apenas a partir dos anos 90, em grande parte estimulados pela nova realidade constitucional implantada pela Carta de 1988, na qual se atribuía ao Judiciário um papel de destaque dentro do cenário político nacional. Estes estudos podem ser agrupados em três grandes tendências, como bem acentua a pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito e Política⁴⁸, Cristina Pacheco (2008, p. 76): i) aquela que realça a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, num momento histórico em que a grande preocupação era a consolidação democrática no país; ii) aquela que destaca a judicialização da política enquanto uma tendência mundial e iii) aquela que ressalta a aplicação das abordagens neoinstitucionalistas sobre o Poder Judiciário brasileiro.

No primeiro eixo de estudos, destacam-se os trabalhos de Vieira (1994), Arantes (1997) e Carvalho (2000), cujas reflexões partiram da reestruturação do controle de constitucionalidade e seu consequente impacto político nas relações entre os Poderes do Estado⁴⁹.

Por se basear essencialmente no controle de constitucionalidade brasileiro, este eixo de investigações revela sua insuficiência por não utilizar categorias políticas de análise, resultando em algo excessivamente formal. Assim, “acabam por não situar a Corte enquanto instituição política inserida dentro de um processo político, no qual a interação e o diálogo com outras instituições é constante” (PACHECO, 2008, p. 83).

Já no segundo eixo de estudos, que destacam *a judicialização da política enquanto uma tendência mundial*, encontramos, a partir da década de 90, algumas pesquisas que apontam para o impacto político de nosso Supremo Tribunal Federal na construção da

⁴⁸ O Grupo de Estudos em ‘Direito e Política’ pertence ao Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea (CEIPOC) da UNICAMP-SP.

⁴⁹ Vieira (1994) busca identificar se nossa Corte Suprema decide segundo o seu papel constitucional (voltado para a defesa da ordem democrática e a proteção dos Direitos individuais e coletivos expressos na Constituição Federal de 1988) ou segundo as políticas governamentais, procurando garantir a governabilidade. Chega à conclusão de que o Supremo Tribunal atua de maneira omissa e ambígua na resolução de conflitos constitucionais, ora voltando-se para a realização de Direitos, ora privilegiando a governabilidade e, finalmente, ora buscando conciliar as duas perspectivas.

Por sua vez, Arantes (1997) faz um estudo sobre o controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, defendendo que tal controle se molda aos interesses políticos (autoritários ou democráticos) do poder central. Segundo suas conclusões, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil, que serviria para reduzir as tensões entre os imperativos do governo e a Constituição Federal em determinados momentos, é na verdade um dos principais fatores institucionais para a crise de governabilidade.

Por último, Carvalho, E. (2000) realiza seus estudos procurando verificar se nossa Corte Suprema tem cumprido seu papel constitucional no controle de constitucionalidade dos atos do Executivo, de modo que apenas com este controle se garantiria a segurança jurídica dentro de um sistema democrático. Constatando uma atuação irregular do Supremo, conclui Carvalho, E. (2000) que esta Corte não vem cumprindo seu papel de “freio e contrapeso” do sistema político institucional.

democracia, dado seu importante papel como guardião da Carta Constitucional e dos direitos da pessoa humana. Nesse viés de reflexão, destacam-se os estudos de Vianna *et al* (1999), cuja ênfase está em apontar a presença da judicialização da política no Brasil a partir de alguns pressupostos históricos, sobretudo relativos ao *Welfare State*, ao caráter expansivo da cidadania e à adoção do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

Por não questionar a judicialização da política no Brasil, partindo disso como um pressuposto válido, este eixo analítico também revela suas insuficiências. Antes de tudo, Pacheco (2008) considera que é preciso indagar se é possível falar em judicialização da política no Brasil, bem como se devemos levar em consideração as respostas produzidas pelo Poder Judiciário, independentemente de serem favoráveis ou não às ações propostas, diferentemente do que preferiu Vianna (1999).

Finalmente, no terceiro e último eixo de estudos (aqueles que realçam a aplicação das *abordagens neoinstitucionalistas* sobre o Poder Judiciário brasileiro), temos contemplado o tema do comportamento judicial, a partir da Ciência Política norte-americana, cujos estudos se iniciaram em meados do século XX, com C. H. Pritchett (1948). Sua contribuição abriu caminho para que, nos anos 60, pudesse ser aplicada a teoria behaviorista nos fenômenos jurídicos, partindo-se do pressuposto de que a concepção de mundo e o sistema de hierarquia de valores dos juízes são elementos influenciadores de suas decisões⁵⁰.

Sem levar em conta processos político-sociais mais gerais, esta abordagem se fixa na análise individual de cada magistrado, o que aponta seu alcance apenas parcial quanto ao tratamento do tema.

Com tudo isso, observa Pacheco (2008, p. 84) que, no Brasil, estes esforços ainda se encontram em estágio de desenvolvimento, posto que não basta apenas indicar as oscilações e ambiguidades dos poderes e das decisões do Supremo, nem pretender tirar delas um sentido geral. Tampouco devem tais estudos se resumir à intervenção ativista dos juízes na política ou de seu apoio às políticas governamentais. Mais do que isso, necessário se faz

⁵⁰ Desta raiz surgiram duas novas correntes que hoje predominam na presente perspectiva: o modelo atitudinal e o modelo do cálculo estratégico.

O primeiro modelo entende que a Suprema Corte dos EUA carrega um conjunto de características institucionais que simplificam a maneira de entender os fatores que determinam o comportamento dos juízes. Suas atitudes seriam identificadas ou definidas a partir de um conjunto inter-relacional de crenças sobre certas situações e comportamentos identificados, a exemplo dos litigantes que buscam a justiça, das partes que estão direta ou indiretamente ligadas ao litígio e das situações questionadas.

Por outro lado, o segundo modelo pretende explicar porque os ministros e integrantes da Suprema Corte modificam seus votos ao longo do processo decisório, negando que estes decidam apenas com base em crença e valores. Mais do que isso, os ministros são atores estratégicos que observam a necessidade de, por exemplo, levar em conta as preferências de outros ministros para alcançar um determinado objetivo. Deste modo, as escolhas a serem realizadas dependerão também do contexto institucional em que atuam.

examinar as próprias decisões do STF, considerando-as em sua totalidade, ou seja, no seu quadro histórico e sociológico, assim como no seu referente filosófico enquanto paradigma de racionalidade potencialmente emergente.

Daí que, numa síntese reduzida, vamos delinear algumas características sócio-históricas da politização do Poder Judiciário no Brasil, com vistas a rememorar seus antecedentes mais remotos e próximos e, assim, compreender o fenômeno em mínima abrangência, sobretudo na sua perspectiva de uma realidade ainda em construção e de um evento que vem se transformando ao longo dos anos, na condição de devir histórico e social que encerra.

Vamos encontrar na atual circunstância o elemento que representa o ponto de partida da grande viragem da postura de nosso Poder Judicial. Falamos do processo de transição à democracia no Brasil e da “mudança de rota” que este processo assumiu, de modo que, em vez de partidos políticos e grupos sociais engajados com o ideal republicano, assume a direção do processo as lideranças de mercado, sob o pretexto de ajustar os rumos do país às exigências da globalização.

A consequência desta “dissipação” foi o verdadeiro desalinhamento entre a nova realidade e o ideal traçado no novo arcabouço constitucional, em termos de projetos e ações governamentais, ou seja, uma desarmonia entre a agenda liberal e a filosofia política da Constituição Federal de 1988. Com isso, nasce uma tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo que se radicaliza, entre outros fatores⁵¹, em virtude da imposição, por parte do Executivo, da racionalidade econômica aos valores e às instituições da ordem racional-legal (VIANNA, 1999, p. 10).

Para implementar o projeto do “livre mercado”, porém, necessário se fazia uma política que oferecesse as condições de sua viabilidade, o que resultou na formação forjada de uma maioria parlamentar com políticas de clientela, substituindo-se a cultura cívica pelo neopopulismo e a justiça social pelo assistencialismo e pela desregulamentação da proteção ao trabalho⁵².

⁵¹ Segundo diz Luiz Werneck Vianna *et al.* (1999), um destes fatores foi uma espécie de ‘ressentimento’ do Poder Judiciário em razão de questões salariais e das ameaças à autonomia dos juízes, assim como à autonomia da própria instituição judicial.

⁵² Essa realidade foi descrita com destacada lucidez por Victor Nunes Leal (1976, p. 20), na obra intitulada “*Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*”. No que tange ao tema, o autor se reporta a práticas conhecidas até o ano de 1948, quando ele desenvolve seus estudos para fins acadêmicos e posteriormente os publica sob a forma de livro, em 1949. Para o autor, o ‘coronelismo’ consiste num sistema de poderes que opera na primeira experiência do federalismo brasileiro. Para além de um fenômeno tipicamente local, o coronelismo é uma ampla rede de conexão que liga os poderes do município, dos Estados e da União, envolvendo coronéis, prefeitos, governadores e até a autoridade máxima do Executivo, o presidente da república, ameaçando a democracia representativa quando falseia a própria

No âmbito da justiça, busca-se mitigar a autonomia dos magistrados com a proposta de precedentes de efeito vinculante, além de se propor uma comissão de controle do Judiciário, tudo numa espécie de cenário de “tirania da maioria”, com Emendas Constitucionais votadas pela maioria parlamentar.

Neste contexto, o Poder Judiciário passa a ser percebido como um estuário para as insatisfações sociais, inclusive diante do “ativismo legislativo” praticado pelo Poder Executivo. Na qualidade de guardião de valores essenciais, o Poder Judiciário é convocado a atuar com mais contundência no exercício de seu papel constitucional de assegurador da democracia, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Daí, surge o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, muito potencializado com a democratização do acesso à justiça, merecendo destaque, dentre outros, o surgimento dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), a atuação da Justiça do Trabalho e o associativismo dos juízes, acarretando uma explosão de demanda por jurisdição. Os dois tipos de judicialização (da política e das relações sociais) são processos já comuns às atuais democracias desenvolvidas que alcançaram países como a Alemanha, Itália, França, Espanha, Inglaterra e os Estados Unidos.

Segundo Werneck Vianna *et al.* (1999), esse fenômeno teve sua origem com a emergência de novos detentores de direitos, particularmente o direito operário, que pôs fim à nítida separação entre o Estado e a Sociedade Civil, desenvolvida nos termos de um primeiro liberalismo com exacerbada postura negativa do Estado frente à esfera privada. Com o Direito do Trabalho, surgido como decorrência do sucesso dos movimentos trabalhistas de meados do século XIX até o novo paradigma do Estado Social (século XX), infiltra-se no Direito um elemento de justiça que procura compensar, por meio da relação jurídica, os economicamente desfavorecidos, iniciando, por esta via, um processo de publicização da esfera privada.

Em face do exposto, fácil é observar que o processo de judicialização da política e das relações sociais avançou, em grande medida, com o desenvolvimento dos direitos sociais no âmbito do *Welfare State*, direitos que se tornaram judicializáveis. Por isso, é de enorme importância sua adequada compreensão, esforço explicativo que realizamos em apartados precedentes, com a descrição dos fatos históricos e sociais que ensejaram tal surgimento, assim como os novos valores que influenciaram o suporte teórico das transformações que o Estado e o Direito sofreram desde então.

representação. Segundo o jurista, essa prática seria “[...] uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa”.

Nesse sentido, o que passa a reger a prática judiciária são, principalmente, as transformações estruturais experimentadas pelo Estado de Direito, sobretudo quando esse Estado passou a incorporar valores da ética da igualdade material, como é definido em sua modalidade social.

Na ‘era da materialização’⁵³, o Estado Social assume a função de distribuidor, dirigindo e regulando a economia nacional, de modo a transitar, como bem acentua García-Pelayo (2009), de uma fase predominantemente ‘legislativa’ – com preocupações focadas na criação de uma ordem geral e abstrata – para uma fase de forte ênfase ‘administrativa’ e ‘prestacionista’, fazendo-se repercutir na prática judicial de então.

Isso deu ensejo ao fenômeno que se convencionou denominar, como dito, de “judicialização das relações sociais” ou “judicialização da política”, como recurso a essa pretendida materialização de direitos. Uma espécie de espelho deste fenômeno seria a politização da justiça, ambos compreendidos como uma das manifestações atuais da relação entre Direito e Política já descritas em nossa introdução, que encontram terreno fértil no novo arranjo político constitucional de Estado que será descrito no capítulo a seguir.

⁵³ Expressão usada por Horta (2011).

4 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A BUSCA DE UM NOVO PARÂMETRO HERMENÊUTICO

4.1 RUMO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: itinerários teóricos

A evolução das formas de Estado e seus impactos no Direito está sendo apresentada com o fim de oferecer elementos para uma contextualização histórica e social dos fatores que influenciam nas relações entre Direito e Política, alcançando as implicações que cada contexto acarreta na atuação do Poder Judiciário.

No processo de formação do Estado de Direito, tivemos seu primeiro anúncio com a Carta do Rei João Sem Terra e seu auge com as Revoluções Liberais do século XVIII, cujo eixo de reivindicações incluía a limitação dos poderes absolutos, a proteção dos direitos individuais e a vigência de um governo de leis (não de homens).

Trata-se de um fluxo de acontecimentos que vem marcado pelos conteúdos e valores que incorpora cada época, influenciando a ordem jurídica que nela se desenvolve. Nessa evolução, pode-se destacar como suas fases principais o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito.

Correspondendo a seu primeiro estágio, o Estado de Direito tem como ênfase a fixação de limites à atuação estatal, sob a proteção do Direito. Seu ideário político vinha do liberalismo, que imprimiu à estatalidade os traços de valorização do princípio da legalidade e da igualdade, a separação clara entre Estado e Sociedade (Estado mínimo) e a garantia das liberdades individuais.

Já o Estado Social decorre da necessidade de suplantar as debilidades do primeiro liberalismo e corrigir as disfunções de seu modelo de desenvolvimento. Assim, o paradigma social do Estado de Direito busca corrigir os excessos do individualismo liberal, assegurando garantias de caráter coletivo, de modo que sua ênfase está na busca do bem estar social, como forma de garantir condições mínimas de vida e desenvolvimento humano para todos.

Finalmente, e na tentativa de adicionar ao Estado Social um novo componente, emerge o Estado Democrático de Direito, cuja ênfase está nos valores democráticos e na busca de se avançar na concretização do direito à igualdade. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito se configura como uma ruptura em relação ao percurso de desenvolvimento do Estado de Direito até então experimentado, já que nas duas fases iniciais o que se apresenta é uma adaptação da ordem jurídica e do poder estatal às condições sociais e

de produção (Economia) de cada época.

Por isso, diz-se que sua preocupação básica é com a transformação do *status quo*, assumindo a forma de busca efetiva da igualdade e de transformação da realidade, o que, para Elías Díaz (1975), deu-se em razão das insuficiências dos sistemas econômico e ideológico que derivaram do neocapitalismo no marco do Estado Social de Direito.

Numa outra narrativa sobre a evolução do Estado de Direito, Luigi Ferrajoli (2006) também faz o seu empreendimento teórico, organizando o percurso do desenvolvimento estatal em duas grandes fases. A primeira se refere ao seu nascimento com a modernidade, sob a forma de Estado Legislativo (ou Estado Legal), tendo como argumento central de afirmação o princípio da legalidade, fonte exclusiva do Direito válido (FERRAJOLI, 2006, p. 422). Nesse sentido, o Direito será válido desde que posto por uma autoridade dotada de potência ou poderes normativos, o que também resulta em sua desvinculação das noções de justiça e moral. Assim, coincide com a fase reinante do positivismo jurídico, que imprime para a linguagem e ciência do Direito um traço de elevada logicidade e artificialidade, além de conferir ao tema da jurisdição a marca de sua sujeição à lei, sendo ela sua fonte de legitimação.

Vale dizer que sua existência está fundamentada na crença de que a lei é a figura central de um círculo legalista fechado, ou seja, ela se submete apenas à vontade do Estado que, por sua vez, dela depende para exprimir seu ânimo.

Contudo, em razão do fenômeno conhecido como “inflação legislativa”, a tranquilidade do Estado legalista entra em colapso. Como vimos, as novas transformações sociais do século XX provocam uma produção exagerada de leis que passam a exprimir a administração de situações momentâneas, convertendo-se num arranjo político tão somente provisório e vazio. Assim, nem a lei, nem o código oferecem mais a segurança e a estabilidade necessárias à manutenção da ordem social, traço que resulta no que o autor assinala como “crise”.

Ainda na lição de Ferrajoli (2006), registra-se outra fase da evolução do Estado de Direito, cujo estágio é marcado pela subordinação da própria lei a uma lei superior, qual seja a Constituição: o Estado Constitucional.

Daí resulta que as leis passam a ter não apenas sua criação definida e regulada positivamente, mas também o seu conteúdo, o que implica numa distinção entre vigência e validade da norma e no estabelecimento de uma relação entre ‘forma’ e ‘substância’ para as decisões judiciais (FERRAJOLI, 2006, p. 424-425). Ademais, registram-se mudanças no plano da interpretação e aplicação da lei, bem como uma alteração no papel do juiz, uma vez

que se alteram as formas de sua sujeição à norma.

No âmbito da ciência jurídica, o Direito deixa de ser um objeto submetido à mera descrição e passa a ser alvo de uma análise crítica que incorpora no sistema jurídico “princípios positivos de justiça estipulados em normas supra-ordenadas à legislação” (FERRAJOLI, 2006, p. 431): “Essa foi a conquista mais importante do Direito contemporâneo: a regulação não só das formas de produção jurídica, mas também dos conteúdos normativos produzidos [...]” (FERRAJOLI, 2006, p. 429).

Essas mudanças trouxeram consequências importantes para a maneira como o Direito, o Estado e a Política se relacionam, bem assim para o melhor entendimento sobre a atuação do Poder Judiciário.

Sabendo-se que no Estado Liberal a entidade estatal era o centro irradiador de poder, com a emergência da democracia representativa e da legitimidade da vontade popular, surge com ele o movimento legalista e a tendência codificadora, exaltando o primado da lei como crítica aos governos arbitrários. Nesse cenário, os tribunais tinham a função de combater a incerteza por intermédio do cumprimento estrito da lei, sob a égide do formalismo jurídico e sua recusa a qualquer forma de subjetivismo ou moralismo (neutralidade axiológica).

Já na sua fase de Estado Social, observa-se um novo arranjo econômico e político, no qual a estatalidade, mediante o Direito, assume o papel de interventora na economia e na sociedade. Essa mudança veio marcada pelo surgimento dos direitos sociais como consequência do crescimento dos movimentos e conquistas reivindicatórias da classe trabalhadora, bem como em virtude da necessária garantia das condições de sustentação da produção em massa (expansão capitalista).

Com isso, tem início um processo de mitigação do paradigma da lei codificadora - incluindo a busca da clareza e sistematicidade dos códigos -, para se criar um ambiente propício ao surgimento de leis especiais. Ademais, registra-se o caráter mutável do contexto social enquanto força latente que impulsiona o Direito e o Estado, seja em razão dos aspectos conjunturais da Política e Economia, seja em virtude do uso da lei como modo de realização da atividade estatal. Assim, as normas jurídicas passam a se adequar às variáveis e oportunidades de cada cenário, dando largo impulso ao surgimento das denominadas ‘normas-ato’ ou ‘leis-medida’.

Acentua-se, assim, o caráter político do Direito, de modo que a tradicional neutralidade axiológica cede espaço para a função redistributiva de bens e oportunidades através da norma, considerando, em primeiro plano, a denominada “questão social”. Nesse

Estado Intervencionista, ao sintetizar as transformações do século XX, Capella (2002, p. 157) assinala:

Em pouco mais de sessenta anos as grandes esperanças da Ilustração foram levadas até as últimas conseqüências; isso revelou seus limites e a pobreza de um projeto social incapaz de eliminar a desigualdade parasitária entre os seres humanos. Surgiu o mundo da ciência ao serviço da produção e o mundo do crescimento quantitativo da produção ao serviço do capitalismo.

A necessidade de implantar esse modelo intervencionista e assistencial teve como uma de suas conseqüências a juridicização do Estado, com sua submissão às normas jurídicas, assim como a sujeição da própria vida social à normatividade. Em face disso, amplia-se a escala do tutelável, já que a esfera jurídica passa a proteger tanto os ‘direitos’ quanto os ‘interesses’ sociais e individuais, com forte intervenção pública nas relações privadas.

Como é sabido, um dos câmbios pelos quais passou o Direito nos últimos tempos é aquele referente às transformações que alcançam o próprio Estado - na sua estrutura e conteúdo -, a exemplo de sua conversão de liberal para intervencionista. No Estado Social, o Direito se converte em seu instrumento por excelência para os fins de integração e de política social. Daí que logo se desdobram alterações no próprio sistema de legitimação do poder estatal que, para além do suporte na legalidade, passa a fundar-se na eficácia de suas ações.

Isso ocorre em resposta ao que Boaventura de Sousa Santos (2002) denomina de crise do modelo científico do direito moderno. Em sua obra *“A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência”*, o autor assinala que os três pilares da modernidade (Direito, Estado e ciência) passam por uma crise paradigmática, dada a falência e o esgotamento de seus princípios, dogmas e promessas basilares. Diante desta crise de paradigmas, novos caminhos se apresentam e a oportunidade de um grande câmbio político, social, científico e jurídico acaba por se configurar.

Neste contexto, Santos, B. (2002) destaca que o momento, portanto, é de transição, uma “transição paradigmática” que pode alterar as concepções de Estado, de ciência e de Direito construídas sobre os pressupostos de uma modernidade que, embora tivesse carregada de potenciais revolucionários, resultou numa realidade conservadora. Se a modernidade trazia em si uma tensão entre regulação (conservadorismo) e emancipação (mudança), hoje podemos observar o quanto o aspecto regulador findou por prevalecer.

A primazia da regulação sobre a emancipação trouxe conseqüências notáveis para o Direito, que incorporou as características do positivismo jurídico e do cientificismo moderno, assim como desenvolveu uma racionalidade autoritária e excludente, apenas se

valorizando os saberes oficiais e a produção jurídica estatal. Para superar este paradigma, necessário se faz reconhecer e valorizar as práticas e os saberes marginalizados, “despensando” o Direito e construindo uma nova racionalidade jurídica.

Ora, uma vez que a lei positivada tem vocação estabilizadora, ou seja, tende a se estabilizar no tempo, bem como tem a ambição de estabilizar a realidade, o contexto em permanente mutação no qual vivemos apenas reforça a inaptidão desta racionalidade para gerir a vida social contemporânea. Assim, aquele ânimo que estava no cerne das revoluções liberais e no espírito das codificações - no sentido de que a lei é a forma mais adequada e segura de expressar o Direito e garantir a certeza das relações sociais -, finda por ser a razão de seu próprio perigo nos dias de hoje.

Dentro do pensamento jurídico e da própria lógica de produção legislativa, o modelo moderno da generalização e abstração cede espaço para um ‘direito flexível’, que busca se adaptar ao novo tipo de realidade socioeconômica que vem a pôr fim ao ciclo do Estado Liberal:

Como valor que era, a legalidade foi entendida no Estado Liberal como fim em si mesmo, no entanto, após as radicais transformações econômicas e sociais que gozam de anuência constitucional, seu *status* foi reduzido ao de mero meio para alcançar os autênticos fins (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2003, p. 49)⁵⁴.

Trata-se de um processo de desenvolvimento que, como afirma Zagrebelsky (2008) transita do Estado sob o regime da força (Absolutismo do século XVII) para o Estado de Polícia (século XVIII) e, enfim, para o Estado de Direito (transcurso do século XIX). Para o autor, há nessas transformações um grande impacto no contexto dos valores e da direção: “o valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 21)⁵⁵.

Nesse sentido, a expressão “Estado de Direito” antes era aplicada a qualquer circunstância de exclusão da arbitrariedade e de respeito à lei, independentemente de seu conteúdo. Nascia ali uma concepção de Estado de Direito carente de conteúdo no que tange aos fins e funções dessa entidade estatal, bem assim à própria natureza da lei por ele posta. Com os princípios da supremacia da lei criada pelo parlamento, a subordinação de todos a tal normatividade e a presença de juízes que apenas se dedicariam a aplicá-la – somente a lei -, o

⁵⁴ Texto original: “Como valor que era, la legalidad fue entendida en el Estado Liberal como fin en sí mismo, en cambio, después de radicales transformaciones económicas y sociales que gozan de beneplácito constitucional su status se reduce al de mero medio para alcanzar los autênticos fines”.

⁵⁵ Texto original: “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho”.

Estado liberal guardava respeito aos ditames da representação eletiva, da separação de poderes e da proteção dos cidadãos contra qualquer arbítrio da Administração.

Nesse Estado Legislativo, como assinalado acima, grande ênfase assumiu o princípio da legalidade, segundo o qual a lei era entendida como um ato supremo e irreversível, enquanto expressão da centralização do poder político no exercício de uma função ordenadora da sociedade. Para a Administração competia fazer apenas o que a lei definia, enquanto que para os indivíduos, regidos pelo princípio da autonomia – vigorava o paradigma da liberdade, de modo que a eles era permitido fazer tudo o que a lei não proibisse.

Somavam-se a isso os princípios da generalidade e abstração das leis, sendo o primeiro a expressão de uma “normatividade média”, dirigindo-se a todos, ao passo que a abstração alcançaria todos os atos hipoteticamente disciplinados, enquanto garantia da “estabilidade da ordem jurídica e, por conseguinte, a certeza e previsibilidade do direito” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 29)⁵⁶.

Pensada como um conjunto coerente de regras (códigos), as leis eram a expressão mais elaborada do projeto jurídico racional, com caráter dedutivo, generalidade, abstração, sistematicidade e plenitude. Segundo Zagrebelsky (2008, p. 33), o Direito era, assim, uma verdadeira “ciência da legislação positiva”, daí resultando que a atividade do jurista se reduzia a um mero serviço à lei, cuja função estava adstrita à busca da vontade do legislador.

A partir do término da 2ª Guerra Mundial, emerge o Estado Constitucional de Direito, de modo a afetar a posição da lei no contexto do ordenamento jurídico. Com ele, a lei deve se submeter a uma relação de adequação e subordinação à denominada Carta Magna, o que afeta também a nossa própria concepção de Direito.

Contemplando o chamado ‘interesse público’, agora a Administração necessita ter um aparato operativo que consinta o alcance de novos fins estatais, o que implica, para tanto, certa autonomia organizativa e de gestão. Assim, a lei vai se limitar a reconhecer tal autonomia, facultando que a Administração atue em prol de suas finalidades públicas.

Matizam-se os arranjos da abstração e generalidade da lei, de modo que o direito legislativo se pulveriza com a produção expansiva de leis setorialmente limitadas e temporalmente definidas. Eis uma implicação concreta da experiência do Estado Social e da diversificação dos grupos sociais que reivindicam tratamento específico:

⁵⁶ Texto original: “[...] se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho”.

A crescente vitalidade de tais grupos determina, ademais, situações sociais em cada vez mais rápida transformação que requerem normas jurídicas *ad hoc*, adequadas às necessidades e destinadas a perder rapidamente seu sentido e a ser substituídas quando surjam novas necessidades. Daí a crise do princípio da abstração (ZAGREBELSKY, 2008, p. 37)⁵⁷.

Com a pluralidade de interesses e valores que passam a habitar a normatividade desse novo tempo, a lei deixa de ser a expressão pacífica de uma sociedade política homogênea e internamente coerente para se converter na manifestação de lutas e competições resultantes dos enfrentamentos sociais que antecedem sua criação. Assim, também deixa de ser a garantia da estabilidade social, impondo ao Direito certa dificuldade de manter-se como ordenamento coeso, pleno e sem contradições.

A consequência dessa profusão de valores e normas é a produção do que Carl Schmitt, citado por Zagrebelsky (2008, p. 39), chama de direito ‘mecanizado’ e ‘tecnificado’. Para fazer frente a tal ambiente normativo, as Constituições emergem com uma função unificadora, colocando-se como um Direito mais elevado e se dotando de força obrigatória, inclusive para o legislador. Para tanto, será um conjunto de princípios e valores que oferecerão ao ordenamento jurídico sua unidade, conjunto esse que possui *status* constitucional e superior, a respeito do qual existe um consenso social minimamente abrangente.

Os princípios, diferentemente das regras, desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica, pois sua força se expande para fora de sua previsão normativa constitucional. Mais que interpretá-los no contexto de sua linguagem, eles precisam ser entendidos em seu *ethos*, compreendendo-se o mundo dos valores no qual estão inseridos. Em síntese, os princípios não nos dizem como agir, mas nos fornecem critérios para a tomada de posição em face de situações concretas.

Nesse ambiente, seu significado operativo apenas se torna possível quando confrontado ou relacionado a algum caso concreto, de modo que seu significado não se determina *a priori* e em condições abstratas. Por esse motivo, as técnicas que ‘maquinizam’ o processo de aplicação do Direito - como o silogismo e a subsunção - não fazem tanto sentido nesse novo contexto: “a ‘aplicação’ dos princípios é completamente distinta e requer que, quando a realidade exija de nós uma ‘reação’, se ‘tome posição’ ante esta em conformidade

⁵⁷ Texto original: “La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción”.

com eles” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 111)⁵⁸.

De tal modo, a realidade adquire valor quando entra em contato com os princípios. O valor se incorpora, assim, aos fatos e enseja uma tomada de posição que há de manter harmonia com aquele, pois será ele a nos indicar uma direção.

4.2 PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES: do legalismo hermenêutico à interpretação constitucional

No cenário atual, com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, mudanças relevantes podem ser observadas no pensamento e prática jurídicas. Em primeiro lugar, como afirma Nobre Júnior (2014, p. 128), porque “este se encontra vinculado a um conceito material de constituição, cuja essência radica numa determinada ordem de valores”. Assim, a expressão trás em si aquilo que denota um compromisso de realização dos direitos fundamentais, mantendo-se como essência a sujeição dos indivíduos e dos agentes estatais à normatividade constitucional.

Nesse contexto, dentre as várias críticas que se endereçam ao paradigma moderno e liberal, uma merecerá aqui tratamento destacado, pois se refere a um dos aspectos centrais do presente capítulo. Cuida-se da crítica ao princípio do legalismo hermenêutico, segundo o qual a hermenêutica é uma teoria da interpretação, integração e aplicação das leis⁵⁹, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de tão somente “dizer” o Direito.

Segundo esse tal legalismo, os juristas deveriam se dedicar a apenas aplicar uma técnica, limitando-se a encontrar o sentido original da atividade do legislador, qualificar os fatos que para cada caso se faziam relevantes (subsunção) e efetuar a aplicação da lei. A orientação, portanto, estava no reconhecimento de que caberia ao Poder Legislativo e até ao Executivo criar a norma, dado que esta seria resultado da vontade do povo, mediante a eleição de seus representantes. Nesse cenário, ao juiz não se reconhece função criativa, tampouco determinaria ele o significado da norma (apenas o desvela) ou as consequências de sua aplicação (apenas as esclarece).

Com um conhecimento eminentemente rotineiro, o jurista de formação para a

⁵⁸ Texto original: “La ‘aplicación’ de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una ‘reacción’, se ‘tome posición’ ante ésta de conformidad con ellos”.

⁵⁹ O termo “hermenêutica” tem sua origem no verbo grego “*hermeneuein*” e os primeiros estudos de sua prática se debruçaram sobre a interpretação da Bíblia, na qual judeus e cristãos buscavam descobrir suas verdades e valores. Da religião o termo passou para o âmbito da filosofia e da especulação científica, migrando, em seguida, rumo ao universo do Direito. Nele, encontramos a *hermenêutica jurídica*, caracterizada como o domínio teórico, especulativo e identificador dos princípios de interpretação do Direito e que procura desenvolvê-los e sistematizá-los.

prática e raciocínio jurídicos era, de fato, um técnico, não lhe sendo pertinente idealizar teorias ou abstrair pretensões filosóficas.

Com uma hermenêutica marcada pelo tecnicismo e legalismo, a mediação do discurso jurídico entre a lei e os fatos se dava pelo formalismo positivista.

Esse discurso jurista representava o próprio “sistema de saberes” que, como bem assinala Foucault (1996)⁶⁰, vem engendrado pelo “sistema de poder” imperante. Com a ordem jurídica estatalizada, legalista e codificada, a organização dos saberes jurídicos disciplinava a forma de compreender o Direito, como conhecer seus conteúdos e como fazer referência às suas fontes. Entendendo a lei como um imperativo, erigiu-se uma hermenêutica imperativista, dando ênfase à autoridade de um legislador que se expressava por intermédio do texto legal. Nesse ambiente, para definir o sentido da regra presente na fórmula legal, seria necessário descobrir o que queria dizer o seu autor.

Essa tal hermenêutica tinha como cânone orientador uma interpretação que não haveria de propor algo distinto do que fosse a reconstrução estrita do pensamento do legislador e passível de ser extraído da própria lei, pois a função do Direito era regular os fatos e não se adaptar a eles ou às exigências do presente. Era, portanto, necessário que se limitasse a criatividade hermenêutica dos juristas, sobretudo num período no qual os juízes haviam sido formados com a cultura do Antigo Regime e tenderiam a interpretar a lei com recursos agora excluídos das fontes de legitimação decisória.

Buscava-se inibir, mediante esse discurso hermenêutico e a demarcação de padrões imparciais de resolução de conflitos, a influência de valores subjetivos e ideológicos do julgador, conferindo à sua atuação maior previsibilidade e segurança jurídicas.

Por intermédio de um raciocínio jurídico fragmentado, os momentos relacionados ao ato de julgar desdobravam-se em fases distintas, sendo a primeira o ato de *identificar* a norma aplicável ao caso concreto, a segunda o ato de *interpretar* essa norma quando assim o exigisse a existência de alguma obscuridade e, por fim, o ato de *aplicar* a lei à situação em análise, com o respectivo esclarecimento de suas consequências.

Essa era a perspectiva do que podemos denominar de hermenêutica jurídica tradicional, que se fez hegemônica até meados do século XX com sua ênfase positivista. Nela, o jurista teria uma base sistemática e formalista que poderia, apenas quando necessário, ir

⁶⁰ Sua concepção de discurso remete ainda a uma relação entre *saber* e *poder*, traduzindo um jogo estratégico em que esses dois elementos se articulam forjando um discurso que se passa por verdadeiro e, com isso, veicula saberes (institucionais), gerando, dessa forma, o poder. A articulação desse discurso gerador de poderes sofre controles, seleções, organizações e distribuições com o fim de eliminar qualquer ameaça à permanência desse poder (FOUCAULT, 1996).

muito pouco além e lançar mão de argumentos teleológicos. Todo o seu percurso foi marcado pela busca de um método objetivo de interpretação normativa. Contudo, essa motivação por um método que fosse impessoal e a-histórico foi revelando seus sinais de falência e se convertendo em mera utopia. Mostrou-se, ainda, incompatível com os giros linguísticos e hermenêuticos da filosofia do século XX, mesmo se mantendo para o Direito atual o lema hermenêutico da busca por uma decisão que seja racional, ainda que também valorativa.

Emerge, então, o tempo de uma hermenêutica conectada com a linguagem e a história, surgindo uma rede de discursos que procura relacionar a racionalidade com os aspectos linguísticos⁶¹ e históricos⁶² de nossa época.

É nesse cenário que convém destacar o atual estágio da dogmática contemporânea, no qual a atividade interpretativa não se descola da tarefa da aplicação da norma, enquanto momento final de um processo que é único. Deste modo, não é mais tão nítida a antiga separação entre *identificação*, *interpretação* e *aplicação* do Direito.

No que tange à interpretação no contexto de um Estado Constitucional, outro conceito se lhe afigura relevante, qual seja, o da *construção*. Dada a sua natureza, a norma contida na Constituição possui uma série de termos vagos, de cláusulas gerais e de conceitos abertos. O processo interpretativo, portanto, consistirá na construção de sentidos a partir destes termos, criando um novo contorno normativo sobre determinado tema. Desse modo, extrai-se daquelas expressões algo que vai além do que o texto quer dizer ou está fora dele, podendo, inclusive, recorrer a aspectos que lhes são extrínsecos, muito embora presentes na intenção da norma⁶³.

Nesse ambiente, a denominada interpretação constitucional – ou hermenêutica

⁶¹ Quando damos ênfase ao tema da linguagem, vale destacar que esta não se afigura apenas como um instrumento de comunicação. Ela é, ao mesmo tempo, instituição social, veículo de ideologias, instrumento de mediação entre os homens e a natureza e entre os homens e seus semelhantes. A linguagem ocupa papel importante não só na construção do processo comunicativo, mas também no seu estudo. É através dela que a realidade pode ser apreendida pela análise. Como elemento essencial à apreensão da realidade, a linguagem tem uma função que extrapola o plano linguístico, constituindo-se como via de compreensão do real, de expressão de visões de mundo, de formações ideológicas, de transmissão de saberes.

⁶² Falar de evolução e historicidade, portanto, traz em si o reconhecimento de que o Direito possui uma existência marcada por circunstâncias concretas, sujeitas a transformações ao longo do tempo. Como assinala José Duarte Nogueira (2003), “Falar-se na historicidade do Direito significa ter consciência que a ordem jurídica se realiza na história, que está concretamente relacionada com um determinado meio social, político, econômico e cultural, que nele nasce e se desenvolve [...] o particularismo da experiência jurídica só se revelará em todas as suas facetas, através da concreta apreensão histórica da sua realização”.

⁶³ Segundo Carlos Maximiliano (1998), “A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói”. Daí que a jurisdição constitucional, na realização de uma concretização construtiva, é inegavelmente política, sofrendo a influência de aspectos extrajurídicos.

constitucional - vem sendo construída sob larga influência do pensamento de Heidegger e Gadamer, possuindo uma forte ênfase existencial⁶⁴. Isso porque são valores de caráter intersubjetivo que interessam ao Direito, de modo que a Constituição constitui um ponto de interseção entre a norma e a sociedade. Em face dessas características, a hermenêutica constitucional busca uma aproximação entre os atos de *interpretar* e *aplicar* o Direito, sobretudo pelo fato da Constituição encerrar em si um sistema aberto de princípios que não possui previsão antecipada de seus fatos de incidência. Desse modo, a interpretação final de um princípio, ao encerrar valores que são vivenciados dinamicamente pela sociedade, apenas se dará no momento de sua aplicação.

Embora não tenha abandonado os recursos da hermenêutica tradicional, a interpretação constitucional engloba um amplo conjunto de particularidades. Isso porque a Constituição é um documento singular tanto na sua *origem*, quanto no seu *conteúdo* e nas suas *finalidades*, em razão de resultar do trabalho de um poder constituinte originário, sendo a manifestação da vontade popular⁶⁵.

Por todos estes motivos a interpretação constitucional extrapola os limites de uma perspectiva estritamente jurídica, de modo que o intérprete constitucional deverá levar em conta, além de suas fontes convencionais, temas relacionados à separação de poderes, aos valores ético-sociais e à moralidade política.

Ademais disso, a interpretação constitucional também pode ser examinada segundo seus planos de análise que, na lição de Barroso (2010b, p. 274), identificam-se com o plano *jurídico* ou dogmático, *teórico* ou metodológico e o plano da *justificação política* ou da legitimação democrática.

⁶⁴ Segundo Magalhães Filho (2001), Heidegger entendia que a hermenêutica não poderia ser regida por uma teoria normativa de compreensão, dado que cada produção cultural, ao invés de ter um sentido objetivo, vale-se da concepção de mundo de cada intérprete para ser interpretada. Nesse sentido, as produções culturais são um instrumento da expressão do ser, pois cada intérprete possui seu mundo existencial. Com isso, Heidegger procura a essência dessa compreensão e não um procedimento compreensivo normatizado (hermenêutica metodológica), dando início aos estudos sobre o chamado círculo hermenêutico, segundo o qual o intérprete parte de uma pré-compreensão (condicionada por nosso horizonte) para alcançar a compreensão mais lapidada do objeto examinado.

Já Gadamer tem como ponto de partida que a compreensão resulta das relações entre o intérprete e o texto, num processo recíproco de perguntas e respostas entre um e outro, vindo aquela marcada por pré-conceitos ou pré-juízos de quem interpreta. Projetando o círculo hermenêutico sob a forma de um espiral, Gadamer defendia que o sentido de um texto seria inesgotável, de modo que sua compreensão estaria sujeita a uma permanente ampliação e aprofundamento significativo (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 40-43).

⁶⁵ Neste contexto, sua particularidade se deve ao *status* de norma hierarquicamente superior em nossa pirâmide jurídica, tendo primazia em relação às demais normas do sistema. Quanto à *natureza da linguagem*, a Constituição traz, frequentemente, dispositivos de conteúdo aberto ou vago, assim como princípios amplos e conceitos jurídicos indeterminados. Quanto ao *objeto*, as normas organizam o poder político, definem direitos fundamentais e indicam valores e fins públicos. E finalmente, no que diz respeito ao seu *caráter político*, a Constituição é o documento que faz a conexão entre o domínio da Política (poder constituinte originário) e o próprio domínio do Direito (a ordem instituída).

No “plano dogmático”, temos as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica. Dentre elas, destacamos: i) as regras de hermenêutica (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); ii) os elementos de interpretação (Gramatical, Histórico, Sistemático e Teleológico); e iii) os princípios específicos de interpretação constitucional (a exemplo dos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da efetividade).

O “plano teórico” ou “metodológico” da interpretação constitucional se encontra num enfoque matajurídico e compreende uma construção racional da decisão, assim como contempla o percurso lógico percorrido entre a identificação do problema e a solução a ser formulada. Neste plano, vale registrar as escolas do pensamento jurídico de maior representação no contexto da interpretação constitucional, sendo elas a teoria do formalismo, a teoria da reação antiformalista, a teoria do positivismo jurídico e, por fim, a teoria do retorno aos valores⁶⁶.

No plano da “justificação política” ou da “legitimação democrática” lidamos com a delicada questão da separação dos poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. Aqui, instaura-se uma tensão entre o processo político majoritário e a interpretação constitucional, sobretudo quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes e quando atua para preencher lacuna ou omissão expressa do legislador.

Dentro deste contexto, grande debate emerge sobre a prática de um eventual

⁶⁶ Sinteticamente a metodologia do *formalismo jurídico* tem como traço essencial uma concepção mecanicista do Direito, segundo a qual o trabalho da interpretação jurídica configura uma atividade de mera subsunção dos fatos à norma. Neste aspecto, o formalismo carrega o apego à literalidade do texto, bem como à intenção do legislador.

Como *reação antiformalista* temos o pensamento jurídico, cuja expressão de maior relevo foi o jurista alemão Rudolph von Ihering, grande defensor de que o Direito deve servir a fins sociais, antes que a conceitos ou formas (HESPANHA, 1998, p. 197-198). Para essa corrente de pensamento rejeita-se a crença de que o Direito poderia ser encontrado apenas nos textos de lei ou nos precedentes judiciais. Igualmente, a reação antiformalista recusa a tese de que o juiz não desempenha um papel criativo, reduzindo sua função judicial ao caráter meramente declaratório. Finalmente, o antiformalismo defende a importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o fenômeno jurídico conforme a evolução da sociedade, sendo uma forte crítica ao excesso de formalismo no Direito e ao dogma da subsunção.

O *positivismo jurídico*, por sua vez, teve como traço essencial, em sua versão clássica, a separação entre Direito e moral, bem como entre a lei humana e a lei de origem natural, negando existência ao jusnaturalismo, assim como à sua potência de subordinar a legislação. Com formulações mais sofisticadas desenvolvidas ao longo do século XX, teve como os seus principais defensores Hans Kelsen (2000) e H. L. A. Hart (1986) que, afastando-se da visão estritamente mecanicista, numa fase mais moderada de sua produção, chegaram a reconhecer na decisão judicial um “*ato político*” de escolha entre as alternativas oferecidas pelo quadro normativo em vigor.

Finalmente, o *resgate aos valores* se configura como o traço do pensamento jurídico que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX, muito impulsionado pela crise moral que atingiu o positivismo em face de todas as barbáries e atrocidades cometidas por regimes autoritários sob o manto da legalidade. Tudo isso deu lugar a uma reaproximação entre o Direito e a ética, restaurando os laços entre o domínio jurídico e a seara filosófica, o que inaugura a nova discussão metodológica em torno do pensamento pós-positivista.

“ativismo judicial” e a necessidade de “autocontenção”, discutindo-se a supremacia judicial, a supremacia legislativa, a dificuldade contramajoritária que atinge o Judiciário e o poder da soberania popular.

No que tange às discussões que pairam no plano da justificação política, aquela que talvez mereça mais relevo é a que diz respeito à denominada ‘dificuldade contramajoritária’. Basicamente, o que aqui se debate é o fato de serem os membros do Poder Legislativo e Executivo agentes públicos eleitos, que desfrutam da anuência e aprovação da vontade do povo. Por outro lado, a investidura dos membros do Poder Judiciário se dá, regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem a expressão da vontade popular por meio do voto. Daí que se discute a legitimidade e competência do Poder Judiciário para invalidar atos de outros Poderes, dado que, mesmo lhe faltando o título democrático, toma decisões que podem alcançar a todos.

Questiona-se, assim, onde estaria o fundamento para o Judiciário se sobrepor à vontade dos agentes públicos eleitos. Noutras palavras, a questão é indagar como se legitima um poder ou a atuação de um poder que pode revisar decisões representativas das maiorias, quando este poder não é passível de resposta àqueles interesses, o que configura - no mínimo - uma contradição interna no contexto do princípio democrático.

Outro aspecto da dificuldade contramajoritária que hoje se coloca com crescente interesse são as eventuais escolhas judiciais orientadas por certo ativismo, em particular quando o Judiciário atua segundo a construção de elementos normativos que seriam da competência do Poder Legislativo.

Como resposta, argumenta-se que sendo o Judiciário o guardião do jogo democrático, bem como não se resumindo a democracia ao princípio majoritário, este Poder está legitimado para o desempenho de um dos seus grandes papéis: a proteção dos valores e dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade momentânea da maioria⁶⁷, tema que aprofundaremos mais adiante, quando falarmos do neoconstitucionalismo e de sua matriz filosófica, o pós-positivismo.

Antes de iniciarmos, contudo, este apartado, necessário ainda se faz um breve debruçar sobre os métodos ou elementos de interpretação constitucional tradicional para, enfim, trazermos à baila os aspectos da nova hermenêutica, com destaque para o papel dos princípios. Assim, trataremos em dois subitens este percurso obrigatório que, ao menos para

⁶⁷ Fala-se, então, na preservação de uma “razão pública” do Estado, que há de ser mantida a salvo de vontades políticas transitórias. A expressão é cunhada por J. Rawls (2000), a qual ele atribui a função de explicitar os valores políticos que fixam a relação entre os governos democráticos e a sociedade.

fins de melhor compreender o quadro no qual queremos chegar, tem finalidade esclarecedora.

4.2.1 A perspectiva tradicional da interpretação constitucional

4.2.1.1 Os elementos da interpretação

Ao proceder à interpretação de uma norma, o intérprete pode recorrer a vários elementos, sendo, contudo, o ato interpretativo uma ação intelectual única. Vale salientar que, no manejo dos elementos, estes se combinam e controlam reciprocamente, contribuindo, todos, para o trabalho da verificação do sentido e do alcance da norma. Sendo a norma constitucional uma norma jurídica, em sentido também estrito, pode e deve se socorrer o hermeneuta do conjunto teórico já desenvolvido pela doutrina tradicional do Direito que vem se consolidando ao longo dos séculos, tendo sua origem no Direito Romano.

Além das disposições gerais contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos seus artigos 3º a 5º, existem regras específicas que podemos denominar como “elementos tradicionais de interpretação jurídica”. Isso se refere à classificação adotada no Brasil e nos países de direito codificado, remontando à contribuição de procedência civilista de Savigny, que distinguiu tais elementos entre *gramaticais*, *históricos* e *sistemáticos*, sendo a esta classificação acrescentados os elementos *lógico* e *teleológico*.

Influenciada pelo pensamento de Schleiermacher⁶⁸, a hermenêutica jurídica clássica expressava-se, assim, mediante variadas técnicas de interpretação. Os aspectos considerados nessas técnicas atendiam à própria exigência da linguagem e da razão – a exemplo dos métodos gramatical e lógico -, enquanto que a concepção de circularidade hermenêutica animava os procedimentos de interpretação sistemática⁶⁹.

⁶⁸ Schleiermacher, um teólogo liberal, desenvolveu um método histórico-crítico para as escrituras bíblicas, considerando que estas eram um texto de natureza histórico-literária, no qual condicionamentos culturais estariam presentes, assim como em qualquer escrito similar. Entendia que o processo de interpretação, no qual se apreendia o sentido de um texto, distinguia-se em duas modalidades: a interpretação gramatical (apreensão do texto em sua literalidade) e a interpretação técnica (por sua vez, dividida em ‘compreensão divinatória’ e ‘compreensão comparativa’). A interpretação divinatória teria com propósito colocar o intérprete em contato ou no lugar do autor (divindade), de modo que, em alguns casos, consistiria em ato de adivinhação. No Direito, sua influência repercutiu na busca da vontade do legislador como referencial para a adequada interpretação da norma (subjetivismo).

⁶⁹ A concepção da circularidade hermenêutica teve maior impulso e amadurecimento com a contribuição de Dilthey, compreendendo-se o todo pela parte e a parte pelo todo. Segundo o autor, que foi sucessor e biógrafo de Schleiermacher, a interpretação textual deveria levar em conta o contexto, já que seu autor expressará sempre o espírito de uma época. Sua hermenêutica, assim como a de seu antecessor, era metodológica, de modo que trazia uma teoria normativa da interpretação que regia o processo de busca pela apreensão do sentido de uma obra cultural. Essa hermenêutica metodológica vem a ser contraposta posteriormente com as reflexões de Heidegger e Gadamer, cuja produção pode ser denominada de hermenêutica existencial.

O elemento ‘gramatical’, também denominado de literal, textual ou filológico, refere-se à interpretação que se limita a investigar o sentido do texto legal pelo significado mais natural de suas palavras, supondo-se que o legislador soube exprimir com exatidão o seu pensamento. Ao se tratar de direito escrito, é pelo elemento gramatical que o intérprete tem o seu primeiro contato com a proposição normativa. Menos valorizado hoje do que no passado, o recurso ao elemento gramatical não foi de todo eliminado, mas sim apenas os excessos do seu uso, o que chegava a acarretar o prejuízo da *mens legis* pela supervalorização da literalidade do texto.

O elemento ‘lógico’ vai um pouco mais além do significado literal da norma jurídica, pois busca identificar a essência da lei, encontrando o seu espírito ou intenção (*mens legis*). Lança mão, segundo Francois Gèny (2000)⁷⁰, tanto de uma ‘lógica interna’ (elementos fornecidos pela lógica formal do texto, limitando-se a este e aplicando os raciocínios dedutivo, indutivo e silogístico), quanto de uma ‘lógica externa’ (elementos fornecidos pelo estudo das razões sociais que marcaram a formação do comando jurídico)⁷¹.

Gény era um crítico da identificação simplificadora do Direito com a lei escrita e aduzia que o Direito haveria de reconhecer outras fontes formais, como os costumes, a jurisprudência, a doutrina e a equidade, além de ainda poder se socorrer de ciências auxiliares do Direito, como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia e a Medicina Forense. Para o autor, a interpretação tem como busca descobrir o pensamento do legislador, rumo às circunstâncias dominantes de cada época na qual a norma foi produzida.

Partindo do pressuposto de que o Direito não é um fim em si mesmo, no elemento ‘teleológico’ ganha centralidade o aspecto racional ou finalístico da lei (*ratio legis*), assumindo na hermenêutica moderna uma posição de destaque. Assim, o Direito existe para realizar certos fins, motivo pelo qual o fator teleológico baseia sua investigação no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma. No conhecimento deste fim:

⁷⁰ Como grande crítico da Escola da Exegese, F. Gény (2000) elaborou a Teoria da Livre Investigação Científica, segundo a qual não se nega a busca pela vontade do legislador no ato interpretativo. Porém, quando diante de lacunas ou obscuridades, o intérprete deve se valer de outras fontes, mediante uma investigação que se baseia em critérios objetivos.

⁷¹ Modernamente, fala-se da lógica do razoável, defendida por Luis Recaséns Siches (1970, p. 252-253), segundo a qual “O racional puro da lógica da inferência é meramente explicativo, explicativo de conexões entre ideias, explicativo de nexos entre causas e efeitos, etc. Ao contrário, o *logos de lo razonable*, concernente aos problemas humanos – e, portanto, aos problemas políticos e jurídicos – intenta ‘compreender ou entender’ sentidos e nexos entre significações, assim como também realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos” (Texto original: “Lo racional puro de la lógica de la inferencia es meramente explicativo, explicativo de conexiones entre ideas, explicativo de nexos entre causas y efectos, etc. En cambio, el *logos de lo razonable*, concerniente a los problemas humanos – y por tanto, a los problemas políticos y jurídicos – intenta ‘comprender o entender’ sentidos y nexos entre significaciones, así como también realiza operaciones de valoración, y establece finalidades o propósitos”). A lógica do razoável, enfim, aplica pontos de vista estimativos, valorativos e pautas axiológicas.

[...] Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; [...] (MAXIMILIANO, 1998, p. 151).

A interpretação teleológica não é, contudo, imutável, uma vez que a ideia do fim visado pelo Direito deve acompanhar as necessidades sociais de cada época, cabendo ao intérprete atualizar o que está implícito nos princípios legais vigentes⁷².

O elemento ‘histórico’ foi muito enfatizado pela Escola Histórica do Direito, que leva em conta os antecedentes e a evolução da lei no tempo (inclusive os textos legais e doutrinários que inspiraram o legislador, assim como os atos preparatórios de uma lei), a fim de dar suporte ao intérprete no sentido de que a evolução do Direito e da ciência jurídica se dá como um fluxo cultural que é constituído de continuidades e rupturas intrinsecamente relacionadas. Para André Franco Montoro (2011, p. 426), a interpretação histórica

[...] baseia-se na investigação dos antecedentes da norma. Pode referir-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e promulgação. Ou, aos antecedentes históricos, e condições que a precederam. Como a grande maioria das normas jurídicas constitui a continuidade ou modificação de disposições precedentes, é de grande utilidade para o intérprete estudar a origem e o desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos, para captar o significado exato das leis vigentes. No elemento histórico entra também o estudo da legislação comparada para determinar se as legislações estrangeiras tiveram influência direta ou indireta sobre a legislação que se deve interpretar.

Finalmente, o elemento ‘sistemático’ promove a relação entre *texto* e *contexto*, uma vez que o sentido da lei vai ser extraído do complexo normativo existente sobre o instituto jurídico interpretado, de um instituto similar ou até do ordenamento jurídico como um todo. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 193-194), na interpretação sistemática:

Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. Na sua boa compreensão, devem-se extrair de um complexo legislativo, em cujo ápice está a Constituição da República, as idéias gerais inspiradoras do ordenamento em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição.

A base da interpretação sistemática é a tese da coerência intrínseca do

⁷² “Conclui-se, do exposto, que o fim da norma jurídica não é constante, absoluto, eterno, único” (MAXIMILIANO, 1998, p. 153).

ordenamento, cujas regras obedecem a um pensamento unitário.

Uma vez que já destacamos brevemente os elementos da interpretação constitucional tradicional, agora é chegado o momento de tratarmos da sua metodologia. Sobre isso, vale dizer que o método tradicional de aplicação do Direito é o ‘método subsuntivo’, ou seja, aquele que parte do enquadramento dos fatos à previsão normativa e se pronuncia com uma conclusão (silogismo). Para esta concepção metodológica, o ato de interpretar consiste na descoberta de uma solução previamente concebida pelo legislador.

Este processo tradicional, contudo, veio a ser aprimorado com uma série de princípios que se referem à seara constitucional, muito embora sem subverter as premissas metodológicas tradicionais já estudadas. São estes o que denominamos de *princípios instrumentais da interpretação constitucional*.

4.2.1.2 Princípios instrumentais da interpretação constitucional

Considerando que a Constituição é dotada de força normativa e que carrega o atributo da imperatividade, sua consequência direta é que sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de sanção, com o acréscimo instrumental da coercibilidade. Além dos conceitos e elementos interpretativos clássicos que as normas constitucionais já contam de uma maneira geral, não podemos deixar de acrescentar que as particularidades das quais são dotadas imprimem a necessidade do uso de premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder o trabalho do intérprete.

Estes princípios não estão descritos de forma expressa no texto constitucional, mas são reconhecidos, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência. São eles:

O princípio da ‘supremacia da Constituição’, que distingue a norma constitucional das demais normas do sistema em razão de seu *status* hierarquicamente superior. Trata-se de postulado básico para a validade das conclusões do intérprete das normas constitucionais, quando este pressupõe a Constituição como soberana, ou seja, como normatividade que representa o documento de maior autoridade no ordenamento jurídico. Com esse tal pressuposto, qualquer interpretação jurídica deve ter seu início com a própria Carta Magna, em vez de partir da lei ordinária⁷³.

Como já dizia Kelsen (2000, p. 247), o ordenamento jurídico possui um

⁷³ De acordo com este princípio, nenhuma norma poderá ser considerada válida se estiver em desarmonia com o texto constitucional. Para assegurar esta superioridade, mecanismos de *controle de constitucionalidade* podem invalidar ou paralisar a eficácia da norma incompatível, construindo-se um verdadeiro sistema de fiscalização judicial sobre a validade das leis e de atos normativos em geral.

escalonamento, de modo que a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas de Direito, como bem leciona o trecho a seguir:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

O princípio da ‘presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos’ é uma decorrência do princípio da separação de poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Assim, parte do pressuposto de que os atos dos poderes públicos em geral gozam de presunção (*iuris tantum*) de validade, dado que, idealmente, sua atuação está baseada na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos que, por sua vez, têm o dever de promover o interesse público e o respeito aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, haverá sempre uma intencionalidade que milita em benefício das normas infraconstitucionais, pois a declaração de inconstitucionalidade é caracterizada como medida de último recurso do intérprete, a fim de manter a estabilidade do ordenamento jurídico.

Desse modo, a presunção da constitucionalidade como princípio da interpretação à luz da Constituição estabelece regras para o ato de interpretar a norma, a exemplo do intérprete sempre atentar para as variadas possibilidades hermenêuticas do texto, procurando dele extrair o sentido e alcance que o coloque em conformidade com a norma constitucional, a fim de mantê-lo válido e vigente no ordenamento jurídico.

O princípio da ‘interpretação conforme a Constituição’, enquanto técnica de interpretação, impõe aos hermeneutas que estes devem interpretar a legislação de modo a realizar, da maneira mais adequada possível, os valores e fins constitucionais. Assim, entre as interpretações possíveis, o julgador há de eleger aquela que tem maior afinidade com a Constituição, buscando-se a preservação da validade de determinadas normas suspeitas de inconstitucionalidade.

Para Inocêncio Mártires Coelho, I. (2004, p. 23), para além de ser um princípio interpretativo, a interpretação conforme a Constituição é de fato um verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade, pois define uma orientação de ‘prudência política’ (ou ‘política constitucional’). Seu *ethos* pode ser sintetizado na ideia de que diante da polissemia de significados que as normas infraconstitucionais possuem, os intérpretes que aplicam a

Constituição devem eleger o sentido que converta estas leis em *constitucionais*, valorizando o trabalho legislativo e evitando conflitos institucionais.

Contudo, adverte o autor que essa tal prudência não deve sacrificar a Constituição para manter a lei (subvertendo a hierarquia normativa), tampouco alterar em profundidade o sentido original da norma para torná-la constitucional (usurpando o papel do legislador).

O princípio da ‘unidade da Constituição’ é uma decorrência da interpretação sistemática do Direito, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as contradições existentes entre as normas jurídicas. Partindo do pressuposto de que a Constituição dá unidade ao sistema jurídico, sua hierarquia irá sobrepor a determinação do seu sentido a todas as normas do ordenamento. Na lição de Coelho, I. (2004, p. 17):

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria constituição. Em consequência, a constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são mutuamente dependentes.

Assim, o princípio da unidade da Constituição é compreendido como expressão de uma atitude metódica hermenêutico-concretizante, cujo fim é evitar contradições ou desarmonias entre a norma maior e normas de menor *status* hierárquico. É o que J. J. Gomes Canotilho (1992, p. 1207) diz ser aquilo que impõe ao intérprete considerar a Constituição em sua ‘globalidade’, de modo que este deve harmonizar “os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.

Contudo, quando o conflito se referir a um embate entre normas constitucionais, portanto de mesma hierarquia, os métodos tradicionais de sua superação não poderão ser aplicados, o que deverá levar o intérprete a promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados ou usar do critério da ponderação.

O princípio da ‘razoabilidade-proporcionalidade’ tem como papel principal atuar como medida de interpretação normativa, de modo a melhor realizar o fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Assim, poderá o intérprete invalidar os atos legislativos que não mantenham adequação entre o fim perseguido e o instrumento utilizado, quando houver meio alternativo menos gravoso para se solucionar o caso concreto ou quando os

custos de uma solução superam seus benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Trata-se de uma pauta de caráter axiológico, consecutória da ideia de justiça, prudência, moderação, equidade e bom senso. Busca, assim, a justa medida, proibindo excessos e servindo de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Ao ser acolhido pelo Direito Constitucional, esse princípio recebeu grande impulso, de modo que se impõe à obediência de juízes, legisladores e autoridades administrativas. Assim, consubstancia o próprio Estado de Direito e é frequentemente evocado quando estão em colisão bens e valores de *status* constitucional, tendo seu alcance definido apenas nas circunstâncias de cada caso concreto. Nesse momento, enfim, estabelece-se a devida relação entre objeto e método, norma e realidade.

Finalmente, o princípio da ‘efetividade’ – também denominado de ‘máxima efetividade’ - significa a realização do Direito e a atuação prática da norma, ingressando e impactando no mundo dos fatos. Para que uma norma realmente atinja os seus fins, necessário que supere os planos da existência, da validade e da eficácia para atuar no plano da efetividade, fazendo prevalecer no universo empírico os valores e interesses por ela tutelados. Assim, o intérprete constitucional deve ter por compromisso a efetividade da Constituição, de modo que deverá prestigiar a interpretação que permite a atuação da vontade constitucional.

Portanto, e como acentua Coelho, I. (2004, p. 22), este princípio está intimamente relacionado à força normativa da Constituição, orientando o aplicador do Direito a interpretá-lo de modo a otimizar sua concretização, muito embora sem alterar seu conteúdo. Adverte, ainda, o autor que esse princípio deve se harmonizar com os demais cânones hermenêuticos da Constituição, haja vista que, em casos de conflito de direitos, a efetividade de uma prerrogativa pode atingir esfera jurídica alheia, configurando uma contradição interna a ser solucionada com a aplicação de outras técnicas interpretativas, restringindo e complementando o princípio em apreço.

4.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: **parâmetros e categorias**

A Constituição do Brasil de 1988 foi um grande divisor de águas para a história do constitucionalismo nacional. Nosso percurso em busca da desejada maturidade institucional se inicia com a construção paulatina de uma efetividade normativa, consagrando, para as normas constitucionais, o *status* de verdadeiras normas jurídicas. Ademais de tudo isso, é a Constituição o parâmetro de interpretação das demais normas do sistema jurídico brasileiro, sendo todo este conjunto a base para o desenvolvimento de uma nova interpretação

constitucional no país.

Nesta nova interpretação, não se configura o abandono ao método clássico da subsunção. Assim como ocorre com ele, os demais elementos tradicionais da hermenêutica jurídica seguem tendo sua utilidade e aplicação, desempenhando ainda um papel importante na “descoberta” do sentido das normas e na solução de casos concretos.

Contudo, o tradicional quadro interpretativo vem sendo atualizado em razão de novos quadros teóricos, práticos e metodológicos, como verificaremos a seguir. Ainda no domínio da dogmática tradicional, mencionamos diversos princípios que são próprios da interpretação constitucional (v. supra), dado que se constatou que as normas em geral, incluindo as de natureza constitucional, não trazem em si um sentido objetivo e único. Ao contrário, e considerando o conteúdo aberto e principiológico do texto constitucional, mais do que nunca se depende da realidade subjacente para uma adequada interpretação normativa, o que acarreta uma pluralidade de sentidos possíveis diante de cada caso concreto.

Neste aspecto, na nova interpretação constitucional há de se falar sempre na ‘norma’ em interação com os ‘fatos’, que vêm a ser pronunciados sempre por um ‘intérprete’, dando-se grande ênfase à relação entre esses três elementos. Os fatos subjacentes, com suas consequências práticas, são essenciais para a boa solução dos problemas jurídicos, de modo que esta só poderá ser formulada em consideração aos elementos do caso concreto, assim como, levando-se em conta o impacto de tal solução sobre a realidade. Por sua vez, o intérprete ganha maior discricionariedade no processo de escolhas interpretativas, tendo contudo, que demarcar a sua atuação a partir de parâmetros aceitos pela comunidade, ensejando a ponderação de valores e interesses e demonstrando argumentativamente suas opções.

O trabalho interpretativo do julgador ganha maior complexidade quando diante dos chamados “casos difíceis”, a exemplo das situações em que mais de uma norma principiológica pode incidir sobre os mesmos fatos. Tratando-se de normas de hierarquia constitucional, não poderíamos aí aplicar as tradicionais técnicas de superação de antinomias, motivo pelo qual o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma em detrimento da outra. Nesta circunstância, faz-se imperioso o desenvolvimento de técnicas hábeis para tratar com o fato de que a Constituição carrega em si um conteúdo dialético, acarretando na eventual colisão de princípios.

Diante disto, será necessário um raciocínio mais complexo, de forma que cada um dos elementos existentes no exame da hipótese jurídica sejam devidamente considerados, bem como tenham medidas a sua importância e pertinência para o caso concreto. Assim, a solução

a ser alcançada revelará os diferentes aspectos que compõem o problema, muito embora um ou alguns deles se destaquem em relação aos demais, resultando no que se convencionou denominar de “técnica da ponderação”.

Enquanto técnica de decisão aplicável a casos difíceis, a ponderação é um novo instrumental metodológico fortemente atuante na esteira do pós-positivismo. Segundo Soares (2010, p. 103), o processo cognitivo da ponderação pode se decompor em três etapas. Na primeira etapa, o intérprete detectará as normas relevantes aplicáveis ao caso concreto, bem como identificará eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, caberá ao hermenauta examinar os fatos e as circunstâncias concretas relativas ao caso em estudo, bem como, a sua interação com os elementos normativos, o que põe em relevo o papel dos fatos e das consequências práticas da incidência da norma. Finalmente, a terceira e última etapa se refere ao trabalho de análise dos diferentes grupos de normas e a respectiva repercussão dos fatos em exame, tudo de uma forma conjunta e de modo que permita avaliar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em disputa.

É nesta terceira etapa, o momento da decisão, que o processo interpretativo da ponderação se diferencia e se singulariza em relação ao método subsuntivo, posto que, tratando-se de princípios, estes podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, tendo em vista as circunstâncias jurídicas ou fáticas em análise. Esta gradação, ao contrário do que poderia ocorrer na aplicação de normas segundo o método tradicional, não afeta a validade ou eficácia dos princípios em jogo. Isto porque, como bem acentua Luis Recaséns Siches (1940), numa análise valorativa é permitida e legítima a escolha de um valor quando em confronto com outro, sem lhe atingir a validade, sendo tudo coordenado pelos princípios instrumentais da razoabilidade e proporcionalidade.

Também merece destaque na nova interpretação constitucional a teoria da argumentação, posto que situações similares podem ser analisadas por intérpretes distintos de maneira distinta, chegando-se a conclusões diversas. Diante desta situação, como distinguir qual das conclusões é a mais adequada? Para responder a tal indagação apenas parâmetros argumentativos podem ser úteis, ensejando a consideração se determinada solução jurídica é, ao menos, válida.

Segundo Manuel Atienza (2014), o enfoque da argumentação jurídica é um ponto de vista relativamente novo, embora o Direito tenha sempre mantido relação com ela. Isto porque apenas no século XX temos o que se pode designar como os pioneiros da argumentação, a exemplo de Recaséns Siches, Perelman e Toulmin. Esses autores adotaram uma abordagem do tema, mediante sua contraposição a outros referentes do Direito,

nomeadamente a lógica, enquanto que os estudos mais recentes, como os de Robert Alexy e Neil MacCormick, não partem dessa oposição, mas assumem uma perspectiva mais integradora, entendendo que o jurista tanto necessita da lógica formal, quanto da retórica ou da dialética.

Nesse sentido, aparecem duas distinções fundamentais no âmbito desse novo quadro teórico: a primeira é a distinção entre ‘contexto de descoberta’ e ‘contexto de justificação’ das decisões judiciais, extraída da filosofia das ciências. Tal distinção quer significar que existem dois momentos que demarcam o raciocínio do jurista, de modo que num deles o julgador chega a uma decisão – e que envolve variáveis sociológicas, psicológicas e indiossocráticas – e noutro o juiz motiva sua decisão. É nesse segundo momento que se concentra a teoria *standard* da argumentação.

Por sua vez, o contexto de justificação se divide em justificação interna e justificação externa. Fundamentalmente, a justificação interna lança mão da lógica dedutiva, reunindo o juiz elementos contidos no processo (como fatos, provas e dispositivos jurídicos), a fim de extrair deles uma conclusão. Esse tipo de justificação se aplica aos denominados ‘casos fáceis’.

Já os ‘casos difíceis’ requerem a justificativa externa, precisando lançar mão de outros procedimentos argumentativos. Tais casos podem aparecer quando para um conflito determinado não existe norma que o regule, ou, em existindo, traz em si contradições. Em outras circunstâncias, a dificuldade pode surgir quanto ao entendimento de um dispositivo ou alguns de seus termos (conflitos interpretativos), assim como quanto a fatos ou à forma de os qualificar.

Mesmo com todos esses traços característicos, ainda não é prudente, porém, partir-se para uma tentativa de tipificação ou classificação de casos difíceis. Isso porque o que também define um caso difícil são as circunstâncias concretas da realidade. Por outro lado, no estudo de casos difíceis, é possível distinguir com segurança o que seria a explicação e previsão desses casos.

Dentro das categorias dos casos difíceis, existe a ponderação. Não se trata de um procedimento oposto à subsunção, apenas mais completo e particularizado, já que através da ponderação dois princípios em conflito passam por um sopesamento, a fim de se saber, diante das circunstâncias concretas, qual deles irá prevalecer. Por sua complexidade, trata-se dos exemplos ou situações que mais interessam à teoria da argumentação, que visa contribuir para a resolução de tais conflituosidades.

Na literatura especializada, podemos sistematizar três parâmetros elementares de

controle da argumentação.

Em primeira instância, a argumentação jurídica deve apresentar ‘fundamentos normativos’, mesmo que implícitos, e que sustentem a solução encontrada, recorrendo a elementos da ordem jurídica em vigor. Deste modo, não basta revelar bom senso, justiça pessoal ou argumentação lógica e moralmente aceita. Vale lembrar que num Estado Constitucional e Democrático de Direito ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão por força de lei.

Em segundo lugar, o controle da argumentação também apenas será possível se esta existir ou for explicitamente apresentada, aspecto que nos leva à exigência da ‘motivação das decisões judiciais’, tanto em relação aos fatos, quanto em relação ao Direito. Portanto se o dever de motivação já era uma exigência, quando diante da técnica da ponderação converte-se em um apelo ainda mais sério.

Finalmente, o terceiro e último parâmetro vem formado por dois conjuntos de princípios, sendo eles os ‘princípios instrumentais’ ou específicos de interpretação constitucional⁷⁴ e os ‘princípios materiais’ propriamente ditos⁷⁵, estes marcados com a grande carga finalística, axiológica e ideológica presente na Constituição.

Ainda sobre interpretação constitucional, importa registrar a contribuição de Konrad Hesse (1992), para o qual se faz necessária sua técnica e aplicação sempre que uma questão constitucional não se permite solucionar de forma conclusiva. Ao se referir ao que poderia ser denominado de resultado “correto” desse trabalho interpretativo, fala o autor de um método que seja tanto racional quanto controlável, bem assim se dará com a fundamentação de tal resultado, “de modo igualmente racional e controlável, criando, deste modo, certeza e previsibilidade jurídica [...]” (HESSE, 1992, p. 58)⁷⁶.

Para o autor, as tradicionais regras de interpretação não são hábeis à interpretação constitucional, pelas dificuldades que assim elenca: i) a descoberta de uma vontade objetiva (da norma) ou subjetiva (do legislador) não é possível, mas apenas a aproximação a uma vontade suposta e fictícia; ii) a interpretação sistemática pode ser realizada de diferentes

⁷⁴ Princípio da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da razoabilidade-proporcionalidade e princípio da efetividade.

⁷⁵ Princípios fundamentais (princípios que regem as principais decisões políticas do Estado, a exemplo do regime e sistema de governo, objetivos fundamentais da República, relações internacionais e o princípio da dignidade da pessoa humana), princípios gerais (cuja maioria concentra-se no artigo 5º da Constituição brasileira) e princípios setoriais (relativos a normas que se voltam para determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Por vezes, são apenas um detalhamento dos princípios gerais e, por outras, são autônomas, a exemplo do princípio da anterioridade em matéria tributária).

⁷⁶ Texto original: “[...] de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas [...]”.

modos, seja considerando a posição da norma na qual se insere o preceito, seja em virtude das conexões materiais possíveis; iii) a interpretação teleológica “é praticamente uma carta em branco”, pois não nos informa como descobrir o tão buscado ‘sentido da norma’; iv) a interpretação histórica recorre ao processo de criação da norma, o que só adquire relevância na medida em que confirma a correção da interpretação realizada.

Num contexto mais amplo, Hesse ainda endereça críticas à ausência de clareza no relacionamento que as técnicas interpretativas tradicionais mantêm entre si, não restando resolvido qual dos métodos utilizar quando diante de um caso concreto, já que cada um pode conduzir a resultados diferentes. Com isso, conclui o autor que estes métodos da tradição interpretativa oferecem uma explicação tão somente parcial sobre o modo e a maneira como o intérprete da Constituição constrói suas decisões.

Por isso, ao se referir à práxis do Tribunal Constitucional Alemão, Hesse assinala que este vem abandonando o uso dos métodos tradicionais “ao considerar como determinantes para a interpretação princípios de tipo jurídico-funcional ou jurídico-material”, a exemplo da distribuição das funções entre os poderes Legislativo e Judiciário ou o princípio da unidade da Constituição (HESSE, 1992, p. 62)⁷⁷. Bem assim o Tribunal Constitucional passa a levar em conta, na determinação do conteúdo da norma, circunstâncias do contexto da decisão, como aspectos políticos, sociológicos e históricos, de modo que a análise cuidadosa da realidade atua com papel decisivo.

Para fixar as bases de uma interpretação constitucional o autor destaca em primeiro lugar que esta é uma autêntica ‘concretização’, ao assinalar que aquilo que não se apresenta de forma clara como conteúdo da Carta Maior é exatamente o que há de ser determinado por intermédio do que chama de ‘incorporação da realidade’ à qual se dirige a ordenação normativa. Nesse ambiente, a interpretação constitucional possui caráter criativo.

Para que a norma constitucional seja concretizada, é necessária uma compreensão prévia do conteúdo a se concretizar, o que deve se dar no contexto da existência histórica no qual se encontra a norma interpretada (pré-compreensão), permitindo que o intérprete considere a norma a partir de certas expectativas.

Considerando que “não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos” (HESSE, 1992, p. 64)⁷⁸, a compreensão e a concretização da norma apenas se faz possível num plano que diga respeito ao problema existente. Portanto, a teoria

⁷⁷ Texto original: “[...] al considerar como determinantes para la interpretación principios de tipo jurídico-funcional o jurídico-material [...]”.

⁷⁸ Texto original: “No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”.

constitucional tanto deve se volver para a compreensão da norma, quanto para o entendimento do problema.

Pelas circunstâncias que interpelam a interpretação constitucional (pré-compreensão do intérprete e o relacionamento da norma com o problema concreto), Hesse aponta que não existe uma regra ou técnica autônoma de hermenêutica que possa se desvincular desses tais fatores, de modo que a prática interpretativa e de concretização da norma deve ser determinada pelo objeto próprio dessa interpretação e pelos problemas a serem solucionados.

Assim, a interpretação da Constituição não se confunde com a execução de algo preexistente, mas se constrói pela via de uma ação tópica que se vincula à norma e ao problema em questão⁷⁹.

Esse procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma, terá as máximas possibilidades de chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis. Certo que a decisão jurídica, e muito em particular no Direito Constitucional, nunca pode ser racionalizada totalmente; mas isso só pode significar que do que se trata é da racionalidade possível (HESSE, 1992, p. 69)⁸⁰.

Certamente que a correção dos resultados dessa interpretação jamais pode alcançar o nível de demonstrabilidade que possui as ciências da natureza, motivo pelo qual o autor fala em uma correção limitada, pois limitado é o caráter de sua pretensão. Por outro lado, se assim o admitimos, os resultados obtidos podem ser explicáveis, convincentes e até certo ponto previsíveis, o que agrega um traço de mínima honestidade e limitada segurança jurídicas à interpretação constitucional aqui apresentada.

Essa e outras contribuições são típicas de um movimento crítico ao formalismo da dogmática tradicional, bem como ao fetichismo da lei para cujo tratamento deveria ser excluída qualquer componente subjetiva, metafísica ou valorativa. Ao incorporar para o ato de interpretação e aplicação do Direito seu atributo criador, todo mecanicismo passa a ser rechaçado, muito embora sem desconsiderar a importância que a segurança e a ordem possuem para o labor jurídico e judicial, com vistas a evitar o arbítrio nas decisões.

⁷⁹ O autor adverte para os limites dessa interpretação pelo método tópico, ao assinalar que “Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas. De ahí que el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional” (HESSE, 1992, p. 71).

⁸⁰ Texto original: “Este procedimiento tópico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables. Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible”.

Retomando Aristóteles, o Direito se configura como produto da ética e da moral, de modo que se insere no campo da dialética, cujos resultados são obtidos por intermédio da razão prática, com particular valorização da linguagem.

Nesse novo cenário, com destaque para as contribuições de Theodor Viehweg e Chaim Perelman, “é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada” (CAMARGO, 2003. p. 137)⁸¹.

De tudo isso é que extraímos a conclusão de que o novo *status* ocupado hoje pelo texto constitucional não apenas imprimiu uma nova hermenêutica jurídica, mas também vem dando a alguns motivos para acreditar numa verdadeira viragem teórica e filosófica que buscaremos explicar, ao menos minimamente, no âmbito deste trabalho, posto que se trata do novo quadro referencial que serve de moldura à nova tendência de interpretação e aplicação do Direito: o neoconstitucionalismo.

4.4 O NEOCONSTITUCIONALISMO ENQUANTO EXPLICAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Recebe o nome de neoconstitucionalismo a nova moldura que explica, teórica e praticamente, o atual Estado Constitucional de Direito, na condição de sucessor do Estado Legislativo. Enquanto o Estado Legislativo assenta-se no monopólio estatal da produção jurídica e no princípio da legalidade, o Estado Constitucional de Direito subordina tal legalidade a uma Constituição rígida, de modo que a norma legislada perde a primazia na condição de sustentáculo e unidade do Direito. Aqui, a Constituição tanto impõe limites ao legislador e ao administrador quanto também lhes determina deveres de atuação.

Num pensamento de síntese, Carbonell (2007, p. 9-12) explica o neoconstitucionalismo em três níveis de análise.

O primeiro, refere-se ao ‘recurso explicativo dos textos após, ou a partir, da 2ª Guerra Mundial, particularmente nos anos 70 do século XX. Estes textos, ao invés de apenas estabelecerem competências ou separar poderes (como era a tradição de corte liberal) contêm

⁸¹ CAMARGO (2003), situa esse movimento como pós-positivista e elenca os juristas que se adéquam a essa corrente em duas vertentes: aquela que busca honrar o compromisso do Direito com a justiça, relacionando Direito e moral e usando o *topoi* como base para o raciocínio, tendo nesta última a ordem valorativa para o ordenamento jurídico (Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy) e aquela que valoriza o aspecto pragmático da tópica aristotélica, tendendo a privilegiar sua componente problemática nesse método (Friedrich Müller, Peter Häberle e Castanheira Neves).

imensa gama de normas ‘materiais’ ou ‘substantivas’, que vêm a condicionar a atuação do Estado, mediante a ordenação de certos fins e objetivos. Como destaca Prieto Sanchís, citado por Maia (2009, p. 396) “a Constituição já não é mais uma *norma normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir ou organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico”.

O segundo se refere ao aspecto das ‘práticas jurisprudenciais’, de modo que uma acentuada mudança se registra na atuação dos juízes constitucionais, agora em desenvolvimento sob novos parâmetros interpretativos. Tais parâmetros seriam as técnicas interpretativas de princípios constitucionais, a prática da ponderação, o crivo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem assim a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outros. Para além disso, as práticas judiciais também se defrontam com a dificuldade de trabalhar com valores que estão constitucionalizados, devendo os juízes desenvolver uma hermenêutica capaz de aplicar tais valores aos casos concretos de maneira justificada, dotando-lhes de conteúdo normativo concreto⁸².

Por fim, no terceiro nível de análise estariam os ‘novos desenvolvimentos teóricos’, sobretudo aqueles relativos à teoria dos princípios e à técnica da ponderação de Robert Alexy, além das aportações de Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelski, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís e Luigi Ferrajoli.

No que diz respeito ao **marco histórico** de formação do Estado Constitucional de Direito, ao menos na Europa Continental, foi com o constitucionalismo do segundo pós-guerra que vimos redefinido o lugar da Constituição e da sua influência sobre as instituições contemporâneas. Em particular, pode-se destacar como referências de origem do novo Direito Constitucional a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Alemã de 1949, a Redemocratização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e, no Brasil, a Constituição de 1988, que também saía de um regime autoritário.

Esse foi o período descrito como a quinta fase do constitucionalismo, cuja síntese é apresentada com clareza peculiar no artigo intitulado “*Uma Ideia de Constituição*”, de autoria de Edilson Pereira Nobre Júnior (2014, p. 127). Em sua descrição histórica, o autor expõe que essa fase foi:

⁸² Além dos aspectos que atingem o trabalho do aplicador da norma em seu aspecto intelectual, Carbonell também assinala que o neoconstitucionalismo gerou uma explosão da atividade judicial e que comporta, ou requer, um grau de ativismo judicial superior àquilo que já vem sendo observado ao longo dos tempos (CARBONELL, 2009, p. 199).

[...] iniciada a contar do término da Segunda Conflagração Mundial, e que perdura até os dias atuais. É assinalada com o reforço do princípio democrático não somente em face da soberania popular, mas, igualmente, pela projeção de novos direitos fundamentais no campo econômico-social.

No que tange ao **marco filosófico** do novo Direito Constitucional temos o surgimento do pós-positivismo⁸³, que se situa na confluência das correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, sublimando seus modelos puros para a construção de um novo paradigma filosófico.

Dada a marginalização do direito natural com o apogeu do positivismo jurídico, tivemos no exemplo dos regimes autoritários do século XX – como o nazismo e o fascismo –, uma das maiores barbáries já vistas pela humanidade. Considerando que o positivismo havia afastado o direito da moral, todos os excessos do autoritarismo fizeram despertar, no segundo pós-guerra, uma imensa rejeição ao paradigma positivista da neutralidade. Com isso, emerge um movimento de ensaio ao resgate do direito natural.

Nesse contexto, o pós-positivismo surge como um resultado de superação, no qual embora se guarde deferência relativa em relação ao ordenamento positivo, nele se introduz elementos de justiça, moral, política e legitimidade. Igualmente, inspira-se na revalorização da razão prática⁸⁴ e na leitura moral da Constituição e das leis. Trata-se de um paradigma ainda em construção, mas que já tem clara a reentronização dos valores na interpretação jurídica, bem como o reconhecimento da normatividade dos princípios que se diferenciam qualitativamente das regras de Direito, formando uma nova hermenêutica jurídica que também se edifica no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana). Enfim, o pós-positivismo é o próprio reencontro entre a Ciência Jurídica e a Filosofia do Direito.

Numa síntese apertada, temos como traços característicos do pós-positivismo: i) a recusa em pensar o Direito mediante a categoria de sistema, pois pressuporia um único projeto social (o pensamento é na verdade problemático e não sistemático); ii) o pluralismo político está na raiz das constituições e disso resulta um pluralismo jurídico, com valores por vezes divergentes; iii) o Direito é um conhecimento de ordem hermenêutica e por isso pode recusar o estatuto descritivo e demonstrável das ciências naturais; e iv) os princípios jurídicos ganham importância em detrimento das regras, tendo aqueles uma aplicação indeterminada.

⁸³ Segundo Maia (2009, p. 397), o pós-positivismo vem sendo denominado pela doutrina espanhola e italiana como o próprio neoconstitucionalismo. Contudo, tomamos a expressão como o traço filosófico desse movimento neoconstitucional e não como o neoconstitucionalismo em si.

⁸⁴ Definição racional da norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, ao invés da mera descrição do Direito tal qual posto pelo Estado, sem justificar as suas normas.

Finalmente, relativo ao **marco teórico**, podemos destacar três grandes transformações que alcançaram a aplicação do Direito Constitucional, sendo elas, a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Quanto à ‘força normativa da Constituição’ – já comentada neste trabalho - temos a atribuição de *status* de norma jurídica à norma constitucional. Se antes vigorava o modelo no qual a Constituição era um documento essencialmente político, com efeito de mera orientação ou convite à atuação dos Poderes Públicos, após a 2ª Guerra Mundial as normas constitucionais começaram a ser dotadas de imperatividade. Trata-se de uma postulação que vem muito bem emblemizada no debate entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, quando o primeiro enfrenta as teses deste último, para o qual as questões constitucionais não são em essência jurídicas, mas sim políticas⁸⁵.

Relativamente à ‘expansão da jurisdição constitucional’, encontramos a superação do modelo de supremacia do Poder Legislativo, que passou a vigorar a partir de finais da década de 1940. Nesta nova fase, além de novas Constituições, também surgiram novos modelos que se inspiravam na supremacia da Constituição e que envolviam a constitucionalização dos direitos fundamentais, ampliando o poder do Judiciário.

Como assinalado acima, nessa fase do Estado de Direito, a Constituição adquire *status* de norma jurídica, fixando limites ao conteúdo das leis, além de tão somente definir suas regras de produção. Ademais, as Constituições estabelecem deveres de atuação estatal, assumindo centralidade no ordenamento jurídico e fazendo emergir a denominada ‘supremacia judicial’, dado que compete aos Tribunais Constitucionais ou às cortes supremas a interpretação definitiva e vinculante de suas normas.

Em face disso, a ideia que está embutida na jurisdição constitucional nos remete à própria interpretação e aplicação da Carta Magna pelos órgãos do Poder Judiciário, contemplando desde a aplicação direta da Constituição até seu uso indireto, ocasião na qual ela atuará como critério para a realização de controle de constitucionalidade (avaliar a validade de uma norma infraconstitucional), bem assim para emprestar o sentido mais adequado às regras de Direito (interpretação conforme a Constituição)⁸⁶.

Por fim, no que diz respeito à ‘reelaboração doutrinária da interpretação’ constitucional, identificamos o grande impacto destes novos fatores sobre a hermenêutica da

⁸⁵ Para aprofundamento ler Lassalle (2012) e Hesse (1991).

⁸⁶ No Brasil, sob a fórmula do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional se expandiu verdadeiramente a partir da Constituição de 1988, tendo como causa determinante a ampliação do Direito de propositura deste controle.

Constituição. Além da consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, da expansão da jurisdição constitucional e do influxo do pós-positivismo, a doutrina da interpretação também foi impulsionada pela complexificação da vida contemporânea, pelo pluralismo de visões, valores e interesses da sociedade atual e pelo aumento de demandas rumo à promoção dos direitos fundamentais.

Com tudo isso, a maneira de pensar e praticar o Direito Constitucional não poderia permanecer a mesma, o que veio a afetar premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação constitucional que, agora, se vê renovada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, pela percepção de que a colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais requer um trabalho específico de solução, pela necessidade do uso da ponderação como técnica de decisão e pela reabilitação da razão prática enquanto fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Diante de tudo que agora explicitamos, muitos defendem a emergência de um novo Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo, como forma do constitucionalismo democrático surgido do pós-guerra e desenvolvido sobre as bases da cultura filosófica pós-positivista.

Embora existam aqueles que não enxergam grande novidade no Direito Constitucional a ponto de se lhe atribuir uma nova teoria e designação, o que seus defensores argumentam, é que, independentemente do rótulo que sirva para designar o contexto em análise, existe sim um recente incremento para a teoria jurídica que resulta do conjunto destes três elementos e que tem como resultado uma nova realidade teórica e prática para o Direito, como bem acentua Carbonell (2007, p. 12):

[...] o que resulta interessante do quadro neoconstitucional que temos a vista nos primeiros anos do século XXI é o conjunto, a combinação dos três elementos que mencionei. E ainda mais que isso: a novidade são seus efeitos, quer dizer, a observação do Estado constitucional de Direito em funcionamento.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo também possui os seus críticos. Isso porque seu empreendimento, quando tomado a partir de uma ideia axiológica de Constituição, terá natureza de ideologia e não de teoria do direito, pondo em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal, tal como propõe a tese constitucionalista (COMANDUCCI, 2009, p. 85).

Segundo o autor, o impacto mais perigoso dessa vertente seria a diminuição do grau de certeza do direito que deriva do uso da ‘técnica da ponderação’ dos princípios constitucionais tão propalada pelo neoconstitucionalismo, bem assim da interpretação da

moral da própria Constituição (COMANDUCCI, 2009, p. 91). Para tanto, expõe três razões:

- 1) Porque uma das características mais comuns das normas que estão configuradas como princípios é a maior vaguedade em relação às outras normas [...];
- 2) Porque, em consequência, a criação e configuração de princípios, ante a ausência de uma moral comum, aumenta a discricionariedade dos juízes que podem decidir os casos fazendo referência às próprias, subjetivas, concepções de justiça [...];
- 3) Porque a peculiar maneira de aplicar as normas configuradas como princípios, ou seja, a ponderação dos princípios, caso a caso, ante a falta de uma hierarquia estável e geral entre os princípios, aumenta também a discricionariedade dos juízes e a indeterminação *ex ante* do Direito (COMANDUCCI, 2009, p. 92-93)⁸⁷.

Portanto, na medida em que cresce o protagonismo do Judiciário, também dele se exige parâmetros de racionalidade e controle para evitar o uso exacerbado de sua discricionariedade, de modo a não tornar o uso da esfera judicial um palco de embates políticos ou ideológicos, fazendo da decisão meros atos de vontade ou de exercício de poderes.

Temos, então, os contornos históricos, axiológicos e teóricos que demarcam a realidade que está na base do fenômeno aqui estudado, qual seja a politização do Poder Judiciário, com forte ênfase numa espécie de ‘jurisprudência hermenêutica’.

Nela, impõe-se para o Judiciário uma tentativa de compromisso com a não arbitrariedade da aplicação do Direito, o que seria alcançado com uma racionalidade e objetividade adaptadas a um contexto constitucionalizado nos termos do atual neoconstitucionalismo. Para tanto, necessário se fez revisar a concepção de raciocínio jurídico, dessa vez numa perspectiva não formalista, reconhecendo-se a dimensão criadora do aplicador da norma.

Admite-se, assim, que o processo interpretativo inclui juízos valorativos, ao mesmo passo em que se reconhece a necessidade de construção de uma nova metódica, distinta da metódica tradicional. Isso requeria uma crítica ao raciocínio jurídico dogmático, em particular a concepção linear e hierarquizada dos passos silogísticos a serem percorridos pelo intérprete. Diferentemente, a nova metódica proposta compreende o processo interpretativo como um percurso circular que envolve a interpretação da norma e a qualificação dos fatos.

A força dessas novas ideias está no fundamento de suas bases: a hermenêutica

⁸⁷ Texto original: 1) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es la mayor vaguedad respecto a las otras normas [...]; 2) porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discricionariedad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia [...]; 3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea, la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jearquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discricionariedad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del Derecho.

filosófica que até a primeira metade do século XIX era tratada de forma setorial, sem caráter universal. Já na segunda metade do mesmo século os saberes emergentes precisavam se legitimar enquanto saberes científicos, o que na época se equiparavam ao positivismo. Com a percepção de que o mundo é mediado pela interpretação, a hermenêutica passa a ser um conceito transversal, assumindo, em seguida, um papel central na epistemologia do século XX.

Com a guinada ontológica hermenêutica, a interpretação passa a ser essência do agir humano. Gadamer foi de elevada importância para esse processo, dando grande impulso à hermenêutica filosófica de nosso tempo, de modo a reconhecer-se desde já que os processos interpretativos não são objetivos (consciência da pré-compreensão), o que desencadeia um novo compromisso com a objetividade, a partir da consciência da radical circularidade de tais processos de interpretação.

Os juristas hermenêuticos do 2º Pós-Guerra, nesse cenário, têm uma tarefa bem mais desafiadora que apenas reconhecer a indeterminação da interpretação, mas também de desenvolver a controlabilidade da metódica hermenêutica, com inspiração na hermenêutica filosófica de Gadamer.

Portanto, impõe-se ao Poder Judiciário o reconhecimento desses novos desafios e o adequado ajustamento de sua prática aos novos reclames sociais e valorativos de nossa época.

Como vimos, foi no liberalismo que o Judiciário encontrou as condições para a consolidação do modelo judicial moderno. Neste paradigma, havia uma especial preponderância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, dada a importância da lei na contenção do poder do Estado. Aqui, por força da submissão à lei, o Poder Judiciário assumiu uma postura neutral, retroativa e retrospectiva. Ademais, em virtude da ênfase no individualismo, os procedimentos judiciais privilegiam as individualidades, aplicando um modelo de justiça retributiva.

Com a postura social, o Estado passa a prover a igualdade em vez de apenas cuidar da paz e segurança sociais. Com isso, emerge o paradigma da justiça distributiva, de modo que o Estado passa a distribuir bens jurídicos de caráter material, extrapolando o conceito de uma justiça meramente formal para alcançar o patamar da justiça material, muito embora não tenha alcançado plena efetividade nesse último nível.

No modelo social, adquire primazia o Poder Executivo em relação aos demais poderes e a ênfase antes centrada nos litígios individuais ganham dimensão coletiva, com tutela jurisdicional, o que faz crescer as funções da justiça.

Em face de um Estado que se mostrou incapaz de prover todas as expectativas sociais, eclode a crise do *Welfare State*, trazendo como consequências a crise institucional e funcional para o âmbito do funcionamento da justiça. Como primeiro traço dessa crise, a crise institucional (ou constitucional), evidencia-se o problema da efetividade da Constituição, enquanto que a crise funcional coloca em causa o princípio da separação de poderes, cuja idealização previa um relacionamento equilibrado e independente dos poderes estatais. Contudo, a experiência denuncia que, em conformidade com o modelo de Estado instaurado, um poder sempre prevaleceu sobre os outros.

Na matriz liberal, ganhou preponderância o Poder Legislativo, enquanto que na primeira fase do Estado Social assume centralidade o Poder Executivo, ante a necessidade de prestação de políticas públicas governamentais. Finalmente, com o aprimoramento dos contornos do *Welfare State*, adquire função protagonista o Poder Judiciário, dada a exigência de um novo olhar sobre os direitos e garantias fundamentais.

Será com o Estado Democrático de Direito que se ultrapassa a crítica meramente reformista do Estado Liberal, assumindo o Direito sua tarefa transformadora e tendo sua legitimidade oriunda do Estado da Constituição, de modo que se transfere o pólo de tensões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais.

Isso exige uma nova configuração para o papel do juiz como personagem que sempre exerceu uma função essencial na mediação de conflitos, mediante a aplicação de normas de regulação social.

Contudo, como bem acentua Perfecto Andrés Ibañez (2006) o exercício de tal função também esteve acompanhado de certa inquietude sobre os possíveis abusos desse poder. Como forma de limitar sua discricionariedade, vários recursos foram utilizados, inclusive o de se creditar às divindades a responsabilidades dos julgamentos - como na época medieval -, a valorização dos elementos de prova (o juiz como mero contador dos elementos probatórios em discussão), até fazer do juízo um espaço de confrontação dialética (o juiz como terceiro alheio aos interesses em conflito e que formará sua decisão mediante sua livre convicção).

Esta experiência muito tinha relação com o entendimento de que a legitimação das decisões estaria centrada no critério formal da investidura e da aplicação da lei. Ademais, por força da influência de um positivismo ideológico, fundava-se uma crença de que o sentido posto na norma pelo legislador seria detectado ou perceptível pelo juiz. Essa foi a experiência de jurisdição do denominado Estado Liberal e Legislativo de Direito, com um estamento judicial fortemente homogêneo, tanto no plano ideológico, quanto no contexto de sua classe.

Já na experiência neoconstitucional, Andrés Ibañez (2006, p. 152) ressalta que foi a Constituição que veio a fazer frente às eventuais degradações da Política, assumindo sua dimensão normativa e fortalecendo o poder do juiz que agora passa a ter a responsabilidade de emitir juízo de constitucionalidade das leis e atos dos demais Poderes do Estado. A independência do julgador não está apenas na sujeição à lei, mas sim na sujeição à Constituição o que, em alguns contextos, fez surgir profundos incômodos e denúncias de que a magistratura estaria realizando intervenções impróprias e até subversivas à ordem democrática representativa: eis o fantasma do ‘governo dos juízes’.

A vigência desse novo modelo passa a depender, então, da observância de uma ‘razão de ser constitucional’ que tanto define prerrogativas para o julgador, quanto também lhe imprime exigências e responsabilidades nos mais diversos planos. Além de rigorosas regras processuais, o poder de “dizer o Direito” é uma forma constitucionalmente assumida de mediar conflitos, traduzindo-se numa atividade intelectual que considera o conhecimento sobre as circunstâncias da situação em litígio e a leitura do texto legal, à luz de um contexto normativo.

Na aludida perspectiva, requer-se que o juiz seja um operador racional, que, como não pode ter acesso direto, ou por constância, aos fatos objeto do ajuizamento, exteriores ao processo e já acontecidos, há de valer-se de provas [...]. Tais dados, tratados criticamente conforme regras de experiência acreditadas no uso social, constituirão os pressupostos materiais de sua decisão (ANDRÉS IBAÑEZ, 2006, p. 157)⁸⁸.

Disso tudo resulta que a questão da legitimidade das decisões judiciais adquire, na denominada justiça constitucional, outra fonte emanadora, já que a jurisdição nesse sistema não se legitima de forma apriorística, mas sim ato após ato e ao passo em que cada um dos momentos de sua prática seja efetivamente funcional para o fim último da Constituição, que é a garantia de direitos a que se presta tutelar.

Para o perfil do juiz de hoje (juiz constitucional), observou-se, assim, alguns câmbios que mereceram registro e que agora nos conduzem à conclusão parcial do presente capítulo.

Isso porque um dos passos que lhe seguem será o estudo de prática decisória do Supremo Tribunal Federal, agora sob a égide do pretenso contexto do neoconstitucionalismo.

⁸⁸ Texto original: En la aludida perspectiva, se requiere que el juez sea un operador racional, que, como no puede tener acceso directo, o por constancia, a los hechos objeto del ajuiciamiento, exteriores al proceso y ya acontecidos, ha que valerse de pruebas [...]. Tales datos, tratados críticamente conforme a reglas de experiencia acreditadas en el uso social, constituirán los presupuestos materiales de su decisión.

Ele não escapa das transformações que a prática e a cultura judicial vêm sofrendo desde finais da 2ª Guerra Mundial, com impactos mais visíveis, para o caso nacional, na transição para a democracia e na Constituição de 1988.

Dentre tais transformações registra-se a ampliação das funções jurisdicionais e a abertura de seu campo interpretativo, bem assim a incorporação de novos temas e questões que Andrés Ibañez (2006, p. 163) classifica como “de transcendência frequentemente política que, a parte de estender o campo do judiciável, tem conferido inéditas conotações dessa índole e de singular relevo a não poucas das decisões”⁸⁹. Some-se a isso o fato de que composições mais plurais na magistratura também fazem penetrar em sua prática valores ou sensibilidades político-culturais até então sem expressão no âmbito do Judiciário, situações que vem colocando em causa as estruturas da prática judicial e o profissionalismo dos juízes, rumo a um novo modelo de julgador:

Não tem nada de estranho que, neste contexto, e desde há tempos, seja advertida uma patente crise do *modelo de juiz*, que repercute em outra *de identidade* dos próprios operadores. É, ou deveria ser, bastante obvio que o tópico juiz com pretensões de ‘boca da lei’, se nunca tenha sido real, hoje é absolutamente impensável (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2006, p. 165)⁹⁰.

Nesse contexto é que resulta útil introduzir nosso referencial de análise (Capítulo 5) e que nos fornecerá as bases para o exame do ato decisório em capítulo subsequente (6). Trata-se de breve panorama sobre a Análise do Discurso francesa (AD), na qual abordaremos desde alguns delineamentos sobre estudos discursivos no âmbito da linguística, até a noção de discurso na AD, o papel do sujeito, as especificidades do discurso jurídico e detalhes de nosso procedimento de análise.

Se o novo contexto teórico e metodológico do Direito engendra para a prática judicial uma enorme abertura, proporcionando uma flexibilidade interpretativa de princípios que as teorias da argumentação tentam conter, o instrumental da Análise do Discurso fornecerá meios hábeis à investigação de como a prática decisória do STF cumpre o seu papel de intérprete da Constituição, honrando o ônus da objetividade.

Tudo isso terá como pano de fundo a busca por desvelar as relações entre Direito e Política que estão subjacentes nas razões e argumentos sustentados pelos Ministros, bem

⁸⁹ Texto original: [...] de trascendencia frecuentemente política que, aparte de extender el campo de lo judiciable, ha conferido inéditas connotaciones de esa índole y de singular relieve a no pocas de las decisiones.

⁹⁰ Texto original: No tiene nada extraño que, en este contexto, y desde hace tiempo, sea advertible una patente crisis de modelo de juez, que repercute en otra de identidad de los propios operadores. Es, o debería ser, bastante obvio que el tópico juez con pretensiones de ‘boca de la ley’, si nunca ha sido real, hoy es absolutamente impensable.

assim de que modo eles são construídos para ganhar o devido amparo e legitimidade no campo jurídico.

Nesse sentido, iniciaremos nos próximos dois capítulos o empreendimento empírico do presente trabalho, tendo como ato preliminar as bases conceituais do esforço analítico que constitui o exame da decisão eleita para exame.

5 ESCOLHENDO TÉCNICAS E INSTRUMENTALIZANDO ANÁLISES: CONCEITOS E ELEMENTOS EM ANÁLISE DO DISCURSO

5.1 OS ESTUDOS DISCURSIVOS⁹¹

Os estudos discursivos tiveram grande impulso a partir da década de 60, quando a análise da língua começa a passar por revisões de novas propostas teóricas. Com isso, são introduzidos componentes pragmáticos e aspectos relacionados à dimensão social da linguagem em uso, de modo a dar nova roupagem à perspectiva até então estruturalista que era endereçada a esse campo, que basicamente se dedicava ao estudo da língua por si mesma.

Nesse primeiro horizonte, os estudos linguísticos estariam ligados ao exame de um conjunto de palavras ou sentenças, sendo o seu sujeito um mero reprodutor/decodificador de mensagens e tendo a língua uma estrutura invariável, numa confusão conceitual entre texto e discurso.

As diferentes práticas que se iniciam nesse novo período são denominadas sob o rótulo de ‘análise do discurso’, expressão sob a qual se abrigam diversos caminhos de investigação com variações quanto ao conceito de língua e de sujeito. Nesse sentido, trata-se de uma dimensão do estudo da linguagem em que a variedade de conceitos que se lhe aplica vai designar a identidade de seu objeto e sua perspectiva teórica.

Nesse segundo horizonte de estudos, dois campos se sucedem e ganham projeção na análise discursiva, sendo o primeiro a ‘análise do discurso francesa’ inaugurada pelo pensamento de Michel Pêcheux⁹², para quem o discurso é uma forma de materialização ideológica e o sujeito um mero reprodutor dessa ideologia, assumindo a língua o papel de instrumento que perpassa as diversas esferas sociais; Já o segundo corresponde à ‘análise crítica do discurso’, bem representada por Norman Fairclough, para quem o discurso seria uma prática social, de modo que, enquanto tal, possui a potência de reproduzir e transformar realidades sociais. Nesse ambiente, o sujeito da linguagem tanto está propenso a ser moldado

⁹¹ Para formular esse item nos apoiamos em articulações de autores filiados a correntes distintas dentro da Análise do Discurso (Greimas e Pêcheux), uma vez que se trata apenas de contribuições para a construção conceitual do tema. Mais adiante, firmaremos filiação à corrente discursiva, cujos elementos têm em Pêcheux seu formulador mais destacado ao lado dos estudos que, no Brasil, foram desenvolvidos por Eni P. Orlandi.

⁹² Em 1969, o filósofo francês Michel Pêcheux publica “Análise Automática do Discurso”, obra seminal para o que vem a se denominar de Análise do Discurso (AD) e trouxe valiosa contribuição aos estudos sobre as relações de poder que se estabeleciam no cenário político e social da época. Tem como grande influência o materialismo de Louis Althusser, de base marxista, com sua noção de aparelhamento ideológico. Nesse relacionamento entre a AD e o pensamento de Althusser, a linguagem se configura, também, como uma materialidade da ideologia, de modo que nela podemos identificar os rastros ou traços ideológicos do sujeito.

pela ideologia quanto pode ser agente transformador de suas próprias práticas discursivas e sociais, seja resistindo a elas, seja lhes dando nova configuração ou significado.

Assim se revestindo, a análise crítica do discurso (ACD) configura-se como uma espécie de oposição às estratégias discursivas das elites e suas estruturas, de modo que os analistas críticos têm como escopo revelar o modo como essas práticas discursivas estão imbricadas com as estruturas de poder e dominação mais abrangentes, sejam elas sociais ou políticas.

A ACD possui como base epistemológica a Linguística Crítica da década de 70, as teorias neomarxistas e os estudos da Escola de Frankfurt. Quanto à Linguística Crítica, esta parte da compreensão de que teorizar sobre a linguagem consiste em uma forma de nela intervir, bem assim de intervir na estrutura social que a norteia. Já nas teorias neomarxistas, merece destaque a influência de Antônio Gramsci, com sua noção de hegemonia e o relacionamento que esta mantém com a ideia de instabilidade de poder que se atrela ao discurso e ao sujeito. Finalmente, a contribuição da Escola de Frankfurt está na busca de compreender o discurso mediante aspectos ou dimensões não discursivas, assim como a investigação de questões sociais por intermédio de dados discursivos. Como bem descreve Fairclough e Melo (2012, p. 308) “Vemos a vida social como uma rede interconectada de práticas sociais de diversos tipos (econômicas, políticas, culturais, entre outras), todas com um elemento semiótico”.

Em face do grande impulso que os estudos discursivos ganharam desde então, definir a análise do discurso de forma precisa não se afigura tarefa fácil, uma vez que há um emprego demasiado do termo ‘discurso’ e, conseqüentemente, da terminologia que queira designar seu exame. Assim, dadas as várias possibilidades de significação empregadas ao termo, a análise discursiva pode encerrar conceitos igualmente diversos. Maingueneau (1989, p.11) realizou um levantamento das diferentes noções de discurso e alertou para os perigos da proliferação de seu uso, de modo que, “desde então, a situação tornou-se ainda mais confusa, pois agora é o sintagma completo, análise do discurso, que está sendo arrastado a uma circulação incontrolável”.

Apesar disso, buscaremos traçar certos parâmetros e estabelecer alguns limites de seu campo, a fim de delimitar a especificidade que nosso estudo requer, valendo lembrar que, embora tamanha dispersão conceitual, os estudos discursivos possuem algo em comum: têm como objeto não somente a língua, mas o que se passa por intermédio dela, ou seja, as relações de poder, os processos de inconsciência ideológica, a institucionalização das identidades sociais e as diversas manifestações humanas.

Sendo necessária uma opção teórica para a pesquisa aqui proposta, adotaremos como aporte orientador das análises que se darão em capítulo sucessivo as contribuições da Análise do Discurso de matriz francesa, sobretudo por considerarmos que nosso escopo de investigação se debruça sobre práticas discursivas específicas desse campo de estudos, quais sejam de fontes institucionais, nomeadamente ligadas ao Estado: o Poder Judiciário.

Como observaremos, a AD francesa tem como objetivo examinar a produção de sentido mediante o discurso como resultante de um processo de interação social, de modo que diferentes formas de reprodução social de poder se dão por meio da linguagem, tendo como principais pilares epistemológicos a teoria do aparelhamento social (Althusser) e a intervenção do inconsciente (Lacan).

Sem desconsiderar a importância e contribuição que outros estudos discursivos poderiam oferecer à investigação em tela, importa ressaltar que a presente escolha se dá por motivos de conveniência teórica, tendo em vista o *corpus* de análise eleito (decisão do STF) e o aporte teórico já construído como fio condutor da pesquisa.

5.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE DO DISCURSO

Como já dito, a análise do discurso surgiu da necessidade de exame de elementos que estavam fora do campo meramente linguístico. Até a década de 60, a unidade de exame da qual a Linguística se ocupava era apenas a *frase*, com seus elementos mórficos, sintáticos e semânticos. Em seguida tal estudo se ampliou para além desses limites, a fim de se situar no próprio texto como unidade básica de estudo. Passa-se, com isso, da *linguística da frase* para a *linguística do texto*, o que significou um grande avanço para a ciência da linguagem.

A linguística textual se ocupava, então, de identificar a estrutura do texto, através de seus elementos linguísticos. Porém, mais uma vez percebeu-se que a análise desse modo empregada não dava conta da complexidade de seu conteúdo, sendo necessário considerar elementos pragmáticos dessa tal elaboração. Um novo conceito de análise foi erigido, voltando-se para o que há de exterior ao texto, ou seja, para o que vai além do linguístico, procurando examinar as próprias condições sócio-históricas de sua produção. A essa nova forma de exame passa a se designar ‘análise do discurso’, ou AD, referenciando o estudo desenvolvido pela escola francesa.

Com esse propósito, o objeto de estudo da AD não é tão somente o texto, mas sim o discurso que este inscreve, revela e informa. O discurso não é tido apenas como produção linguística, mas, sobretudo, como uma produção social. Essa relação de papéis vem

representada de forma inteligível no pensamento de Figueiredo (1998, p.35), quando esclarece:

[...] o discurso é visto como estrutura subjacente que é formada por uma ideologia, uma história e o texto é visto como uma estrutura de superfície – é elemento de superfície. A idéia básica é a de que é nos textos que se tem a erupção do discurso [...].

Nesse sentido, a relação entre o *dizer* e as condições de produção desse *dizer*, marca a exterioridade da análise discursiva, ao passo que se torna necessário recorrer a elementos e conceitos que estavam fora do campo de abordagem da Linguística tradicional para compreender as relações de sentido que se formam na estrutura de cada discurso sob análise. Essa é a característica que assinala a chamada escola francesa de análise do discurso (AD), uma vez que seu campo de estudo alia e articula o linguístico com o social, de modo que a linguagem não é considerada apenas em sua tessitura interna, mas também se constitui como um fenômeno de caráter ideológico, cujo significado mantém relação com influências que vão além daquilo que está no plano de sua aparência: “Tratava-se de pensar a relação entre o ideológico e o linguístico, evitando, ao mesmo tempo, reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discursivo no ideológico” (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2002, p. 201).

Ao colocar ênfase no discurso, a AD contribui para um estudo do sentido discursivo, estabelecendo uma relação entre linguagem e mundo que remete a condições extralinguísticas de enunciação, muito embora também não descuide da forma como se organiza o seu efeito de sentido, mediante a sistematicidade intralinguística do enunciado, numa verdadeira ‘linguística do discurso’:

Uma linguística do discurso integra na sua análise as condições de produção do ato de linguagem e, ao fazê-lo, ela se constrói num objeto multidimensional que opera numa relação triangular entre *mundo* como real constituído, a *linguagem* como forma-sentido em difração, e um *sujeito* (je/tu) intersubjetivo em situação de interação social (CHARAUDEAU, 1999, p. 32).

Daí a contribuição da Sociologia e do materialismo de Althusser para a AD, quando este postula que nessas interações sociais se estabelecem relações conflituosas, melhor dizendo, relações de sujeição que materializam o aparelhamento ideológico do Estado, de modo a reproduzir a vida social tal qual comandam esses vínculos de assujeitamento. Seria, portanto, por intermédio da linguagem que se tornam visíveis os traços ideológicos

daquele que se reconhece como sujeito e daquele que a este se assujeita.

Igualmente, é na relação com o outro que a AD define a representação do indivíduo no discurso, com as contribuições da noção de consciente e inconsciente de Jaques Lacan. Tais contribuições foram incorporadas à análise do discurso por Pêcheux a partir da compreensão de que existe um ‘outro’ da linguagem que estabelece certa dominância sobre o sujeito, de forma que esse tal sujeito é atravessado pela linguagem do outro, não possuindo autonomia sobre os sentidos de sua enunciação e discursividade. Isso porque aquele apenas ocupa um lugar social a partir do qual enuncia seu discurso e passa a integrar o processo histórico, sendo-lhe permitidas tão somente algumas inserções sociais ou produções discursivas em razão dos papéis que desempenha socialmente. Para além de ideológico, a produção do discurso é também determinada inconscientemente.

Esses e outros aspectos da análise discursiva podem ser capturados pelo analista mediante o estudo da linguagem, a partir de um material empírico. Neste material, como bem assinala Charaudeau (2005), a linguagem estará configurada em conformidade com ‘certa substância semiológica (verbal)’, ensejando a observação e a realização de recortes formais de acordo com o tipo de objeto construído.

Em face da importância que a linguagem possui para os estudos discursivos que aqui pretendemos empreender, dedicaremos um apartado ao tema, com vistas a definir nossos principais eixos conceituais.

5.3 A LINGUAGEM NA PERSPECTIVA DISCURSIVA

A relação do homem com a linguagem não se reduz a uma mera relação entre o sujeito e fatos linguísticos, de modo que, nessa relação, interessa verificar os processos de produção social das normas que regem o universo simbólico dos indivíduos. Em tal sentido, a linguagem não corresponde tão somente a uma produção individual, e sim a um “processo de produção do sistema de regras e convenções que preside essa produção individual, ou seja, a natureza histórico-social desse processo” (BACCEGA, 1998, p.17).

Uma mensagem, ao ser produzida, vem carregada de motivações, intencionalidades, interesses, necessidades e condicionantes sociais presentes no contexto em que locutor e interlocutor estão inseridos. Vale, assim, destacar que a linguagem não se afigura apenas como um instrumento de comunicação. Ela é, ao mesmo tempo, instituição social, veículo de ideologias, instrumento de mediação entre os homens e a natureza e entre homens e seus semelhantes. Sua importância se delinea não só na construção do processo

comunicativo, mas também no seu estudo, de modo que é através dela que a realidade pode ser apreendida pela análise.

Nesse aspecto, importa ressaltar que a linguagem não é em si transparente, mas sim opaca. De tal modo, considerar que a linguagem é evidente ou que retrata a realidade tal qual ela se apresenta já é para a AD um dos efeitos de funcionamento linguístico, que tanto é sócio-histórico quanto é ideológico. Assim, no que tange ao tema da linguagem, o que a análise do discurso tem como escopo é restabelecer sua opacidade, não separando a forma de seu conteúdo. Nesse aspecto, como bem assinala Orlandi (2000, p. 12):

Do ponto de vista da significação, não há uma relação direta do homem com o mundo, ou melhor, a relação do homem com o pensamento, com a linguagem e com o mundo não é direta, assim como a relação entre linguagem e pensamento, e linguagem e mundo têm também suas mediações.

Aqui a AD faz uma cisão com a hermenêutica e a análise de conteúdo, no sentido de que o analista considera a significação do mundo como demarcada por um dispositivo ideologicamente orientado. Toda leitura é mediada por um dispositivo, de modo que as palavras (ou imagens e qualquer forma de enunciado) apenas fazem sentido porque já possuem sentido prévio, histórica e socialmente construído. Noutras palavras, em nossa relação com a realidade, não estabelecemos vínculos diretos, mas sim mediações simbólicas que nos permitem apenas interpretá-la, e não capturá-la.

Para a AD, portanto, os sentidos não têm origem no ato da significação, tampouco no sujeito empírico que produz tal enunciado. Nesse campo teórico, suspende-se, então, a evidência positivista de que a realidade (e a linguagem) é transparente, rumo à busca da compreensão de como ela se produz. A AD tem, enfim, como escopo entender como se produzem as determinações históricas das evidências de sentido, estejam elas presentes na ilusão de transparência da realidade/linguagem ou na ilusão de que sua origem está no sujeito empírico do discurso.

Para que essa ilusão se realize necessária é a crença de que a linguagem é um ‘dado’ e não um produto, bem assim que haja um apagamento da memória de que a significação da realidade é na verdade um processo histórico e não um sentido único, extraído de um sujeito empírico, como uma evidência do objeto interpretado.

Numa perspectiva metodológica, a AD irá oferecer instrumental teórico e analítico que enseje a compreensão do processo de produção dessas evidências, ao revelar que outros sentidos podem ser construídos para a mesma realidade observada, a depender da determinação histórica a qual esteja constrangido seu objeto.

Por isso ganha ênfase a dimensão histórica dos discursos no campo teórico da AD, bem como a maneira como o analista irá problematizar o tema da transparência da linguagem, de forma a reconstruir a dimensão histórica dos enunciados. Isso porque o que se pode chamar de ‘dado’ na verdade já é um ‘produto’ de um processo de interpretação historicamente determinado, remontando à memória (discursiva) e possibilitando os sentidos possíveis de um determinado discurso. Por isso que, para a AD, um enunciado (o dizer) não é apenas uma estrutura linguística, mas também um acontecimento que faz encontrar a atualidade com a memória (PÊCHEUX, 1997b).

Essa tal memória discursiva não possui caráter individual ou subjetivo. Ao contrário, já foi dito em outro lugar, em outra época, de modo que é constitutivo do que está sendo dito no agora e determina o sentido de sua significação. Por isso é que os tais ‘dados’ discursivos não são objetos brutos, mas objetos construídos, produtos de uma interpretação já realizada e que foi ideologicamente apagada e esquecida. É função do analista do discurso reconstruir esse processo de significação e apagamento, bem assim da produção das evidências de sentido que já fazem dos ‘dados’ um produto.

Em face disso, e como elemento essencial à apreensão da realidade, a linguagem tem uma função que extrapola o plano linguístico, constituindo-se como via de compreensão do real, de expressão de visões de mundo, de formações ideológicas e de transmissão de saberes.

Na lição de Fiorin (1990, p. 32), uma ‘formação ideológica’, seria “a visão de mundo de uma determinada classe social, isto é, um conjunto de representações, de idéias que revelam a compreensão que uma dada sociedade tem do mundo”. Essa visão de mundo não existe desvinculada da linguagem. Numa perspectiva analítica, a cada formação ideológica corresponde uma ou várias ‘formações discursivas’ interligadas, ou seja, um conjunto de temas e de figuras que materializa uma dada visão de mundo - “a formação ideológica impõe o que pensar, enquanto que a formação discursiva determina o que dizer” (FIORIN, 1990, p.32).

Desse modo, o discurso é a forma de expressão das representações ideológicas, haja vista que é impossível a dissociação entre o pensamento (marcado por um caráter conceitual) e a linguagem, pois são aspectos, embora distintos, de um único processo. Por conseguinte, “as formações ideológicas só ganham existência nas formações discursivas” (FIORIN, 1990, p.34).

Com isso, o indivíduo social, ao se inserir num contexto formado por uma ou várias formações ideológicas, integra-se, do mesmo modo, ao vasto campo das formações

discursivas, cujos discursos nele se interiorizam ao longo de sua existência, compondo um conjunto de discursos que formam sua consciência: “o homem aprende a ver o mundo pelos discursos que assimila [...]” (FIORIN, 1990, p.35).

5.4 A NOÇÃO DE DISCURSO NA AD

Antes de tudo, importa ressaltar que o discurso resulta de uma combinação entre o explícito e o implícito, entre o modo de dizer e o modo de significar. Contudo, há inúmeros enfoques e estudos sobre o discurso, o que permite um leque variado de noções e aplicações. Exporemos aqui uma noção que será útil para os estudos no campo da AD francesa e para os fins de nossa pesquisa.

Segundo Gregolin (1995, p.17), “o discurso é um suporte abstrato que sustenta vários textos (concretos) que circulam em uma sociedade... é um dos aspectos da materialidade da ideologia”. Pêcheux entende o discurso como um efeito de sentido entre locutores que possui natureza sócio-histórica, bem assim considera a formação discursiva como o próprio objeto de interesse da análise do discurso. Por sua vez, a AD toma a formação discursiva como um conjunto de enunciados marcados pelas mesmas regras de formação, cuja constituição vem definida pelo seu vínculo com a formação ideológica. A formação discursiva, assim, determina o que pode e deve ser dito, enquanto a formação ideológica determina o que deve ser pensado (BRANDÃO, 1995).

No que diz respeito ao discurso, a AD sofre influência direta das ideias de Foucault, ao tomar-lhe de empréstimo a expressão ‘formação discursiva’, apresentada na obra “Arqueologia do Saber”. A noção foucaultiana de discurso influenciou largamente a AD, segundo a qual este seria o conjunto de enunciados que fazem remissão a uma mesma formação discursiva. Sua concepção de discurso remete ainda a uma relação entre ‘saber’ e ‘poder’, traduzindo um jogo estratégico no qual esses dois elementos se articulam forjando um discurso que se passa por verdadeiro e, com isso, veicula saberes (institucionais), gerando, dessa forma, o poder.

Ao tratar do discurso, Foucault (1996) coloca que, antes de sabermos o que ‘o dito’ quer significar, como e quando aquilo foi dito; ou ainda, antes de procurarmos descrever o sentido, o modo e a ação desse dizer, devemos questionar previamente por que foi dita determinada coisa e não outra possível. De outro modo: O que tornou possível esse dizer?

A tendência a buscarmos primeiramente o sentido do discurso ou como ele foi dito nos leva a aceitar que a possibilidade de enunciar já é uma evidência. Contudo, Foucault adverte que não se pode falar em qualquer época sobre qualquer coisa; não é fácil dizer qualquer coisa que seja nova.

Algo dito é um acontecimento, um acontecimento discursivo. Desse modo, qualquer coisa que se solta do que ele chama de ‘murmúrio anônimo’, descrevendo este acontecimento, é tarefa da análise do discurso.

O que se pretende, com esse aparato, portanto, é investigar a relação entre a linguagem e ‘outra coisa’; é examinar, enfim, uma prática de relacionamento. A noção de discurso em Foucault revela que este é uma ‘prática’, prática de muitas coisas, prática também social. O discurso como prática é essa instância da linguagem na qual a língua se relaciona com algo que não é linguístico. Essa relação, que se dá no uso da linguagem, é o próprio discurso.

A isto Foucault (2005, p. 147-148) denomina de ‘prática discursiva’: “um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, numa dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa”.

O acontecimento discursivo pressupõe, assim, a anterioridade do ‘murmúrio anônimo’. Há o ‘murmúrio anônimo’ e de repente algo acontece: algo é dito. Alguém enuncia, mas esse ‘dizer’ não começou no sujeito empírico desse dizer: o murmúrio lhe é anterior. Ninguém diz algo sem antes “ter ouvido dizer”, sem estar neste ou naquele lugar, sendo diferente de si próprio. Por conseguinte, o discurso é um relacionamento, um universo complexo no interior do qual estão definidas as próprias regras de exercício ou de existência da enunciação e dos enunciados.

A análise discursiva em Foucault visa a descrever aquilo que é efetivamente dito na perspectiva de sua existência. Ou seja, visa a descrever ‘modalidades de existência’ ou definir um conjunto de ‘condições de existência’.

Em sua obra “A Ordem do Discurso”, Foucault (1996) demonstra que a produção do discurso é simultaneamente controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de processos que tem por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos, refrear-lhe o acontecimento aleatório, esquivar-lhe da pesada e temível materialidade. Disso entendemos que, no que se refere à comunicação (interação por meio de mensagens) o processo interacional nem sempre é pacífico, traduz um mútuo entendimento ou um livre exercício das competências dos sujeitos. Tal interação é, isto sim, uma luta pela palavra, uma luta com a

palavra ou uma restrição a esta. A palavra é alvo do exercício de poderes que a controlam; os poderes não incidem apenas sobre os corpos, mas também sobre as palavras. O discurso, igualmente, não é simples tradução das lutas ou dos sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder do qual procuramos nos apoderar.

O controle discursivo, além de ser uma luta simultaneamente *pelo* e *contra* o poder da palavra, visa também a inibir seu acontecimento aleatório. Deste modo, a instância do discurso nos é apresentada por Foucault como o resultado de diversos sistemas de controle da palavra e das suas mais diversas práticas restritivas, seja bloqueando o murmúrio anônimo, seja limitando os sujeitos falantes. Foucault preocupa-se, então, com os grandes discursos, os discursos institucionais. E é este discurso, tal como é concebido pelo autor, que se afigura objeto de estudo da AD.

5.5 O PAPEL DO SUJEITO NA ANÁLISE DISCURSIVA

O conceito de discurso formulado por Foucault e adotado pela análise do discurso redimensiona o papel do sujeito na organização da linguagem. Elimina-se a noção idealista ou subjetivista do sujeito, retirando-se deste o papel de causa ou fonte do sentido do que enuncia. O sujeito não é fonte geradora de significações, “isto quer dizer que os sentidos que produzimos não nascem em nós. Nós os retomamos” (ORLANDI, 1987, p.83).

Esse redimensionamento do papel do sujeito deve-se à dimensão social, histórica e ideológica do discurso, o que desvincula o sentido do enunciado da intenção exclusiva do falante. O sujeito é afetado pela formação discursiva que, por sua vez, é determinada pela formação ideológica. É em virtude de sua posição no processo histórico-social que seu enunciado se articula, reproduzindo discursos historicamente já constituídos. Afigura-se, assim, a teoria do assujeitamento, cuja sujeição se refere a ideias e práticas, “o que significa dizer que os indivíduos estão sujeitos a um sistema que determina condutas e idéias; eles reproduzem esses valores e essas condutas da sociedade onde estão inseridos” (FIGUEIREDO, 1998, p.37).

O sujeito possui certa liberdade ou autonomia na construção de um texto, pois o organiza à sua maneira, de acordo com seus critérios. No discurso, contudo, sofre coerções sociais e os sentidos que articula não estão no que o locutor deseja que signifique.

Com isso, a síntese de tal pensamento é que somos constituídos e influenciados pelas formações ideológicas e pelos discursos delas redundantes, como forma de sua

expressão. Somos, enfim, sobre determinados pelo que Pêcheux chama de ‘pré-construído’ das formas discursivas. O sujeito não seria um “eu”, mas um “isso”, ideologicamente determinado.

No campo do Direito, o sujeito enunciador também configura uma categoria específica das formações discursivas. Aqui, a questão do sujeito ocupa papel relevante, posto que ela nos remete tanto ao sujeito da “emissão” quanto ao sujeito da “recepção”. Esse indivíduo/sujeito tem seu universo formado pelos vários discursos presentes no universo em que está implicado. O que há de subjetivo nesse indivíduo é o resultado da reunião das várias vozes que ele carrega. O indivíduo/sujeito, portanto, reelabora os discursos da sociedade, forjando, assim, outros discursos, numa dupla condição comunicacional.

A esse encontro ou relação de vários e diferentes discursos dá-se o nome de interdiscursividade, ou seja, o diálogo com outros discursos e, ao mesmo tempo, a revelação da especificidade do discurso que vai se construindo nesse processo.

Tendo em vista nosso interesse pela especificidade do discurso na seara jurídica, prosseguimos com uma breve abordagem da AD aplicada ao Direito, com vistas a fornecer elementos hábeis à análise das funções que as formas linguísticas realizam em práticas discursivas específicas, nesse caso a prática discursiva institucional judicial, intimamente ligada ao Estado.

5.6 A AD APLICADA AO DIREITO

5.6.1 Especificidades do discurso jurídico

Segundo Carneiro (1998), “por causa das funções sociais do direito – normatizar comportamentos e solucionar litígios, de modo sempre decisório -, a linguagem jurídica reveste-se, em seus discursos, de uma tipologia própria, que é a do poder e da persuasão”. Portanto, o poder e a persuasão, dentro da linguagem e do discurso jurídico, são condições para a sua própria eficácia, motivo pelo qual a preocupação com o seu grau de elaboração e alcance.

Supera-se, então, a ideia reducionista de que o Direito é um mero conjunto de enunciados normativos, para compreendê-lo como algo que tem pretensões pragmáticas. Assim, ganha terreno o entendimento de que o corpo jurídico não é apenas uma linguagem que possa ser analisada lógica e gramaticalmente, mas sim um discurso que procura atingir efeitos concretos.

Dentro de seu âmbito, portanto, a questão mais relevante não se situa entre ser este discurso *verdadeiro* ou *falso*, mas se pode ser efetivo ou não no seu intento regulatório. Ou seja, há direito efetivo se os atos normativos de ordenar e regular são empiricamente satisfeitos, isto é, produzem efeito sobre o receptor da mensagem, através do ato linguístico emitido. Ao enunciar uma mensagem, então, o enunciador não pretende apenas ser entendido, mas também, e principalmente, ser obedecido (eficácia) e respeitado (legitimidade).

Procura-se, mediante a linguagem jurídica, obter o máximo de adesão espontânea possível para as regras de direito. Por isso, afirma-se que a linguagem jurídica não é apenas um canal de comunicação, mas também um discurso, cujo fim é articular mensagens com a intenção de estimular a obediência e desestimular a transgressão. Mesmo sendo dotado de força coercitiva, o Direito não deixa de buscar a captura dos indivíduos, primeiramente, pelo consenso, o que se dá mediante sua linguagem a construção de um discurso que lhe é próprio. Isto porque a coercibilidade da norma jurídica não é o que lhe dá legitimidade, mas apenas o que complementa a sua sanção, diante da não observância espontânea de suas regras⁹³.

Neste propósito de atingir o consenso, o que se dá mediante uma legitimação moral e racional da norma, a linguagem jurídica assume uma segunda característica, diferente daquela que lhe é originária ao prescrever conteúdos regulatórios.

Em seu primeiro traço característico, a linguagem jurídica, como norma, realiza-se através de algo que pretende ser universal ou universalizável, mediante os distanciamentos, a concisão e o rigor conceitual da prescrição normativa. Contudo, esta linguagem prescritiva do Direito não lhe explicita a legitimidade, pois não se abre a fundamentações ou justificações. Assim, não parece adequado despojar totalmente a linguagem jurídica de qualquer vocação explicativa, que a justifique através de uma elaboração teórica capaz de construir uma compreensão mais completa do seu conteúdo.

Isso, de certo modo, explica as distinções, dentro da linguagem jurídica, entre aquela plasmada nas leis e códigos (prescrições normativas gerais e abstratas) e aquela construída nas decisões dos tribunais (jurisprudências), nas produções doutrinárias e nos pareceres sobre questões específicas relacionadas ao Direito. Tais distinções se dão, portanto, “em função dos contextos em que surge a sua intervenção” (FREITAS, 2002, p. 11).

⁹³ Nesse aspecto, importa recordar a utilidade da teoria da ação comunicativa de Habermas ao Direito, verificando como a linguagem é um meio para que os sujeitos sociais envolvidos em dada ação comunicativa alcancem o consenso (entendimento). Isto porque, na perspectiva de autor, o Direito procura legitimar-se através de um agir estratégico (orientado à realização de fins) e de um agir comunicativo (orientado ao entendimento, ou seja, à obtenção de um acordo), à medida que expõe os motivos morais para a obediência às suas normas (legitimidade valorativa) e que constrói o seu regramento social a partir de um critério de validade normativa (legitimidade racional).

Se no primeiro caso temos a expressão de uma linguagem fechada, avessa a ambiguidades, emotividades ou vaguedades (texto rígido e fechado da norma), na segunda situação temos uma linguagem que recorre a contextos, a situações factuais concretas e a valorações éticas para justificar-se e fundamentar-se (texto contextual e aberto da doutrina e da jurisprudência).

Assim, para que o Direito atue como um discurso normatizador e legitimador, capaz de interferir no comportamento dos seus destinatários, mediante captura persuasiva, a linguagem jurídica deve possuir uma dupla vocação: manifestar-se mediante a lei escrita e por intermédio de um direito não escrito (axiologia suprapositiva). Ou seja, a linguagem tanto é o produto pretensamente acabado da normatividade (lei) quanto é, numa fase pós-criadora desta lei, o seu instrumento de validação e justificação.

Com tais especificidades, uma das crenças ou buscas da tradição jurídica é exatamente a noção de que a língua é representativa da realidade (transparência da linguagem), vigorando por muito tempo a concepção de que seria possível imprimir à linguagem jurídica uma marca tal que inibisse o descontrolo de interpretações da linguagem natural (superespecialização da linguagem jurídica) ou que a hermenêutica dos textos jurídicos forneceria meios de extrair deles o (melhor) sentido de seu conteúdo.

Contudo, considerando a prática discursiva como um ato comunicativo, sua realização exige ao menos a presença do *discurso* (a enunciação manifesta), da *subjetividade* (a constituição dos sujeitos enunciator/enunciatário) e do *contexto* (formação ideológica/formação social), o que requer que se inclua na interpretação da norma e na análise do discurso judicial outros elementos que podem estar sendo relegados pela tradição jurídica, quando sua hermenêutica se reduz a um tratamento estritamente (uni)disciplinar.

Como base para esse esforço analítico, fundamental é a compreensão das condições de produção deste discurso jurídico ou judicial, entendendo-se por ‘condições de produção’ o contexto sócio-histórico em que o discurso emerge, seus interlocutores, o lugar social de onde falam e a imagem que fazem de si, do outro e do referente.

Isso porque o discurso judicial também possui suas condições de existência, também é alvo de lutas e conflitos, também tem um sujeito que comunica e assume a palavra, cujo objetivo inicial é informar, instituir um relato e uma fundamentação que exerça influência, convencimento e persuasão de que o que se diz é tanto correto quanto plausível, justo e equilibrado.

Ademais, o discurso judicial é marcado pela busca de isenção, rendendo-se ao ônus da tão buscada “objetividade”. Trata-se de uma tentativa de alcançar certa

“imparcialidade”, a fim de se atingir legitimidade. Embora persiga um caráter isento, o discurso judicial sofre a intervenção de mediações, que tanto refletem os fatores que interpelam o protagonista do discurso, quanto expõem os condicionantes políticos, sociais, econômicos e culturais presentes no meio.

Contudo, há uma tentativa de ocultar esses traços do ideológico: “Há uma ilusão de transparência, apagamento da construção discursiva do referente. [...] A ideologia se caracteriza pela ilusão do sentido literal, pelo apagamento da materialidade da linguagem e da história” (SILVEIRA, 2010, p.30).

O desejo de não promover um discurso tendencioso (ou pelo menos de não passar essa tal impressão), leva o jurista a buscar maneiras (estratégias) de ocultar sua parcialidade e sua adesão a certas perspectivas sobre o problema discutido. Uma dessas estratégias é o enxugamento da presença do autor no discurso, como se o conflito examinado, tal qual ele se dá, fosse descrito sem mediações da subjetividade, perdas, dissipações ou distorções.

Nesse intento, busca-se evitar que a presença da ‘autoria’ torne o discurso subjetivo e parcial, de modo que cabe ao enunciador relatar os fatos e os argumentos em causa de forma que sua narração possa prescindir de traços subjetivos, que demarquem preferências ou a postura pessoal do julgador. Nesse sentido, saber manejar a linguagem sem permitir que esta se relacione com escolhas pessoais de seu sujeito é um recurso de organização argumentativa e textual do qual lança mão o julgador.

Outros efeitos buscados no campo do direito é o que Bourdieu (1989, p. 215-216) denomina de apriorização, neutralização e universalização:

O efeito da apriorização, que está inscrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda clareza na língua jurídica que, combinando elementos directamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impessoalidade e da neutralidade. A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado [...]; o uso de indefinidos (‘todo o condenado’) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios que exprimem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, ‘como bom pai de família’); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.

Contudo, estratégias como essas ou tentar deixar que os fatos e os argumentos falem por si, a fim de evitar a personificação das narrativas, não priva o discurso judicial de subjetivismo. A busca de esvaziá-lo de tais juízos não possui o condão de deixar esse discurso ausente de valores.

Qualquer enunciado carrega significados e seu enunciador começa a construir o significado de seus discursos na seleção prévia dos fatos que vai narrar, na seleção do que vai ser enfatizar, nas palavras que irá usar e nos argumentos que irá adotar para legitimar sua posição visando à solução do conflito em análise. O desejo de isenção discursiva nada mais é que o camuflar das tensões sociais existentes e do conflito de interesses presentes na escolha das narrativas e argumentos legitimadores das decisões judiciais, como se verá no exame que será objeto do capítulo VI do presente estudo.

A impressão de que os juristas não expressam suas posições pessoais acena para uma “objetividade” da decisão judicial e essa parece ser a teoria dominante do discurso jurídico, que busca velar a presença de seus atores do processo histórico no qual estão inseridos, bem assim do papel social que ocupam, ocultando o próprio processo em si e seus protagonistas.

Aquilo que é narrado como fato ou conflito jurídico é escolhido pelos julgadores num exercício de seleções, quando decidem o que mostrar e sob qual perspectiva enunciar. É nesse sentido que eles se constituem num grande filtro de acontecimentos, visões de mundo e ideologias, situando-se em formas linguísticas que realizam práticas discursivas específicas. Nossa hipótese é que essas práticas discursivas reforçam horizontes que estão ligados ao discurso do Estado, cuja matriz ideológica é de traço liberal.

Com o instrumental da AD, buscaremos construir as ferramentas capazes de identificar os diferentes processos de reprodução social dessa matriz ideológica, o que se dará por intermédio do estudo do discurso judicial.

Como prática discursiva que é, o discurso judicial é um permanente processo de (re)produção de significados, portanto, de (re)constituição da realidade, com todas as suas manifestações, sejam elas jurídicas, culturais, políticas ou econômicas. A língua, o signo, a palavra, não possuem caráter ideológico em si mesmo, no entanto, as várias formações ideológicas se utilizam da linguagem para transmitir suas representações, tornando-a uma espécie de veículo de representações ideologicamente demarcadas.

Assim, o sistema linguístico assume o papel de instrumento que materializa as visões de mundo, ou seja, que materializa os sistemas de valores presentes no discurso. A linguagem, portanto, veicula as visões de mundo presentes no componente semântico do

discurso, exercendo papel ativo na percepção do real e influenciando os comportamentos.

5.6.2 O Texto, o discurso e sua análise

Enquanto veículo de informação e de discursos, a linguagem pode vir articulada de várias formas. No que diz respeito ao discurso judicial, uma de suas formas privilegiadas é a linguagem textual. O texto, diferentemente do discurso e como expressão da linguagem que é, não passa necessariamente por determinações ideológicas, como ocorre com as formações discursivas.

Segundo Fiorin (1990, p.41):

[...] o texto é unicamente um lugar de manipulação consciente que o homem organiza, da melhor maneira possível, os elementos de expressão que estão a sua disposição para veicular seu discurso... o texto é individual e o discurso é social... o discurso simula que é individual para ocultar que é social [...].

Como podemos observar, a relação que envolve o sujeito, seu texto e o discurso que reproduz é complexa. O fato de a língua estar a salvo da ideologia e de, teoricamente, o texto também, não assegura uma separação ou proteção desse texto de influências ideológicas e discursivas, uma vez que ele está a serviço de tais influências.

No universo do Direito muitos elementos concorrem para a construção de seu discurso, elementos semânticos e elementos sintáticos. Ambos são importantes e merecem estudo detalhado e integrado, a fim de chegarmos a resultados mais verossímeis da realidade concreta de produção dos textos jurídicos. Neste caso, uma pesquisa acerca do sentido e da estrutura do discurso judicial deve ser empreendida para sua melhor compreensão, o que poderá ser alcançado com o instrumental teórico da AD.

Com essa ambição, o que pretendemos verificar não é "o quê" o texto a ser analisado diz, mas sim "como" o significado que ele transmite foi produzido. O que se tem de fundamental, portanto, é a questão do sentido, o que torna relevante conhecer os objetivos da Análise do Discurso, ou seja, "a compreensão de como um objeto simbólico produz sentidos, como ele está investido de significância para e por sujeitos" (ORLANDI, 2000, p.26).

Assim, compreender é ir além de interpretar. Interpretar corresponde a conhecer o sentido que extraímos de uma proposição, relacionando-a às outras frases do texto e ao contexto imediato. "Compreender é saber como um objeto simbólico (enunciado, texto, pintura, música etc.) produz sentidos [...] a compreensão procura a explicitação dos processos de significação presentes no texto" (ORLANDI, 2000, p.26).

Na ótica de Gregolin (1995), a AD tem como objeto o ‘discurso’ que é, ao mesmo tempo, linguístico e histórico, de modo que o texto é visto nas suas relações com a história e a sociedade. É, enfim, um objeto histórico com materialidade linguística.

O discurso, então, ocupa o espaço de união entre o que é linguístico e as condições sócio-históricas que constituem as significações. O signo, quando carregado de conceito, quando aplicado em determinada sociedade, em determinado contexto, adquire significado, encontra sua representação social. Como já assinalado, são nos espaços sociais, nos contextos históricos e nas formações ideológicas que se encontram os significados e não na palavra.

Em virtude de sua complexidade, o exame do discurso judicial pode ser, melhor orientado pelos princípios gerais da análise discursiva. Isto porque tal arcabouço contempla tanto os mecanismos intradiscursivos próprios da semiótica (mecanismos dos quais resulta a constituição dos sentidos), quanto as condições sócio-históricas presentes no processo de configuração do discurso jurídico. Como bem acentuou Pinto (1999, p.23), a Análise do Discurso não se ocupa com o que o texto diz ou mostra, mas sim *“como e por que o diz e mostra”*. Dentro de seu enfoque qualitativo, a AD pode melhor orientar nosso percurso investigativo em busca de respostas às questões propostas na presente pesquisa, uma vez que não procura apenas sacar do texto seu sentido, mas sim compreender e assimilar sua historicidade e as influências e que o interpelam.

5.6.3 Princípios gerais de procedimento: em busca de um protocolo de investigação

Conforme já assinalamos, a análise de discurso tem como objeto de tratamento não o texto ou a gramática, mas sim o discurso. Em seus procedimentos, o que se leva em conta é o homem e sua história, considerando os processos e condições de produção em que o discurso se constitui, pela análise da relação entre língua e os sujeitos que dela se utilizam, bem como as situações em que se produz esse dizer. O discurso, aqui, é entendido como a materialidade da ideologia, assim como a linguagem em sua própria materialidade. Desta forma, a AD trabalha a relação entre linguagem, discurso e ideologia.

O objetivo da AD consiste em compreender como os objetos simbólicos (enunciado, texto, pintura, música etc.) produzem sentidos. No ato da investigação, é de responsabilidade do analista a formulação de um dispositivo analítico, definido pela questão que desencadeia a análise, a natureza do material a ser analisado e a finalidade desse exame.

Uma vez realizada a análise e compreendido o processo discursivo, o analista pode interpretar os dados obtidos (resultados) conforme os instrumentais teóricos nos quais se inscreve e dos quais partiu.

A análise deve ser processada tendo-se em conta que os sentidos são verificados não só no texto ou na palavra, mas na relação com a exterioridade. Deve-se pôr em relação o dizer com sua exterioridade, verificando suas condições de produção (os sujeitos, a situação, a memória discursiva etc.). As condições de produção podem ser consideradas em sentido estrito, afigurando-se como ‘circunstâncias da enunciação’, ou seja, o contexto imediato; e em sentido amplo, em que se traduzem no ‘contexto sócio-histórico e ideológico’, isto é, as formas de organização da sociedade, suas instituições, os acontecimentos que significam, a filiação de sentidos constituídos em outros dizeres, a relação entre o dito atual e a memória discursiva, dentre outros.

Nesse aspecto, reconhece-se que há uma relação entre o que se diz e o que já foi dito, porém esquecido. Isso nos induz a pensar que o dizer é nossa propriedade particular (esquecimento ideológico). Contudo, os sentidos que se constituem nesse dizer não estão sob o nosso controle, pois todo dito é a confluência da memória e da atualidade, do momento específico da formulação do que estamos dizendo. Essa memória discursiva ou interdiscurso é o conjunto de formulações já realizadas e esquecidas que determinam o que dizemos: “para que minhas palavras tenham sentido é preciso que elas já façam sentido” (ORLANDI, 2000, p.33). Por isso, ao dizer, somos afetados por certos sentidos e não por outros, em virtude de nossa relação com a língua e a história, de nossa experiência simbólica e de mundo através da ideologia.

As condições de produção que podem ser objeto de um analista do discurso consideram os fatores que agora passamos a elencar:

- a) Relação de Sentidos – a noção de que não há discurso que não se relacione com outros, resultando os sentidos de relações discursivas, com dizeres já realizados, imaginados ou possíveis.
- b) Mecanismo de Antecipação – diz respeito à capacidade do sujeito se colocar no lugar do seu interlocutor e, assim, tentar se antecipar ou antever o sentido que suas palavras produzem. Trata-se de um mecanismo de regulação da argumentação, de forma que “o sujeito dirá de um modo, ou de outro, segundo o efeito que pensa produzir em seu ouvinte” (ORLANDI, 2000, p. 39).

- c) Relações de Força – trata-se do lugar de onde o sujeito fala como constitutivo do que ele diz, a exemplo da fala de um professor, que significa diferentemente da fala de um aluno. São relações de força sustentadas em razão do poder dos diferentes lugares que o sujeito ocupa. Esses lugares não são determinados por situações empíricas, nem por sujeitos físicos, mas por imagens, projeções que indicam as posições desses sujeitos no discurso, formando a imagem que temos dos papéis sociais (é a diferença entre o lugar empírico e o lugar discursivo).

Todos esses elementos dizem respeito à constituição de condições nas quais o discurso se produz, bem como a constituição de seu processo de significação.

5.6.3.1 Do procedimento de análise

Uma vez diante de um objeto simbólico, para se proceder à análise, precisamos logo remetê-lo a um discurso e sua formação discursiva. A formação discursiva se define como o que pode e deve ser dito a partir de certa posição numa dada conjuntura sócio-histórica, circunstâncias essas entendidas como formações ideológicas. O modo de se dizer (formação discursiva) é determinado pelo modo de se pensar (formação ideológica). Assim, “os sentidos são sempre determinados ideologicamente” (ORLANDI, 2000, p.43).

A remissão à formação discursiva se dá mediante a observação das condições de produção e a verificação do funcionamento da memória. Esses caminhos nos levam a uma determinada formação discursiva, possibilitando a compreensão do sentido do que está dito.

Tal procedimento pode ser sintetizado no quadro a seguir:

Texto → Discurso → Formação discursiva → Formação ideológica

O texto remete ao discurso, que remete a uma formação discursiva, que é determinada por uma formação ideológica.

Nesse sentido, o primeiro passo a ser dado é a passagem do material bruto coletado (superfície linguística) para o objeto discursivo, ou seja, aquele corpus que já recebeu um tratamento superficial de análise, realizado sobre aquilo “que se mostra em sua sintaxe e enquanto processo de enunciação” (ORLANDI, 2000, p.65): como se diz, quem diz, em que circunstâncias diz etc., considerando as formações imaginárias, as relações de sentido

e as relações de força (condições de produção).

Assim, identificamos quem está falando e sob que determinações, desfazendo a ilusão de que o que foi dito apenas poderia sê-lo daquela maneira (ilusão referencial), considerando a existência de outras formas de dizer (com outras condições e afetadas por diferentes memórias discursivas).

Identificando essa forma específica de dizer, começamos a compreender o funcionamento do discurso, relacionando o texto a um discurso e reconhecendo as relações deste com uma formação discursiva. Quando construímos o objeto discursivo, desprezamos o produto e fazemos aparecer o processo. Nossa meta em AD é compreender como um objeto simbólico produz sentido, sendo o primeiro passo para essa compreensão a passagem da superfície linguística para o objeto discursivo.

O segundo procedimento é a passagem do objeto discursivo para o processo discursivo. Isso se dá mediante o curso do “delineamento das formações discursivas para sua relação com a ideologia” (ORLANDI, 2000, p.67). Contudo, vale observar que em um texto podem estar presentes várias formações discursivas, organizadas ali em função de uma formação dominante. O texto que encerra o discurso é uma unidade complexa, embora contenha certa linearidade. Textos e discursos mantêm sempre relação com outros, formando “um intrincado nó de discursividade” (ORLANDI, 2000, p.89). Há, dessa forma, múltiplas e diferentes naturezas de relações entre distintos discursos: relações de exclusão, inclusão, sustentação, oposição, reciprocidade, transição de elementos de um discurso para outro etc.

Na análise do texto enquanto objeto simbólico, cabe ao analista saber como ele pode ser lido e como os sentidos estão nele construídos, trabalhando com os processos de constituição dos sujeitos e desses sentidos.

Depois de analisado, enfim, o texto cede lugar ao discurso, sendo sobre este que deve falar o analista, ou seja, é o processo discursivo “que dá ao analista as indicações de que ele necessita para compreender a produção dos sentidos” (ORLANDI, 2000, p.73).

Ditas essas breves linhas sobre os princípios e procedimentos da análise discursiva, podemos agora formular, com inspiração nos elementos caracterizadores de nosso objeto simbólico, o *protocolo de investigação* que conduzirá o exame da decisão judicial eleita para os fins desta tese doutoral.

A primeira passagem do exame discursivo é a *transição da superfície linguística para o objeto discursivo*, ou seja, o tratamento preliminar do texto ou material em seu estado bruto. Nesse estágio, vamos considerar as condições de produção da mensagem em seu sentido estrito, com suas formações imaginárias e relações de força, ou seja, as circunstâncias

da enunciação presentes na sintaxe do texto, identificando os interlocutores e o lugar social de onde falam.

Sabendo de onde o sujeito fala e qual a imagem que possui de si, do outro e do referente, veremos que o discurso a que o texto remete é próprio de uma dada formação discursiva, pois aquela forma de dizer é específica de condições e memórias discursivas determinadas. Isso quer significar que existem outras maneiras de enunciar que são afetadas por condições e memórias distintas. Esse processo de identificação se refere à segunda passagem do estudo levado a efeito, a *passagem do texto para o discurso e sua formação discursiva*. No que se refere ao nosso protocolo investigativo, essa transição se dará mediante o exame das condições de produção em seu sentido amplo, ou seja, o suporte sócio-histórico, as filiações de sentido constituídos em outros dizeres e a memória discursiva que afetam o dizer atual.

Por fim, o terceiro momento da análise é da *transição do objeto discursivo para o processo discursivo*, ou seja, *da demarcação da formação discursiva para o seu relacionamento com a ideologia* (formação ideológica). Esse último estágio se relaciona com o momento em que observaremos qual o suporte ideológico que afeta a produção do sentido contido no discurso analisado, cujo objeto será examinar a estratégia legitimadora do Pleno do STF para situar sua atuação na fronteira entre Direito e Política.

Como se sabe, tanto do Direito quanto a Política são esferas cujas práticas são essencialmente discursivas. Sua cognição é ideologicamente fundamentada e cada uma de suas perspectivas é reproduzida pelo viés do discurso.

Partimos do pressuposto de que a formação ideológica que animam as partes nos conflitos judiciais julgados pelo STF também atravessam os próprios julgadores, que deixam um lugar empírico para inscrever-se num lugar discursivo, sendo determinados por orientações que lhe são anteriores (ideologias) e que os influenciam na interpretação de eventos da realidade.

Como critério de seleção inicial, foram selecionados julgados que ganharam grande repercussão social e jurídica e por isso foram considerados ‘emblemáticos’ ou ‘históricos’ na trajetória da Corte brasileira. Como passo seguinte, foi eleito um caso, no qual se observou um conflito interpretativo de princípio jurídico (o princípio da igualdade), o que imprimiu ao julgado traços de complexidade capazes de lhe fornecer mais densidade argumentativa e, portanto, mais substrato para análise.

O julgado eleito foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/Distrito Federal, cuja temática trata das cotas raciais em Universidades Públicas, cujos

pormenores serão descritos no capítulo VI.

No seu exame, buscar-se-á identificar o que o Judiciário diz por intermédio da decisão e o que a decisão diz sobre o Judiciário nas relações entre Direito e Política.

Nessa primeira aproximação, seremos orientados por algumas perguntas de partida:

- a) Como os Ministros do STF definem suas próprias atribuições, fixando seu alcance e seus limites?
- b) Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?
- c) Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?
- d) Qual tipo de discurso legitima suas posições?
- e) A que teorias, autores e argumentos o STF recorre para legitimar sua atuação menos ou mais ‘autocontida’? Há uma constância ou coerência nesse acervo argumentativo?

Lançando mão de todos os resultados obtidos nas etapas que se seguiram, vamos, enfim, realizar uma síntese conclusiva, em capítulo subsequente, considerando a análise de um caso judicial concreto. Assim desenvolvida, a pesquisa se dará a partir de várias relações e segundo um dispositivo analítico, cujo quadro geral de procedimento pode ser assim sintetizado:

Questão: como as relações entre o Direito e as experiências de Estado fixam as bases de atuação do Poder Judiciário e seu relacionamento com a Política, ao produzir, através do discurso judicial, efeitos de sentido de uma decisão legítima?

Natureza do Material: enunciado escrito (decisão judicial)

Finalidade da Análise: apreender, por intermédio da análise do discurso francesa, as estratégias de legitimação do discurso judicial para cumprir o ônus da objetividade decisória em face da polêmica permeabilidade entre o Direito e a Política.

Quadro 1 – Protocolo de Investigação em Análise do Discurso Francesa

Procedimento de Análise Discursiva	Etapas do Protocolo de Investigação
1º Estágio: Tratamento preliminar do texto, transformando-o em objeto discursivo (passagem da superfície linguística para o objeto discursivo)	1. Registro formal da(s) decisão(sões) (data, tipo de ação, número do processo e relatores); 2. Separação do material em categorias de argumentos;
2º Estágio: Passagem do objeto discursivo para a formação discursiva	3. Identificação dos eixos discursivos (referentes imediatos ou remotos) que remetam às formações discursivas do julgador; 4. Identificação dos modos de fundamentação e legitimação das decisões, com seus descritores discursivos, identificando eventuais variações de “posições-sujeito”;
3º Estágio: Relação da formação discursiva com sua formação ideológica	5. Identificação das teses que amparam o discurso do STF no contexto da legitimação do(s) julgado(s) analisado(s).

Fonte: Elaboração da autora (2017).

6 ANÁLISE DA ADPF 186/DF

Toda elucubração racional é meramente justificadora de uma equação afetiva da qual temos muito pouca consciência. Toda racionalização é uma tentativa de tornar os nossos afetos aceitáveis para nós e para os outros (BARROS FILHO, 2010)⁹⁴.

Por ser a legitimação *social* e *justificatória*, ela requer significados discursivos de formação de consenso (SHUSTERMAN, 2017)⁹⁵.

6.1 APRESENTAÇÃO

A análise que se seguirá, conforme antecipado em nossa nota introdutória, tem como hipótese de pesquisa a permeabilidade do Direito frente à Política, muito embora o ônus da objetividade e os fundamentos para legitimar sua atuação sigam exigindo do Judiciário um esforço discursivo que afaste o aumento de sua discricionariedade interpretativa e avaliativa do mero voluntarismo. Nesse sentido, o escopo dos exames que se darão no presente capítulo girarão em torno dessas estratégias de legitimação, imprimindo-se um estudo que descortine as variações no discurso judicial em torno dos entrelaçamentos entre o Direito (razão) e a Política (vontade).

Mais precisamente, pela via da Análise do Discurso francesa, nossa pretensão é verificar de que modo, com as estratégias da linguagem e do discurso, o Direito simula não ser Política, dissimulando, enfim, sua arbitrariedade.

Para cumprir tal empreendimento, elegemos o estudo de uma decisão colegiada do STF sobre tema recorrentemente polêmico e que nos remete a pistas que podem responder ou fornecer os aspectos sugeridos para dito levantamento e análise: cotas raciais em Universidades Públicas.

Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, de iniciativa do Partido Democratas (DEM) e julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo, em 26 de abril de 2012, na qual se postula a concessão de liminar que suspenda a realização de registro dos alunos aprovados no vestibular de julho de 2009 da Universidade de Brasília, seja mediante o sistema universal, seja mediante o sistema de cotas para negros. Ademais, pleiteia o agente que a IES divulgue nova lista de aprovados, como se todos estivessem inscritos no sistema universal de concorrência, além de que a instituição se abstenha de publicar quaisquer editais para selecionar ou classificar candidatos para ingresso com acesso diferenciado.

⁹⁴ Entrevista concedida à jornalista Carolina Derivi, da Revista Página 22.

⁹⁵ A Estética de Dewey e Além. Trecho do depoimento de Richard Shusterman. Tradução: Tiago Medeiros Araujo. Disponível em: <https://deweypragmatismo.files.wordpress.com/2014/05/a-estc3a9tica-de-dewey-e-alc3a9m-shusterman.pdf>

Finalmente, requer que juízes e Tribunais de todo o país “suspendam todos os processos que envolvam a aplicação do tema cotas raciais para ingresso nas universidades”.

Ao pedir a procedência do pedido, solicita que sejam declarados inconstitucionais, com efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculantes os atos administrativos e normativos da Universidade de Brasília, nomeadamente: Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), Resolução nº 38 do CEPE, Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UNB e os itens do Edital do vestibular da UNB de 2009 que tratam da reserva de vagas (cotas).

O pedido de liminar foi indeferido pelo então presidente do STF (2009, p. 26-27), Ministro Gilmar Mendes, nos termos da sequência discursiva nº 1:

[SD1] Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a sua concessão. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos da universidade.

Apresentadas essas primeiras informações sobre o processo, reuniremos as posições de cada Ministro/a tendo em conta as perguntas de partida propostas no capítulo anterior.

Além dos dados que apresentaremos a seguir, algumas questões serão agregadas na sequência do trabalho, vislumbrando uma análise ou avaliação do panorama examinado, a partir da discussão sobre os aspectos discursivos do processo decisório eleito. Nesse sentido, nos arriscamos a formular hipóteses para descrever como se dá tal processo decisório e o que explicaria sua eventual variação discursiva, à luz das contribuições da Análise do Discurso francesa.

6.2 DADOS DA ANÁLISE

Dados do Processo	
Tipo de Ação	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186
Data de Julgamento	26 DE ABRIL DE 2012
Arguente	DEMOCRATAS - DEM
Arguidos	CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (CEPE), REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA E CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (CESPE/UNB)
Tipo de Decisão	() Monocrática (X) Colegiada
Julgador/Relator	MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
Breve descrição do Caso e Ementa: ADPF 186/DF (STF, Tribunal Pleno, em 26.04.2012) O caso se refere a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra ato da Universidade de Brasília que institui cotas para negros em seu sistema seletivo para ingresso no ensino superior. Eis seu ementário: EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.	
Controvérsia da Demanda	Discute se programas de ação afirmativa com sistema de reserva de vagas, mediante critério étnico-racial, em seleção pública de ingresso em Universidade Pública, mantém consonância com os princípios da Constituição Federal.
Questão Preliminar	Cabimento de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Verificação de inexistência ou não de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso concreto.
Amici Curiae	Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO)
	Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS)
	Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira (ICCAB)
	Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH)
	Fundação Cultural Palmares
	Movimento Negro Unificado (MNU)
	Movimento Pardo-mestiço Brasileiro (MPMB)
	Fundação Nacional do Índio (FUNAI)
	Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA)
	Defensoria Pública da União (DPU)
	Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais
	Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (IDEP)
	Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD)
	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)
	Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos

Parecer do Ministério Público Federal	Pela improcedência da ADPF, com rejeição do pedido de liminar, aduzindo que “a Constituição de 1988 insere-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para a observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Pelo contrário, parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido por meio de ações ou políticas públicas, que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos” (p. 18). “[...] a justiça compensatória não é o único nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o conseguinte fortalecimento de sua autoestima e combate ao preconceito” (p. 18).
--	--

6.3 A CONTROVÉRSIA DO INTERESSE SOB EXAME

ADPF 186/DF (STF, Tribunal Pleno, em 26.04.2012)	
Argumentos/razões do arguente	Violação dos preceitos constitucionais previstos no art. 1º, caput (princípio republicano), e inciso III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, IV (vedação do preconceito de cor e da discriminação); art. 4º, VIII (repúdio ao racismo); art. 5º, I (princípio da igualdade), II (princípio da legalidade), XXXIII (princípio do direito à informação dos órgãos públicos), XLII (princípio do combate ao racismo) e LIV (princípio do devido processo legal via princípio da proporcionalidade); art. 37, caput (princípios da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade na Administração Pública); art. 205 (direito universal à educação); art. 206, caput e inciso I (direito de igualdade nas condições de acesso ao ensino); art. 207, caput (autonomia universitária) e art. 208, V (princípio meritocrático para acesso ao ensino).
Como esses argumentos são justificados?	A ausência de acesso dos negros às universidades públicas se dá por motivos econômicos e não por sua etnia. Por esse motivo, instituir o critério de cotas étnico-raciais corresponde a instituir uma discriminação de raça inexistente no país que privilegiaria negros da classe média e rica, atingindo os brancos pobres (discriminação reversa). No Brasil, em virtude da alta miscigenação, é quase impossível identificar negros, mestiços e brancos, inviabilizando, inclusive, a identificação do grupo causador dos atos geradores da responsabilidade, bem assim os reais destinatários das medidas de inclusão. Conforme as pesquisas mais recentes no campo da ciência genética, não se pode mais falar em raça, de modo que políticas que considerem tal fator como elemento de compensação social podem acirrar conflitos. No plano internacional, a exemplo de países como Ruanda e Estados Unidos, houve o que chamam de “racismo institucionalizado” ou a implementação de um “Estado racializado” que promoveu uma verdadeira segregação entre os seguimentos sociais, e que tais modelos não se aplicam à experiência brasileira: “a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país[...]” (p. 13); “ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro [...]” (p. 13)”. “Cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média” (p. 13). O programa de cotas na UNB institucionalizou um verdadeiro “tribunal racial” que define quem é negro e quem não é. Os defensores dos programas afirmativos se baseiam na Teoria da Justiça Compensatória, cujo objetivo é o resgate da dívida histórica que homens brancos possuem em relação aos negros, mas tal teoria não é factível, seja por não ser possível responsabilizar gerações do presente pelos erros do passado, seja por não ser possível identificar os verdadeiros beneficiários de tais programas de compensação. Adverte para a manipulação dos dados estatísticos, lembrando que ora os pardos são incluídos entre os negros para afirmar, por exemplo, que estes representam metade da população no Brasil, ora são excluídos para indicar que apenas 3% dos negros estão no ensino superior. Argumenta pela necessidade de análise dos programas instituídos pela UNB sob o prisma da proporcionalidade.
Argumentos/razões do arguido	Cita a expressiva desigualdade entre negros e brancos no Brasil, o compromisso do país firmado com sua Constituição Federal e perante a Conferência das Nações Unidas contra o Racismo. Pugna pela importância de políticas promocionais e de democratização do ensino superior. Contesta a ideia que, na perspectiva científica, não existiria raça. Defende a lisura do método de seleção aplicado para cotistas.

Como esses argumentos são justificados?	Acentua que hoje os negros correspondem a apenas 2% do contingente de universitários no país, muito embora representem 45% da população brasileira. Ressalta que o sistema de reserva de cotas pelo critério racial é relevante para a democratização do acesso ao ensino superior e que apenas deve ser abandonado quando eliminadas todas as restrições a ele existentes para certas categorias sociais. “[...] compreender a igualdade de acesso ao ensino como simples igualdade formal de processos seletivos representa consagrar e perpetuar a desigualdade que desafia a Constituição e requer a adoção de políticas públicas compensatórias, em face da completa ‘irrazoabilidade’ da desigualdade que atinge negros no Brasil” (p. 43). “O combate à discriminação por si só é medida insuficiente à implementação da igualdade; é fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional, combinando proibição da discriminação com políticas que promovam a igualdade” (p. 16). “O fato de não haver lei estabelecendo o racismo no Brasil, mas, ao contrário, vedando-o, não foi suficiente para que não houvesse discriminação, apenas fez com que essa fosse velada, camuflada” (p. 17). Sustenta que a discriminação no país se opera pelo fenótipo, sendo resultante da cor e da aparência de cada um e não de sua identidade genética. Sobre a ofensa ao art. 208, V, da Constituição Federal, sustenta que o exame vestibular é apenas um dos instrumentos existentes para medir o conhecimento, a capacidade e o mérito acadêmico dos candidatos, não havendo método único para tanto. Bem assim, apresenta dados de desempenho dos egressos, destacando que desde o 2º vestibular de 2004 o índice de rendimento dos cotistas é de 3,6%, frente ao dos alunos que ingressaram pelo sistema universal, que é de 3,7%, numa escala de 0 a 5 pontos. A Comissão de Verificação da Condição de Negro atua conforme previsto no edital do vestibular, inclusive com entrevista pessoal com os candidatos. O que não ocorre é a divulgação de sua constituição prévia, a fim de evitar pressões e constrangimentos indevidos.
--	--

6.4 RESUMO DOS VOTOS DOS MINISTROS (QUADRO SINÓPTICO: PROCEDÊNCIA X IMPROCEDÊNCIA)

Voto dos/as Ministros/as	Procedência da ADPF	Improcedência da ADPF	Observação
Ministro Relator Ricardo Lewandowski (p. 46-92)		X	No documento de inteiro teor do Acórdão referente à ADPF 186/DF não consta o voto do Ministro Celso de Mello, muito embora sua presença na sessão plenária e pronunciamento, posicionando-se pela improcedência do pedido. Do mesmo modo, embora tenha havido breve pronunciamento do Ministro Joaquim Barbosa, não há no Acórdão disponibilizado as notas taquigráficas respectivas. Em ambos os casos, os Ministros indicam que apresentarão seus votos escritos posteriormente. Contudo, eles não foram disponibilizados.
Ministro Luiz Fux (p. 93-120)		X	
Ministra Rosa Weber (p. 121-130)		X	
Ministra Cármen Lúcia (p. 131-153)		X	
Ministro Joaquim Barbosa (p. 154)		X	
Ministro Cezar Peluso (p. 155-162)		X	
Ministro Gilmar Mendes (p. 163-208)		X	
Ministro Marco Aurélio (p. 209-219)		X	
Ministro Celso de Mello		X	
Ministro Presidente Ayres Britto (p. 220-231)		X	

6.5 ARGUMENTOS/RAZÕES UTILIZADOS PELOS MINISTROS PARA JUSTIFICAR SEUS VOTOS

6.5.1 Ministro Relator Ricardo Lewandowski

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	Insera a questão como um dos temas clássicos de controle de constitucionalidade. Controvérsia que merece ser resolvida “definitivamente” pela Corte, cuja abordagem há de ser, pela relevância da matéria, a mais abrangente possível, dando-se “à luz dos princípios e valores sobre os quais repousa a nossa Carta Magna” (p. 48).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	As teses argumentativas às quais recorre o Ministro relator são classificadas por ele como extraídas da própria Constituição Federal. Num exercício de interpretar seus dispositivos e conceitos basilares, desenvolve seu voto em apartados nos quais desdobra cada um dos temas elencados na controvérsia da ADPF. Portanto, argumenta suas posições como em conformidade com a Constituição, associando-se a uma rede discursiva principiológica e valorativa do direito posto, com forte embasamento em fontes doutrinárias.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso da igualdade material e da justiça distributiva ou compensatória. Faz referência a dispositivos constitucionais, a doutrinadores nacionais e estrangeiros, a convenções internacionais, a precedentes da Corte, a dados estatísticos oficiais e a julgado da Suprema Corte Americana em tema de ação afirmativa com critério racial.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	Para promover a igualdade material ou substantiva o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista ou de ações afirmativas que alcancem grupos sociais determinados. A estes podem ser atribuídas certas vantagens, por tempo limitado, “de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”. Tais políticas integram o próprio cerne da democracia, na qual ‘temos o direito de ser diferentes, quando nossa igualdade nos descaracteriza’ (Boaventura de Sousa Santos, 2002, p. 51). Defende que a participação equitativa nos bens sociais apenas é alcançada mediante a aplicação da justiça distributiva, citando John Rawls (2000, p. 52). Sustenta que o texto constitucional foi além da retórica no que concerne aos direitos fundamentais, estabelecendo vários instrumentos jurídicos para lhes conferir efetividade plena. Acentua que a política de ação afirmativa se justifica na existência de desigualdades no plano fático cuidando de apresentar seu conceito, origem e natureza de transitoriedade. Aqui cita precedentes da Corte sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa para outros grupos vulneráveis, ressaltando sua legitimidade, enquanto instrumento para se obter a igualdade real. Defende que para o caso em apreço, não importa apenas examinar sua compatibilidade com

	determinados preceitos constitucionais, isoladamente, mas sim analisá-lo “à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate” (p. 60). Entende que a metodologia de seleção da Universidade pode perfeitamente levar em conta critérios étnico-raciais ou socioeconômicos “assegurando que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição” (p. 63). Afasta o conceito biológico de raça para acolher seu viés histórico-cultural, como aquele “artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados como inferiores” (p. 65). Traz à baila um segundo tipo de reivindicação para a justiça social, que vai além das políticas redistributivas: as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais diversificados, citando a teoria da luta por reconhecimento de Nancy Fraser e Axel Honneth. E complementa: “Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos [...]” (p. 73). Ressalta a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, de modo que quando as atuais distorções forem corrigidas, atendendo ao princípio constitucional da isonomia, perde-se a razão para subsistir o programa de reserva de vagas nas universidades públicas. No caso da UNB, o caráter transitório já está previsto em seu planejamento, devendo ser tal política avaliada com o transcurso de 10 anos após sua implementação. Cita: IBGE, leis infraconstitucionais, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, precedentes da Corte (STF), precedentes da Suprema Corte Americana, dispositivos da Constituição Federal, Daniela Ikawa, Boaventura de Sousa Santos, Dalmo de Abreu Dallari, John Rawls, Michel Rosenfeld, Myrl Duncan, Partha Gosh, Katherine Smits, Ronald Dworkin, Oscar Vilhena Vieira, Antônio Manuel Hespanha, Marco Aurélio Mello, Thomas Skidmore, Nancy Fraser, Axel Honneth, Zygmunt Bauman, Jürgen Habermas, José Murilo de Carvalho, João Júnior Feres, William Bowen, Derek Bok, Roger Raupp Rios, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Paulo Lucena de Menezes e Ruy Barbosa.
--	--

6.5.2 Ministro Luiz Fux

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	O Ministro entende que integra uma Corte “voltada para a humanidade” (p. 94). [...] “o Supremo Tribunal Federal pode ser denominado o Tribunal de Defesa dos Direitos Fundamentais, tão intensa tem sido a sua tarefa na defesa das questões que afetam a vida da sociedade, tanto a vida social e tanto a vida política” (p. 95-96). Sobre acusação de ativismo e notícia veiculada de que se pretende uma reforma que inibisse o STF de decidir questões sociais e políticas o Ministro sustenta: “[...] o Supremo Tribunal Federal só age quando é provocado e, quando provocado, não pode deixar de agir por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição” (p. 96). “[...] a instância reflexiva do Poder Judiciário só se instaura quando há uma inação do parlamento [...] só ocorre nas lacunas e no vácuo da atividade legiferante” (p. 96). Mais adiante, a respeito das discussões sobre o tema das cotas raciais que percorrem os tribunais do país há anos, o Ministro arremata: “Hoje, porém, é chegada a hora de este Supremo Tribunal Federal enfrentar a questão e pacificar as controvérsias” (p. 105).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	O Ministro realça o que ele chama de “vozes da rua” e “vozes sociais”, além de exaltar o voto do Ministro relator Ricardo Lewandowski. Parte de suas próprias memórias na luta por justiça, associando a causa de seus antepassados (judeus) à causa dos afrodescendentes. Nesse contexto, expõe o tema numa perspectiva que escapa ao estritamente jurídico: “Então, verifiquei que era mais do que uma luta por uma justiça; era uma luta também por uma ideologia” (p. 98). A partir do que ele denomina como ‘premissas’ para a compreensão da matéria, faz um panorama da condição do negro no Brasil, trazendo indicadores estatísticos no âmbito social, da educação e da disparidade econômica em relação aos brancos, denunciando o mito da democracia racial e registrando a insuficiência das políticas universalistas para o necessário reconhecimento cultural de certos grupos no contexto social. Sua posição deflui do que ele avalia como “uma análise mais profunda” da Carta Magna, que “revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feito racial” (p. 109). Estabelece, então, correlações a partir de uma leitura ampla da Constituição e seus aspectos principiológicos, assim como valorativos, tendo em conta o advento do Estado Social e o reconhecimento da dimensão material da igualdade.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.

Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso da igualdade material e da justiça pautada no reconhecimento. Defende que pela interpretação do art. 3º, I, da Constituição Federal (construção de uma sociedade livre, justa e solidária), a sociedade brasileira tem a responsabilidade de reparar os danos provocados “pelos equívocos de nossos antepassados, sob pena de, contribuir, ainda que por omissão, para a perpetuação daquelas mazelas” (p. 111). Faz referência a dispositivos constitucionais, a doutrinares nacionais e estrangeiros, a convenções internacionais, a precedentes da Corte, a dados estatísticos oficiais, a análises de institutos de pesquisa, a leis infraconstitucionais e a julgado da Suprema Corte Americana em tema de ação afirmativa com critério racial.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	Em seu pronunciamento, antes da leitura do voto, o Ministro antecipa: “[...] o Supremo Tribunal Federal tem colocado em pauta questões palpitantes que interessam ao povo em geral, à sociedade em geral. E nessas questões, pelo menos em algumas delas, que não precisa nem indicar quais foram, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se a vida clama por vida ou clama por tragédias humanas. Fomos obrigados a sopesar se a vida prefere a desigualdade ou a igualdade, ou se nós efetivamente pretendemos um mundo amigo” (p. 95). Classifica o caso como “sensível” e que se configura como um “desacordo moral razoável”. Em seu voto os primeiros argumentos são fáticos, desdobrados no que o Ministro denomina como premissas para o “correto enquadramento jurídico-constitucional das políticas de ação afirmativa” (p. 105). Nessas premissas, realça as relações de desigualdade entre brancos e negros nos diversos cenários das relações sociais e econômicas, destacando a segregação histórica à qual foi submetida a etnia negra no Brasil, mesmo após a abolição da escravidão. Para acentuar a relevância das políticas de ação afirmativa, recorre ao novo parâmetro de justiça demarcado pela teoria do reconhecimento, como crítica ao modelo liberal de justiça e cita Nancy Fraser (p. 108). Também recorre a Flávia Piovesan para realçar o direito à diferença como uma das dimensões da igualdade material. Defende que num Estado Social é imperiosa a efetividade de suas promessas e que numa sociedade que se pretende livre, justa e solidária, temos a obrigação não apenas moral, mas também jurídica de reparar os erros do passado e promover a igualdade. Acentua a importância da diversidade e seu assento constitucional (art. 215, §3º, V), assim como elenca vários instrumentos normativos que dariam viabilidade jurídica para assegurar autonomia universitária com vistas a instituir programas de ação afirmativa. Cita: IBGE, IPEA, Leis infraconstitucionais, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, precedentes da Corte (STF), precedentes da Suprema Corte Americana, dispositivos da Constituição Federal, Florestan Fernandes, Nancy Fraser, Daniel Sarmiento, David Benjamin Oppenheimer, Susan Banfield, Maria Celina Bodin de Moraes, Flávia Piovesan, Joaquim Barbosa, Bernard Schwartz, Allan Sindler, Michael Sandel e Cármen Lúcia.

6.5.3 Ministra Rosa Weber

Como a Ministra define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	A Ministra classifica o tema como “extremamente sensível que se coloca ao exame desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, via arguição de descumprimento de preceito fundamental” (p. 123). Em seu entendimento, o STF muito tem contribuído “para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição -, mas também do sistema como um todo” (p. 123). E prossegue: “Se é evidente o ganho democrático decorrente desse reconhecimento da abertura do sistema constitucional, também o é a maior complexidade do ato de decidir. Especialmente em questões constitucionais, há de mostrar o juiz que a sua interpretação realiza o desenvolvimento institucional desejado por uma Constituição democrática e está de acordo com o que pode ser tido por elemento viabilizador da implementação dos direitos constitucionais dos mais diversos grupos” (p. 124).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	A rede de correlação discursiva a que se filia a Ministra tem como eixo estruturante a ideia de igualdade material associada à liberdade. Como acentua a julgadora: “sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade” (p. 125). E continua: “Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas da vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares” (p. 125). Portanto, pauta-se no papel do Estado em face das desigualdades existentes entre brancos e negros e no princípio da igualdade material para fixar sua tese argumentativa.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso da igualdade material e da liberdade como direitos que caminham juntos, competindo ao Estado intervir na sociedade para corrigir desigualdades concretas “para que a presunção de igual tratamento possa se legitimar” (p. 128).
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	Subscreve os fundamentos esposados no voto do Ministro relator. Cita: Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante.

6.5.4 Ministra Cármen Lúcia

Como a Ministra define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	A Ministra classifica a questão como de grande “gravidade” e complexa e que “tanto o autor, quanto os <i>amici curiae</i> , em sentido contrário [...] apresentaram argumentações de ambos os lados, muito graves, muito sérias, muito consistentes, muito bem preparadas. Não tenho a menor dúvida de que aqueles que têm compreensão contrária a que será a minha conclusão, não deixam de merecer o meu respeito e a minha compreensão”. (p. 137-138).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	Para cancelar a legitimidade das ações afirmativas, a Ministra adota uma perspectiva principiológica e valorativa, filiando-se aos princípios da igualdade em sua dimensão dinâmica (o que denomina de “igualação”), da liberdade de ser (respeito às identidades e singularidades) e da responsabilidade social e estatal de fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade. Tudo isso se extrai do art. 3º da Constituição Federal, que mais que um conselho, é norma. No que tange aos demais aspectos controversos da ADPF, recorre ao exame de instrumentos legais, como dispositivos da própria Constituição Federal e normas infraconstitucionais, além de fontes doutrinárias.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial, embora tenha dado mais ênfase, no desdobramento de argumentos, ao tema da autonomia universitária que ao tema da superação do segregacionismo no país.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso de que é necessário promover a igualdade de oportunidades para que todos possam ser igualmente livres e nesse contexto é que surgem e se tornam legítimas as políticas compensatórias.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	A Ministra, além de se pautar em interpretações da legislação aplicável à matéria, levanta o argumento da força normativa da Constituição, ao sustentar que o art. 3º da Carta Magna “não é apenas aviso, conselho, mas norma” (p. 139). Ademais, é fazendo a interpretação de dispositivos constitucionais que ela legitima a autonomia universitária e a instituição do sistema de cotas, além de evocar precedente da própria Corte e fontes doutrinárias. Cita: dispositivos da Constituição Federal, leis infraconstitucionais, precedentes da Corte (STF), José Afonso da Silva, Raul Machado Horta, José Joaquim Gomes Canotilho, Geraldo Moisés Martins, Ives Gandra da Silva Martins, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Marilena Chauí, Luiz Fernando Martins da Silva, Boaventura de Sousa Santos e Cármen Lúcia.

6.5.5 Ministro Joaquim Barbosa

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	PREJUDICADO
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	PREJUDICADO
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	PREJUDICADO
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	PREJUDICADO
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	PREJUDICADO

OBS.: O Ministro Joaquim Barbosa absteve-se de pronunciar seu voto, fazendo apenas breves considerações sobre o tema da discriminação e aderindo ao voto do relator. Abaixo a notas taquigráficas de seu pronunciamento no Acórdão.

“O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhor Presidente, eu, efetivamente, não tenho nada mais a acrescentar ao exaustivo e excelente voto do Ministro Lewandowski, que, a meu ver, esgotou completamente o tema. O voto de Sua Excelência não só é convincente, mas é abrangente e inteiramente em sintonia com o que há de mais moderno na literatura sobre o tema” (p. 154).

6.5.6 Ministro Cezar Peluso

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	PREJUDICADO
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	Adota a distinção entre a igualdade formal e material, que na sua concepção é apenas didática, pois se trata, na verdade, de um conceito unitário. No plano fático, realça o “déficit educacional e cultural da etnia negra” (p. 155) no Brasil, evocando o art. 3º da Constituição Federal para destacar a existência de um dever não apenas ético, mas também jurídico da sociedade e do Estado de construir um país solidário, sem desigualdades e preconceitos. Portanto, estabelece uma rede de correlação discursiva que faz coadjuvar os princípios e valores constitucionais com a realidade desigual entre brancos e negros no Brasil, o que legitima a adoção de políticas públicas que respondam a esse “déficit histórico” (p. 156).
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso de que a responsabilidade ética e jurídica, tanto do Estado quanto da sociedade lhes legitima a promover políticas de viés afirmativo que sejam capazes de viabilizar a “desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil” (p. 156). Para tanto, utiliza-se da interpretação sistêmica da Constituição para fundamentar que nela está amparada a tutela de seguimentos ou grupos vulneráveis.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	Para fundamentar suas posições, inicia seu voto antecipando que irá abstrair as razões de ordem “metajurídica, que pela natureza e delicadeza da matéria, estão de fato envolvidas neste tema” (p. 155). Prosseguindo, diz que irá se concentrar naquilo que denomina como “questão jurídico-constitucional”, a saber, verificar se as ações afirmativas ofendem o princípio constitucional da igualdade ou algum outro princípio constitucional. Todos os pontos de vistas sustentados pelo Ministro a respeito dos aspectos controversos da demanda são apresentados em forma de pequenas sentenças na modalidade objeção-resposta, sem cadeias argumentativas, fundamentações em teses doutrinárias ou embasamento estatístico. O Ministro não cita qualquer autor, mas adere à teoria da força normativa da Constituição.

6.5.7 Ministro Gilmar Mendes

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	O Ministro diz que “este é um tema extremamente relevante, objeto de uma série de polêmicas, e que tem dado ensejo, então, até ao tratamento emocional da questão” (p. 163). Mais adiante aduz que considera a matéria como “uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo [...] o tempo dos direitos” (p. 177), ao tocar nos valores fundamentais da liberdade e da igualdade.
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	Embora o Ministro se posicione pela improcedência da ADPF, seu voto é farto de objeções à metodologia de seleção da UNB. Adota, então, o que classifica como ‘sentença intermediária’, no sentido de considerar a política, ainda, constitucional, mas se o modelo for mantido, tende a um quadro de inconstitucionalidade. Em certa medida, adere às razões do arguente, no sentido de que, aliado ao critério racial, deve-se agregar à política afirmativa o critério socioeconômico, incluindo, portanto, um parâmetro tido como objetivo. Questiona a fragilidade da Comissão de Verificação da Condição de Negro, apresentando casos contestados e que ganharam visibilidade na imprensa.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas, mas, ao mesmo tempo, reforça as razões dos arguentes no sentido de que as políticas de corte exclusivamente raciais no Brasil são questionáveis.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso de que o Brasil é um país mestiço busca atenuar o problema do racismo e sustenta que em nossa experiência não chegamos a cultivar o ódio racial como ocorreu nos Estados Unidos. Por isso, não seria o caso de agravar nossas diferenças ao ponto de tornar essa uma nação “bicolor”, segregada entre brancos e negros. Noutra senda, pela temporalidade da política (previsão de 10 anos para ser avaliada), por encontrar-se, à época, no seu 8º ano e por ser algo tanto pioneiro quanto experimental, entende que “[...] não é o caso de constatar, neste momento, a inconstitucionalidade do modelo instituído” (p. 208).
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	Defende a dificuldade de classificar, através de políticas exclusivamente raciais, os reais beneficiários de vagas reservadas para negros, já que, em face de nossa mestiçagem, é difícil distinguir as variações étnicas aqui existentes: “Afinal, qual é o fenótipo dos ‘negros’?” (p. 188). Sustenta que ao lado do critério racial deve-se agregar o critério socioeconômico, de modo a conferir objetividade ao processo seletivo. Inclusive, aduz que no Brasil o preconceito étnico está associado a vários outros fatores, como a posição social, econômica e cultural de cada um: “A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode ser eficaz, do ponto de vista da inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais preciso [...]” (p. 203). Inclui relatos de situações consideradas “constrangedoras” na aplicação do modelo de cotas da UNB, bem assim casos que repercutiram negativamente na mídia e opiniões que colocam em causa sua lisura. Cita: precedente da Corte, precedente da Suprema Corte Americana, IBGE, Norberto Bobbio, Peter Häberle, Robert Alexy, Sérgio Pena, Joaze Bernardino, Caio Prado Júnior, Ali Kamel, Yvonne Maggie, Carlos Lessa, Fátima Oliveira, Marcos Chor Maio, Ricardo Ventura Santos, Thomas Sowell e Mangabeira Unger.

6.5.8 Ministro Marco Aurélio

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	O Ministro não se refere às atribuições do STF propriamente, mas sim à postura do julgador em sentido lato. Eis suas palavras: “Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto” (p. 218).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	O Ministro se filia ao eixo discursivo de que a previsão constitucional, sobretudo no que tange ao seu artigo 3º, tem caráter dinâmico e promocional, estruturando-se com verbos que denotam as ações de “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover”. Daí, então, que a Carta Magna pugna pela transformação social, inclusive no tema da discriminação. Essa Constituição promove a igualdade, condenando a discriminação e o racismo. Igualmente, tanto autoriza, quanto agasalha as ações afirmativas.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	O discurso de que a ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica e que esse tal conteúdo requer posições não neutrais do Estado e do Poder Judiciário.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	O Ministro inicia seu voto fazendo um retrospecto das Cartas Constitucionais brasileiras e o status que o tema da igualdade recebeu em cada uma delas. Nesse ambiente, realçou em que medida a discriminação foi enfrentada em nosso marco legislativo, até alcançar o atual Texto Magno. A partir de então, em sua leitura, há amparo suficiente para as ações afirmativas em face dos objetivos da República do Brasil, citando dispositivos nos quais se reserva tratamento especial a mulheres, pessoas com deficiência, empresas de pequeno porte, crianças e adolescentes. Então denuncia: a “neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso” (p. 214-215), bem assim prossegue: “A meritocracia, sem ‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia” (p. 216). Finalmente arremata: “O que pode o Judiciário fazer nesse campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, havia apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Com essa postura, presentes ações afirmativas, um negro chegou à Presidência da República – Barack Obama” (p. 219). Cita: dispositivos da Constituição, Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, leis infraconstitucionais, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cármen Lúcia.

6.5.9 Ministro Presidente Ayres Britto

Como o Ministro define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?	O Ministro entende que o Supremo Tribunal Federal tem “vitalizado a Constituição, que tem tirado a Constituição do papel, que tem dado à Constituição de 88 uma interpretação humanística, porque ela é uma Constituição humanística” (p. 231).
Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?	Estabelece correlações discursivas com os princípios sociais e fraternos da Constituição Federal de 1988, desde o seu preâmbulo ao seu art. 3º, III e IV, art. 4º, VIII e art. 23, X. Portanto, sua tese argumentativa deflui como que extraída da própria interpretação valorativa e principiológica da Constituição, além de dar acentuada ênfase ao problema da desigualdade entre brancos e negros no Brasil.
Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?	Suas teses fazem eco no sistema de expectativas dos adeptos da política de ações afirmativas pela via da reserva de vagas com critério étnico-racial.
Qual tipo de discurso legitima suas posições?	Que a Constituição foi elaborada a partir de um estado de coisas de desigualdades sociais e raciais persistentes, motivo pelo qual previu, desde o seu preâmbulo a construção de um país plural e sem preconceitos. Portanto, o constituinte não apenas desejou o bem estar material para os seus cidadãos, mas também uma sociedade que fosse, enfim, fraterna. Trata-se de uma igualdade plena, que contempla as mais variadas dimensões do convívio humano, mas que, numa sociedade de preconceitos arraigados como a nossa, apenas se faz possível com políticas afirmativas que promovam essa igualdade.
A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”?	O Ministro atribui à Constituição uma profunda carga voluntarista. Assim, extrai da interpretação do texto constitucional, com base no princípio da unidade, os argumentos que darão abrigo às ações afirmativas e, no plano fático, a necessidade de tais políticas existirem e serem legítimas: “O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o <i>plus</i> da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um <i>plus</i> . Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam” (p. 229). Evoca a poesia de Castro Alves e faz referência a Joaquim Nabuco, destacados abolicionistas brasileiros. Cita: dispositivos da Constituição, precedentes da Corte, Castro Alves e Darcy Ribeiro.

6.6 ANÁLISE DAS PERGUNTAS DE PARTIDA

Os quadros acima sintetizam os votos de cada Ministro/a frente às perguntas de partida propostas no capítulo anterior e nos permitem uma primeira aproximação ao *corpus* de nossa pesquisa. Neles, é possível apreender: i) como os integrantes deste julgamento percebem o papel do STF ou o sua própria atuação no ato de julgar; ii) a qual rede de sentidos/discursiva se filiam com seus argumentos; iii) a qual sistema de expectativas atendem com suas posições; iv) qual tipo de discurso legitima suas escolhas; v) que teorias, autores e argumentos recorrem para legitimar sua atuação mais ou menos autocontida.

Vamos a um breve comentário sobre cada uma delas.

6.6.1 Como o/a Ministro/a define as atribuições do STF, fixando seu alcance e seus limites?

No que tange ao primeiro quesito, alguns Ministros se referiram especificamente ao papel do STF, enquanto outros, por uma via indireta, referiram-se à natureza da matéria para acentuar sua complexidade ou importância.

Nessa primeira linha podemos classificar o voto do Ministro relator Ricardo Lewandowski, quando acentua que a controvérsia em questão há de ser resolvida “definitivamente” pela Corte. Aqui, entende-se que STF possui papel de por fim às disputas jurídicas e, quiçá, pacificar em certa dimensão os debates. Como última instância e na condição de intérprete da Constituição, a Corte assume o lugar de autoridade, o vértice da hierarquia jurídica e judicial para pacificar as questões controvertidas.

Prosseguindo, o Ministro ainda acrescenta que esse fim definitivo se dará da forma mais abrangente possível e “[SD2] à luz dos princípios e valores sobre os quais repousa a nossa Carta Magna” (p. 48 do Acórdão), o que diz sobre os limites de atuação desse colegiado, circunscrevendo-se, embora de forma abrangente, aos aspectos axiológicos da Constituição.

Já o Ministro Luiz Fux inaugura uma grande amplitude para as atribuições do STF ao entendê-lo como uma Corte “[SD3] voltada para a humanidade” (p.94). E então complementa: “[SD4] o Supremo Tribunal Federal pode ser denominado o Tribunal da Defesa dos Direitos Fundamentais, tão intensa tem sido sua tarefa na defesa das questões que afetam a vida da sociedade, tanto a vida social e tanto a vida política” (p. 95-96). Com esse emblema, ou melhor, com a bandeira dos direitos humanos, o STF parece ganhar legitimidade

para afetar na vida social e política, pois atua na defesa dos interesses da sociedade. Em tal sentido, a Corte tem largo alcance de atuação, já que a agenda dos direitos humanos é ampla e atinge todas as dimensões de sociabilidade.

Contudo, o Ministro trás à baila a polêmica que cerca o Judiciário nos dias atuais, e o STF em particular: o seu suposto ativismo. E sobre ele se defende: “[SD5][...] o Supremo Tribunal Federal só age quando é provocado e, quando provocado, não pode deixar de agir por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição” (p. 96). “[SD6][...] a instância reflexiva do Poder Judiciário só se instaura quando há uma inação do parlamento [...] só ocorre nas lacunas e no vácuo da atividade legiferante” (p. 96). Esse é um exemplo típico do que se denomina na AD de caráter responsivo da língua, já que todo dizer é uma resposta ao dizer do outro. Ou seja, o Ministro se posiciona perante críticas passadas e se antecipa a eventuais objeções futuras, antevendo as representações do receptor. Para tanto, o Ministro acentua que o STF é o Tribunal da defesa dos direitos fundamentais, que atua quando provocado e diante da lacuna do Legislativo, o que lhe confere, portanto, legitimidade.

Por fim, o Ministro se filia à rede discursiva do relator Ricardo Lewandowski que entende ser atribuição do STF pacificar controvérsias. Isso pode ser facilmente observado quando, mais adiante, a respeito das discussões sobre o tema das cotas raciais que percorrem os tribunais do país há anos, sustenta: “[SD7] Hoje, porém, é chegada a hora de este Supremo Tribunal Federal enfrentar a questão e pacificar as controvérsias” (p. 105).

No voto da Ministra Rosa Weber, ela acentua que o STF muito tem contribuído:

[SD8] [...] para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição -, mas também do sistema como um todo (p. 123).

Numa perspectiva de fórum democrático de ideias, a Ministra realça que o STF tem contribuído para o debate plural de opiniões, dando fruição à diversidade de perspectivas, como reflexo da própria abertura existente na textura da linguagem normativa e evocando, inclusive, a tese de Peter Häberle e sua sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Com isso, ao menos em hipótese, parece defender que a interpretação do texto constitucional não é exclusividade do Poder Judiciário, nem assim da própria Corte, mas uma construção que se dá como resultante desse fluxo de opiniões e debates.

Porém, mesmo que isso acentue um ganho no plano do processo democrático, a Ministra adverte para as dificuldades que isso engendra:

[SD9] Se é evidente o ganho democrático decorrente desse reconhecimento da abertura do sistema constitucional, também o é a maior complexidade do ato de decidir. Especialmente em questões constitucionais, há de mostrar o juiz que a sua interpretação realiza o desenvolvimento institucional desejado por uma Constituição democrática e está de acordo com o que pode ser tido por elemento viabilizador da implementação dos direitos constitucionais dos mais diversos grupos (p. 124).

Ao mencionar a complexidade que essa abertura produz, a Ministra expõe que quanto mais diverso e plural o universo de aspectos a considerar numa dada questão judicial, mais controverso é o tema a ser decidido e mais interesses em jogo hão de ser sopesados. Esse é o grande desafio de um julgador no contexto de uma democracia: julgar em conformidade com valores e princípios que atendam a uma sociedade plural, respeitando a diversidade e reconhecendo as diferenças.

O Ministro Presidente Ayres Britto compreende que o Supremo Tribunal Federal tem “[SD10] vitalizado a Constituição, que tem tirado a Constituição do papel, que dado à Constituição de 88 uma interpretação humanística, porque ela é uma Constituição humanística” (p. 231). Em tal perspectiva, evoca para a Corte uma função concretizadora da Constituição, tornando-a efetiva, pela via de uma interpretação humanística. Trata-se de um dizer que tanto define o papel do STF quanto classifica a natureza dessa Carta político-jurídica.

Por último, nessa linha das atribuições do STF, com a peculiaridade de se referir à postura do julgador em sentido lato, temos o voto do Ministro Marco Aurélio. Eis o seu pronunciamento:

[SD11] Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto (p. 218).

Nesse fragmento, o Ministro revela algo que muito corrobora a tese da AD francesa, no sentido de que a interpretação não está no objeto (texto legal), mas sim no sujeito, que é interpelado pela ideologia (o que ele denomina como ‘vontade’). Por esse motivo é que uma mesma norma pode ser interpretada de modos diametralmente diversos, apresentando os chamados ‘deslizamentos de sentido’ que irão variar de acordo com as formações discursivas às quais se filia cada intérprete.

Em vez de se colocar ao abrigo da lei, o Ministro assume que põe a lei a serviço de seu propósito de solução (mais justa) e, assim, assume o ideológico (a vontade) que lhe perpassa.

Na linha daqueles que se detiveram a classificar a complexidade e importância da matéria, destacam-se a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes. Aqui, fica subentendido que ao STF compete deslindar as grandes questões jurídicas, os conflitos mais complexos e que exigem o conhecimento e reflexão mais acurados de seus julgadores.

A Ministra Cármen Lúcia inicia seu voto classificando a questão tanto como de grande “gravidade”, quanto complexa, bem assim que

[SD12][...] tanto o autor, quanto os *amici curiae*, em sentido contrário [...] apresentaram argumentações de ambos os lados, muito graves, muito sérias, muito consistentes, muito bem preparadas. Não tenho a menor dúvida de que aqueles que têm compreensão contrária a que será a minha conclusão, não deixam de merecer o meu respeito e a minha compreensão (p. 137-138).

Como se vê, trata-se de um caso típico de desacordo moral, no qual para qualquer das posições existiria argumentos plausíveis. Por isso, a Ministra acentua respeitar e compreender a posição que irá divergir da sua, como uma forma sutil de desejar para si o respeito de quem dela diverge.

Já o Ministro Gilmar Mendes, em seu pronunciamento, diz que “[SD13] este é um tema extremamente relevante, objeto de uma série de polêmicas, e que tem dado ensejo, então, até ao tratamento emocional da questão” (p. 163). Com isso, antecipa que há de fato desacordos sobre a questão, opiniões divergentes e igualmente plausíveis sobre a matéria, mas acrescenta que a polêmica também vem dando azo a seu tratamento ‘emocional’, inaugurando um comparativo implícito entre razão e emoção. Essa relação, sabe-se, vem sendo tratada pela tradição jurídica como antagônica, de modo que onde uma habita a outra não pode se expressar, típica do pensamento cartesiano e racionalista. Ademais, ao Direito, em particular ao ato de julgar, não são permitidos subjetivismos emocionais. Nessa linha discursiva, o Ministro já fixa uma separação entre sua posição e as “outras”, entre a razão e a emoção e, quem sabe, entre o desejável e o indesejável para o Direito. Com isso, descredencia os ditos tratamentos emocionais e valoriza o seu, criando uma hierarquia entre as posições desse desacordo moral.

Como foi possível observar, esses primeiros posicionamentos correspondem a atos preparatórios daquilo que será sustentado por cada Ministro em seus respectivos votos. Dentre aqueles que foram reunidos no primeiro grupo, identificamos que seus

posicionamentos vão se desdobrar a favor das cotas raciais de forma mais contundente, sem objeções ou condicionamentos. Já os que assumiram o tom de cautela, realçando a complexidade da matéria, anteciparam que iriam lidar com um tema difícil e por isso sua adesão, como se verá, não será tão incondicionada. Vejamos o segundo quesito de nossas perguntas de partida:

6.6.2 Em qual rede discursiva se inscreve(m) sua(s) tese(s) argumentativa(s) ou justificatória(s)?

A rede discursiva na qual se inscreve cada Ministro/a indica a trama de sentido a que se filia. Para a AD, quando isso ocorre, cada enunciador estará sujeito tanto à ideologia, quanto ao inconsciente, acreditando exercer sua livre vontade. De tal modo, o que se diz é determinado por uma formação discursiva que, por sua vez, corresponde a uma formação ideológica. Assim, o que aqui buscamos são os vínculos que instituem os laços sociais de pertencimento de cada enunciador, vínculos que informam domínios e saberes. Que deem pistas, enfim, de uma ‘história de dizeres’ (ORLANDI, 2000).

No voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, observamos uma filiação discursiva que se justifica como extraída da própria Constituição, buscando nela sua base fundamental. Todo o seu esforço argumentativo, portanto, está em demonstrar a conformidade de suas teses com o texto constitucional, dando ênfase a seus valores e princípios. Na condição de relator, tem uma preocupação extrema com a fundamentação de suas posições, o que lhe faz percorrer cada aspecto controvertido com o respectivo embasamento constitucional e doutrinário, como veremos mais adiante.

Ao se colocar ao abrigo dos princípios e valores constitucionais, o Ministro convoca uma memória de conforto e legitimidade, pois a Constituição carrega o discurso juridicamente aceito e, em última instância, reflete nosso parâmetro de justiça.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, evoca uma rede de sentidos que não está apenas no texto constitucional, pois tanto menciona suas próprias memórias quanto se refere ao que denomina como as “vozes da rua” ou “vozes sociais”. Ao falar de si, relaciona o sofrimento do povo judeu (seus antepassados) com as mazelas da etnia negra e conclui: “[SD14] Então, verifiquei que era mais do que uma luta por uma justiça; era uma luta também por uma ideologia” (p. 98). Dando essa tal dimensão, o Ministro desvela as camadas de tensão nas quais se insere o tema, bem assim acentua sua perspectiva política, muito embora não aprofunde essa abordagem em seu voto.

Essa é a tônica que anima o ponto de vista de observação do julgador, já que a sequência de seu voto se desdobra com a apresentação do que ele denomina “premissas” para a compreensão da matéria. Nelas, desenvolve um panorama de aspectos fáticos da realidade do negro no Brasil, abordando desde estatísticas sobre indicadores sociais, às disparidades econômicas entre brancos e negros, bem assim denunciando o mito da democracia racial e a insuficiência das políticas públicas universalistas para incluir os grupos vulneráveis que lutam por reconhecimento cultural.

A contundência desse tipo de abordagem tem um apelo poderoso, já que é inegável a existência de preconceito racial no Brasil e o impacto das estatísticas no imaginário coletivo.

Como outro recurso discursivo, lança mão do que ele classifica como “uma análise mais profunda” da Constituição, que “[SD15] revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feito racial” (p. 109). Com isso, quer significar que apenas uma leitura superficial do texto magno poderia autorizar a compreensão de que as ações afirmativas de corte étnico-racial não teriam abrigo constitucional, pois quem lê e interpreta a Constituição com profundidade chegará à conclusão de que elas são legítimas (a evidência de uma única interpretação como efeito de sentido). Mais uma vez vale a pena realçar a crença da hermenêutica jurídica, expressa nas palavras do Ministro, de que o texto carrega um sentido e que ao intérprete cabe encontrá-lo. Já para a AD o sentido não está no texto, não é dado *a priori*, mas é o sujeito interpretante que o faz surgir a partir de sua formação discursiva e da memória de dizeres que evoca.

Por fim, lança mão dos aspectos valorativos e principiológicos da Constituição no contexto do Estado Social para sublinhar a dimensão material da igualdade, argumento de base para a inclusão dos negros na sociedade.

A Ministra Rosa Weber também se apoia na ideia de igualdade material para fundamentar seu voto, mas o faz agregando o princípio da liberdade. Como pontua, “[SD16] sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade” (p. 125). Isso porque, em sua percepção, ao se ferir o direito de igualdade, não apenas ele é atingido, mas também a própria liberdade humana, igualmente fundamental entre as prerrogativas abrigadas na Constituição e nas Cartas de Direitos:

[SD17] Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas da vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares (p. 125).

Em tal ambiente, estrutura sua argumentação no papel do Estado em face de desigualdades, em particular das desigualdades entre brancos e negros, no sentido de promover a igualdade material e equilibrar o convívio social (Estado prestacionista).

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia também adota o princípio da igualdade como eixo estruturante de seu discurso, porém recorre ao que denomina como “igualação”, ou a dimensão dinâmica da igualdade. A isso agrega o princípio da “liberdade de ser” (respeito às identidades e singularidades) e o da responsabilidade social e estatal de fazer cumprir a igualdade constitucionalmente albergada. Como a Ministra Rosa Weber, relaciona igualdade com liberdade, embora em perspectivas variadas, bem assim reúne ambas sob o manto da responsabilidade de se fazer cumprir a Constituição. Na perspectiva defendida, estes aspectos se extraem do art. 3º do texto magno e mais do que um mero conselho, trata-se de norma, com natureza mandamental (força normativa da Constituição).

Sua abordagem é pela via da abstração da norma e dos conceitos. Mas inicia seu voto com uma abordagem que apela à sensibilidade, explorando uma tendência dramatizante:

[SD18][...] muito cedo, descobre-se, melancolicamente, que a igualdade pode ter a espessura da pele, que isso pode ser um desvalor na vida, como se o critério da melanina fosse o dedal no qual se coteja a dignidade humana em pequenas doses para se vencer o mar do preconceito. E a igualdade, que é tantas vezes decantada, é o princípio mais vezes repetido na Constituição de 1988; vem posto no preâmbulo da Constituição. E como é difícil fazer com que ela se torne efetiva, plena e que tenhamos uma sociedade com igualdade para todos. Quem sofre qualquer tipo de preconceito - e a escolha do verbo é prévia, pois preconceito é sofrimento -, percebe que esses princípios constitucionais viram retóricas repetidas, consentidas na linguagem, mas iludidas na prática (p. 131).

Em relação aos demais pontos controvertidos da ADPF, lança mão de dispositivos da própria Carta, além de normas infraconstitucionais e fontes doutrinárias.

O Ministro Cezar Peluso recorre a uma rede discursiva que faz coadjuvar aspectos axiológicos da Constituição com a realidade de desigualdade entre brancos e negros no país. Para tanto, evoca o princípio da igualdade, tanto formal quanto material, já que, para o julgador, trata-se de um conceito unitário. No plano fático, fala em um “[SD19] déficit educacional e cultural da etnia negra”, sem especificar a que se refere com essa expressão, nomeadamente quando se refere ao déficit cultural, pois nem sempre esse patrimônio mantém relação com graus de escolaridade formal.

Evoca o art. 3º da Constituição para mencionar o dever jurídico e ético do Estado e da sociedade de construir uma nação sem desigualdades e preconceitos. Uma nação, enfim, solidária. De tal modo, relaciona o quadro fático adverso e princípios constitucionais

promocionais para legitimar a adoção de políticas públicas que façam superar essa dívida memorial, ou, como prefere o Ministro, esse “déficit histórico” (p. 156).

O voto do Ministro Gilmar Mendes assumiu uma posição-sujeito diferenciada neste caso. Embora tenha votado pela improcedência da ADPF 186, desenvolveu uma argumentação farta de objeções à metodologia empregada pela Universidade de Brasília no processo seletivo via reserva de vagas para negros. Desenvolve essa argumentação adotando, em certa medida, as próprias razões do arguente, inclusive de que às ações afirmativas de corte racial deve-se agregar o critério de renda, adicionando um componente “objetivo” para distinguir seus reais beneficiários.

Recorre a uma rede de sentidos que evoca a memória do discurso da mestiçagem no Brasil, indicando a dificuldade de se julgar quem é negro ou branco em nosso país. Por isso, questiona os critérios da Comissão de Verificação da Condição de Negro instituída pela universidade, relacionando casos que ganharam repercussão na mídia e que foram amplamente contestados.

Ao aderir a essa rede discursiva, o Ministro adere a uma história de dizeres que tem um projeto político e ideológico que vem sendo objeto de estudos, como bem assinala Muniz (2015, p. 56):

Aqui, como em outros países da América Latina, a ideologização da miscigenação veio para ocultar, suplantar, destruir a perspectiva de uma sociedade pluriétnica e plurirracial, pautada no respeito mútuo e no objetivo comum de um mundo melhor para todos e todas, de forma que não tivéssemos de forma explícita, como foi na África do Sul e nos Estados Unidos, a segregação entre os diversos matizes étnico-raciais nas Américas. Adotamos um modelo integracionista que serviu não para realmente promover a interação entre as raças, mas para apagar a participação política, cultural, intelectual destas, principalmente, a negra e a indígena.

Assim, cumpre a função de apagamento das lutas que se travam no contexto das relações raciais no Brasil, bem assim busca mascarar a complexidade do tema.

O Ministro Marco Aurélio se filia a um eixo discursivo de que a Constituição é um programa de ação, sobretudo no que tange ao seu art. 3º, que possui caráter dinâmico e promocional. Daí, realça sua estrutura linguística e sua redação em formas verbais que denotam as ações de ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’, resultando, enfim, o propósito de uma verdadeira transformação social. No que pese ao tema da discriminação, o texto constitucional também imprime o intuito transformador e igualmente autoriza as ações afirmativas que intentem suplantar qualquer uma de suas manifestações. Portanto, tem uma perspectiva concretizadora da Constituição.

Por fim, o voto do Ministro Presidente Ayres Britto também se filia discursivamente aos princípios constitucionais previstos desde o preâmbulo até o art. 3º, III e IV, art. 4º, VIII e art. 23, X do texto magno. Enfatiza o tema da fraternidade e projeta a força de sua argumentação na sua própria fonte: a interpretação dos valores e princípios da Constituição. Igualmente, empresta elevada ênfase ao cenário de desigualdade entre brancos e negros no Brasil, pautando-se nessa conjunção para legitimar a aplicação das ações afirmativas de índole étnico-racial.

6.6.3 Em qual sistema de expectativas ela(s) faz(em) eco?

Nesse quesito, embora com alguma variação no que diz respeito ao voto do Ministro Gilmar Mendes, e em menor medida com o voto da Ministra Cármen Lúcia, todos/as os Ministros/as atenderam às expectativas dos adeptos das políticas de ação afirmativa pela via de reserva de vagas com critério étnico-racial.

No caso da Ministra Cármen Lúcia, essa variação se expressa em duas características: a primeira, com a ênfase que empresta aos aspectos controvertidos da autonomia universitária e um intuitivo apagamento da questão relacionada ao segregacionismo racial no país; enquanto que a segunda, mediante a manifestação de sua opinião sobre as ações afirmativas:

[SD20][...]acho que as ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente (grifo nosso)

Ao fazer essa objeção, mesmo que parcial, a Ministra contemporiza os interesses em jogo e coloca em dúvida se, para ela, as ações afirmativas realmente tem a finalidade de afirmar para o seu público destinatário aquilo que lhe foi negado.

Essa mesma dúvida parece orbitar em torno do discurso do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto carrega uma forte presença de negações, fazendo ressoar a voz dos demais interessados na lide (o arguente).

Ao incorporar a palavra do outro, os sujeitos incorporam redes de sentido e, por conseguinte, ideologias. Essas múltiplas vozes ou dizeres representam, assim, os variados lugares sociais e as condições históricas que são discursivizadas no tribunal, enquanto *locus* de materialização de tais ideologias.

Diante dessas variações, observamos que os discursos mobilizados para a tomada de posição no tribunal são, enfim, de índole não apenas jurídica, mas também política, pois revitalizam forças de opressão, igualdade e emancipação.

6.6.4 Qual tipo de discurso legitima suas posições?

De maneira geral, os/as Ministros/as convergem no entendimento de que, considerando o quadro de desigualdade entre brancos e negros, e sob o abrigo do princípio da igualdade, em particular a igualdade material, as políticas afirmativas de corte racial são legítimas. Com pequenas variações discursivas, um/a ou outro/a julgador/a acrescenta componentes a esse entendimento, valendo a exceção do Ministro Gilmar Mendes que desafina deste discurso mais homogêneo.

Lançam mão do discurso da igualdade material os/as Ministros/as Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Cezar Peluso. O Ministro Lewandowski acrescenta ainda o argumento da justiça distributiva ou compensatória, além de evocar, como a maioria, dispositivos constitucionais e fontes doutrinárias. Em seu caso, na condição de Ministro relator, fez um estudo exaustivo sobre a matéria, abordando cada questão controvertida e buscando fundamento para cada posição tomada. Fez largo uso da doutrina nacional e estrangeira para fortalecer suas teses, além de dados estatísticos e precedentes da própria Corte. Julgado da Suprema Corte Americana em tema de ação afirmativa com critério racial também foi bem explorado por muitos dos ministros, assumindo *status* de caso paradigma, embora não seja possível comparar as realidades de discriminação entre os dois países.

Acrescente-se também que o Ministro relator, assim como o Ministro Luiz Fux, evoca a perspectiva de justiça pautada no reconhecimento como um novo parâmetro de luta que acrescenta à ideia de igualdade a perspectiva da diversidade e valorização de grupos vulneráveis.

Outro acréscimo que se faz ao princípio da igualdade vem nos dizeres das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, quando lhe adicionam a perspectiva da liberdade. Segundo a Ministra Rosa Weber, compete ao Estado intervir na sociedade para corrigir desigualdades concretas “[SD21] para que a presunção de igual tratamento possa se legitimar” (p. 128). Já a Ministra Cármen Lúcia sustenta que a igualdade de oportunidades é necessária para que todos possam ser igualmente livres, o que torna as políticas compensatórias legítimas.

Uma variação que foi também recorrente diz respeito ao caráter de dívida histórica que se faz necessário compensar. No voto do Ministro Luiz Fux isso se revela na passagem na qual ele sustenta que é responsabilidade da sociedade brasileira reparar os danos provocados “[SD22] pelos equívocos de nossos antepassados, sob pena de, contribuir, ainda que por omissão, para a perpetuação daquelas mazelas” (p. 111). O Ministro Cezar Peluso também faz referência a essa perspectiva memorial ao afirmar que a responsabilidade ética e jurídica da sociedade e do Estado lhes legitimam a promover as políticas afirmativas como formas de viabilizar a “[SD23] desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil” (p. 156)⁹⁶.

O discurso do Ministro Marco Aurélio chama atenção por sustentar que a ação afirmativa ressalta o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica e que tal conteúdo não admite posições neutrais do Estado ou do Poder Judiciário. Aqui, observa-se que não é possível assumir uma posição sem tomar uma atitude política, bem assim que, como assinala a AD, Direito é linguagem que se constitui pelo viés da ideologia. Com isso, reforça-se a compreensão de que a interpretação judicial é um espaço para debates e embates político-ideológicos, como se vem demonstrando ao longo do presente trabalho.

O Ministro Ayres Britto realça que a Constituição, desde o seu preâmbulo, persegue a construção de uma nação plural e sem preconceitos. Uma nação, enfim, fraterna. Com essa perspectiva, acentua que o estado de coisas no qual foi elaborada nossa Carta Magna indicou ao constituinte as medidas que deveria tomar para corrigir as desigualdades sociais e raciais que persistiam, visando um tipo de igualdade plena, cuja viabilidade apenas se concretiza com a promoção de ações afirmativas⁹⁷.

Por fim, o voto mais dissidente é o do Ministro Gilmar Mendes. Como ele se pauta na ideia de que o Brasil é um país de mestiços, o efeito de sentido de seu discurso é atenuar as consequências da reprodução estrutural da hierarquia racial (discurso liberal do pós-racialismo). A ideia da mestiçagem é, portanto, pacificadora da grande tensão que se pretende ocultar:

⁹⁶ Nesse aspecto, importa observar se a relação entre o passado e o presente se constrói conforme uma sequência histórica, de modo a não produzir o esquecimento da temporalidade atual. Isso porque pode-se construir um discurso de que os males da discriminação e do racismo foram praticados no passado e que o que temos hoje são apenas resquícios ou herança dessa prática e não a própria prática que se reproduz e se presentifica nos dias de hoje.

⁹⁷ Mais adiante veremos como opera essa abertura interpretativa que o ministro emprega à leitura da Constituição.

Dessa forma, aqui, os extremos não se opõem discursivamente. Por isso, o mulato é visto como “válvula de escape”, como mediação, como adiamento do conflito, do confronto. O mestiço brasileiro pode, assim, cumprir diversas funções: une os extremos, conjuga as heranças, afirma a “unidade da pátria” e a homogeneidade da população. Aqui, a pluralidade não foi nem promovida nem bem-vista: tentou-se e firmou-se a miscigenação como projeto político para o Brasil (MUNIZ, 2015, p. 56-57).

Em suas argumentações, sustenta que o Brasil não chegou a cultivar o ódio racial, a exemplo dos Estados Unidos, e que não seria o caso de acirrar essas diferenças ao ponto de tornar nossa sociedade uma nação “bicolor” e segregacionista. Isso bem explicita como o preconceito e a discriminação que se pratica em nosso país tem matizes específicas, sobretudo quando se usa a mestiçagem como forma de manipulação social da cor e forma de eufemizar o racismo brasileiro.

Quais seriam as diferenças entre a manifestação evidente de racismo – de parte a parte – existente nos E.U.A. e a modalidade retroativa de preconceito – esse preconceito de ter preconceito – imperante no Brasil? Como dialogar com uma população negra que, muitas vezes, nega sua cor e que vê no branqueamento uma espécie de solução? De que maneira lidar com os resultados de uma pesquisa que revela que enquanto 98% da população negam ter preconceito, 99% afirmam conhecer pessoas que têm preconceito e, mais que isso, demonstram possuir uma relação próxima com elas? Com efeito, visto dessa ótica, cada brasileiro parece se auto-representar como uma ‘ilha de democracia racial’ cercada de racistas por todos os lados (SCHWARCZ, 1998, p.180).

Em face de tantas objeções, o Ministro se posiciona pela improcedência da ADPF apenas por considerar que a ação afirmativa em vigor é temporária e experimental (10 anos para ser avaliada), estando já em seu 8º ano de implementação. Nesse sentido, sustenta que é algo a ser aperfeiçoado e que em tal condição “[SD24] não é o caso de constatar, nesse momento, a inconstitucionalidade do modelo instituído” (p. 208).

6.6.5 A que teorias, autores e argumentos recorre para legitimar sua atuação menos ou mais “autocontida”

Esse quesito da investigação trouxe um levantamento amplo de informações. Em nosso panorama, constata-se que merecem realce os Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, cujo esforço argumentativo e de demonstração de suas premissas foi a tônica de seus votos, muito embora com as variações que já demonstramos.

As teses levantadas pelo Ministro relator e pelo Ministro Luiz Fux se destacam pela adesão sem objeções à constitucionalidade das ações afirmativas de corte racial. Embora com ênfases distintas, fazem uso das mesmas fontes, como literatura nacional e estrangeira,

dados estatísticos, dispositivos da Constituição, precedentes da Corte, precedentes da Suprema Corte Americana e Convenções Internacionais.

O Ministro Gilmar Mendes faz uso de fontes de mesma natureza, mas sustenta várias objeções ao modelo de cotas implementado pela Universidade de Brasília e vota pela improcedência da ADPF com as devidas ressalvas. Dentre elas, duas merecem realce: a primeira, já mencionada, diz respeito à dificuldade de se distinguir a etnia negra no Brasil, em face de sua considerável mestiçagem. Como exemplo, reservamos uma sequência discursiva bastante emblemática: “[SD25] Afinal, qual é o fenótipo dos ‘negros’?” (p. 188). No que tange à sua segunda objeção, temos referência à ideia de que uma ação afirmativa de corte exclusivamente racial, além de não possuir parâmetros objetivos, não atinge o público que deveria, ou seja, os negros de baixa renda: “[SD26] A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode ser eficaz, do ponto de vista da inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais preciso [...]” (p. 203).

Eventualmente, essa preocupação em agregar o critério econômico ao critério racial manifeste a imagem que se constrói do negro merecedor das cotas. Nesse aspecto, assim como o mito da democracia racial, esse tal reducionismo econômico sustenta ser a discriminação no Brasil de origem social e busca sublimar outras relações de dominação resultantes da diferença étnica, assim como ocorre com as tensões advindas das relações de gênero ou entre nacionais e estrangeiros. Embora o conceito social da raça negra esteja atrelado à ideia de subalternidade e inferioridade, a tese do reducionismo econômico sugere que a pobreza deve ser mais um requisito para a recompensa reparadora.

Já a Ministra Cármen Lúcia não chega a fazer uso de dados estatísticos, de precedente da Suprema Corte Americana ou de literatura estrangeira. Mas cita doutrina nacional, precedentes do STF e dispositivos do texto constitucional para aderir ao voto do Ministro relator, levantando o argumento da força normativa da Constituição ao sustentar que o art. 3º da Carta Magna “[SD27] não é apenas aviso, conselho, é norma” (p. 139).

O recurso a essa variedade e quantidade de fontes confere ao discurso o efeito de sentido através do qual se pretende demonstrar um saber exaustivo e erudito. Portanto, convincente.

Um saber é aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um *status* científico; [...] um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso; [...] um saber é também o campo de coordenação e de subordinação dos enunciados em que

os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam; [...] finalmente, um saber se define por possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso (FOUCAULT, 2013, p.220).

Nesse exercício, os temas são, por cada Ministro, apropriados, nomeados, amplificados ou reduzidos, segundo os seus protocolos enunciativos. O caso concreto se converte num ‘fenômeno’, um objeto de decifração que se submete a condições de exposição discursiva para se transformar em um acontecimento relevante. Nesse momento, inicia-se uma disputa pela construção de sentidos que se pretende dar a esse fenômeno.

Pela simplicidade, chamam atenção os votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Cezar Peluso, no que tange ao aspecto da teorização e argumentação. No primeiro caso, a Ministra se detém a subscrever os fundamentos esposados pelo relator e se refere a uma única autora (sem citar sua doutrina), Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante. Já no caso do Ministro Peluso, nenhum autor, dispositivo, precedente, dados estatísticos ou doutrina são citados. Toda sua linha de raciocínio se apresenta sob a forma de pequenas sentenças, na modalidade objeção-resposta, sem fundamentação ou construção de cadeias argumentativas para as posições adotadas. Contudo, de seu teor se extrai a conclusão de que o Ministro adere à teoria da força normativa da Constituição.

O voto do Ministro Marco Aurélio se divide em duas partes. Em seu início, desdobra um histórico das Cartas Constitucionais brasileiras e de como os temas da igualdade e discriminação foram tratados. Alcançando a Constituição de 1988, propõe uma interpretação na qual encontra abrigo suficiente para as políticas de ação afirmativa, tendo como fundamento os próprios objetivos da República. Como exemplos, cita os tratamentos especiais albergados na Constituição e reservados a segmentos vulneráveis, como mulheres, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência e até empresas de pequeno porte.

Num segundo momento de seu voto, faz uma crítica à neutralidade estatal e ao discurso da meritocracia: “[SD28] a neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso” (p. 214-215); “[SD29] A meritocracia, sem ‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia” (p. 216).

Na sequência discursiva 28, observamos que o Ministro expõe o grande paradoxo ou desafio do Judiciário: intervir sem perder a imparcialidade. Contudo, partimos da compreensão de que assumir posição nessa disputa de sentidos resulta numa atitude inexoravelmente política. Ora, indiscutivelmente, o tema da igualdade se insere no debate político e não é possível aqui decidir sem realizar deslocamentos de forças nesse campo.

Isso nos leva à sequência discursiva 29, na qual o Ministro também objeta a tese da excelência e meritocracia, como valores, inclusive, já anexados ao pensamento jurídico. Baseando-se na ideia de ‘esforço pessoal’, o discurso liberal sustenta que essa é a única forma de desigualdade que realmente distingue os indivíduos. Trata-se de um abstracionismo que suprime as subjetividades pelo estabelecimento de prerrogativas e deveres gerais sob o manto da igualdade formal (igualdade de todos perante a lei). Essa igualdade, contudo, é seletiva e sua formalidade apenas mascara as diferenças reais, como as disparidades econômicas, desigualdades étnicas ou distinções de gênero.

Ao final de seu voto, o Ministro Marco Aurélio sinaliza para o uso da Política como instrumento do Direito, ideia que Lênio Streck (2009, p. 46) explica com as seguintes palavras: “Uma vez que o Direito já não estaria subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converteria em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais”. Eis o que sustenta o Ministro:

[SD30] O que pode o Judiciário fazer nesse campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, havia apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, **sinalizar para a população**, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Com essa postura, presentes ações afirmativas, um negro chegou à Presidência da República – Barack Obama (p. 219, grifo nosso).

Nessa passagem, observamos que o Ministro defende uma posição não neutral tanto para o Estado quanto para o próprio Poder Judiciário, que há de estar atento às expectativas e necessidades sociais. Abre-se aqui mais uma vez a convocação do discurso de legitimação das políticas de ação afirmativa pela necessidade fática da desigualdade, bem assim o viés de que importa conhecer o juízo que a sociedade faz do Direito e de suas instituições mais representativas.

Isso pode ser percebido pelo próprio sentimento de justiça que cada sociedade desenvolve, no qual estão implícitos aspectos como as normas vigentes, a adequação que estas mantêm com o conceito de justo construído socialmente ou a aprovação social das sanções jurídicas e da aplicação das normas, ganhando centralidade a atuação do Poder Judiciário e sua eficiência na realização do justo.

Por fim, chegamos ao voto do Ministro Presidente Ayres Britto. Como antecipado, o Ministro abre em seu voto uma discursividade com poucos parâmetros de objetividade e assim prossegue. A tônica de sua argumentação é, com base no princípio da

unidade, extrair da Constituição uma interpretação abrangente, atribuindo a ela uma forte carga voluntarista. Nesse ambiente, o texto constitucional concede abrigo às ações afirmativas, assim como a própria realidade concede, no plano fático, as premissas de legitimidade para justificar a aplicação de tais políticas. Vejamos a próxima sequência discursiva:

[SD31]O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o *plus* da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um *plus*. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam (p. 229).

O exemplo acima reconvoca a tese já esboçada de que para a AD o sentido está atrelado à interpretação e esta é essencialmente produzida, já que, textualmente, a Constituição não expõe esse conteúdo.

6.7 ESTRATÉGIAS DISCURSIVAS: EFEITOS DE SENTIDO PARA UMA DECISÃO LEGÍTIMA

Postas estas questões preliminares, podemos prosseguir com alguns questionamentos que podem nos aproximar ainda mais das relações entre Direito e Política.

Antes de tudo, importa ressaltar que, na perspectiva adotada no presente estudo, o *juízo de qualquer conflito de interesses representa um palco para exibição dos protagonistas do campo político*. No tema aqui examinado, temos como objeto da discussão a legitimidade das ações afirmativas de índole étnico-racial e como protagonistas as partes interessadas na repercussão de tais políticas. Num plano imediato e processual, a parte interessada (arguente), foi o Partido Democratas (DEM), que se institui como partido liberal. Noutra linha, responde pelos interesses do arguido a Universidade de Brasília. Para defender os interesses de cada polo processual, foram habilitados *amicus curiae*. Num plano extraprocessual, mas que se encontram diretamente atingidos, temos o público destinatário das ações afirmativas da UNB, assim como os que se dizem prejudicados pela dita reserva do percentual vagas albergada na política universitária. Num plano ainda mais abrangente, situa-se a sociedade de um modo geral.

Como se observa, os protagonistas desse embate se situam em várias camadas do campo político e já assinalamos que o tema da igualdade se refere à própria maneira como se dá a sociabilidade de uma nação, como se estabelecerão as relações de hierarquia nessa sociedade e como se dará acesso aos seus bens materiais e simbólicos.

Desde os tempos das lutas abolicionistas, a igualdade, reivindicada através do fim da escravidão, ganhava tal status político: “A desconstrução de uma instituição de origem política e de toda a sua obra deveria também acontecer no campo da política. Por isso, ‘o Abolicionismo’ se constitui num projeto de reforma e de emancipação da nação do monopólio da escravidão [...]” (MARSON, 1993, p. 107).

A igualdade, como ideário de uma nação ou projeto de uma sociedade, é uma afirmação, ato de vontade, seguido da decisão de concretizá-la e de sermos consequentes com ela. Por isso, a igualdade é um ponto de partida, o início e fio condutor de todas as demais ações humanas. Portanto, trata-se de uma decisão política ter como ponto de partida a igualdade ou a desigualdade. Segundo Rancière (2002), o reconhecimento da igualdade tem o efeito de sentido de horizontalizar as relações de poder, de modo a imprimir protagonismo em cada indivíduo. Desse modo, concede o efeito simbólico de estabelecer relações humanas em que todos se reconhecem em sua dignidade.

Se partimos da igualdade, e essa foi a escolha do constituinte pátrio, deve-se empreender esforços para suplantar as desigualdades de fato. Contudo, como já foi repetido nesse trabalho, o que se entende por igualdade não está em seu vocábulo, mas no ato interpretante. Por esse motivo, os diversos protagonistas desse campo político emprestam ou propõem *variadas interpretações para a Constituição* e o princípio da igualdade, quando, enfim, se inicia a disputa pela construção do sentido que irá prevalecer.

Nessa disputa, temos dois aspectos que ganharam maior rivalidade semântica: i) a que tipo de exclusão ou discriminação estavam sujeitos os negros no Brasil e ii) se as ações afirmativas, com corte racial, promoveriam vantagens ou acesso legítimo ao ensino superior de universidades públicas.

No que diz respeito ao primeiro item, a rede de discursividade se desdobrou em duas vertentes: aquela que acentua a discriminação racial como elemento de nossa cultura escravista e dívida histórica a ser sanada; e, noutra direção, aquela que, embora admita o racismo no Brasil, este é atenuado com a tese do reducionismo econômico, alegando que o motivo da exclusão do negro em nossa sociedade é a pobreza, não a etnia, além de dar ênfase à nossa miscigenação, motivo da inviabilidade das cotas exclusivamente raciais.

Em relação ao segundo item, discute-se se as ações afirmativas não estariam

gerando uma ‘discriminação reversa’ ou promovendo vantagens aos negros de classe média ou alta que poderiam se inscrever na concorrência universal de vagas, encontrando nelas um caminho facilitado de acesso ao ensino superior.

Ao se falar de racismo, importante lembrar que o seu funcionamento representa um sistema de opressão, no qual se desdobram estruturas de dominação. Portanto, o critério ‘raça’, na perspectiva de sua construção social e não biologizante, deve ser considerado para a apreciação das estruturas de dominação existentes, motivo pelo qual a ideia de racismo reverso não é viável se, no caso entre brancos e negros, os primeiros nunca sofreram opressão dos últimos. Noutras palavras, a prática do racismo está baseada na compreensão de que existe uma raça superior à outra, havendo que se distinguir o social do individual.

No que tange ao negro merecedor das cotas, mais uma vez emerge a questão da identidade simbólica deste destinatário e se a finalidade da ação afirmativa é de garantir o acesso de um segmento étnico, com vistas à diversidade, ou de um segmento social, com o propósito de inclusão material.

Na perspectiva dos protagonistas e reais destinatários dessa ação afirmativa (os próprios negros), o que se pretende suplantar é a destituição material e simbólica dos bens que lhes geram autoestima social, já que foram sendo, historicamente, submetidos a um persistente ciclo de desvantagens. Portanto, não se trata de uma igualdade apenas aos bens materiais, mas também no plano simbólico e cultural (PIRES e LYRIO, 2014).

Das interpretações propostas à Constituição ao princípio da igualdade, aquela que mais foi explorada foi a da igualdade ou justiça material, senão vejamos:

[SD32] É escusado dizer que o constituinte de 1988 [...] À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País [...] (MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, p. 49).

Nesse mesmo sentido, interpreta o Ministro Luiz Fux, quando defende a legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa:

[SD33] Essa conclusão pressupõe, de início, o reconhecimento da dimensão substantiva ou material da igualdade, a mitigar a sua tradicional concepção puramente formal. Esta última, tributária das conquistas liberais do iluminismo oitocentista, satisfaz-se com a abolição dos privilégios de classe e a consagração de idêntico tratamento a todos os indivíduos. Traduz-se, historicamente, na vedação da discriminação. [...] Com o advento do Estado Social, porém, viu-se confrontar com a nova noção de igualdade: a material (p. 109).

A Ministra Rosa Weber também desdobra seu argumento em torno da necessária complementaridade entre igualdade formal e igualdade material, mantendo, ainda, conexão com o princípio da liberdade:

[SD34] A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. [...] Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades. Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um **fardo**, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, **sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade**. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares. Necessária se faz, então, a intervenção do Estado, que tem ocorrido em especial por meio das chamadas ações afirmativas. É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico (p. 124-125).

A Ministra Cármen Lúcia não se refere expressamente à igualdade material, mas faz menção ao que chama de “igualação”, que seria “[SD35][...] o processo dinâmico de fazer com que aqueles que não adquiriram ainda a condição de igualdade de oportunidades para ser igualmente livres possam vir a adquirir essas condições. Surgem nesse contexto as políticas chamadas compensatórias” (p. 132). Assim como a Ministra Rosa Weber, faz a relação entre igualdade e liberdade, o que denota o traço liberal de sua interpretação.

O Ministro Cezar Peluso inicia seu voto fazendo esse primeiro esclarecimento: “[SD36][...] para efeito de caráter didático o princípio da igualdade é tratado ora sob aspecto formal, ora sob aspecto material, mas não há dúvida nenhuma de que é conceito unitário que assume feição própria conforme a realidade sobre a qual incida” (p. 155).

Sobre o tema em pauta, o Ministro prossegue:

[SD37] Diante desse princípio, a responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico [...] capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil (p. 156).

Já o Ministro Gilmar Mendes, ao falar sobre igualdade material, o faz em tom de problematização, não a tomando como ponto de partida:

[SD38] Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais (p. 179).

O Ministro Marco Aurélio não usa o argumento expresso da igualdade ou justiça material, mas sim a tese de que os fins almejados pela Constituição são os de uma verdadeira transformação social:

[SD39] Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades (p. 213).

O Ministro Presidente Ayres Britto relaciona a ideia de igualdade material ao propósito de uma sociedade justa e fraterna, adicionando um componente que amplia os parâmetros de apreciação da matéria:

[SD40] [...] a nossa Constituição, com o valor objetivo do bem-estar, já se preocupava, desde o seu preâmbulo, com distribuição de riqueza, com distribuição de patrimônio e renda, sem o que não se tem aquele bem-estar material [...]. Mas a Constituição não se satisfaz, não se contentou com assegurar o bem-estar material, os direitos sociais aos indivíduos, aos seres humanos. A Constituição foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é justamente um *plus* em relação ao social. Disse a Constituição: "...uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,..." (p. 221-222).

[SD41] Então, a nossa Constituição, no seu preâmbulo, já é um sonoro não ao preconceito, porque sabe que o preconceito, sobretudo o racial, instabiliza temerariamente a sociedade brasileira e impede que vivamos em comunhão [...]. É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. [...] Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. Mas o fraternal promove a integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições [...] (p. 224).

Outro aspecto que pode ser objeto de registro é o caráter concretizador da interpretação constitucional. Nesse sentido, vários destaques foram endereçados ao que a Constituição trazia como pretensão, no sentido de oferecer instrumentos para dar efetividade plena aos direitos que alberga. Revisitemos a sequência discursiva 32:

[SD32] É escusado dizer que o constituinte de 1988 [...] À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a **máxima concreção** a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País [...] (MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, p. 49, grifo nosso).

Isso também pode ser verificado no voto do Ministro Luiz Fux na seguinte passagem: “[SD42] Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas inconsequentes, sendo imperiosa a sua efetividade social” (p. 109).

O Voto da Ministra Cármen Lúcia tem seu início lamentando a dificuldade de tornar efetivo o princípio da igualdade. Relembremos o ultimo trecho da sequência discursiva 18:

[SD18][...] E a igualdade, que é tantas vezes decantada, é o princípio mais vezes repetido na Constituição de 1988; vem posto no preâmbulo da Constituição. E como é difícil fazer com que ela se torne efetiva, plena e que tenhamos uma sociedade com igualdade para todos. Quem sofre qualquer tipo de preconceito - e a escolha do verbo é prévia, pois preconceito é sofrimento -, percebe que esses princípios constitucionais viram retóricas repetidas, consentidas na linguagem, mas iludidas na prática (p. 131).

E finaliza seu voto sustentando: “[SD43][...] impõe-se que se cumpra o valor da Constituição posta, para ser concretizada nos termos dos princípios marcadores, nos fundamentos, dessa construção democrática” (p. 153).

O Ministro Cezar Peluso evoca o caráter concretizador da Constituição ao mencionar o dever do Estado como uma de suas premissas de raciocínio:

[SD44] A terceira premissa é a existência de um dever, que não é apenas ético, mas também jurídico, assim do Estado, como da sociedade toda, perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da República, como está no artigo 3º da Constituição Federal, que se propõe, em primeiro lugar, a construir uma sociedade solidária; em segundo lugar, a erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e, em terceiro lugar, promover o bem de todos sem preconceito de raças. São objetivos textuais da Constituição.

O Ministro Marco Aurélio expõe em seu voto a importância de compreender a intenção do constituinte quando redigiu a Carta Magna, rumo à eficácia do direito à igualdade:

[SD45] Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades (p. 213).

Na sequência, faz um verdadeiro chamado à ação, deixando, mais uma vez, o ideológico se tornar visível. Aqui, o Direito aparece como arma de luta, muito embora o impacto das ações afirmativas no combate ao racismo seja bastante limitado:

[SD46] A correção das desigualdades mostra-se possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo – a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo (p. 219).

O Ministro Presidente Ayres Britto propõe para a Constituição uma interpretação que lhe dá caráter concretizador em benefício da superação das desigualdades:

[SD47] A Constituição entendeu que uma política punitiva ou repressiva, sancionatória, vedatória do racismo, era necessária, mas não era suficiente. Era preciso promover os nossos irmãos negros que historicamente acumularam desvantagens, perseguições humilhantes, ignominiosas. Por isso que a Constituição separa o social do fraternal e diz, com todas as letras, para quem quiser conferir: "Art. 3º São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]
III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;"
Aqui é o constitucionalismo social a exigir do Estado o dispêndio de recursos, o desembolso de recursos financeiros para encurtar distâncias sociais e também promover os segmentos sociais desfavorecidos (p. 228).

Com esse arcabouço de princípios e finalidades constitucionais os Ministros encontram abrigo para legitimar as ações afirmativas, relacionando o preâmbulo da Constituição com seu art. 3º, além de outros dispositivos que tocam no tema da desigualdade, da marginalização, do preconceito, do racismo, do princípio democrático e da diversidade.

Diante de tais estruturas discursivas, uma questão agora se torna fundamental: *como um, dentre outros sentidos ou posições possíveis, tornou-se dominante?*

Sabemos que na decisão judicial é típico entre os julgadores considerar que a interpretação é algo representativo do mundo, uma espécie de transparência que é capaz de explicar de forma autêntica aquilo que descreve. Assim, busca-se uma ideia sedimentada de “sentido oficial” do texto, algo que dá legitimidade à interpretação e cria a falsa ilusão de que os sentidos são cristalinos.

Atribuir essa semântica oficial ao texto jurídico é o que torna possível um sentido prevalecer sobre outros possíveis, fazendo crer que esse tal sentido é, igualmente, uma evidência, sendo essa a estratégia que, por consequência, confere a aparente objetividade da decisão.

Contudo, cabe ao analista do discurso desnaturalizar essas evidências, pois na AD sabe-se que elas não existem. O que ocorre de fato é o engendramento de efeitos de transparência para negar a opacidade da linguagem.

A referência a alguma evidência é um dos principais estratagemas da ideologia, já que os fatos nunca falam por si e sim são levados a falar por uma rede de mecanismos discursivos.

“É a ideologia que passa por evidente aquilo que é objeto de interpretação: ou seja, só é assim, para aquele sujeito, naquela situação, com aquela memória, tomado pelos efeitos do imaginário que o convoca” (ORLANDI, 2004, p. 150).

Ademais, a ideologia dá o efeito de completude dos sentidos, naturalizando-os e fazendo com que os outros sejam apagados.

Nesse ambiente, importa realçar que as formas jurídicas são formas ideológicas sob as quais os homens adquirem consciência do conflito. Estão, assim, encobertas e a análise do discurso judicial nos oportuniza desconstruir essa naturalização, partindo-se do pressuposto de que qualquer evidência no contexto da linguagem é uma construção ideológica.

Por isso, a ideologia não é necessariamente ocultação, mas se manifesta sob a forma de evidência, ou seja, é o mecanismo através do qual sempre faz parecer que o sentido apenas poderia ser aquele, o que imprime, como consequência, o apagamento dos demais.

Essa estratégia foi muito explorada pelo Ministro Ayres Britto em frequentes passagens de seu voto. Eis aqui um desses exemplos:

[SD48] Mas não ficou nisso não, a Constituição quis mesmo cotas sociais diferentes de cotas raciais. É só ler o artigo 23. E é uma imposição normativa a todos os entes da federação brasileira. Diz a Constituição:

Art. 23. É competência comum" - e competência aqui é dever - "da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios :

[...]

X. combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;"

Ou seja, combater as causas da pobreza, mas não só isso, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Integração social, aqui, ganha o sentido técnico de integração comunitária (p. 229).

Como questões que foram tratadas de forma secundária, alguns ministros discutiram o tema da autonomia universitária, do critério da proporcionalidade para mensurar a quantidade de vagas reservada na política de cotas, o aspecto da temporalidade da ação afirmativa e a subjetividade da Comissão de Verificação da Condição de Negro. Nesses temas, verificamos que alguns deles, como o Ministro Relator Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, preocuparam-se em fundamentar cada aspecto tratado, enquanto outros apenas se detiveram a esboçar posições conclusivas, sem cadeias argumentativas construídas ou fundamentações demonstradas. Vejamos alguns exemplos:

[SD49] Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.

Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável

por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um “Tribunal Racial”. [...] A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários [...] (Ministro Luiz Fux, p. 119).

[SD50][...] neste caso, quer se analise sob o prisma do princípio da proporcionalidade – neste caso, a meu ver, rigorosamente observado, nos termos postos e determinados pela Constituição, portanto, não criando outras formas de discriminação para outros grupos, mas apenas propiciando que os historicamente menos aquinhoados com oportunidades, possam ter acesso a isso e projetar essa mudança –, quer se considere a função social da Universidade, de promover todos os valores necessários para os princípios constitucionais serem efetivados, impõe-se que se cumpra o valor da Constituição posta, para ser concretizada nos termos dos princípios marcadores, nos fundamentos, dessa construção democrática (Ministra Cármen Lúcia, p. 153).

[SD51][...] a medida adotada pela universidade, no contexto, passa pelo teste do critério hermenêutico da proporcionalidade, porque é adequada, é necessária e tem peso axiológico suficiente para justificar as restrições que traz a certos direitos das outras etnias (Ministro Cezar Peluso, p. 160).

[SD26] A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode não ser eficaz, do ponto de vista de inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais preciso [...] (Ministro Gilmar Mendes, p. 203).

Nesses exemplos, é possível verificar, pelo desnudamento da formação discursiva e ideológica de cada intérprete, não apenas aquilo que cada um pode dizer, mas também o que deve pensar. Os processos de significação engendrados pelos Ministros demonstram que eles estão vinculados a uma rede de sentidos e como isso interfere no processo de interpretação da Constituição e dos fatos relacionados ao caso concreto.

Considerando essa chave de análise vamos agora às duas últimas questões deste capítulo, retomando nossa problemática fundamental que é a relação entre Direito e Política.

A primeira se refere a *identificar quais os entrelaçamentos entre Direito e Política no caso examinado*.

Como já sinalizado, a questão da igualdade, antes de ser um tema jurídico, é uma decisão política e desse universo nunca irá se descolar, pois está diretamente relacionada às formas de sociabilidade de uma nação. Nesse sentido, discutir as formas de exercício dessa igualdade, sobretudo quando sobre ela existem interpretações díspares, leva o debate jurídico a deslizamentos de sentido que escapam de sua esfera estrita e alcançam outros domínios. Assim, pode-se dizer que, dentre outros, é através do debate político que a interpretação constitucional amplia os significados de seus dispositivos, atualizando sua rede de sentidos.

Isso denota a permeabilidade do Direito frente à Política através da interdiscursividade. Para Pêcheux (1997a, p. 314), “a noção de interdiscurso é introduzida

para designar o exterior específico de uma formação discursiva”, de modo que esta será constituída como uma ‘evidência discursiva’. Numa rede de repetições, o interdiscurso se reconstrói, utilizando-se da memória para engendrar novos e outros significados, de modo a tornar possíveis deduções discursivas.

Como cada indivíduo está sujeito a formações ideológicas específicas, o interdiscurso leva a sistemas de evidências e significações variadas, que corresponde à rede de sentidos percebida, aceita ou sofrida por cada um. Desse modo, na perspectiva da AD, o interdiscurso determina esse sujeito, impondo ou dissimulando o seu assujeitamento, sob a aparência de autonomia. O discurso, enfim, é sempre produzido em uma interdiscursividade.

Na decisão analisada, observamos que, embora a controvérsia girasse em torno da constitucionalidade da ação afirmativa de cunho racial, a ênfase da argumentação foi de índole doutrinária, com destaque para os aspectos axiológicos da Constituição e ao contexto fático da relação entre brancos e negros no Brasil. Ou seja, não se adotou um tratamento estritamente técnico para a matéria, ao contrário, a ela foi proposta uma abordagem ampla, bem ao modo das palavras do Ministro relator, para o qual o exame do assunto não deveria se dar pela via de cada preceito constitucional, isoladamente, mas: “[SD52] à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate” (p. 60).

Um dos temas dessa interdiscursividade foi a discutida tese da democracia racial que, implícita ou explicitamente, esteve presente nos dizeres dos Ministros e que já foi objeto de nossa análise neste capítulo, assim como a temática da meritocracia. Igualmente, a imagem simbólica do negro merecedor das cotas e seu lugar de inferioridade/pobreza, usando-se do argumento da mestiçagem para inviabilizar a legitimidade das cotas de cunho exclusivamente racial.

Outro aspecto de cunho político, posto que é um ato de vontade, é a adesão à tese de dívida histórica em relação aos negros que é incorporada ao repertório argumentativo dos Ministros, atribuindo-se a essa questão moral o *status* de dever. Vejamos alguns exemplos nas próximas sequências discursivas:

[SD53] Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente (Ministro Ricardo Lewandowski, p. 67).

[SD54] De fato, todos nós temos a responsabilidade de reparar os danos causados pelos equívocos de nossos antepassados, sob pena de, ao contribuir, ainda que por omissão, para a perpetuação daquelas mazelas, nos tornarmos partícipes desses erros

lastimáveis. É o que Michael Sandel descreve como “obrigações que nos são impostas como membros de comunidades com identidades históricas” (SANDEL, Michael. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 212). Essa obrigação não é apenas moral, mas também jurídica [...] (Ministro Luiz Fux, p. 111).

[SD55] O que é a nação produtora da Constituição? A nação é uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a coetaneidade, ou contemporaneidade, e a posteridade. A nação é como um rio. O rio é um só rio, da nascente à foz. A nação é uma só nação, da primeira geração à última geração. Não vale esse argumento de que estamos pagando pelos pecados de nossos ancestrais. Não. A nação é multigeracional. O que fez uma primeira geração pode ser revisto pela segunda, pela terceira, pela quarta, pela atualíssima geração (Ministro Ayres Britto, p. 222-223).

Todas essas representações definem o discurso como aspecto material da ideologia, que se expressa pela formação discursiva de cada Ministro. Estas formações discursivas não são categorias essencialmente linguísticas, mas estão também ligadas ao seu exterior, de modo que o sujeito do discurso deve ser pensado como historicamente constituído. Por isso, faz-se necessário considerar as condições de produção desses discursos, seja observando o contexto imediato (quem fala, para quem fala, com que intencionalidade, onde fala, quando fala e quais os protagonistas desse dizer), seja tendo em conta o contexto mais amplo (como a ideologia).

Ademais, esses discursos, como práticas sociais que são, possuem por natureza a dimensão política da própria prática discursiva, deixando vir à luz relações de poder, efeitos de verdade e saberes internalizados. Tudo, portanto, está inscrito no texto, mas afirmado nos contextos.

Daí ser possível identificar as regularidades discursivas, entendidas como o padrão que permite uma maneira particular de entender, representar e transmitir o sentido de certa realidade no tempo, consentindo identificar os ‘regimes de verdade’ presentes no discurso.

Na busca dos entrelaçamentos entre Direito e Política é a prática discursiva e seu viés ideológico que nos dará as pistas. As redes de sentido evocadas pelos Ministros indicam suas formações discursivas e, por consequência, sinalizam as formações ideológicas às quais estão filiados. Estas desvelam o viés político da decisão que, enfim, é um ato de vontade.

Observamos que os Ministros convergiram numa única direção, embora com algumas variações e a dissidência de posição do Ministro Gilmar Mendes. Isso porque em temas muito sensíveis como esse é tendência a polarização de opiniões e neste caso, foi interesse de todos se diferenciar “dos racistas” e assumir o discurso da inclusão.

[...] ainda que os impactos do racismo se manifestem de modo diverso na vida de negros e brancos, não é incomum a tendência a fugir ou esquecer a condição de discriminado e de discriminador.

[...]

Ao discutir sobre racismo, elas [as pessoas] esperam abordar uma opressão que “está lá” na sociedade, e não em algo que as envolva diretamente, ou que envolva a instituição da qual fazem parte” (BENTO, 2002, p. 147-148).

A formação discursiva dos Ministros explora o sentido de igualdade, justiça, reparação histórica, fraternidade, diversidade, reconhecimento e democracia como chaves para legitimar as políticas de ação afirmativa. Esses são temas discutidos num plano não apenas jurídico, mas que ganham abrangência também política em face dos conceitos e enfoques que são evocados em seus votos.

Como segunda e última questão de fundo, também indagamos *qual o argumento de autojustificação do STF para interferir na Política e vice-versa*.

Integra a nossa compreensão de que a Política permeia toda a teia de sentidos que os Ministros evocam para tomar suas decisões e construir suas argumentações. Com maior ou menor densidade argumentativa, maior ou menor preocupação em fundamentar suas premissas, esse viés pode parecer mais ou menos visível. As estratégias, contudo, são as mesmas: a busca de um sentido oficial para o texto da Constituição, a crença na transparência da linguagem, o uso do sentido como evidência e a falsa ideia de completude de significados são os meios através dos quais, pela via ideológica, o discurso judicial opera seu poder de convencimento.

Vimos que o STF fez uso de algumas premissas para justificar sua permeabilidade frente à Política, sendo a primeira delas o cenário de necessidades que os dados empíricos revelam a respeito das desigualdades entre as etnias no Brasil. Frente às estatísticas e indicadores sociais, os negros aparecem em desvantagens nas mais diversas esferas de observação, o que faz reverberar o ciclo histórico de inferioridade no qual vêm sendo submetidos e que vem ganhado eco nas diversas denúncias do movimento antirracista no país.

Ainda no plano fático, ressaltam os Ministros o insucesso das políticas sociais universalistas para fazer frente a tais desigualdades, o que sugere que a questão racial seja enfrentada com políticas específicas, como assinalou o Ministro Ayres Britto em um dos trechos de seu voto. Relembremos a sequência discursiva 31:

[SD31] O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o *plus* da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que

haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um *plus*. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam (p. 229).

No plano jurídico-constitucional, buscam sustento nos princípios da igualdade, liberdade, fraternidade e diversidade para amparar as ações afirmativas, bem assim para dar concretude aos direitos fundamentais, reconhecendo na Constituição sua devida força normativa, em harmonia com os ideários do neoconstitucionalismo.

No plano moral, é com o argumento da dívida histórica que o Supremo assume, como protagonista político, a decisão de honrar esse déficit com a comunidade negra, buscando, pela via da compensação e do reconhecimento, minimizar as desigualdades étnicas, culturais, materiais e simbólicas que se acumularam ao longo dos séculos no Brasil. Certamente, nem todos os Ministros possuem a dimensão ampla dessa “dívida”, já que muitos ficaram adstritos à ideia de uma inclusão apenas material, ou no máximo social, restando a poucos a compreensão de que a exclusão sofrida e, portanto, a reparação a ser realizada requer um novo compromisso com o lugar do negro na sociedade.

Tudo isso foi realizado sob a ilusão de uma ciência ‘metódica’ ou de um procedimento que seguiu um itinerário decisório. Assim, o STF oculta sua feição arbitrária e, portanto, simula que sua decisão é resultado de um ‘saber’ e não de um ‘poder’. Simula, enfim, não ser Política, ocultando não estar no exercício de um ato de vontade.

Por isso é que Foucault (2013, p. 224) já advertia:

Estudar o funcionamento ideológico de uma ciência para fazê-lo aparecer e para modificá-lo não é revelar os pressupostos filosóficos que podem habitá-lo; não é retornar aos fundamentos que a tornaram possível e que a legitimam: é colocá-la novamente em questão como formação discursiva; é estudar não as contradições formais de suas proposições, mas o sistema de formação de seus objetos, tipos de enunciação, conceitos e escolhas teóricas. É retomá-la como prática entre outras práticas.

A crença de que seguimos um método racional ou que é possível reconstruir um processo decisório a partir de um ponto de vista lógico toma como pressuposto que ainda conferimos grande credibilidade à forma das decisões judiciais ou a seus aspectos procedimentais. Na perspectiva da AD, a decisão judicial, por sua natureza, já é uma interpretação, seja dos fatos, seja da norma. Nesse sentido, não é possível pensar a interpretação e, por conseguinte, a decisão, sem a influência da ideologia, de modo que a decisão incluirá sempre esse ato de vontade. Em tal ambiente, a razão se converte num recurso estratégico para justificar o ato decisório, com o fim de conquistar aceitabilidade social.

Cada modelo racional de um processo de decisão, seja ele formalista ou não, proporciona formas diversas de sustentar as mesmas teses, assim como também pode conduzir a conclusões distintas. Ao eleger esse tal modelo – hermenêutico ou argumentativo – o que se busca em última instância é muitas vezes ocultar a questão de fundo que sempre integrou o fenômeno do Direito: negar o caráter contingente, histórico e contextual da realidade, assim como a ordem subjetiva na qual as decisões são forjadas. Ou seja, são modos variados de conferir sentido à nossa experiência jurídica e judicial que tentam afastar o que lhe denuncia como arbitrária.

Como diz Diego Werneck Arguelles (2015), os supostos aspectos técnicos ou metodológicos de uma decisão contam apenas uma parte da história. Aqui, temos o exemplo de uma decisão que tanto se preocupou com a repercussão política de seus resultados que o Ministro Presidente assim concluiu a sessão plenária: “[S56][...] a partir dessa decisão [...] o Brasil tem mais um motivo para se olhar no espelho da história e não corar de vergonha” (MINISTRO AYRES BRITTO, p. 231).

7 CONCLUSÕES

Como esforço de síntese à qual se dedica a presente conclusão, convém um breve resumo do que até aqui foi desenvolvido.

1. Com forte apoio na história das ideias ou do pensamento político, adotamos sua problemática central como eixo orientador para traçar o fio condutor do primeiro núcleo de reflexões do presente estudo, qual seja as questões relacionadas à constituição do Estado, o que foi desenvolvido no capítulo de abertura de nossa pesquisa. Deste modo, incorporamos como questão essencial – assim como o é para o historiador político e do Direito – a exposição sobre os aspectos que envolvem os temas fundamentais da formação do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes que, por sua vez, buscaram ir além do exame meramente dogmático da matéria. Ao estudar a formação do Estado sob a égide da lei, essencial, portanto, foi considerar os aspectos tangenciais do seu percurso, como questões de caráter econômico e sociológico, com destaque para o ambiente intelectual que favoreceu o seu desdobramento.
2. Para situar os antecedentes históricos dessa formação jurídico-estatal – e por consequência como isso impactou na definição do papel do Poder Judiciário – elegemos uma abordagem que enfatizou o método descritivo que, delineada sob a lente da teoria política, buscou examinar a natureza e os fins do poder.
3. Outrossim, importa destacar a relação entre o *tempo* e o *pensamento político* aqui descrito, suscitando aspectos como ruptura e continuidade⁹⁸, recepção e originalidade, identidade e diferença, progresso e conservação.
4. Assim, nesse primeiro eixo de estudos, adotamos como ponto de partida temporal e histórico a formação do Estado de Direito desde os seus antecedentes no período moderno, com uma breve introdução sobre a formação das primeiras civilizações com poderes políticos e jurídicos minimamente organizados.
5. Em tal sentido, evidenciamos as intrínsecas relações entre Direito e Política, bem assim a história dos movimentos constitucionalistas modernos, à luz da própria história das ideias políticas da época, dando início ao esforço de entendimento dessas relações numa perspectiva historiográfica. Em tal empreendimento, buscamos compreender como a

⁹⁸ No que diz respeito à relação dialética entre ruptura e continuidade, sua gênese se encontra na historiografia de 1800. Com ela se introduziu no campo político e histórico os conceitos de ‘Idade Moderna’ e ‘Idade Contemporânea’, de ‘Antigo Regime’ e de ‘Novo Regime’. Este esforço de identificação de realidades antagônicas nada mais expressa que a ideia de relacionar conceitos opostos para destacar a existência de uma ruptura revolucionária de um período para outro, o que foi observado ao longo da presente investigação, ao se examinar a passagem do Antigo Regime (Absolutismo) para o Novo Regime (Estado de Direito).

constituição dos Estados submetidos à lei e estruturados sob a égide do princípio da separação de poderes moldou os limites e o alcance da atuação do Poder Judiciário desde o Estado Liberal de Direito.

6. Nele, forjou-se um modelo de Estado no qual a legislação ocupou papel central, distinguindo-a de maneira bastante cristalina da jurisdição, o que implicou para o Judiciário a imagem de um poder neutro e imune às influências externas, fossem elas políticas, sociais ou econômicas. O ideário constitucionalista era de um governo de leis, superior à vontade dos homens, de modo que o poder seria então contido pela força superior da norma, fixando as bases do exercício do poder legítimo.
7. Os princípios desse primeiro liberalismo são os direitos de igualdade e liberdade, consagrados perante um Estado que há de respeitá-los e adotar uma postura abstencionista em face de esfera privada dos indivíduos. Paralelo a isso, emerge o capitalismo como meio de produção de riquezas e a burguesia se estabelece como classe social em ascensão.
8. O Poder Judiciário aqui é caracterizado por sua postura neutral, retroativa e retrospectiva, bem assim sua forçosa submissão à lei com total inibição a qualquer potência criadora.
9. Passando por transformações ao longo dos séculos XIX e XX, a experiência estatal sofre os impactos que irão imprimir mudanças nos requisitos de sua legitimação política. De um capitalismo concorrencial ao capitalismo organizado, exige-se do Estado um novo papel na sociedade. No plano político, o Poder Executivo passa ser o centro do Estado intervencionista, atuando na economia. No plano jurídico, conquistam-se os direitos sociais e econômicos. No plano ideológico, a classe trabalhadora atenua seu espírito de luta e sossega na discussão sobre os reais fundamentos do capitalismo.
10. A experiência do Estado Social na América Latina assume contornos específicos, com feições de um Estado desenvolvimentista, ante sua industrialização tardia e características próprias de seu processo de colonização. No que tange ao Brasil, os traços de uma sociedade escravagista, com população indígena precocemente exterminada e a emergência extemporânea de sua cultura republicana também implicarão em uma frágil cultura cívica e democrática.
11. Em qualquer dos casos, porém, a importância dos desdobramentos do *Welfare State* está no fato de que o Estado irá utilizar o Direito para fixar suas linhas de intervenção política e prover, regulativamente, os valores que devem orientar as relações sociais (CALVO GARCÍA, 2005). Nesse sentido, o Direito é tido como instrumento para o alcance de finalidades sociais, abrindo-se para critérios extranormativos, de modo a se delinear um contexto no qual a razão passa a ser um mecanismo relacional entre *fins* e *meios*, cujo

valor é medido por sua funcionalidade.

12. Com isso, a medida de eficácia do Direito passa a ser o alcance de objetivos sociais pretendidos pela norma, aumentando o grau de discricionariedade de quem irá executar os seus comandos, em particular do julgador, sob a inspiração de critérios materiais de justiça (GARCÍA-PELAYO, 2009).
13. Consequência de tal cenário é a inclinação do Direito para a regulação/judicialização das relações sociais, aumentando os encargos da intervenção legislativa e, por conseguinte, sua obstrução. Para sanar esse problema, o Legislativo (a Política) se socorre do adiamento ou da delegação do poder decisório, sobrecarregando o sistema jurídico, de forma a expandir os poderes do juiz e politizar, enfim, a magistratura (CAMPILONGO, 2011).
14. Por isso é que se diz que as decisões políticas do Estado passaram a ser traduzidas em normas jurídicas, o que coloca o Poder Judiciário em grande centralidade, já que a ele compete tanto interpretar e aplicar a norma, quanto arbitrar sobre sua constitucionalidade.
15. Nesse ambiente, configura-se uma forte aproximação entre Direito e Política e vem a ser preparado o terreno fértil para o protagonismo dos juízes como portadores das expectativas de justiça, o que é largamente impulsionado pelo contexto do 2º Pós Guerra e do Estado Constitucional de Direito.
16. Com ênfase na força normativa da Constituição e na reentronação dos princípios, o Estado Constitucional de Direito recebe o reforço do evocado neoconstitucionalismo, exaltado por uns e criticado por outros. É nessa fase de Estado Constitucional que o Direito assume sua face transformadora, transferindo-se o polo de tensões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais.
17. Seja como teoria, método ou ideologia, o neoconstitucionalismo caracteriza um novo contexto de valorização da Constituição, do reencontro do Direito com a moral e do uso de parâmetros hermenêuticos que ampliam ainda mais a discricionariedade judicial, a exemplo da técnica da ponderação.
18. Segundo Perfecto Andrés Ibañez (2006), a experiência neoconstitucional veio a fortalecer o juiz ao lhe conceder a competência de emitir juízo de constitucionalidade das leis e atos dos demais poderes do Estado. Nesse novo contexto, sua independência não se garante pela via da submissão à lei, mas sim por sua sujeição à própria Constituição, o que repercute enormemente em críticas quanto a excessos de voluntarismo e práticas que ofenderiam o princípio do equilíbrio político entre os Poderes.
19. Num cenário de intensa judicialização de conflitos por ineficácia estatal, infiltra-se no Direito uma concepção de justiça que procura compensar, por meio da relação jurídica, os

economicamente desfavorecidos, incorporando valores da ética e da igualdade material. Imprime-se uma nova agenda de prerrogativas individuais e coletivas que resultou no aumento das demandas judiciais e acarretou uma explosão de litigiosidade, acompanhada do alargamento das funções jurisdicionais e da ampliação da autonomia da magistratura. O Poder Judiciário, assim, torna-se um espaço cada vez mais amplo de resolução de litígios, inclusive daqueles que antes não estavam na pauta das questões ditas “judiciáveis”.

20. Na esteira dessas questões, elegemos o exame de um ato decisório do STF como *corpus* de análise, com vistas a verificar, por meio da linguagem do julgamento - ou do discurso judicial construído em torno do caso examinado - como se dá a permeabilidade entre o Direito e a Política⁹⁹, enfocando as estratégias para produzir os efeitos de sentido de uma decisão legítima, com vistas a ocultar essa tal permeabilidade.
21. O caso examinado foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, cujo objeto discute a constitucionalidade das cotas raciais em Universidades Públicas. A questão central do caso, embora tenha suscitado muitos temas tangenciais, foi o princípio da igualdade, de modo que, enquanto o arguente (Partido Democratas - DEM) suscitava que a política de cotas raciais era uma violação ao princípio da igualdade, a Universidade de Brasília (arguida) defendia estar atuando exatamente na concretização de tal princípio, associando-o ao princípio da diversidade e ao *ethos* do Estado Democrático de Direito.
22. Nesse sentido, instaura-se um conflito de interpretação que irá demandar um esforço hermenêutico e argumentativo que aponta aquilo que a Análise do Discurso francesa indica como a formação discursiva de cada sujeito da enunciação e que sugere, enfim, sua formação ideológica.
23. Para a AD, diferentemente do que prescrevem as teorias da hermenêutica jurídica, a interpretação não está no objeto (texto legal), mas sim no sujeito que realiza seu ato e que, por sua vez, é interpelado pela ideologia. Por esse motivo, uma mesma norma pode ser interpretada de modos diametralmente opostos, apresentando os chamados “deslizaamentos de sentido” que irão variar de acordo com as formações discursivas de cada intérprete.

⁹⁹ Sobre essa matéria, merece registro a contribuição de Niklas Luhmann (2009) e sua teoria dos sistemas para a compreensão das relações entre Direito e Política. Para o autor, a partir da modernidade, a sociedade passou a se organizar segundo diferenciações funcionais, de modo que cada sistema (jurídico, político ou econômico, dentre outros) possui funções demarcadas. O Direito (sistema jurídico) possui a função de estabilizar expectativas, bem como de reduzir complexidades, lançando mão, para isso, de mecanismos autoreferenciais que lhe são próprios. Contudo, embora conte com uma espécie de “fechamento operativo”, o sistema jurídico é cognitivamente aberto às influências e questões políticas, o que deve permitir que pensemos, para além de sua autonomia, em variadas formas de entrelaçamento com outros sistemas.

24. Verificamos que cada Ministro/a empreendeu um trabalho específico para elaborar seu voto e, orientados por nossas perguntas de partida, podemos identificar que em sua maioria eles/as aderiram a uma formação discursiva que faz eco no sistema de expectativas de quem defende as ações afirmativas de corte racial.
25. Para tanto, encontraram no texto e axiologia constitucional o amparo argumentativo para a posição adotada, partindo do pressuposto de que a Constituição carrega o discurso juridicamente aceito e que, em última instância, ela reflete o parâmetro de justiça valorizado pela comunidade de intérpretes a que se dirige o ato decisório.
26. Embora a decisão tenha sido por unanimidade - com uma variação no voto do Ministro Gilmar Mendes em face das inúmeras objeções que fez à tese das cotas exclusivamente raciais -, identificamos estratégias variadas de produção de efeitos de sentido. Em alguns casos, o esforço em fundamentações e demonstrações argumentativas foi mais intenso (realce para o Ministro Relator Ricardo Lewandowski e Ministro Luiz Fux) e em outros temos situações bem opostas (Ministro Cezar Peluso e Ministro Presidente Ayres Britto).
27. Contudo, em sua maioria, exploraram uma das principais estratégias para produzir os efeitos de sentido de uma decisão legítima, no que tange à defesa da melhor interpretação ao princípio constitucional da igualdade: a busca de fixar um sentido oficial para esse tal princípio, chegando a convergir em torno da ideia de uma igualdade ou justiça material, em substituição à ideia de uma igualdade ou justiça meramente formal. Isso denota que quando um caso concreto se converte num fenômeno, os temas são apropriados, nomeados, amplificados ou reduzidos e ali se inicia a disputa pela construção de sentidos que se pretende dar para esse tal fenômeno.
28. Para tanto, parte-se da crença de que esse sentido ou essa interpretação é uma evidência, ou seja, os/as Ministros/as, enquanto sujeitos atravessados pela ideologia, adotam como ponto de partida a compreensão de que há um significado unívoco para a semântica constitucional da igualdade, gerando o apagamento das demais interpretações possíveis, o que também confere aparente objetividade a essa tal interpretação.
29. Aqui também se encontra outro viés das estratégias utilizadas, qual seja o efeito ideológico da completude de sentidos, já que, uma vez que um único significado se revela como evidência, o sistema semântico parece não conter falhas, apagamentos, esquecimentos ou ocultações. Contudo, cabe ao analista do discurso desnudar esse apagamento, pois qualquer efeito de transparência existe para negar a opacidade da linguagem.

30. É em tal ambiente de atravessamento pela ideologia que a AD também define a ideia de processo de ‘dessignificação’ que, ao contrário de representar a subtração do sentido, opera para que um tal sentido político se esvaeça, inclusive pelo uso do eufemismo, da ironia ou do cinismo. No caso, o tom eufêmico dos argumentos está bastante presente no voto do Ministro Gilmar Mendes, sobretudo quando relaciona o problema das desigualdades entre brancos e negros no Brasil ao aspecto estritamente econômico, subtraindo as tensões raciais que a elas são intrínsecas.
31. Finalmente, como última estratégia para produzir efeito de sentido de uma decisão legítima, destaca-se a aparência de que o raciocínio jurídico utilizado para chegar ao resultado do julgamento seguiu um método ou corresponde a um saber científico que lhe confere, portanto, a respeitada isenção. Tais características carregam o atributo de não arbitrariedade, ou seja, de um ato operado pela razão e não um gesto de vontade que foi guiado pelo subjetivismo.
32. Contudo, as permeabilidades entre Direito e Política ainda se fazem presentes no ato decisório e foram observadas em nossa análise.
33. Como mencionamos, o tema da igualdade, antes de receber o qualificativo de *jurídico*, é uma questão *política*. Melhor dizendo, trata-se de uma questão de *decisão política*, pois diz respeito à maneira como uma dada sociedade irá definir suas regras de convívio e a forma de interpretar essas regras, no contexto do debate jurídico, levou, como vimos, a vários deslizamentos de sentido que, inevitavelmente, escaparam à esfera restrita do Direito.
34. Daí que devemos falar da noção de interdiscurso, pois é nas relações de interdiscursividade que o discurso se constrói, estando cada um (sujeito do discurso) inserido numa rede de repetições que, mediante o uso de sua memória, poderá engendrar novos significados, tornando possíveis deduções discursivas.
35. Nessa interdiscursividade, vieram ao debate os temas da democracia racial, meritocracia, mestiçagem, a imagem simbólica do negro merecedor das cotas, o conceito biológico e social de raça e a tese da dívida histórica dos brancos em relação aos negros.
36. Tudo isso assumiu a mobilidade de uma prática discursiva que, como prática social que é, possui uma dimensão política em si mesma, fazendo com que se exponham relações de poder, efeitos de verdade e saberes internalizados que estão inscritos no texto e afirmados no contexto. Ademais, evocam redes de sentido que indicam as formações discursivas desses sujeitos e, por consequência, sinalizam suas formações ideológicas, desvelando o caráter político (ato de vontade) da decisão, ao assumirem, enfim, o discurso da inclusão.

37. Não se pode olvidar que tudo isso se dá num horizonte semântico que se abriga no contexto do neoconstitucionalismo, para o qual se destacam como características os amplos catálogos de direitos fundamentais e a consequente legitimidade estatal na satisfação de tais direitos. Nesse ambiente, também se agrega o fato de que as constituições desse novo cenário são fortemente materializadas, de modo que incidem no desenho da sociedade, nela fazendo repercutir sua força irradiadora, com nítido impacto na prática jurisprudencial.
38. No caso examinado, observamos que o tema das ações afirmativas - mais especificamente das cotas raciais - foi discutido à luz de sua harmonia com os princípios constitucionais. Isso nos conduz a outra característica do neoconstitucionalismo no que tange à prática judicial, qual seja o fato de que os juízes constitucionais passam a trabalhar com valores constitucionalizados nas suas diversas formas, implicando maior complexidade para o ato de julgar.
39. Como consequência, a prática da jurisdição assume grande centralidade nos dias atuais, pois uma das ênfases do Estado Constitucional de Direito é que o ordenamento albergado na Constituição esteja, em seu conjunto, garantido em sede judicial. Para tanto, além da força normativa da Constituição, seus intérpretes podem dela extrair normas implícitas e idôneas para regular qualquer situação da vida social e política, em face da era da constitucionalização do ordenamento jurídico.
40. Observamos que estas características se encontram presentes no instrumental discursivo dos/das Ministros/as no caso examinado. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski evocou o argumento de que a controvérsia deveria ser resolvida à luz de princípios e valores constitucionais, além de trazer à baila a efetividade dos direitos fundamentais e a garantia judicial da Constituição. Já o Ministro Luiz Fux emprestou forte ênfase à defesa dos direitos fundamentais, ressaltando que a Corte estava diante de um caso de “desacordo moral razoável”. A Ministra Rosa Weber pugnou pela efetividade dos direitos fundamentais, como também ressaltou a maior complexidade no ato de decidir, sobretudo quando se trata de implementar os direitos constitucionais dos mais variados grupos e interesses. A Ministra Cármen Lúcia também adotou uma perspectiva principiológica e valorativa para a leitura da Constituição, defendendo sua força normativa, assim como o fez o Ministro Cezar Peluso. O Ministro Marco Aurélio deu destaque ao caráter dinâmico e promocional da Constituição (a Constituição como um programa de ação), fazendo uma denúncia à neutralidade estatal e enaltecendo o ato de julgar como a busca por uma solução justa. Finalmente, o Ministro Presidente Ayres Britto defende uma interpretação

“humanística” da Constituição (valorativa e principiológica), com fundamento no princípio da unidade, bem assim que cabe ao Poder Judiciário desempenhar uma função concretizadora da Carta Magna. Realiza uma interpretação bastante abrangente dos dispositivos da Constituição, com poucos parâmetros de objetividade e atribuindo a ela robusta carga voluntarista.

41. Também observamos que na análise do fato a consideração das circunstâncias do contexto da decisão foi um dos aspectos de destaque dos/das Ministros/as na fixação do conteúdo da norma aplicável, em particular os traços políticos, sociológicos, antropológicos e históricos da análise da realidade pertinente ao tema da discriminação e das cotas raciais no Brasil. Aqui, visível é a harmonia da prática de alguns/algumas Ministros/as do STF com a orientação doutrinária de Konrad Hesse, ao sustentar que, como já mencionado nesta investigação, “não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos” (HESSE, 1992, p. 64), o que é, inclusive, condição para a adequada concretização da norma constitucional.
42. Ainda nesse ambiente de uma ‘razão de ser constitucional’, a legitimidade da decisão não se constitui de forma apriorística, mas ato após ato, desde que esteja efetivamente a serviço do fim último da Constituição, ou seja, garantindo os direitos a que se presta tutelar.
43. Assim, com todos esses recursos e no presente contexto de transformações, os Ministros buscaram emprestar a um tema de grande sensibilidade política e viés polarizante, o *status* de uma decisão legitimada na ênfase emprestada aos códigos jurídicos e constitucionais que se encontram albergados na Carta Magna e nos princípios compartilhados pela moralidade coletiva, com forte apelo social. Afinal, o racismo está nos outros!

REFERÊNCIAS

- A ESTÉTICA de Dewey e Além: Trecho do depoimento de Richard Shusterman. Tradução: Tiago Medeiros Araujo. Disponível em: <<https://deweypragmatismo.files.wordpress.com/2014/05/a-estc3a9tica-de-dewey-e-alc3a9m-shusterman.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- AGUIAR, Roberto. A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El Juez. In: Díez-PICAZO, Luis María. **El Oficio de Jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 149-169.
- ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Revista Isonomía**, n. 22, p. 39-63, abr. 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Processo Decisório no STF**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/processo_decisorio_no_stf_2015-1.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AURELIANO, L.; DRAIBE, Sônia M. "A Especificidade do Welfare State Brasileiro". In: **Economia e desenvolvimento** 3, MPAS e CEPAL. Brasília, 1989.
- BACCEGA, Maria Aparecida. **Comunicação e linguagem: discursos e ciência**. São Paulo: Moderna, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica**, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio 2010. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230>. Acesso em 3mar. 2010a.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010b.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude: o lado oculto do discurso sobre o negro. *In*: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 147-162.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: UNICAMP, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da republica federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998: modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoría del derecho**. Madrid: Mimeo, 2002.

CALVO GARCIA, Manuel. **Transformaciones del Estado y del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

CARNEIRO, Maria Francisca. Considerações sobre Direito e Linguagem. **Boletim Informativo BONIJURIS**, Curitiba, v. 328, p. 4007-4010, 1998.

CARVALHO, Ernani. **Sua majestade, o presidente da república**: estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do Executivo (1995-1998). 2000. 96 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000.

CHARAUDEAU, Patrick. Análise do Discurso: controvérsias e perspectivas. In: MARI, H., PIRES, S., CRUZ, A.; MACHADO, I. (Orgs.). **Fundamentos e dimensões da análise do discurso**. Belo Horizonte: Carol Borges, 1999. p. 27-43.

CHARAUDEAU, Patrick. Uma Análise Semiolingüística do texto e do discurso. In: PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). **Da língua ao discurso**: reflexões para o ensino. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005. p. 11-27.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dictionnaire d'analyse du Discours**. Paris: Seuil, 2002.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; GUCHET, Yves. **As grandes obras políticas**: de maquiavel à actualidade. Portugal: Publicações Europa-América, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que

são, para que servem, como se aplicam. Instituto Brasiliense de Direito Público. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 08, 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/53>>. Acesso em 22 jun. 2017.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p. 75-98.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DERIVI, Carolina. Entrevista Clóvis de Barros Filho à Revista. **Página 22**: informação para o novo século, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 10-15, maio 2010. Disponível em: <http://www.pagina22.com.br/wp-content/uploads/2010/05/P22_Edicao_41.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2015.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Ed. Cuadernos para el Diálogo, S.A., 1975.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DRAIBE, Sônia Miriam. “O Welfare State no Brasil: Características e Perspectivas”. In: **Cadernos de Pesquisa Nepp**, n. 8, 1993.

DRAIBE, Sônia Miriam. O Sistema Brasileiro de Proteção Social: o legado desenvolvimentista e a agenda recente de reformas. **Caderno de Pesquisa**, UNICAMP, n. 32, 1998.

DRAIBE, Sônia Miriam; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação?. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 220-254, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222011000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 maio de 2017.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC). **Lua Nova**: Revista de Cultura de Política, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

FAIRCLOUGH, Norman; MELO, Iran Ferreira de. Análise Crítica do Discurso como método em pesquisa social científica. **Linha D'Água**, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 307-329, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/47728>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no Século XXI: a crise da justiça no Brasil. **Colóquio Internacional “Direito e Justiça no Século XXI”**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania: uma questão para a educação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Ivone de Lucena. **Fiando as tramas do texto: a produção de sentidos no atelier de leitura e produção textual**. 1998. Tese (Doutorado) – FCL-UNESP, Araraquara, 1998.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e Ideologia**. São Paulo: Ática, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

FREITAS, Raquel Barradas de. Direito, Linguagem e Literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações (Breve Estudo sobre Dimensões da Criatividade em Direito). **Working Papers** – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÈNY, Francois. **Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo**. Granada: Comares, 2000.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, Maria José. **Ineficacia, Anomia e y Fuentes del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. A análise do discurso: conceitos e aplicações. **ALFA Revista de Lingüística**, UNESP, São Paulo, v. 39, p. 13-21, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, v. 2: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. La Interpretación Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 31-50.

HOBSBAWM, Eric J. Marx, Engels y el Socialismo Premarxiano. In: _____. **Historia del marxismo: el marxismo en tiempos de Marx**. Barcelona: Bruguera, 1978. p. 41-82.

HOMEM, António Pedro Barbas. **A lei da liberdade, v. 1: introdução histórica ao pensamento jurídico: épocas medieval e moderna**. Lisboa: Principia, 2001.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

HUTCHISON, Terence Wilmot. La Revolución Jevoniana y la Política Económica en Gran Bretaña. In: _____. **Sobre revoluciones y progresos en el conocimiento económico**. México: [s.n.], 1985. Cap. 4, p.127-158.

HUTCHISON, Terence Wilmot. “Economía Política en Inglaterra Después de 1870” in **Historia del pensamiento económico: 1870-1929 [versión española e introducción de Enrique Fuentes Quintana]**. Madrid: Gredos, 1967, p. 15-44.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições Profissionais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. “El Fin del ‘*Laissez-faire*’ (1926)” In: _____. **Ensayos de persuasión**. Barcelona: Crítica, 1988. p. 275-297.

KORNIS, George. **A crise do estado de bem-estar**: problemas e perspectivas da proteção social. 1994. Tese (Doutorado) – IEI/UFRJ, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?**. Barcelona: Ariel, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. **Sessão de Publicações**– Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 30 set. 2008.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. 2013. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2017.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 395-423.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. Campinas: Pontes, 1989.

MARSON, Izabel Andrade. Liberalismo e escravidão no Brasil. **Revista USP**, Brasil, n. 17, p. 102-113, maio 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25960>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção a Obra Prima de Cada Autor).

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUNIZ, K. da S. Sobre política no campo linguístico e o discurso da miscigenação no Brasil: ciência e política de identificação. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores(as) Negros(as)**: ABPN, v. 7, p. 45-64, 2015. Disponível em: <<http://www.abpn.org.br/Revista/index.php/edicoes/article/view/551>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma Ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, 2014.

NOGUEIRA, José Artur A. Duarte. **Objecto e método na história do direito**: algumas considerações. Lisboa: Coimbra, 2003. (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura).

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Suplemento v. XXIX, p. 257-495, 1986.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **A linguagem e seu funcionamento**: as formas do discurso. Campinas: Pontes, 1987.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: Princípios e Procedimentos. Campinas: Pontes: 2000.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Interpretação**: autoria, leitura e feitos do trabalho simbólico. 4. ed. Campinas: Pontes, 2004.

PACHECO, Cristina C. Os Estudos sobre Judiciário e Política no Brasil pós 1988: uma revisão de literatura. Fortaleza: **Pensar**, v. 13, n. 1, p. 75-86, jan./jun. 2008.

PÊCHEUX, Michel. Análise Automática do Discurso (AAD-69). In: GADET, Françoise; HAK, Tony (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Trad. Bethania S. Mariani et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1997a.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso**: estrutura ou acontecimento. Campinas: Pontes, 1997b.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A Proteção Social na Constituição de 1988. **Revista de Direito Social, Notadez**, Porto Alegre, 2007.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. São Paulo: Contexto, 2001.

PINTO, Milton José. **Comunicação e Discurso**: introdução à análise de discursos. São Paulo: Hacker, 1999.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. Racismo Institucional e Acesso à Justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011. In: **CONPEDI/UFSC**; Mônica Bonetti Couto; Angela Araújo da Silveira Espindola; Maria dos Remédios Fontes Silva. (Org.). Acesso à justiça I. 1ed. FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014, v. , p. 513-541.

RANCIÈRE, J. **O mestre ignorante**: cinco lições sobre a emancipação intelectual. Trad. Lílian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002. (Série: Educação. Experiência e sentido).

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Introducion al Estúdio Del Derecho**. México: Porrúa, 1970.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Vida Humana, Sociedad y Derecho**: fundamentación de la filosofía del derecho. México: La Casa de España en México, 1940.

ROUSSEAU, J. Jaques. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Edipro, 2001. [E-book].

SALDANHA, Neslon. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **a crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. Nem Preto, Nem Branco Muito Pelo Contrário: Cor e Raça na Intimidade Brasileira. In: _____. (Org.). **Historia da Vida Privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 174-243.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Cristina Cattaneo da. A Interpretação do/no Discurso Jurídico. In: COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 29-47.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STIGLITZ, Joseph. More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus. **The 1998 WIDER Annual Lecture**, Helsinki, Finlândia, 7 jan. 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 186-2 – Distrito Federal**. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 31 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

VÌA, Alberto Dalla. Los Jueces Frente a la Política. **Revista Isonomía**, n. 22, abr. 2005.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e instituições na modernidade jurídica. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, p. 17-23, jan. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15818/14312>>. Acesso em: 3 maio 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008.

Livros e Capítulos de Livros

AGUIAR, Roberto. A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El Juez. *In*: DÍEZ-PICAZO, Luis María. **El Oficio de Jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 149-169.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AURELIANO, L.; DRAIBE, Sônia M. "A Especificidade do Welfare State Brasileiro". *In*: **Economia e desenvolvimento** 3, MPAS e CEPAL. Brasília, 1989.

BACCEGA, Maria Aparecida. **Comunicação e linguagem**: discursos e ciência. São Paulo: Moderna, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010b.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude: o lado oculto do discurso sobre o negro. *In*: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Psicologia social do racismo**: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 147-162.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: UNICAMP, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998:** modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoría del derecho.** Madrid: Mimeo, 2002.

CALVO GARCIA, Manuel. **Transformaciones del Estado y del Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo:** ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 Anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

CARVALHO, Ernani. **Sua majestade, o presidente da república:** estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do Executivo (1995-1998). 2000. 96 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000.

CHARAUDEAU, Patrick. Análise do Discurso: controvérsias e perspectivas. In: MARI, H., PIRES, S., CRUZ, A.; MACHADO, I. (Orgs.). **Fundamentos e dimensões da análise do discurso**. Belo Horizonte: Carol Borges, 1999. p. 27-43.

CHARAUDEAU, Patrick. Uma Análise Semiolingüística do texto e do discurso. In: PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). **Da língua ao discurso**: reflexões para o ensino. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005. p. 11-27.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dictionnaire d'analyse du Discours**. Paris: Seuil, 2002.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; GUCHET, Yves. **As grandes obras políticas**: de maquiavel à actualidade. Portugal: Publicações Europa-América, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p. 75-98.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Ed. Cuadernos para el Diálogo, S.A., 1975.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no Século XXI: a crise da justiça no Brasil. **Colóquio Internacional "Direito e Justiça no Século XXI"**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania**: uma questão para a educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Ivone de Lucena. **Fiando as tramas do texto**: a produção de sentidos no atelier de leitura e produção textual. 1998. Tese (Doutorado) – FCL-UNESP, Araraquara, 1998.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e Ideologia**. São Paulo: Ática, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

FREITAS, Raquel Barradas de. Direito, Linguagem e Literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações (Breve Estudo sobre Dimensões da Criatividade em Direito). **Working Papers** – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÈNY, Francois. **Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo**. Granada: Comares, 2000.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, Maria José. **Ineficacia, Anomia e y Fuentes del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, v. 2**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. La Intepretación Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 31-50.

HOBBSAWM, Eric J. Marx, Engels y el Socialismo Premarxiano. *In:* _____. **Historia del marxismo:** el marxismo en tiempos de Marx. Barcelona: Bruguera, 1978. p. 41-82.

HOMEM, António Pedro Barbas. **A lei da liberdade, v. 1:** introdução histórica ao pensamento jurídico: épocas medieval e moderna. Lisboa: Principia, 2001.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011.

HUTCHISON, Terence Wilmot. La Revolución Jevoniana y la Política Económica en Gran Bretaña. *In:* _____. **Sobre revoluciones y progresos en el conocimiento económico.** México: [s.n.], 1985. Cap. 4, p. 127-158.

HUTCHISON, Terence Wilmot. “Economía Política en Inglaterra Después de 1870” *in* **Historia del pensamiento económico: 1870-1929 [versión española e introducción de Enrique Fuentes Quintana].** Madrid: Gredos, 1967, p. 15-44.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Edições Profissionais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. “El Fin del ‘Laissez-faire’ (1926)” *In:* _____. **Ensayos de persuasión.** Barcelona: Crítica, 1988. p. 275-297.

KORNIS, George. **A crise do estado de bem-estar:** problemas e perspectivas da proteção social. 1994. Tese (Doutorado) – IEI/UFRJ, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?.** Barcelona: Ariel, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal:** uma proposta de delimitação do debate. 2013. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 395-423.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. Campinas: Pontes, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção a Obra Prima de Cada Autor).

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **A linguagem e seu funcionamento**: as formas do discurso. Campinas: Pontes, 1987.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: Princípios e Procedimentos. Campinas: Pontes: 2000.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Interpretação**: autoria, leitura e feitos do trabalho simbólico. 4. ed. Campinas: Pontes, 2004.

PÊCHEUX, Michel. Análise Automática do Discurso (AAD-69). *In*: GADET, Françoise; HAK, Tony (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Trad. Bethania S. Mariani et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1997a.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso**: estrutura ou acontecimento. Campinas: Pontes, 1997b.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. São Paulo: Contexto, 2001.

PINTO, Milton José. **Comunicação e Discurso**: introdução à análise de discursos. São Paulo: Hacker, 1999.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. Racismo Institucional e Acesso à Justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011. In: **CONPEDI/UFSC**; Mônica Bonetti Couto; Angela Araújo da Silveira Espindola; Maria dos Remédios Fontes Silva. (Org.). Acesso à justiça I. 1ed. FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014, v. , p. 513-541.

RANCIÈRE, J. **O mestre ignorante**: cinco lições sobre a emancipação intelectual. Trad. Lílían do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002. (Série: Educação. Experiência e sentido).

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Introducion al Estúdio Del Derecho**. México: Porrúa, 1970.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Vida Humana, Sociedad y Derecho**: fundamentación de la filosofía del derecho. México: La Casa de España en México, 1940.

ROUSSEAU, J. Jaques. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Edipro, 2001.

SALDANHA, Neslon. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **a crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. Nem Preto, Nem Branco Muito Pelo Contrário: Cor e Raça na Intimidade Brasileira. In: _____. (Org.). **Historia da Vida Privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 174-243.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Cristina Cattaneo da. A Interpretação do/no Discurso Jurídico. In: COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 29-47.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STIGLITZ, Joseph. More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus. **The 1998 WIDER Annual Lecture**, Helsinki, Finlândia, 7 jan. 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008.

Artigos de Periódico

A ESTÉTICA de Dewey e Além: Trecho do depoimento de Richard Shusterman. Tradução: Tiago Medeiros Araujo. Disponível em: <<https://deweypragmatismo.files.wordpress.com/2014/05/a-estc3a9tica-de-dewey-e-alc3a9m-shusterman.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El Juez. In: DíEZ-PICAZO, Luis María. **El Oficio de Jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 149-169.

ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Revista Isonomía**, n. 22, p. 39-63, abr. 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Processo Decisório no STF**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/processo_decisorio_no_stf_2015-1.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2015.

AURELIANO, L.; DRAIBE, Sônia M. "A Especificidade do Welfare State Brasileiro". In: **Economia e desenvolvimento** 3, MPAS e CEPAL. Brasília, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica**, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio 2010. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230>. Acesso em 3mar. 2010a.

CARNEIRO, Maria Francisca. Considerações sobre Direito e Linguagem. **Boletim Informativo BONIJURIS**, Curitiba, v. 328, p. 4007-4010, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. Instituto Brasileiro de Direito Público. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 08, 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/53>>. Acesso em 22 jun. 2017.

DERIVI, Carolina. Entrevista Clóvis de Barros Filho à Revista. **Página 22**: informação para o novo século, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 10-15, maio 2010. Disponível em: <http://www.pagina22.com.br/wp-content/uploads/2010/05/P22_Edicao_41.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2015.

DRAIBE, Sônia Miriam. “O Welfare State no Brasil: Características e Perspectivas”. In: **Cadernos de Pesquisa Nepp**, n. 8, 1993.

DRAIBE, Sônia Miriam. O Sistema Brasileiro de Proteção Social: o legado desenvolvimentista e a agenda recente de reformas. **Caderno de Pesquisa**, UNICAMP, n. 32, 1998.

DRAIBE, Sônia Miriam; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação?. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 220-254, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222011000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 maio de 2017.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC). **Lua Nova: Revista de Cultura de Política**, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

FAIRCLOUGH, Norman; MELO, Iran Ferreira de. Análise Crítica do Discurso como método em pesquisa social científica. **Linha D'Água**, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 307-329, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/47728>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. A análise do discurso: conceitos e aplicações. **ALFA Revista de Lingüística**, UNESP, São Paulo, v. 39, p. 13-21, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. **Sessão de Publicações**– Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 30 set. 2008.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2017.

MARSON, Izabel Andrade. Liberalismo e escravidão no Brasil. **Revista USP**, Brasil, n. 17, p. 102-113, maio 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25960>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MUNIZ, K. da S. Sobre política no campo linguístico e o discurso da miscigenação no Brasil: ciência e política de identificação. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores(as) Negros(as)**: ABPN, v. 7, p. 45-64, 2015. Disponível em: <<http://www.abpn.org.br/Revista/index.php/edicoes/article/view/551>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma Ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Suplemento v. XXIX, p. 257-495, 1986.

PACHECO, Cristina C. Os Estudos sobre Judiciário e Política no Brasil pós 1988: uma revisão de literatura. Fortaleza: **Pensar**, v. 13, n. 1, p. 75-86, jan./jun. 2008.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A Proteção Social na Constituição de 1988. **Revista de Direito Social, Notadez**, Porto Alegre, 2007.

VÌA, Alberto Dalla. Los Jueces Frente a la Política. **Revista Isonomía**, n. 22, abr. 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e instituições na modernidade jurídica. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, p. 17-23, jan. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15818/14312>>. Acesso em: 3 maio 2017.