

Roberto Denis Machado

Direito, Política e Poder

O Direito como instrumento de ação política

Belo Horizonte – 2012

Roberto Denis Machado

Direito, Política e Poder

O Direito como instrumento de ação política

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Filosofia do Direito, junto ao programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa “Direito, Razão e História”, projeto de pesquisa “Ciência do Direito: métodos, dinâmica e ação”.

Orientadora: Professora Doutora
Mônica Sette Lopes

Belo Horizonte – 2012

Direito, Política e Poder
O Direito como instrumento de ação política

Roberto Denis Machado

Membros da Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Mônica Sette Lopes (Orientadora – UFMG)

Assinatura: _____ Nota: _____

Nome:

Assinatura: _____ Nota: _____

Nome:

Assinatura: _____ Nota: _____

Nome:

Assinatura: _____ Nota: _____

Nome:

Assinatura: _____ Nota: _____

Agradecimentos

À Prof.^a **Mônica Sette Lopes**, que além da brilhante orientação, teve paciência e sabedoria para lidar com minha angústia e, principalmente, com minha rebeldia.

Ao Prof. **Washington Peluso Albino de Souza** (*in memoriam*), por me mostrar o caminho e me despertar para este tema, na argüição da minha banca de mestrado e em incontáveis e saudosos bate-papos.

Ao Prof. **Mark V. Tushnet**, da *Harvard Law School*, por me aceitar como Pesquisador Visitante, me proporcionando uma experiência de vida inesquecível, e pela orientação serena e firme.

Aos colegas *visiting researchers* na *Harvard Law School*, **Maria Panezi**, **Sinead Mary Ring**, **Apostolis Vlachogiannis** e **Rashad Ibadov**, pela amizade e pelos estimulantes debates, abertos e francos, principal fonte de solidificação das idéias contidas neste trabalho.

Ao amigo **Gonçalo de Almeida Ribeiro**, doutorando da *Harvard Law School*, cuja sabedoria e cultura me desafiaram a me aprofundar cada vez mais.

Ao amigo **Renato Grossi Lacerda**, cuja hospitalidade mineira sem precedentes facilitou minha adaptação e minha vida em *Cambridge*.

A todos que de alguma forma contribuíram para esta empreitada, com destaque para **João Henrique Noronha Renault**, **Marco Vinício Martins de Sá**, **Adilson Moreira**, **Sarah Cohen**, **Samuli Sepanen** e **Steve Peterson**.

Para *Cristina*, companheira e incentivadora, âncora e bússola nesta jornada.

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a relação entre Direito, Política e Poder, e como objetivo demonstrar que, mais do que uma simples relação, eles são faces de uma mesma realidade. Primeiramente é feito apanhado das noções de Direito, Política e Poder. A seguir é feita uma análise crítica de algumas idéias enraizadas na cultura jurídica dominante com o objetivo de desmistificar uma visão tradicionalista do Direito como algo apartado do jogo político e da disputa por poder. Em seguida, é feito um histórico de fenômenos que demonstram esta indissolúvel relação, com destaque para o ativismo judicial. Por fim, procura-se demonstrar que o Direito é instrumento de ação política, independente da pretensão de neutralidade ou do espectro ideológico que se adote, clamando para que a classe jurídica se conscientize deste papel.

Abstract

The present work has for object the relation between Law, Politics and Power, and as a goal to demonstrate that, more than a simple relation, they are just aspects of the same reality. First it is made a briefing on the notions of Law, Politics and Power. Then follows a critical analysis of some ideas very well disseminated and accepted in the dominant legal culture with the objective to demystify a traditionalistic view of Law as something separated from politics and from the fight for power. After that, it's made a description of some facts that demonstrate this very close relation, with especial attention to the judicial activism. Finally, it is looked to demonstrate that the Law is an instrument of political actions, independent of the pretension of neutrality or the ideological specter that is chosen, claiming the members of the legal profession to recognize this hole.

Sumário

I.	Direito, Política e Poder: Uma tríade inseparável	
	1. <i>Introdução</i>	09
	2. <i>Estabelecendo uma posição filosófica</i>	17
	3. <i>A noção de Poder</i>	25
	4. <i>A noção de Política</i>	30
	5. <i>A noção de Direito</i>	34
II.	O mito da neutralidade	
	1. <i>Introdução</i>	43
	2. <i>A educação jurídica</i>	45
	3. <i>A primazia da lei</i>	49
	4. <i>A ciência do Direito</i>	53
	5. <i>A Hermenêutica Jurídica</i>	55
	6. <i>A idéia de Justiça</i>	60
III.	Da Supremacia Judicial e da judicialização da política	
	1. <i>A separação de poderes</i>	65
	2. <i>A independência do poder judiciário</i>	67
	3. <i>Supremacia judicial</i>	72
	4. <i>Judicialização da Política</i>	80
IV.	O Ativismo Judicial	
	1. <i>Introdução</i>	88
	2. <i>O exemplo americano e o surgimento do termo</i>	89
	3. <i>A reação conservadora</i>	98
	4. <i>O ativismo no Brasil</i>	109
V.	O Direito como instrumento de ação política	
	1. <i>Introdução</i>	115
	2. <i>Uma fábula: o nascimento do Direito</i>	117
	3. <i>Um ativismo pseudo-passivo</i>	122

<i>4. Conclusão</i>	125
Bibliografia	127

Capítulo I

Direito, Política e Poder

Uma tríade inseparável

1. Introdução; 2. Estabelecendo uma posição filosófica 3. A noção de Poder; 3. A noção de Política; 4. A noção de Direito.

1. Introdução

Pensar o Direito na sua relação com a política e o poder não deveria ser tarefa das mais árduas, já que estes elementos são figuras atreladas da sociedade humana organizada. No entanto, a maneira como a doutrina jurídica trata esta tricotomia põe inúmeros obstáculos àquele que pretende explorar este tema sob um prisma que aglutina as três noções envolvidas como indissociáveis.

Pode-se apontar uma razão inicial para a dificuldade do tratamento conjunto dos temas, sob o prisma da especialização do conhecimento e da expansão das áreas de conhecimento ligadas às ciências humanas, fenômeno que compartimentou um universo sócio-cultural complexo e distribuiu a diversos setores a competência para tratar diversos temas como se isolados

fossem dessa realidade mais abrangente. Segundo BOBBIO, o nascimento da ciência política com disciplina autônoma “representa um momento e uma determinação específica do desenvolvimento das ciências sociais, que caracterizou justamente o progresso científico do século XIX (...) e se processa através do distanciamento dos estudos políticos da matriz tradicional do Direito”.¹

O aparecimento da Ciência política como ramo autônomo do conhecimento deu ao Direito e aos juristas a possibilidade sempre sonhada de expurgar do próprio Direito as influências de ramos afins, clamando para si ou desprezando possíveis pontos de intersecção. Neste contexto surgiram inúmeras correntes a explicar e definir o fenômeno jurídico. Todas falharam, a meu ver, por uma razão simples: retrataram um aspecto isolado dessa realidade complexa, cada uma se fixando em um ponto específico, ninguém vislumbrando um quadro abrangente. Sobre isso volto a falar em tópico adiante, o conceito de Direito.

Sem discordar desse fato e de suas conseqüências, devo dizer apenas que mesmo antes da autonomia da ciência política, o Direito já era visto como algo especial, apartado das coisas mezinhas da vida humana mundana. Sempre foi visto como algo especial, dado ao homem exatamente para livrá-lo de si mesmo, dos perigos de seus instintos animais, da corrupção e do poder opressor. Fecham os olhos os historiadores do Direito para as inúmeras vezes em que este foi usado exatamente como instrumento do poder. Para justificar esta posição atrelou-se ao Direito, como sua característica essencial, a idéia de

¹ Bobbio, Norberto. **Ciência Política**. In: BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. Pag. 164-165.

justiça. Assim, aquele sistema normativo, atrelado ao poder do Estado, portanto político, não poderia ser chamado Direito. O que seria então?

Talvez com exceção dos gregos antigos, que no seu universalismo característico pensaram o Direito em conjunto com outras facetas da vida humana em sociedade, o Direito sempre aparece como algo exterior ao fenômeno social, ao jogo político e as estruturas de poder, como algo dado, quer pela divindade, pela natureza ou pela própria razão absoluta com a finalidade de realizar justiça para os homens.

O Direito assim pensado é busca, não construção. Dirão os críticos que o processo de busca é também uma construção, que bela frase feita. A diferença é que a busca envolve um objeto de desejo, preconcebido e idealizado, a fomentar uma expectativa inalcançável. Uma construção obviamente envolve um projeto, mas algo concreto, baseado no possível, não um sonho. No caso do Direito é, para usar a expressão feliz de JERING,² luta. Não luta no sentido pejorativo, não uma guerra, mas um conflito que espelha e própria essência do ser humano: a divergência.

Sim, a divergência é a manifestação mais profunda da essência do ser humano. Este se distingue dos animais pela razão. Esta lhe proporciona o controle dos seus instintos e o conhecimento. Através deste o homem se debruça sobre a natureza e se descobre a um só tempo sujeito e objeto. Como sujeito atua sobre a realidade e a modifica; indo mais além, cria. Aqui ele se destaca do mundo natural e constrói seu próprio espaço, a cultura. Neste processo, experimenta a liberdade. Ao aprender a controlar seus instintos

² IHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

primitivos, o homem aprende o valor da escolha, um ato praticado por toda vida o tempo todo. Este valor é diretamente proporcional às opções que temos, uma escolha é valorosa se as opções – ou opção - descartadas eram igualmente desejáveis, a escolha óbvia – se é que existe – ou por falta de opção não devia nem mesmo ser chamada assim.

Assim, a cultura humana cria a diversidade. Nesta diversidade, os seres humanos fazem suas opções, cada um faz a sua, cada grupo faz a sua. Uns gostam de vermelho outros de verde, uns preferem peixe outros preferem filé, uns gostam de frio outros do calor, uns são da noite outros são do dia... E é assim em tudo na vida. Ainda bem, pois no dia em que o ser humano convergir de maneira absoluta, ele perde sua condição, vira gado.

No entanto, para possibilitar uma vida em sociedade, é preciso que se façam concessões. Por isso, muitas vezes a escolha que se apresenta é o sacrifício de algo que desejamos, é a renúncia a um prazer hoje em nome de um prazer maior amanhã, e, principalmente, a renúncia em favor do outro. Não podemos ter tudo.

Entre as milhares de divergências entre os homens, talvez a mais significativa, comparável somente com a religiosa, seja a divergência ideológica. Ainda que o termo seja recente, as divergências em torno dos destinos políticos de uma sociedade remontam ao surgimento do Homo Sapiens. Desde que existe, há disputa pelo poder. Em eras primitivas a força física era o diferencial e possibilitava o controle dos destinos de uma tribo ou um povo. Com a razão debruçada sobre a experiência de sua história, o homem desenvolve formas de combater a dominação pela força, criando

novos sistemas políticos e formas de governo. A solidificação dessas transformações exige cada vez mais uma organização da sociedade, e organização pressupõe normatividade. No início, essa normatividade foi buscada na religião. No início, o Direito se confundia com a religião, a ela era subordinado ou nela buscava seus fundamentos.³

Foi no curso de uma história longa e conturbada que o Direito criou autonomia e se separou da religião, ao menos do ponto de vista formal.⁴ Em todo o caminho dessa evolução histórica, o Direito representou pelo menos três papéis: em momentos de tranqüilidade política, foi mantenedor da ordem; em momentos de instabilidade foi tanto o instrumento da opressão quanto o pilar da libertação.⁵ Podemos dizer em síntese que estes três papéis são o mesmo, é o Direito como instrumento de ação política. E como instrumento ele pode ser bem usado ou mal usado, é como uma faca que pode ser bem usada na cozinha para o preparo de um delicioso prato, ou uma arma mortal.

³ Sobre o assunto ler GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

⁴ É comum se referir a separação entre religião e Direito como um fato incontestado, sem que se façam considerações importantes sobre o assunto. Pelo menos três aspectos precisam ser considerados. Em primeiro lugar, a separação se inicia e se solidifica do ponto de vista formal, ou seja, o texto jurídico se separa do texto religioso. Mas a influência religiosa se mantém como fonte do Direito e, num primeiro momento, o texto religioso se impõe ao jurídico em caso de conflito. É somente com o advento da modernidade e o surgimento do Estado laico e a conseqüente garantia da liberdade religiosa é que esta prevalência se inverte. A discussão doutrinária se concentra na relação entre Direito e moral, não mais religião. O que nos traz ao segundo ponto: muito do que se solidifica como mandamento moral em uma sociedade tem fonte em doutrinas religiosas. Assim, a religião continua a exercer sua influência no Direito através da moral, o que minimiza os efeitos da tão decantada separação. Em terceiro lugar, e talvez o mais importante para este trabalho, as organizações religiosas exercem influências diversas nos meios sociais, através de ações eminentemente políticas. Essas atuações tem reflexo direto na formação do Direito.

⁵ Não me filio às correntes que pretendem definir o Direito pela idéia de justiça, negando natureza jurídica aos inúmeros sistemas opressores que a história testemunhou. O Direito é criação do homem, portanto sempre imperfeito, podendo ser bom ou péssimo. Pelo fato de ser péssimo não deixa de ser Direito. Aqueles que adotam essa linha estão, de fato, fugindo de um problema e vivendo num mundo fanstasioso.

Aqui retomamos o tema da divergência com uma afirmação óbvia, conseqüente das ilações anteriores: se o ser humano diverge em tudo, ele também divergirá sobre o que seja o bom Direito ou o mal Direito. É claro que sim. Como fazer então para determinar o bom Direito? A resposta é simples: impossível, aquilo que é bom Direito para uns não será para todos, jamais. Não podemos trabalhar com a unanimidade, ela jamais acontecerá. O Direito envolverá sempre compromissos e sacrifícios, que visam a conformá-lo a um maior número de pessoas.

Para além dos juízos de valor maniqueístas, as divergências ocorrem em assuntos mais sutis e não por isso menos polêmicos. No campo do Direito, questões muito mais simples suscitam controvérsias. As opiniões acerca de um texto legal ou de uma determinada decisão judicial⁶ se traduzem em divergências de mínimos detalhes. Essas controvérsias são importantes na medida em que geram debates construtivos que acabam por ser a mola da transformação do Direito, da dinâmica jurídica.

Essa dinâmica começa no processo de formação do Direito. Este se desenvolve em um jogo de interesses que representa os diversos setores da sociedade e reflete pontos de vista diversos. Do confronto destas vontades deve surgir um sistema normativo que se aplica a todos. Para que isso seja

⁶ No que se refere a decisões judiciais, me filio àqueles que acreditam não haver uma única decisão possível, muito menos uma decisão **correta ou verdadeira**. Adoto o pensamento de KELSEN, segundo o qual há inúmeras decisões possíveis, todas de acordo com o ordenamento jurídico, a já conhecida metáfora da moldura (Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cap. 8.). Entre os que pensam diferente, destaque para RONALD DWORKIN e LÊNIO LUIZ STRECK (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito*. 4^a Ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2003. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade a Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.).

possível se faz necessário o diálogo. Não qualquer diálogo, mas um diálogo aberto capaz de levar ao compromisso onde cada participante ceda um pouco pelo menos, em nome do interesse coletivo.

Mas isso não é tão simples assim. Infelizmente, aquilo que é a essência do ser humano tem sido, historicamente, também seu maior problema. As divergências não se distribuem na sociedade de forma equânime. Maiorias e minorias se formam com base nessas diferenças. As pessoas e grupos, principalmente, tendem a universalizar as próprias escolhas e tentar impô-las aos demais. Isto gera intolerância, este sentimento que transforma aquele que pensa de diferente em inimigo.

Dentre todo universo em que se manifestam as divergências, o mais perigoso e mais complexo, talvez esteja no campo da ideologia e da política. A disputa pelo poder e pelo direito de assumir um comando político que possibilita uma pessoa ou grupo definir os destinos de uma sociedade, somada à intolerância referida acima, gera opressão. É a fonte dos regimes totalitários. Mas estes são regimes impostos pela força, não é essa a expressão do poder que nos interessa aqui. O que nos interessa aqui são outras formas de exercício de poder. O poder como capacidade, de pessoas ou grupos, de fazer valer, nesse jogo político, suas vontades.

A organização política das sociedades se desenvolveu historicamente até culminar nos dias de hoje no Estado Democrático de Direito. Uma das principais funções da democracia é permitir e regular este jogo político, de forma a possibilitar a convivência harmônica das divergências. Um dos principais instrumentos utilizados para este fim é o Direito.

A democracia existe para possibilitar a convivência dos diferentes. Mais do que isso, para garantir a sobrevivência das minorias. Com propriedade, afirmou KELSEN, “disso resulta não tanto a necessidade, mas a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função dos Direitos fundamentais”.⁷ Concluindo com HART, de outra forma, a democracia se transformaria na ditadura da maioria, onde “uma maioria ditaria como todos deveriam viver”.⁸

Mas porque KELSEN fala apenas em *possibilidade* de proteção da minoria, e não em proteção efetiva? Simples, porque ele sabia que o Direito, principalmente no seu aspecto formal, enquanto ordenamento, ou seja, norma posta, é insuficiente para garantir a eficácia do próprio Direito. Por estar escrito, mesmo que na constituição, isso por si só não garante a sua facticidade. A realização do Direito no mundo concreto se dá pela ação humana.

Esta ação é política e visa o poder. Em uma democracia este poder será exercido até aonde não ponha em risco a coexistência pacífica das divergências. Não é por acaso que a possibilidade⁹ de alternância de poder é um dos pontos fundamentais da democracia. Existe sempre a chance de uma minoria hoje se tornar maioria um dia. E, ainda que isso nunca aconteça, as

⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

⁸ Majority may dictate how all should live. HART, Herbert L. A. **Immorality and Treason**. In: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 83-88. p. 88.

⁹ Ressalta-se aqui a palavra possibilidade. A alternância pode ocorrer ou não, de acordo com a vontade soberana do povo. Do contrário, um país como a Suécia, aonde o Partido Social Democrata está no poder a 40 anos, não poderia ser considerado uma democracia. Evidentemente, eles não se perpetuaram no poder pela força, eles têm ganhado eleições seguidas nas últimas quatro décadas.

minorias possuem formas de participação política e de defesa de seus pontos de vista.

Assim, Direito, política e poder estão sempre ligados. As distinções didático-pedagógicas não traduzem a realidade, apenas isolam recortes aptos a satisfazer vaidades acadêmicas. O objetivo deste trabalho é mostrar o Direito como uma atividade eminentemente política e defender que os profissionais da carreira jurídica assumam uma postura ativa na sua atuação.

Para tal, ainda neste primeiro capítulo, desenvolverei as noções de Direito, Política e Poder com as quais trabalharei. Antes, no entanto, no próximo tópico, farei um esclarecimento a respeito de posições filosóficas que norteiam este trabalho.

2. Estabelecendo uma posição filosófica

Este tópico encaixa-se como um parêntese neste trabalho e tem a função de tentar evitar mal entendidos. Sei que não será suficiente, mas ainda assim considero essencial que seja feito.

Todos temos posições na vida que norteiam todo nosso comportamento e permeiam nossa visão de mundo. E não falo apenas daqueles que tem uma preocupação intelectual consciente, inclusive os mais alienados, ainda que não se apercebam disso, as tem. Essas posições, no entanto, não são necessariamente determinantes do nosso comportamento em um sentido de causalidade direta, já que uma das maiores dificuldades que o ser humano encontra na vida é agir sempre coerentemente com suas idéias. É comum

pensarmos de certa maneira sobre determinado assunto, mas agirmos de maneira diferente quando ele se apresenta como fato diante de nós. Essa coerência é tanto mais difícil quanto mais dogmática for a pessoa. Aqui faço uma tentativa, talvez vã, de estabelecer um mínimo de coerência entre minhas posições filosóficas e meu trabalho acadêmico.

Essas posições foram adquiridas e construídas ao longo da minha vida, por diversas vias, mais notadamente as da experiência pessoal e a do estudo, nenhuma delas ocorrida sob nenhum tipo de sistematização. Ao longo deste caminho, inúmeras vezes fui chamado – algumas delas em tom bastante acusatório – de cético e relativista. Estas são as posições que ora expressamente assumo.

O termo cético – ou ceticismo -, no seu sentido comum, aquele que não acredita em nada e duvida de tudo, leva a equívocos no entendimento no sentido filosófico. Os equívocos mais comuns são relacionar o ceticismo com o ateísmo – definição meramente religiosa relacionada com a fé –, com pessimismo e com um conformismo que acaba por se traduzir em falta de objetivos na vida.

Ceticismo, no sentido filosófico, é “a doutrina segundo a qual o espírito humano não pode atingir com certeza nenhuma verdade de ordem geral e especulativa, nem mesmo a certeza de que uma proposição desse gênero seja mais provável que uma outra qualquer, (...) que nega a possibilidade segura

em algum domínio determinado (...) e tem uma tendência a desconfiar das máximas morais que os homens professam”.¹⁰

O ceticismo se relaciona com várias escolas na história da filosofia, sendo que comumente é usado como sinônimo de pirronismo,¹¹ escola que leva este nome por ter tido em PIRRON seu fundador e expoente. Na lição de JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, “o ceticismo, ao lado do nominalismo, do empirismo, mesmo dos modernos funcionalismo, desconstrutivismo e etnometodologia, é uma forma de combate aos ontológicos ou dogmáticos; (...) eles tendem a ir contra o programa filosófico hegeliano de afastar a contingência e tornar o ser humano absoluto”.¹² O ceticismo assume uma lacuna entre a realidade e os conceitos, a colocando como uma das grandes questões da filosofia e uma das grandes angústias do ser humano.

A dificuldade do ser humano de conviver com sua pequenez diante do universo e com sua incapacidade de compreendê-lo gera uma angústia¹³ e uma necessidade de reduzir a realidade a conceitos assimiláveis. A maior criação do homem neste sentido é a religião, a figura de Deus, em suas várias formas, é uma resposta universal para sua ignorância. O homem cria ilusões que o confortam e lhe dão segurança. Mas isto não se reduz à religião, também na filosofia e na ciência várias escolas refletem esta necessidade básica do

¹⁰ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pág. 149-150.

¹¹ Sobre o assunto ver REALE, Geovanni. *História da Filosofia Antiga*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 5v. Vol. 3, pag. 391 e segs.

¹² ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 346.

¹³ Sobre o assunto ver HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

homem e, não por acaso, tem grande aceitação. Falarei disso no Direito quando tratar da noção de segurança jurídica em capítulo posterior.

Chegamos ao segundo ponto deste tópico, o relativismo. Em primeiro lugar, chamo a atenção para o equívoco de se opor absolutismo e relativismo e explico as razões pelas quais isto acontece. O oposto de absolutismo é o niilismo, “doutrina segundo a qual nada existe”,¹⁴ e não o relativismo como se costuma afirmar. Absolutismo e niilismo são pontos extremos e fixos, o relativismo tudo o que está entre eles.

Ocorre que, para o absolutista, tudo o que está fora da sua verdade é igualmente errado e oposto. Enquanto o relativismo permite uma flexibilidade de posicionamento que pode variar, o absolutismo iguala qualquer posição fora dele. Assim, em uma filosofia ontológica e dogmática, que exige uma postura constante e pré-determinada diante do mundo, todo o resto está no mesmo patamar.

É na esfera da epistemologia e da axiologia que reside o suposto antagonismo entre o absolutismo e o relativismo filosófico, e esse antagonismo parece ser em muitos aspectos análogo à oposição basilar entre a autocracia e a democracia, que representam respectivamente o absolutismo e o relativismo no domínio da política. KELSEN busca mostrar que a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto que a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico.

¹⁴ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pág. 732.

O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, que existe independentemente do conhecimento humano. Por conseguinte, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões às quais se restringe o conhecimento humano. Por outro lado, o relativismo filosófico defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. Admitir a existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos. Trata-se de uma realidade *a priori*, que prescinde da experiência. Isto é negado pelo relativismo filosófico, que só admite verdade relativa e valores relativos.

O absoluto implica necessariamente a perfeição. Para KELSEN, a existência absoluta é análoga à autoridade absoluta enquanto fontes de valores absolutos. Na realidade, a existência absoluta é idêntica à autoridade absoluta enquanto fonte de valores absolutos. A personificação do absoluto, sua apresentação como onipotente e absolutamente justo criador do universo, cuja vontade é a lei da natureza e do homem, é a conseqüência inevitável do absolutismo filosófico.

O relativismo filosófico, por sua vez, insiste em uma clara separação entre realidade e valor e faz uma distinção entre proposições sobre a realidade e juízos de valor genuínos que, em última instância, não são baseados em um conhecimento racional da realidade, mas nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos e temores do homem. Dessa forma, não se pode estabelecer valores absolutos, mas apenas relativos. KELSEN observa que

“uma filosofia relativista é decididamente empirista e racionalista e, em decorrência disso, tem franca inclinação ao ceticismo”¹⁵.

Supor um absolutismo filosófico, atinente a uma existência absoluta que independe do conhecimento humano, implica concluir que a função do conhecimento é tão-somente refletir os objetos que existem em si mesmos.

Diferentemente, a epistemologia relativista interpreta o processo de conhecimento como criação de seu objeto. Assim, o homem, sujeito do processo cognitivo, é o criador de seu mundo, um mundo constituído em e por seu conhecimento. A liberdade do sujeito cognoscente é um pré-requisito da teoria relativista do conhecimento. Todavia, isto não quer dizer que o processo de conhecimento possua um caráter arbitrário, haja vista que há leis que governam tal processo. Essas normas, porém, se originam na mente humana, criadas pelo próprio sujeito do conhecimento, no uso de sua liberdade inerente.

A liberdade do sujeito cognoscente não é incompatível com a igualdade de todos os outros sujeitos, certo de que é livre sobre as leis do conhecimento racional. O sujeito do conhecimento é livre apenas em um sentido relativo, e não em um sentido absoluto. Segundo KELSEN, entretanto, do ponto de vista do absolutismo filosófico a igualdade dos sujeitos não é essencial. Aliás, é a sua desigualdade fundamental em relação com o ser absoluto e supremo.

Na política, absolutismo significa uma forma de governo em que todo o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, cuja vontade é

¹⁵ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes,2000. p. 165.

a lei. O absolutismo político constitui uma total ausência de liberdade individual para os governados. Ele é sinônimo de despotismo, ditadura, autocracia. Seu oposto é a democracia, baseada nos princípios de liberdade e igualdade. KELSEN afirma que “A relação entre o objeto de conhecimento, o absoluto, e o sujeito do conhecimento, o indivíduo humano, é bastante similar à relação entre um governo absoluto e os seus súditos”¹⁶. O poder ilimitado do governo absoluto não sofre a influência dos súditos, que são obrigados a obedecer a leis as quais não participaram de sua criação.

O absolutismo político apresenta a inequívoca tendência de usar o absolutismo filosófico como instrumento ideológico. KELSEN conclui que “assim como a autocracia é o absolutismo político, e o absolutismo político tem seu paralelo no absolutismo filosófico, a democracia é o relativismo político, e tem sua contraparte no relativismo filosófico”.¹⁷

Para KELSEN, a tese da relatividade dos valores é a única compatível com a Democracia, onde cada um deve respeitar a opinião política dos demais, pois todos são livres e iguais perante a lei.

Buscando reforçar o seu argumento, KELSEN toma “como analogia mais ou menos superficial entre a democracia e o relativismo o fato de que os princípios fundamentais da liberdade e da igualdade são características de ambas, de que o indivíduo é politicamente livre na medida em que participa da criação da ordem social a que está sujeito, assim como o sujeito cognoscente –

¹⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 350.

¹⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 353.

segundo a epistemologia relativista – é autônomo no processo de cognição; e que a igualdade política dos indivíduos corresponde à igualdade dos sujeitos do conhecimento”.¹⁸

Por ter a desconfiança mencionada acima com mandamentos morais que dogmatizados assumem forma de verdade absoluta, o cético é confundido com alguém que não tem preocupações morais de nenhuma espécie, até mesmo com alguém que não possui ética e que, no campo do Direito, não possui preocupação alguma com a justiça. Isto acontece porque absolutistas, ontológicos e dogmáticos simplesmente não enxergam nada além da sua verdade. O curioso é que eles não se entendem a respeito desta “verdade”, cada um tem a sua e tenta impô-la aos demais.¹⁹ A relação entre eles é uma briga de foice no escuro, cada um tentando se impor ao outro. Parecem só concordar quando se juntam contra céticos, relativistas e semelhantes. È o dogmatismo gerando intolerância.

Estas são as duas principais coisas que um cético relativista visa combater. Faço minhas aqui as palavras de JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, quando defende duas teses:

“Em primeiro lugar, de um ponto de vista gnosiológico, o postulado de que o conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é

¹⁸ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 353.

¹⁹ Isto me lembra um clássico primado de justiça, segundo o qual “justiça consiste em tratar os outros como gostaríamos de sermos tratados.” Isto não é justiça, é opressão! Para fazer justiça devemos tratar o outro como o outro gosta de ser tratado! Assim respeitamos as diferenças e não universalizamos nosso próprio jeito de ser. O problema desta atitude é que ela dá trabalho, exige uma atenção para o outro a fim de aprender a conhecê-lo e, principalmente, exige abertura e aceitação das diferenças e das limitações humanas.

*possível, o que relativiza de modo intransponível; depois, de um ponto de vista axiológico, o postulado de que o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo”.*²⁰

Finalmente, sendo coerente com as idéias expostas acima, alerto que este trabalho não pretende estabelecer “verdades absolutas” e nem estabelecer conceitos ou resolver problemas atinentes à atividade jurídica. Por isso uso a palavra “noção” em lugar de “conceito”. E essas noções aqui usadas “tem caráter meramente aproximativo diante das realidades que tentam descrever. Eles são, no fundo, generalizações mais ou menos grosseiras diante dos acontecimentos do mundo, ou quais são sempre únicos, individualizados, irrepetíveis”.²¹ O intuito é levantar a dúvida, incitar discussões e não dar respostas que podem acabar em dogmatismo.

3. A noção de poder

Poder em sentido genérico significa capacidade de agir. A ação humana pode ter com objeto a natureza ou o próprio homem. Interessa-nos aqui o segundo tipo. Portanto, em um sentido mais específico, poder significa a

²⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 345.

²¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 345.

capacidade de fazer valer sua vontade, determinando a ação de outro ou outros. O Poder é, portanto, “uma relação entre pessoas”.²²

Este poder se manifesta desde as relações mais cotidianas, de âmbito pessoal, até as relações sociais mais complexas. Desde o nascimento, experimentamos o poder, sujeitos que somos à vontade dos pais, é um poder de fato, oriundo de uma situação de dependência. Mas não tarda a qualquer bebê, ainda de forma inconsciente, a aprender a usar também do poder para obter o que deseja, fazer valer sua vontade. O choro, a birra, o afago, o riso são instrumentos fortes de poder, mas sua eficácia vai depender de como se trava a relação entre pais e filhos, ou seja, a forma com a relação se dá determina de que lado está o poder.

O poder está na relação entre as pessoas, mas temos que considerar também o âmbito em que é exercido. O âmbito faz da relação de poder uma relação triádica²³ pois determina as circunstâncias do seu exercício. Há raros casos de poder absoluto, talvez nenhum. Em geral, o poder se circunscreve a situações específicas sujeitas a limitações de espaço e tempo. Se dois amigos viajam para a Europa, sendo que um fala francês e outro fala alemão, cada um exercerá um certo poder sobre outro, quando estiverem respectivamente, na França e na Alemanha. Este poder é relativo e se limita também às circunstâncias em que o uso da língua é necessário.

Vários podem ser os instrumentos de poder. No exemplo acima é o conhecimento, neste caso um conhecimento específico. Outros exemplos são a

²² BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. pág. 934.

²³ BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. pág. 934.

força, a tradição, o carisma, a persuasão, a associação, a informação e a riqueza, o poder econômico. Historicamente, costumou-se associar o poder à força, que foi durante muito tempo fator predominante em sociedades mais primitivas. Não que a força não seja hoje um fator importante no exercício do poder, basta pegarmos o exemplo da atuação dos Estados Unidos em matéria de política externa e temos um exemplo atual de exercício do poder baseado em uma superioridade militar, desconsiderando quaisquer normas de Direito internacional e recusando-se a todo tempo o diálogo com a comunidade global.²⁴

Valiosa aqui a lição de ARTHUR DINIZ, segundo o qual

“poder é a soma das faculdades e oportunidades que possibilitam aos homens ou aos governos a consecução dos objetivos propostos. Poder integra a idéia de convivência, comunidade e de sociedade. Ao poder associa-se o conceito de hierarquia. Ilustram o conceito de hierarquia as diferenças e variedades entre os seres humanos, seja a força física, a habilidade, a esperteza, a agilidade mental percebidas e aceitas entre membros da comunidade. O poder surge dos membros do grupo. Sua função útil é a de dividir o trabalho social, permitindo a sobrevivência do grupo, da família,

²⁴ Sobre o assunto ver: BACEVICH, Andrew J. *Washington Rules: America's path to permanent war*. New York: Metropolitan Books, 2010. BACEVICH, Andrew J. *The Limits of Power: The end of american exceptionalism*. New York: Metropolitan Books, 2008.

das cidades, das sociedades e do Estado, segundo um objetivo proposto".²⁵

Quando pensamos no exercício do poder em âmbito social, a primeira coisa que nos vem a mente é a necessidade de associação, no velho ditado “a união faz a força”, pois o exercício do poder se dá através da ação de grupos e não mais de indivíduos isolados. E também não se serve de um único instrumento. No mais das vezes, os grupos dominantes se valem de diversos meios para garantir o exercício e manutenção do poder.

Sobre o assunto, diz BOBBIO: “Os modos específicos pelos quais os recursos podem ser usados para exercer poder (...) são múltiplos: da persuasão à manipulação, da ameaça de uma punição à promessa de uma recompensa”.²⁶ No segundo caso, há exemplos de exercício coercitivo do poder. Com a devida vênua do ilustre professor italiano, aquele que está em posição de punir ou recompensar já possui um poder prévio estabelecido. Pode punir porque é agente do Estado ou recompensar porque é rico, por exemplo. Os modos não coercitivos como a persuasão e a manipulação nos interessam mais de perto.

O exercício e a luta por poder na sociedade é uma realidade complexa e intrincada. Nesse cenário, as formas não coercitivas se tornam, pela sua sutileza e eficiência, mais determinantes do que as coercitivas. No caso das formas não coercitivas, como a persuasão e a manipulação, os instrumentos essenciais são o conhecimento e a linguagem. A dominação se dá pelos grupos que, ao longo de um processo histórico tiveram o poder de dominar o uso da

²⁵ DINIZ, Arthur José Almeida. **O Poder e os Mitos**. IN: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. N. 72. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1991. Pag.67-82. P. 67.

²⁶ BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. pág. 938.

linguagem, determinar o sentido e o significado de conceitos enraizados que, através da transmissão oral ou da escrita, legitimam uma ideologia de manutenção do poder.²⁷

A maioria desses conceitos ganha força de uma norma moral²⁸, sendo que num segundo momento é reconhecida pelo Estado como norma jurídica, na tentativa de dar a ela um caráter de neutralidade.²⁹ Voltarei a esse tema no tópico sobre Direito e de resto no curso de todo este trabalho.

É importante ressaltar que o uso dos instrumentos de poder não é excludente. Vários são usados no processo de conquista e manutenção de poder, simultânea ou sucessivamente. Por exemplo, um grupo formado por membros de origem tradicional, escolhe como líder um membro carismático e usa de poder econômico para se tornar conhecido e divulgar suas idéias.

As situações de poder vão desde as questões cotidianas de uma família até as decisões políticas que norteiam toda a vida da sociedade, passando por condomínios, associações de bairro, entidades de representação de classe, sindicatos, dentre tantas outras. Neste processo, o objetivo comum final de todos é se situar numa posição capaz de exercer influência nos destinos da sociedade. Em última instância, é o poder político. Mais uma vez, com BOBBIO:

“o campo em que o poder ganha seu papel mais crucial é o da política; em relação aos fenômenos

²⁷ SANT'ANNA, Affonso Romano de. **A antiga relação entre a escrita e a ideologia**. In: *Ler o mundo*. São Paulo: Global, 2011. Pág. 49-58.

²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

²⁹ FOULCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

*políticos, o poder tem sido pesquisado e analisado continuamente e com a maior riqueza de métodos e resultados. (...) Atualmente, o poder é considerado como uma das variáveis fundamentais, em todos os setores do estudo da política. Isto se verifica, por exemplo, na análise das burocracias, e, mais genericamente, na análise das organizações, onde a estrutura hierárquica mais ou menos acentuada e as diversas formas que ela pode assumir colocam, naturalmente, em primeiro plano, o fenômeno do poder. (...) Verifica-se também, o estudo dos sistemas políticos nacionais e locais, onde o estudo do poder termina no estudo da natureza e composição das elites políticas e das relações que existem entre elites e outros setores da população”.*³⁰

Demonstra-se assim, a íntima relação entre poder e política. A política é, especialmente na sociedade moderna, que consagrou o Estado Democrático de Direito, o espaço da luta pelo poder e seu exercício. Isto posto, passamos então ao próximo tópico, a noção de política.

4. A noção de política

Política é o espaço institucionalizado da disputa pelo poder. Mas, embora se trate de característica essencial, não se pode reduzir o conceito de política a esse aspecto. Como alerta BOBBIO, “reduzir a categoria da política à

³⁰ BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. pág. 940-941.

atividade direta ou indiretamente relacionada com a organização do poder coativo é restringir o âmbito do político quanto ao social”.³¹ E também não se pode reduzir o significado da política enquanto disputa pelo poder à atividade político-partidária que objetiva a ocupação de cargos públicos, eletivos ou não, no âmbito dos poderes legislativo e executivo.

O termo é usado indistintamente de variadas formas na linguagem comum. Falamos em “política da boa vizinhança”, “política para troca ou devolução de mercadorias”, “política de um clube para angariar novos sócios”, “política de administração do lar”, etc. Uma coisa todos os usos tem em comum: se referem a alguma “ação”.

Toda política é agir. Não significa, obviamente, que todo agir é político. O agir é político quando dirigido a um fim. Mais uma vez, não qualquer fim, mas uma determinada categoria de finalidades. Quais? Como já mencionado acima, a sobrevivência da sociedade é uma finalidade precípua da ação política. Mas também a evolução da sociedade e o controle dos seus destinos.

Estas duas situações são identificadas por BERNARD WILLIAMS como as duas funções essenciais da política.³² A primeira função está associada indelevelmente ao pensamento de THOMAS HOBBS, para quem o Estado deveria cumprir um papel quase policial, baseado nas idéias de ordem, segurança e proteção.³³ Esta primeira função é algo que precisa ser feito todo o tempo, a sobrevivência de uma sociedade é diária e eterna. No processo de

³¹ BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. Pág. 960.

³² WILLIAMS, Bernard. *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. New Jersey: Princeton University Press, 2008. pag. 62 e segs.

³³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: A Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 2003.

formação e solidificação de um Estado, o primeiro objetivo é atingir um nível de segurança que permita então passar ao segundo ponto, pois característica importante dessa função é que ela é pressuposto para o exercício da segunda. Não se quer dizer, é claro, que, uma vez superada esta etapa, pode-se sentar nos louros e focar na segunda função. Na verdade, esta etapa não é nunca superada. O que acontece em Estados em que o processo político já atingiu um nível de maturidade, é que a primeira função passa a ser exercida de maneira menos controversa, quase como uma função administrativa, o que não quer dizer que os atos praticados no seu exercício não sejam políticos e que esta atividade esteja isenta do processo político em geral.

A atividade política e o exercício do poder a ela inerente fazem ressaltar a divergência, já tratada acima como característica essencial do ser humano. Não há acordo em como realizar as funções políticas ou sobre qual o melhor caminho para uma sociedade. Diante disto, só há duas soluções possíveis: o compromisso ou a dominação. Esta última tem sido, através da história, a mais comum. As explicações para isso podem ser muitas, desde a idéia de que a ganância é atributo do ser humano até o fato de que um compromisso que permita um consenso que envolva sacrifícios recíprocos em nome de um bem maior exige um truísmo até hoje não visto, mas principalmente, implica em um trabalho hercúleo e incessante.

O processo de amadurecimento dos regimes democráticos busca tornar possível este compromisso. Mas ele vem encontrando percalços de toda espécie naturais pelo projeto ambicioso que propõe e por esbarrar na natureza humana e, com mais força ainda, esbarrar na cultura humana construída em milênios de experiências totalitárias e anseios de dominação.

Esses temas se tornaram alvo do pensamento de HANNAH ARENDT e CARL SCHMITT, dois pensadores que viveram o sonho da república de Weimar tornado pesadelo na ascensão do nazismo, gerando uma quase necessidade de tratamento do assunto.

Para ARENDT, a preocupação maior é como explicar a violência banalizada destes eventos e o choque da justificativa de Eichmann³⁴ perante o tribunal de Nuremberg: *estava cumprindo ordens*. ARENDT recusa qualquer identificação do poder com a violência,³⁵ negando que o uso de força suficiente para identificar que alguém esteja a exercer poder sobre outrem, pois “a força é unicamente um meio para um fim, e qualquer comunidade baseada unicamente na força entra em decadência quando atinge a ordem e a estabilidade”.³⁶ A perplexidade de ARENDT está na vontade de identificar como as teorias políticas e filosóficas da modernidade contribuíram para levar ao mundo àqueles acontecimentos.

Por outro lado, SCHMITT procura analisar estes mesmos fatos e teorias de outra perspectiva, fazendo um caminho diferente ao revisitá-los. Inconformado com as “formulas abstratas”³⁷ em que estão contidos os conceitos fundamentais da teoria política, pretende chamar atenção para as incongruências entre estas e a realidade prática da atividade política e do exercício do poder. SCHMITT crítica as teorias jusnaturalistas e juspositivistas demonstrando que ambas desconsideraram a realidade política do Direito,

³⁴ ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. 2ªed. Londres: Penguin Books, 2006.

³⁵ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2ªed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006. Cap. III.

³⁶ ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 171.

³⁷ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9.

aquelas por centrarem a legitimação do poder em uma abstração metafísica e estas por deslocarem o poder para a normatividade e nas normas fundarem seus juízos de legitimação.³⁸ Mas a normatividade não esgota toda a realidade, não esgota nem mesmo o próprio Direito, muito menos determina o sentido do jurídico. O Direito se manifesta além da normatividade e além da conduta em adequação a essa. O descumprimento é parte essencial do Direito, a exceção é momento de expressão da ordem, não o oposto a ela. No agir exigido por estas situações excepcionais, se expressa o poder efetivo e real.

Aqui convergem HANNAH ARENDT e CARL SCHMITT. Para ambos, o poder se manifesta através da ação. Para ela uma ação racionalmente justificada através de um processo de legitimação consensual; para ele uma ação exigida por um momento necessário de conformação da realidade política de determinado povo ou Estado. Poder é relação e a toda ação referente a esta é ação política, aqui incluindo, evidentemente, agora na minha opinião, toda a atuação dos profissionais do Direito, de advogados, juízes, membros do ministério público até os serventuários da justiça ou bacharéis que apenas penduraram o diploma na parede.

5. A noção de Direito

A relação do Direito com outras disciplinas é amplamente reconhecida pela doutrina. Esta relação se apresenta de várias maneiras, desde a relação da dogmática jurídica com as matérias por ela reguladas – como a genética e o biodireito ou a biologia, a geologia e o Direito ambiental – até a relação mais próxima das disciplinas zetéticas com as outras ciências humanas e sociais.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Introdução.

Assim, podemos citar as relações do Direito com a filosofia, sociologia, a política, a antropologia, a psicologia e a história. Estas relações se dão no campo teórico, onde o parentesco destes ramos do conhecimento, inseridos no campo das Ciências Humanas ou das Ciências Sociais Aplicadas gera uma coincidência de objetos de estudo e uma necessidade recíproca de interdisciplinaridade.

Deste ponto de vista teórico, o Direito encontra ricos pontos de interseção com a teoria política. Fundamentos de ciência política, filosofia política, sociologia política e história política são necessários às ciências jurídicas para embasar suas próprias teorias. A teoria do estado passeia com desenvoltura entre a ciência política, o direito constitucional e a filosofia do Direito.

Efetivamente, com o surgimento do Estado Moderno, para alguns, o verdadeiro surgimento do Estado³⁹, a aproximação e até mesmo a identificação da idéia deste com a idéia de Direito passou a ser tema presente em diversas correntes de pensamento. Este novo Estado, de acordo com JELLINEK, marca o declínio das teorias naturalistas, predominantes na Grécia, em Roma e na idade média, seja de justificação religiosa ou pela força.⁴⁰ Deixa de ser o Estado considerado expressão da vontade divina ou simples mecanismo de dominação dos fracos pelos fortes. As teorias histórico-

³⁹ Para ALOÍSIO GONSAGA ANDRADE ARAÚJO, é impróprio o uso do termo “Estado” para designar organismos políticos anteriores à modernidade. Sobre o assunto, ver: ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade. *Direito e Estado como Estrutura e Sistemas*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional: UFMG, 2001.

⁴⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 200 e seg.

jurídicas, baseadas na família ou no patrimônio, como estágios embrionários que levaram à formação do Estado, não se sustentaram enquanto justificção de sua autoridade e vieram a dar lugar às teorias contratualistas. Embora tenha dito HERMANN HELLER “não ser possível resolver a questão das relações entre Direito e Estado”,⁴¹ estas posições trazem em si um estreitamento dessas relações. O autor aproxima ambos os fenômenos por terem, segundo ele, uma origem comum, histórico-social.

Direito e Estado são resultado de um processo histórico-social e representam a estrutura de poder de uma sociedade. O Estado se estrutura politicamente para exercer este poder e o Direito é parte marcante desta estrutura. Entretanto, o reconhecimento deste papel e o seu conseqüente estudo tem sido negligenciados nas teorias jurídicas.

O Direito tem sido visto ora como ordem superior legitimadora, ora como sistema normativo abstratamente construído pela ciência dogmática do Direito, com função limitada à solução de conflitos, pacificação de interesses e organização política do Estado, ora como sistema de princípios fundamentais de onde se retiram, através de um milagre hermenêutico respostas aos problemas da sociedade, ora como fato social, mas sempre visto como aquela parte da estrutura de poder a exercer este com uma aura de neutralidade, uma ficção de isenção, como um observador externo que se limita a manter o trem nos trilhos.

⁴¹ HELLER, Hermann. *Teoría Del Estado*. 2ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 235.

A corrente que se aproxima mais do reconhecimento do Direito como tendo atuação mais direta no sistema de poder é o realismo jurídico, especialmente na sua vertente norte-americana. O assunção de que os juízes e tribunais possuem um alto grau de discricionariedade no exercício de suas funções e que as decisões por estes proferidas tem maior impacto sobre os jurisdicionados do que um sistema legal, seja ele dogmático ou jurisprudencial, leva necessariamente á idéia de que a participação do Direito na estrutura de poder não é a de expectador.

De acordo com BILLIER e MARYOLI, a primeira e mais importante dentre as teses defendidas pelos realistas americanos é a “concepção instrumentalista e funcionalista do Direito, segundo a qual o Direito serve como meio para satisfazer as diferentes políticas(politics) estabelecidas pelo governo de um país”.⁴² A adoção desta tese transforma o juiz no que POSNER chama de um “agente de políticas públicas”⁴³, autorizado a decidir causas com base num interesse social reconhecido politicamente. Aqui surgem duas perguntas fundamentais: 1) Há algo que legitima esta autorização e o que? 2) Quais são os processos usados para alcançar resultados e aferir a adequação desta atuação judicial?

Dentro das estruturas políticas atualmente conhecidas no ocidente, a relação entre o Poder Judiciário e os outros poderes, em especial o executivo, o que aponta para o reconhecimento de relação entre Direito e poder, é reconhecida no papel dos tribunais constitucionais, o Supremo Tribunal Federal no caso do Brasil. Estes tribunais possuem formas especiais de

⁴² BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 252.

⁴³ POSNER, Richard A.. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174 e seg.

nomeação de seus membros que em geral envolvem a indicação e nomeação pelo chefe do executivo. Estas nomeações possuem caráter político e ideológico, como reconhece RONALD DWORKIN, embora nem sempre a atuação do magistrado corresponda à expectativa gerada.⁴⁴

A pergunta que se põe é: os detentores do poder político, que é exercido nos Estados democráticos de Direito de forma cada vez mais diluída e espalhada, tem no Direito um forte instrumento na persecução de seus objetivos? A resposta à pergunta acima não é simples e constitui a hipótese deste trabalho: o Direito é um importante instrumento de poder e assim tem sido usado ao longo da história e o reconhecimento deste fato é uma necessidade premente da ciência jurídica.

Este reconhecimento implica na superação de alguns mitos muito presentes no universo do conhecimento jurídico, a começar pelo rompimento da idéia já exposta acima de que o Direito possuiu um caráter neutro e isento, podendo servir a todos os interesses com igual eficiência, na busca de ideais de justiça e pacificação social. Esta crença está sustentada em um aparato doutrinário, normativo, metodológico e pretensamente científico que LUIZ ALBERTO WARAT chama de “senso comum teórico dos juristas”. Nada melhor do que as palavras do ilustre professor argentino para explicar o significado da expressão citada e suas ramificações. Diz o mestre que,

“De uma maneira geral, a expressão “senso comum teórico dos juristas” designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes praticas de enunciação e escritura

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pág. 7.

do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.

Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções lingüísticas que encontramos já prontas em nos quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chave para aproximar-nos da idéia do "senso comum teórico dos juristas".

A expressão serve para chamar a atenção sobre O fato de que, nas atividades efetuadas pelos diversos juristas de ofício, existe também uma relação imaginaria com as mesmas, que determina um campo de significado (um eco de representações e idéias), através do qual determina-se a aceitabilidade do real. É o tempo imaginado da história.

Para aceitar a noção de "senso comum teórico dos juristas", precisa-se de certa cumplicidade semiológica. Isto porque estamos diante de um conceito constituído a partir de uma forte dissidência com as teorias lingüísticas que poderíamos chamar dominantes - principalmente que estamos analisando - dependente da aceitação da idéia de que aquilo que os filósofos e cientistas há muito tempo chamam de "real", não é senão

um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente.

Deste ponto de vista, a realidade é o nome geralmente empregado no pensamento ocidental para o traçado polifônico das versões interpretativas. O mundo não tem nenhuma distancia de suas versões. Por este motivo, estaríamos forçados a admitir que as significações formam um texto que não se extrai da consciência da realidade, senão da própria circulação discursiva. Desta forma, precisamos admitir a existência de um princípio de intertextualidade pelo qual aprendemos que o sentido de um texto depende de sua própria história, e esta do diálogo surdo com os outros textos de uma cultura.

Apelando a idéia de intertextualidade podemos notar que todo discurso é feito com um conjunto de citações, cuja origem não pode ser nitidamente indicada, permanecendo, um número elevado de situações, como um trace ou uma voz incógnita, desconhecida.

O conjunto de citações anônimas que regulam a produção dos diferentes enunciados jurídicos nos aproxima de um modo oblíquo, diferente, da idéia de "senso comum teórico dos juristas". Ele pode ser também caracterizado como a intertextualidade das enunciações jurídicas. Também, poderia sustentar-se que o "senso comum teórico dos juristas" é uma para-linguagem, alguma coisa que está além dos significados para estabelecer em forma velada a realidade jurídica dominante.

As significações não deixam de ser um instrumento de poder. Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe, portanto um saber acumulado - difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais - que é

condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. Com isto, estamos ressaltando as dimensões políticas dos sistemas de enunciação. Quando esse sistema é autoritário precisa solidificar artificialmente as relações sociais, modelando e centralizando a produção de sentido, deixando inelutáveis a marca do Estado, fabrica então um sistema de sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem da história.

Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condenações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível - o "senso comum teórico dos juristas" - no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar O componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder".⁴⁵

A idéia do Direito como instrumento de ação política parece cercada de uma desconfiança, talvez histórica, que associa este uso a eventos

⁴⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. pág. 13-15.

lamentáveis. Ora, ao se considerar o Direito como um instrumento, assim como um piano ele pode ser bem tocado ou mal tocado. Ter sido usado para finalidades nada elogiáveis no passado não deve constituir um empecilho para o reconhecimento desta relação, mas um fator comprovador de que ela existe. E a reconhecendo, os esforços do jurista, do cientista, do filósofo do Direito e de todos aqueles que militam na área devem ser no sentido de conhecer, criar, avaliar e reavaliar, substituir, extinguir e modificar os mecanismos que atuam nesta relação a fim de que seu uso permaneça sempre, na medida de suas limitações como criação da cultura humana, adequado.

Capítulo II

O Mito da Neutralidade

1. Introdução; 2. A educação jurídica 3. A Primazia da Lei; 4. A Ciência do Direito; 5. A Hermenêutica Jurídica; 6. A idéia de Justiça

2. Introdução

A idéia de neutralidade presente na doutrina jurídica, enraizada no *sensu comum teórico dos juristas*⁴⁶ e, mais do que isso, projetada para o imaginário das pessoas em geral, não só não corresponde à realidade como cumpre uma função ideológica – ou várias – com fins conservadores, mantenedores de um *status quo* e, em alguns casos, até mesmo opressores.

Os problemas começam já na confusão terminológica, quando os termos neutralidade e imparcialidade são usados indistintamente como sinônimos. Não que os termos e os conceitos referentes a eles não guardem relação próxima, mas não alcançam a sinonímia e as devidas distinções devem ser cuidadosamente feitas, a fim de evitar ou desfazer mal-entendidos e esclarecer

⁴⁶ Ver Capítulo 1, pág.

meu entendimento sobre o assunto, que irá pautar toda a argumentação deste trabalho, em especial deste capítulo.

O uso dos termos aqui não se restringirá à sua aplicação no direito processual, quando se refere ao juiz natural e, em sede de princípios, muitas vezes tornados norma legislada, determina critérios objetivos de suspeição e impedimento dos magistrados, baseados nas relações com as partes e seus procuradores ou mesmo com o objeto da causa. No entanto, nada impede que tomemos emprestadas algumas dessas noções.

A imparcialidade tem caráter objetivo, como princípio de direito e “é tema que se liga institucionalmente à questão do juiz natural e, processualmente, a condição pessoal do *juiz-homem-indivíduo*,”⁴⁷ sendo aferida neste sentido em dados observáveis como o parentesco com a parte, a amizade com o advogado, o interesse no objeto da causa, a participação do juiz como advogado em fase anterior do processo, etc. A neutralidade, diferentemente, “é dado subjetivo que liga o *juiz-cidadão-social* à visão geral de mundo”⁴⁸. A imparcialidade não constitui problema, mas a noção de que ela leva à neutralidade, sim.

Por mais que a doutrina moderna tenha ressaltado estas diferenças, no seio da comunidade jurídico, no meu modo de ver, continua pesando o pensamento tradicionalista, Que “não tem um conceito preciso sobre o que seja imparcialidade. Há quem veja no estrito cumprimento da lei o apanágio

⁴⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pág. 77

⁴⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pág. 78.

da imparcialidade. Assim, é indispensável pôr-se em guarda para que, sob a capa da imparcialidade, não se volte a idéia de um juiz acomodado, asséptico, acrítico, neutro e distante da realidade. Enfim um juiz - como quer a visão tradicional do direito - sem vontade, que seja a boca da lei, um escravo da lei e tão somente a *longa manus* do legislador”.⁴⁹ No capítulo final voltarei a falar desta questão, para explicar a quem aproveita este tipo de pensamento dominante.

Esta visão desumaniza o juiz, com de resto o jurista em geral, e pretende dar ao Direito um caráter estático e acabado. Seres Humanos, não somos seres alheios ao mundo em que vivemos, somos parte de uma realidade construída pela cultura e como tais agimos em todos os aspectos da nossa vida. Não é possível nos tornarmos máquinas agindo mecanicamente como advogados, promotores ou juízes sem que nossas convicções, crenças, angustias tenham influência nas decisões e rumos que tomamos. A história de uma pessoa a acompanha sempre. Não há como alguém se despir de sua essência. A formatura na faculdade de Direito ou a investidura no cargo de juiz não faz de ninguém sobre-humano ou super-humano. Várias são as formas e instrumentos utilizados para tentar fazer prevalecer essa idéia. Passamos a analisá-las em seguida.

2. A educação jurídica

Pergunta JEROME FRANK em clássico ensaio: “O que é uma faculdade de Direito? Uma instituição de ensino onde o “Direito” é supostamente ensinado,

⁴⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pág. 79.

aonde livros de “Direito” são estudados, onde homens são presumidamente treinados para se tornarem advogados que vão praticar o “Direito” ou presidir como juizes de “Direito” tribunais onde eles decidirão causas de “Direito”. Faculdades de Direito tem, portanto, grave responsabilidade.”⁵⁰ Mas qual o Direito ensinado nas escolas e com que propósito?

Embora o Direito, especialmente no Brasil, hoje atraia uma grande massa de estudantes em busca de estabilidade financeira, ainda atrai também aqueles que imaginam, ao fazer esta escolha, que, através do Direito, podem fazer a diferença, “aspirando ajudar os oprimidos trazendo a tona ideais antes latentes”.⁵¹ O curso se incumbe de mitigar estas aspirações.

O currículo das faculdades de Direito pode ser dividido em disciplinas zetéticas e dogmáticas. As primeiras são as disciplinas de cunho teórico, como a filosofia e a sociologia do Direito, que tem como “sua característica principal a abertura para o questionamento dos objetos em todas as direções”.⁵² As disciplinas dogmáticas são aquelas conhecidas como jurídicas específicas, como o Direito Penal, Direito Civil, Comercial, etc., e, ao contrário das zetéticas, buscam retirar do conhecimento jurídico o elemento dúvida. Na dogmática, “determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é, postos fora de questionamento,

⁵⁰ What are a law school? An institution of learning where “law” is supposed to be taught, where “law” books are studied, where men are presumably trained to become “law”-yers who will practice “law” or to preside as judges in “law” courts where they will decide “law” suits. Law schools have, then, a grave responsibility. FRANK, Jerome. **Are Judges Human? Part one: The effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave like Human Beings.** In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 80. P. 17-53. 1931-1932. Pág. 17

⁵¹ ... aspires to help the oppressed and transform society by bringing out the latent content of a valid ideal. KENNEDY, Duncan. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004. pág. 17.

⁵² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. pág. 44.

mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto”.⁵³ Pode-se dizer que o conjunto de idéias que formam esta dogmática jurídica forma o já citado e recitado *sensu comum teórico dos juristas*.

Este conjunto de disciplinas se revela um caminho menos árido e mais seguro para o aluno de Direito, que vê naquilo um conjunto de instrumentais que serão necessários à sua vida profissional. Muitos trocam a incerteza dos questionamentos por uma ilusão de segurança. Esquece-se que a prática sem a teoria mecaniza a atividade jurídica, é mera técnica repetida exaustivamente sem que nunca sejam mencionadas as razões, muito menos levantados questionamentos. Não só o Direito assim é mero instrumento, pior, o profissional do Direito também o é.

Assim, o curso de Direito se transforma em um curso técnico de legislação, onde os alunos “aprendem habilidades para executar tarefas simples embora importantes. Aprendem a armazenar um grande número de normas organizadas em categorias sistematizadas, (...) e a identificar as ambigüidades da lei quando em conflito com os fatos, (...) e uma lista de argumentos comumente usados pelos advogados para justificar uma interpretação ampliativa ou restritiva dessas normas”.⁵⁴ Enfim, procura-se formar um profissional bem treinado para executar uma função quase

⁵³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. pág. 41.

⁵⁴ They learn skills, to do a list of simple but important things. They learn to retain a large number of rules organized into categorical systems (...). They learn *issue spotting*, which means identifying the ways in which the rules are ambiguous, in conflict with particular fact situations. (...) They learn a list of arguments that lawyers use in arguing that a given case should be extended or narrowed. KENNEDY, Duncan. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004. pág.31.

burocrática, e, principalmente, sem questionar ou refletir sobre as razões de fundo de seus próprios atos.

Não é sem razão que “este é o ângulo privilegiado com que o Direito é conhecido e ensinado nas faculdades de Direito”.⁵⁵ E esta razão é eminentemente ideológica e visa à manutenção de um *status quo* dominante, como aponta DUNCAN KENNEDY, “o que acontece é a repetição através do currículo formal e da experiência da sala de aula de uma série de atitudes políticas a respeito da economia e da sociedade em geral, a respeito do Direito e a respeito das possibilidades da vida da vida na profissão jurídica. Estas têm um significado ideológico importante e tem impacto até mesmo nos alunos que não seguirão carreiras jurídicas”.⁵⁶

Dentro da mesma linha, pergunta JEROME FRANK: “Se, como se tem feito por anos, as faculdades definem o Direito como consistindo, exclusivamente ou principalmente, de chamadas regras jurídicas, os estudantes de Direito – futuros advogados e juízes – quando pensando sobre o Direito, tenderão a confinar sua atenção para estas regras. Isto porque eles foram a faculdade para estudar o Direito e, se o Direito consiste em normas(chamadas) e mais nada, porque se importar muito sobre qualquer coisa que não as normas?”⁵⁷

⁵⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. pág. 51.

⁵⁶ What happens is the inculcation through the formal curriculum and the classroom experience of a set of political attitudes toward the economy and society in general, toward law, and toward the possibilities of life in the profession. These have a general ideological significance, and they have an impact even in the lives of law students who never practice law. KENNEDY, Duncan. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004. pág.30.

⁵⁷ If, as they have done for years, the schools define law as consisting, exclusively or primarily, of (so-called) legal rules, the law students – the future lawyers and judges – when they are thinking about law, will tend to confine their attention to those rules. For they come to law school to study law and, if law consists of rules

Toda esta estrutura visa levar o estudante e, em última análise, o profissional do Direito, a acreditar que sua ação tecnicista é essencial para o funcionamento do sistema jurídico, e que este sistema, por sua vez, ocupa na sociedade um papel neutro e avalorativo. Portanto, em última análise, “o que se visa, intelectualmente, é distinguir Direito de política”⁵⁸ e, conseqüentemente levar ao equívoco de que a atividade jurídica não é e não se confunde com a atividade política.

Na base dessa ideologia está a idéia restrita do Direito como um conjunto de normas e de sua função como meramente instrumental, ao visar a solução de conflitos inerentes ao convívio social. Sobre esta visão estreita e suas conseqüências falo no tópico a seguir.

3. A Primazia da Lei

Este modelo de educação jurídica solidifica um conceito estreito de Direito, conceito este que confunde Direito com o ordenamento jurídico, enfim, Direito é a lei. E, muitas vezes, nem mesmo a noção profunda do que seja o ordenamento jurídico esteja aí implícita. Ele é visto aqui como um agrupamento de normas – não uso aqui o termo conjunto de normas porque isso daria uma idéia de unidade, organicidade e coerência.

(so-called) and nothing else, why bother much about anything but those rules? FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part one: The effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave like Human Beings. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 80. P. 17-53. 1931-1932. Pág. 17

⁵⁸ The intellectual core of this ideology is the distinction between law and policy. KENNEDY, Duncan. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004. pág. 33.

Estas normas são consideradas apenas na sua existência formal e exterior, prontas e acabadas, pairando sobre a sociedade como a mão forte do Estado que impõe comportamentos previamente escolhidos como bons e desejáveis. O processo formação da lei é até mesmo desconsiderado do ponto de vista de seu conteúdo. Apenas o processo legislativo formal é objeto de estudos em Direito constitucional.

Esta visão restrita e legalista do Direito é comumente atribuída ao positivismo, o que é um enorme equívoco. Há, portanto, que aqui se fazer um parêntese. Esta crítica por atribuição pode ser explicada com o uso de uma expressão popular: colocar palavras na boca. Significa dizer que os anti-positivistas atribuem aos positivistas determinadas teses e então as criticam. Percebeu, com razão, NORBERT HOERSTER, que teses “reiteradamente imputadas aos juspositivistas por seus adversários, nunca foram sustentadas pelos próprios juspositivistas”.⁵⁹

Essas atribuições podem ser feitas de pelo menos duas maneiras, a invenção e a distorção. No primeiro caso, é criada uma teoria a ser atribuída ao positivismo, no segundo teses, expressões ou palavras usadas pelos positivistas tem seu sentido alterado totalmente. Muitas vezes as duas coisas andam juntas e da distorção acaba nascendo uma tese atribuída ao positivismo. Como exemplo clássico pode-se citar a distorção da expressão de KELSEN, Teoria Pura do Direito. Fica claro que o adjetivo pura se refere ao substantivo teoria e não ao substantivo Direito. No entanto, ainda há aqueles que se

⁵⁹ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.10.

referem ao “Direito Puro”,⁶⁰ a partir daí atribuindo a Kelsen uma tentativa de purificação do Direito.

NORBERT HOERSTER identifica três teses comumente atribuídas ao positivismo jurídico: a tese da lei, segundo a qual o conceito de Direito tem que ser definido segundo o conceito de lei; a tese da subsunção, segundo a qual a aplicação do Direito pode se dar em qualquer caso pelo uso direto de um método lógico simples; e a tese da legalidade, segundo a qual as normas jurídicas devem ser obedecidas em quaisquer circunstâncias.⁶¹ Aqui nos interessam as duas primeiras.

Quanto à tese da lei, a partir da negação do Direito Natural, ou seja, da existência de um sistema jurídico suprapositivo, e da adoção de um conceito de Direito que prescindia do seu conteúdo, os antipositivistas identificam no positivismo a idéia de que o Direito se resume à lei. Isto não é verdade. A negação do Direito natural implica no reconhecimento de que o Direito é um fenómeno humano, sócio-cultural, e não que este seja reduzido à lei.

A tese da subsunção nunca teve nenhuma aceitação no seio das teorias positivistas. Esta tese, que nega ao juiz um papel criador, reduzindo-o quase a um autômato, foi defendida nos primórdios da teoria da divisão de poderes, é ideal da escola da exegese e não foi abraçada por nenhum teórico do positivismo.⁶²

⁶⁰ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 235.

⁶¹ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.11.

⁶² HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.13. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000. p. 86.

Fechado o parêntese, o principal aqui é ressaltar a consequência desta concepção no imaginário do jurista e das pessoas em geral, dando a idéia da neutralidade. Esta neutralidade viria da Lei, que na frieza do *preto no branco* eliminaria as “distorções” do falível ser humano e garantiria um ato imparcial, seja no agir do cidadão comum, seja na atuação do profissional do Direito. A lei assim vista teria o condão de eliminar os substratos pessoais, principalmente dos juristas, treinados para tal nas citadas acima faculdades de Direito.

É uma interpretação exagerada e equivocada da expressão *rule of law* – termo de difícil tradução, talvez o melhor seja o governo das leis – que significa uma limitação ao poder soberano através de uma organização política que submete todos a uma ordem normativa, jurídica no caso, estabelecida em respeito aos princípios da anterioridade e da publicidade, de acordo com as regras de um processo de elaboração por este mesmo ordenamento previstas.

O *rule of law* é um estágio de evolução política das sociedades humanas que veio a combater o autoritarismo mais marcante e explícito de sociedades, Estados e governos historicamente conhecidos, mas, para além disso, não tem o condão de eliminar o caráter político da atividade jurídica e isolá-la de sua relação com o poder.

Todo este esquema ideológico tem sua razão de ser e aproveita determinados setores da sociedade. Voltarei a falar nisso no capítulo final para não ser aqui redundante.

Mas nesta visão fantasiosa, a lei não atua sozinha neste objetivo de chegar à neutralidade e assim à justiça. Ele o faz por ser produto de uma “ciência do Direito”, que confere caráter avalorativo e neutro ao conhecimento por ela construído. Este é o tema do nosso próximo tópico.

4. A Ciência do Direito

No primeiro momento da cisão da Filosofia com a Ciência, o Direito compartilhou com outros ramos do conhecimento a busca de um método e de um objeto próprios, necessidade advinda desta cisão e da nova realidade por ela trazida. Este momento histórico viu surgirem inúmeras propostas metodológicas, a buscarem a superação dos métodos até então conhecidos, pertinentes a uma forma de conhecimento concentrada numa unidade que, embora não sistematizada, abarcava inúmeros ramos que agora iam buscando sua autonomia. Entre estes ramos, aqueles não ligados às ciências naturais, se viram em uma posição de inferioridade. Passado este furor de vaidades, a radicalização inicial – esperada, diga-se – deparou com problemas já antes enfrentados e precisou recorrer a propostas metodológicas a princípio desprezadas, numa nova perspectiva. Neste processo, onde falamos de dois ou três séculos, o conceito de ciência se transformou, alargando-se, minimizando a importância do problema. Neste trabalho não cabe fazer digressões a respeito de metodologia, propriamente dita, examinando seus conceitos e suas tendências⁶³, mas apenas identificar o significado ideológico de uma

⁶³ Sobre o assunto, ver: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

necessidade atávica dar ao Direito o status de ciência. “Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas. Quais são os métodos a que recorre a ciência do Direito?”⁶⁴ Estas são as primeiras linhas da introdução da obra, *Metodologia da Ciência do Direito* de KARL LARENZ.

O prestígio que as ciências naturais e exatas experimentaram neste momento histórico veio acompanhar uma ilusão de que o homem estava a um passo de dominar a natureza construindo um conhecimento absoluto, sólido e eterno. Esta é uma ilusão que as próprias ciências naturais e exatas relativizaram, se não aboliram, há muito tempo. Como ressalta o prêmio Nobel de química de 1977, ILYA PRIGOGINE, “as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas”.⁶⁵ Na filosofia da Ciência, KARL POPPER, em sua obra clássica, põe a possibilidade de refutação como requisito essencial de validade de uma “verdade” científica.⁶⁶

É mistér reconhecer que esta é uma idéia amplamente enraizada na comunidade científica, mas não na população em geral e, principalmente, não na mídia. A maioria das pessoas, apesar de várias demonstrações em contrário, ainda acredita na ciência como algo absoluto e duradouro, a caminho de salvar a humanidade. Proliferam na imprensa notícias sobre descobertas científicas mirabolantes sempre induzindo ao leitor ou expectador na crença que mais um problema da humanidade está para sempre resolvido.

No campo do Direito, a noção de que Direito não é ciência vem de

⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p.1.

⁶⁵ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das Certezas: Tempo, Caos e as Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. pág. 13.

⁶⁶ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*.

longa data, principalmente no clássico ensaio de JULIUS GERMAN VON KIRCHMANN, *O caráter acientífico da chamada ciência do Direito*,⁶⁷ publicado originalmente em 1847. O artigo teve grande repercussão e ainda hoje é muito citado, colocando seu autor, um funcionário público não acadêmico, no rol de grandes juristas do seu tempo. No entanto, grande parte dos autores que o citam o fazem ressaltando que KIRCHMANN se referia a um conceito de ciência de sua época, um conceito restrito que foi ao longo do tempo abandonado e modificado. Assim ficou fácil ser ciência, basta criar um conceito próprio de ciência. Qualquer coisa é ciência, tudo é ciência.

Mas a pergunta que se faz é: qual a vantagem ou a importância de ser ciência? Minha resposta é: nenhuma. A questão ser ou não ser ciência é completamente irrelevante para o Direito. Sua importância na sociedade continua a mesma. O decantado *status* de ciência reivindicado pelos juristas só serve de alimento para as vaidades e os egos carentes que, infelizmente, procuram a profissão jurídica para resolver suas inseguranças e traumas.

A dita ciência do Direito tem voltado suas atenções para uma questão fundamental, no caso, a aplicação do Direito, seu fim último. E a propositura de diversos métodos para o interpretação e aplicação do Direito, na crença que estes fornecem ao jurista um instrumento para que se alcance a neutralidade, é mais um elemento a alimentar o mito.

5. A Hermenêutica Jurídica

⁶⁷ KIRCHMANN, Julio German von. *El carácter A-científico de La Llamada ciencia del Derecho*.

Embora nascido em Roma⁶⁸, o problema hermenêutico veio a ocupar espaço mais significativo na Ciência e na Filosofia do Direito nos últimos duzentos anos. Mais recentemente, a Hermenêutica assumiu grande parte da atenção dos estudiosos do tema. Não é sem razão que a hermenêutica é o assunto mais presente no pensamento jurídico contemporâneo, tornando-se “um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos”.⁶⁹ A preocupação com o melhor desenvolvimento das técnicas de interpretação do Direito ocupa páginas de obras em quase todas as áreas do Direito, sendo absorvida notadamente pela filosofia do Direito, onde autores de correntes diversas compartilham o interesse e concordam em apontar a extrema relevância do tema.

Neste cenário, o modelo dominante de interpretação é o dogmático e legalista. Esse modelo é defendido “basicamente pela escola da exegese, escola histórica, o primeiro período de JHERING e a jurisprudência dos conceitos”⁷⁰, e tem como característica essencial a limitação da atividade do juiz a uma atividade meramente dedutiva. O modelo dogmático nasce com a própria ciência do Direito e tem o mérito de trazer pela primeira vez uma proposta metodológica objetiva. Seus métodos se revelaram, desde cedo, insuficientes e a busca de alternativas logo se iniciou.

Já KELSEN chamava atenção para a insuficiência do modelo dogmático, afirmando que “a idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que

⁶⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Memória, Método e Direito: Iniciação à Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 53 e seg.

⁶⁹ MARMOR, Andrei(org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. IX.

⁷⁰ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do Método Positivista-legalista do Século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

a determinação do ato jurídico a pôr, realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito pré-existente, é uma auto ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação”.⁷¹

Afere-se do texto acima que KELSEN, já reconhece a impossibilidade, ou pelo menos a ineficiência, da interpretação da norma em abstrato. A interpretação jurídica só é possível diante do fato concreto, o que GADAMER chamou de “significado paradigmático da hermenêutica jurídica”.⁷² Não só uma norma só pode ser interpretada no caso concreto, como chamou atenção HART, “a mesma norma jurídica que em certo caso é clara, precisa e não traz nenhuma dificuldade de interpretação, pode não ser assim em um caso diferente”.⁷³

Embora há muito não se fale no juiz autômato que apenas declara o Direito, já não se crê na sentença como sendo um simples silogismo,⁷⁴ esta idéia ainda está firmemente presente no imaginário jurídico. O que se discute, ou o que se deveria discutir, são os limites do poder criador do juiz, qual sua extensão, em que casos deve ser usado e, principalmente, em que bases deve ser assentado. Uma decisão baseada em norma pré-existente não corresponde ao modelo dogmático, pelo qual teria que haver uma solução correta apenas, para cada caso. KELSEN já rompe esta ilusão ao, metaforicamente, comparar o

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág 392.

⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 426.

⁷³ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 403.

⁷⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 82-83.

Direito a uma moldura, “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”.⁷⁵

Não há de se negar a necessidade métodos adequados para a interpretação jurídica, mas não se deve acreditar em sua infalibilidade, pelo contrário, é extremamente necessário reconhecer suas limitações e a conseqüente necessidade de um contínuo aprimoramento, mas que nunca chegará à perfeição, sempre deixando margem a discricionariedade do aplicador. KELSEN assume claramente esta limitação quando afirma que “a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a *correta*, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de Teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”.⁷⁶ Da mesma forma, HART também admite que nos casos em que a norma jurídica não oferece um caminho para a solução. Esta ficará, em grau bem maior que o normal, sujeita à subjetividade do juiz.

Esta subjetividade comprometeria a imparcialidade e conseqüentemente a justeza da decisão. Acontece que, como já foi falado antes, os juízes e juristas em geral são seres humanos e não têm a capacidade de se despir de sua essência, pondo de lado seu substrato pessoal. Ademais, o problema interpretativo se situa no caso concreto, melhor dizendo, no fato subjacente a ele, e a hermenêutica trabalha basicamente com a interpretação dos textos.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág 390.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág 393.

Não foi a toa que disse BENJAMIN CARDOZO: “O trabalho de decidir causas se faz diariamente em centenas de tribunais de todo o planeta. Seria de imaginar que qualquer juiz descrevesse com facilidade procedimentos que já aplicou mais de milhares de vezes. Nada poderia estar mais longe da verdade”.⁷⁷ Os métodos são insuficientes e o caráter único dos fatos em cada causa que se apresenta exige do juiz uma postura criadora, já que a ele é impedido não julgar. Sejam quais forem as dificuldades que um caso apresente, o magistrado tem que trazer uma solução, que terá efeitos na realidade concreta.

Não descarto aqui a necessidade de que os magistrados e os juristas em geral devam conhecer hermenêutica a fundo. Isso é extremamente necessário, mas não garantirá, como querem alguns, a imparcialidade ou neutralidade, ao menos dentro deste conceito restrito que se põe. O que se pode almejar é uma aproximação, cujo requisito básico é reconhecer que não somos, por natureza, neutros. Aquele que isto não reconhece, coloca na lei, na ciência do Direito, nos métodos interpretativos sua garantia externa e não atenta para as determinações de seu inconsciente, se tornando o menos neutro dos juristas, mas afeito a se tornar um mero instrumento do sistema.

Na lição de EILEEN BRAMAN, “diferentes percepções dos precedentes por juízes com diferentes visões políticas podem servir como uma série de razões motivadas para decisões judiciais. Teorias e descobertas da psicologia da cognição mostram como o pensamento analógico pode influenciar escolhas

⁷⁷ CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1.

da parte de especialistas do Direito”.⁷⁸ Assim, somada a insuficiência dos métodos com a ilusão da neutralidade e as dificuldades do caso concreto, quaisquer decisões encontram validação lógica. O interprete então, no mais das vezes, “enxerga o que quer”,⁷⁹ ficando convencido que chegou a uma conclusão guiado pela lei e pelos métodos hermenêuticos propostos pela “ciência do Direito”.

Concluindo, assumir que a subjetividade exerce influência nas apreciações ou juízos do profissional de Direito, em especial do juiz, é necessário para que haja uma transparência na atuação destes profissionais, fundamental para a credibilidade do sistema jurídico como um todo e para sua real autonomia dentro do sistema sócio-político. Ao tomar esta atitude o profissional não alcança neutralidade, mas insere-se na posição de sujeito ativo de um processo. Do contrário, ele será um inocente útil, na melhor das hipóteses.

6. A idéia de Justiça

Neste tópico analiso a “idéia de justiça”, já que esta concepção restrita de Direito descrita nos tópicos acima carrega consigo a noção de que ela é necessária para a realização da justiça. Há uma noção corrente de que a subjetividade e os substratos ideológicos, morais, religiosos, etc., subjacente a

⁷⁸ ... different perception of precedent by judges with different policy views could serve as an avenue of motivated reasoning in legal decision making. Theory and findings from cognitive psychology illuminate how analogical reasoning may enable attitudinal choices on the part of legal experts... BRAMAN, Eileen. *Law, Politics & Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2009. pág. 83.

⁷⁹ Seeing what they want? BRAMAN, Eileen. *Law, Politics & Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2009. pág. 83.

ela impediriam a realização de justiça. Tento demonstrar nas próximas páginas que o próprio conceito de justiça é relativo em sua própria natureza e, portanto, de antemão sujeito a grande dose de subjetividade. O que não pode acontecer é acharmos que a nossa visão pode ser elevada a regra universal. Temos que ter sempre em mente que há outras visões e que são elas apenas diferentes, não certas ou erradas. É, principalmente, que a assumpção de que nossa visão do mundo nos influencia o tempo todo, não sendo ela unívoca, essencial para que a justiça se torne mais próxima.

O tema da justiça vem sendo tratado por diversos autores, sendo certo que o tema da justiça desperta interesse em várias áreas diversas, ainda que afins. Estas áreas se conectam por estudarem o ser humano e as relações humanas, pois a justiça, como no mais todos os valores, expressa ou projeta desejos, vontades e aspirações humanas. E estas vontades se convertem em interesses estes que indubitavelmente se chocam, provocando conflitos e gerando a necessidade da intervenção do Direito. Nesta intervenção não se exige do Direito que apenas dê uma solução, mas que se dê uma boa solução, uma solução justa. Mas o que é a justiça, afinal?

A Justiça é muito citada como um valor jurídico, ou o valor jurídico por excelência. Encontram-se várias classificações dos valores e, em geral, não se menciona o valor jurídico. De fato, os valores podem ser classificados em éticos, estéticos e econômicos. Os valores éticos se referem ao agir humano. Portanto, os valores éticos se manifestam nos pólos de uma relação entre pessoas, tendo como suporte a conduta.

E sendo o Direito uma ordem normativa, assim como a moral e a religião, definidora de condutas, são os valores éticos que para ele interessam mais. Assim, o sentimento do justo ou do injusto só se dá no momento em que se encontram as condutas humanas, na convivência em sociedade. Portanto, a justiça não é um valor essencialmente jurídico, é um valor ético adotado pelo Direito como um valor preponderante – pelo menos para uma boa parte das teorias jurídicas – que lhe serve de objetivo e fundamento.

Conceitos de Justiça proliferam na história do pensamento, afinal “o problema da justiça é um problema especificamente humano e só pelo homem pode ser pensado e apenas por intermédio dele será resolvido, que em sua dimensão social, quer em termos individuais”.⁸⁰ Como assevera TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “o termo costuma caracterizar aquilo que é justo no sentido de eqüitativo, congruente, igual. Mas, especificamente, se refere às coisas na sua relatividade face ao homem e aos homens entre si”.⁸¹

No entanto, não é objetivo deste trabalho e nem a ele aproveita discorrer sobre as inúmeras teorias sobre a justiça que desde ARISTÓTELES⁸² até JOHN RAWLS⁸³ vem abrilhantando a bibliografia sobre o assunto. Aqui interessa relacionar a idéia de justiça como a ideologia da neutralidade do Direito. Esta relação está intimamente ligada com a tese do subjetivismo ou, melhor dizendo, com sua negação. Quando se diz que os critérios da avaliação do

⁸⁰ CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 60.

⁸¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002. p.148.

⁸² ARISTÓTELES. *A Política*. 2ªed. São Paulo: Martins fontes, 1998. *Ética a Nicomanos*. 4ªed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *A Constituição Ateniense*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003.

⁸³ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. *Justiça como equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Direito reto são subjetivos, isto decorre exatamente do fato de os critérios de justiça serem subjetivos, ou seja, que do mesmo fato se podem extrair juízos de valor contrários, que possam atribuir à mesma conduta a qualidade do justo ou do injusto.

Mesmo que se fale em predominância de um ideal de justiça no seio de uma sociedade, ele, indubitavelmente, varia no tempo e no espaço. E mesmo dentro de uma mesma realidade espaço-temporal, os critérios para a aferição do justo têm caráter subjetivo. Para KELSEN, “a justiça absoluta é um ideal irracional”.⁸⁴

Mas esta postura não quer dizer negação da Justiça e que o Direito não deva tê-la como objetivo. Quer dizer apenas que este objetivo não pode ser traçado com base em padrões pré-estabelecidos por um conceito absoluto de justiça. Em cada momento de realização do Direito, a busca da justiça deve estar presente, sob a forma de uma avaliação constante que leve em conta as intersubjetividades envolvidas. Só um conceito relativo de justiça pode aproximar o Direito da sociedade humana, complexa e pluralista. A justiça relativa é a “justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância”.⁸⁵

Tradicionalmente a justiça é “representada por uma mulher de olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a

⁸⁴ KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25.

balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos bem abertos para ver as desigualdades e **(tentar, eu diria)** igualá-las”.⁸⁶

Digo tentar porque os juristas somos humanos, mesmo os magistrados, e não acertaremos sempre. Em uma decisão judicial haverá sempre a parte insatisfeita. Mesmo a parte vencedora não sabe o que a reserva daquele futuro, resultado de uma pretensão atendida. Há sempre o risco do “era feliz e não sabia”.

A justiça não é objetivo do Direito apenas na figura da decisão “justa”. Nem gosto dessa adjetivação, prefiro falar em decisão adequada, boa, sensata ou outro adjetivo semelhante, do qual não se infira uma idéia de perfeição, objetivo inalcançável. A justiça é objetivo da sociedade humana, pelo menos daqueles que dela tem uma visão igualitária e humanística. Essa justiça é buscada no dia a dia do processo político, sendo que dele o Direito faz parte. Não deve, em minha opinião, o jurista se eximir dessa participação. No entanto, quando o meio jurídico se torna participativo, as reações acontecem. Nada de errado, totalmente normal.

Nos próximos capítulos, analisarei alguns destes momentos de maior participação política da comunidade jurídica e as críticas e reações contrárias a ela, nas figuras do ativismo judicial, da judicialização da política e da supremacia judicial.

⁸⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pág. 79.

Capítulo III

Da supremacia judicial e da Judicialização da Política

1. A separação de poderes; 2. A independência do poder judiciário; 3. Supremacia Judicial; 4. A judicialização da Política.

1. A separação de poderes

Com o desenvolvimento do Estado moderno, em sistemas de governo que superaram o absolutismo monárquico para se transformarem em democracias representativas, o papel de cada poder e sua respectiva autonomia se fez necessariamente mais forte para superar as práticas do passado recente.

A grande transformação é a descentralização do poder, que sai da mão do monarca e recai nos parlamentos e governos eleitos. E a legitimação deste poder não mais encontra razão na tradição ou em forças divinas, mas na

soberania do povo, exercida através de seus representantes. E o exercício do poder passa a ser limitado pela lei, em especial, pelas constituições.

Neste cenário, o princípio da Separação de Poderes se tornou mais evidenciado. A primeira fase deste novo estado é o Estado constitucional da separação de poderes.⁸⁷ Segundo JULES LOBEL, “a razão principal para a adoção da separação de poderes não era promover eficiência mas prevenir os *excessos da democracia*, vistos como arbitrários e tirânicos”.⁸⁸ Natural esta preocupação em vista dos antecedentes históricos recentes. A questão da eficiência do sistema, citada acima de passagem, terá uma repercussão importante neste trabalho e será objeto de análise futura.

Sabe-se que esta separação nunca foi uma realidade total e absoluta pois a própria complexidade de um Estado e as exigências de sua administração, mesmo em modelos mais primitivos, faz com que haja um mínimo de interferência entre as esferas. No entanto, neste primeiro momento foi quando se pretendeu levar a separação ao máximo possível.

Como ensina PAULO BONAVIDES, “teve o princípio na infância do constitucionalismo moderno seu momento de apogeu, como artigo de doutrina em que se esteou a organização política do novo Estado”⁸⁹. Assim, neste primeiro momento, a separação de poderes – ou a ilusão de que ela existia em maior extensão do que de fato existia – era pilar da proteção dos novos

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 37.

⁸⁸ The Main reason for adption of separation of powers was not to promote efficiency but to preclude the excesses of democracy(...) viewed as arbitrary and tyrannical. LOBEL, Jules. **The Political Tilt of Separation of Powers**. IN: KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3ª ed. New York: Basic Books, 1998. Pag. 591-616. P. 592.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pag. 63.

sistemas contra os perigos do autoritarismo, evitando a preponderância de um poder sobre os outros, e também garantia da proteção dos Direitos individuais, dentro da perspectiva do modelo liberalista político e econômico vigente à época.

Como dito acima, a soberania se apoiava na constituição e nas leis. Sendo assim, num primeiro momento o poder legislativo se apresenta em posição de supremacia em relação aos demais, já que é de sua responsabilidade a elaboração das leis que vincularão tanto a atividade executiva quanto a judiciária.

Assim se revelou a insuficiência do princípio para garantir o equilíbrio de poder e tão logo se percebeu essa fragilidade no cumprimento de sua principal finalidade, o dogma foi por terra. A nomenclatura permaneceu, mas o significado mudou sensivelmente. Com a tese da unidade do poder do Estado⁹⁰, JELLINEK demonstra que o poder do Estado é indivisível. O que existe de fato é uma separação das funções do Estado.

Dentro dessa nova idéia, o poder é exercido em conjunto nas diversas esferas e o conceito de autonomia é substituído pelo de harmonia entre os poderes. E essa harmonia pressupõe independência. E essa, independência, por razões históricas, foi uma conquista mais difícil e mais importante para o poder judiciário do que para os outros.

2. A independência do poder judiciário

⁹⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004. Pag. 450 e segs.

Historicamente, nos regimes anteriores ao Estado constitucional, não havia independência do poder judiciário. Muitas vezes, como na maioria dos Estados absolutos, não havia nem mesmo poder judiciário. Juízes eram nomeados livremente pelo rei, e a ele deviam obediência, acima até mesmo da lei. Tinha talvez alguma independência para resolver questões comezinhas dos súditos, dentro de um limitado acesso à justiça, mas nas questões de maior interesse político, estavam à mercê do soberano.

Assim, no advento do Estado constitucional, o judiciário é quase que um novo poder, em sua nova autonomia e independência. E, embora a teoria já desse conta dessa necessidade, os fatos quase nunca acompanham com tanta eficiência. Na prática do dia a dia, a atuação de um judiciário independente foi uma conquista demorada.

E mesmo nas fases mais iniciais, essa independência já se mostrou de suma importância. A atuação do judiciário, principalmente na sua prerrogativa de apreciar atos dos outros poderes era a maior garantia do povo contra os abusos do Estado. A consolidação desse papel se tornou tão marcante que, nos regimes autoritários que porventura apareceram posteriormente, era ato precípua controlar o judiciário e eliminar sua independência.

Esse ataque foi feito com a eliminação e substituição de juízes, com a criação de tribunais de exceção, mas também foi feita de forma mais sutil com alterações legislativas que levavam o judiciário na direção desejada pelo respectivo regime autoritário. Isso leva a pensar no real significado de independência do judiciário.

Como assevera LUIS ROBERTO BARROSO,

“A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um governo de leis, e não de homens. De leis, e não de juízes, fique bem entendido. Para assegurar que assim seja, a Constituição brasileira, por exemplo, confere à magistratura garantias institucionais – que incluem autonomia administrativa e financeira – e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração. Naturalmente, para resguardar a harmonia com outros Poderes, o Judiciário está sujeito (...) ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora

*do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas”.*⁹¹

Alguns comentários se fazem necessários a partir da citação acima. Em primeiro lugar é preciso esclarecer o que se entende por “*protegido de pressões políticas*”. O termo Políticas está usado aqui no seu sentido restrito, referindo-se ao partidarismo que elege membros do executivo e do legislativo. Estes, no exercício de seus mandatos, não podem interferir na esfera do poder judiciário. É evidente, que a própria sociedade, no agir político de seus membros, tem formas legítimas de exercer pressões políticas sobre o Estado e seus poderes. O judiciário, portanto, está sujeito a estas pressões tanto quanto os outros poderes.

Em seguida vemos o eminente constitucionalista se referir a “*interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica*”. Sobre o caráter científico da Hermenêutica jurídica tratarei em capítulo posterior, mas cabe aqui a brilhante lição de BENJAMIN CARDOZO:

“O trabalho de decidir causas se faz diariamente em centenas de tribunais de todo o planeta. Seria de imaginar que qualquer juiz descrevesse com facilidade procedimentos que já aplicou mais de milhares de vezes. Nada poderia estar mais longe da verdade.”⁹²

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 7.

⁹² CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pag. 1.

O conceito de imparcialidade, como o de isenção, também será objeto de capítulo posterior em que tratará do *Mito de Neutralidade*, tanto do ponto de vista das pessoas como da própria lei.

Para mim, a independência do judiciário já se manifesta em si nos regimes constitucionais e na adoção da separação de poderes (funções) combinada com o princípio da harmonia entre eles. A não interferência política (sentido estrito), somada com a autonomia administrativa e funcional, já praticamente garante a independência.

Como já mencionado, o exercício dessa independência, nos primórdios do Estado constitucional, gerou dificuldades para o próprio judiciário, mas também aos outros poderes, não habituados ao nível de intervenção que passou a se fazer necessário nos novos sistemas. Aliado a isso, já em fins do século XIX, mas com mais força no século XX, a transformação da sociedade contemporânea e a sua dinâmica, que passaram a urgir respostas políticas mais rápidas, o judiciário precisou ser mais ativo na consecução e na consolidação de evoluções reivindicadas no seio da sociedade civil.

Com essa ação ativa, da qual se tratará no próximo capítulo – o Ativismo Judicial -, a preponderância do judiciário sobre os outros poderes se fortalece e se evidencia. Este fato gerou um maior nível de interferência do judiciário nos outros poderes e chamou a atenção para algo que já existia, se não desde sempre, pelo menos desde que os estados modernos adotaram, embora com nuances diversas, o princípio da separação de poderes: a supremacia judicial.

3. *Supremacia Judicial*

“Supremacia judicial em grande medida consiste na prerrogativa da Suprema Corte de eliminar a distinção entre sua própria opinião interpretando a constituição e a constituição em si mesma. A corte tem a autoridade não só de dizer o sentido da constituição como guia para a ação dos juízes, mas também e mais importante, podem dizer o que a constituição significa, para eles mesmos e quem quer que seja.”⁹³

O conceito acima é de KEITH WHITTINGTON, autor que crítica a supremacia judicial. Embora nossa posição seja diversa, o conceito apresentado é bastante interessante pois desperta alguns questionamentos em relação a essa posição.

Em primeiro lugar pode-se levantar a seguinte pergunta: o que é a *constituição em si mesma*? Esse é um termo interessante, pois pressupõe a existência de uma entidade com vida e significado próprio, independente de seus interpretes. Essa idéia é simplesmente estapafúrdia. E, além do mais, pressupõe ou infere que as interpretações das cortes constitucionais são, via de regra, divergentes da *constituição em si mesma*.

⁹³ Judicial supremacy largely consists of the ability of the Supreme Court to erase the distinction between its own opinions interpreting the constitution and the actual constitution itself. The court claims the authority not only to look into the meaning of the constitution as a guide to the justices' own actions, but also and more importantly to say what the constitution means, for themselves and for everyone else. WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, The supreme Court, and the Constitutional Leadership in US History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

O conceito também é reduzido, visto que a supremacia judicial não se manifesta apenas em relação à interpretação constitucional pela suprema corte. A supremacia se manifesta na atuação do poder judiciário como um todo, em todas as suas instâncias.

A supremacia é identificada em dois momentos distintos, mas interligados. O primeiro é a competência do judiciário de rever atos dos outros poderes. O segundo é a primazia da interpretação constitucional, se refere à competência do poder judiciário em estabelecer o significado da constituição, sendo o ápice deste monopólio a existência de um tribunal superior – a suprema corte nos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal no Brasil – para julgar matéria constitucional e realizar controle de constitucionalidade das leis.

A primeira questão parece mais simples. A possibilidade de apreciação pelo poder judiciário de atos dos outros poderes, independentemente de recursos administrativos que possam haver, é parte relevante da garantia de acesso à justiça. Questionar esta capacidade é como perguntar por que os pássaros voam ou os peixes nadam. A resposta é da mesma forma simples: por que é de sua própria natureza.

É necessário, no entanto, fazer aqui um parêntese. Evidentemente, há limites para essa intervenção. A discussão sobre até onde pode ir o judiciário na apreciação de atos de outros poderes é antiga e concentra-se na distinção entre ato discricionário e ato vinculado. O assunto foi bastante debatido nas argumentações do recentíssimo caso *Cesare Battisti* no STF (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF). Não nos cabe aqui entrar nos pormenores desta polêmica.

Quanto a este aspecto do conceito de supremacia judicial, pode-se separar em dois tipos: quando o controle é de legalidade do ato e quando o controle é de constitucionalidade do ato.

O controle da legalidade do ato não é objeto de questionamentos mais profundos no que toca a supremacia judicial. Este controle se limita, via de regra às questões formais, não afetando assim o conteúdo do ato diretamente, pois, embora os efeitos materiais possam ser desfeitos se anulado o ato por vício de forma, não terá sido o conteúdo apreciado pelo judiciário. Assim, o segundo nos interessa mais de perto para o objetivo deste trabalho.

O controle de constitucionalidade desperta maiores discussões por duas razões: porque envolve aspectos materiais, ou seja, o conteúdo de um ato ou lei, e pela própria natureza política de questões constitucionais.

Esse aspecto se interliga com a segunda e principal característica da supremacia judicial, primazia da interpretação constitucional pelo judiciário, em especial pelas cortes constitucionais. É importante ressaltar que primazia não significa monopólio, já que não significa exclusividade na interpretação constitucional, mas significa que em havendo dúvida quanto à interpretação, prevalecerá a interpretação do judiciário.

É evidente que todo agente público, no exercício de suas funções, interpreta a lei e a constituição na busca de orientação para seu agir. No mais das vezes, os atos desses agentes são válidos e legítimos, assim presumidos por força de lei. Esses agentes, portanto, realizam interpretação constitucional, ainda que nem sempre conscientemente disso. Mas é comum e natural que em alguns casos, a dúvida ocorra. Pode vir do próprio agente, de outro agente público ou mesmo de qualquer cidadão. Neste caso, a opinião do judiciário prevalecerá.

Contra essa posição, sendo voz praticamente isolada, se insurge o professor MARK TUSHNET, que defende uma flexibilização desta primazia, propondo um enfraquecimento da possibilidade de revisão judicial.⁹⁴ Sobre as posições do eminente professor de Harvard, voltarei a tratá-las com maiores pormenores adiante.

Essa primazia, embora se refira a todo o poder judiciário, em última instância, concentra poder em um único órgão e, por si só gera interferência nos outros poderes, já que estes têm por obrigação agir em acordo com a lei e, em última instância, com o texto constitucional.

Aqui se coloca uma pergunta importante: se o poder legislativo pode alterar a lei contra posicionamento já definido pela corte constitucional, alterando assim os parâmetros para interpretação e exigindo reexame da

⁹⁴ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008. Caps. 2 e 3. Pags. 43-76.

matéria? Ou se o executivo pode apresentar proposta de alteração da lei ao legislativo que verse sobre matéria decidida na corte constitucional?⁹⁵

As respostas podem parecer simples, mas não são. Em primeiro lugar é extremamente difícil a identificação de uma intenção legislativa, seja de quem for a iniciativa da propositura. Saber se há uma intenção política e legislar para assim reverter uma posição jurisprudencial é tarefa subjetiva, que provavelmente frustrará quem tentar. Fica assim difícil estabelecer um limite objetivo para a questão.

Não resta dúvida que esta é uma disputa por poder político. Membros de qualquer dos poderes que se libertarem de um controle externo, certamente exercerão maior parcela de poder, no sentido que terão maior possibilidade de fazerem valer seus atos, sem que estes sejam contestados em caso de dúvida ou conflitos de interesses, normais em um sistema político, principalmente se falamos de democracias.

Em suma, se trata de uma disputa política e, conseqüentemente, de uma teoria política, embora muitos, inclusive os que defendem a supremacia neguem esta característica. Na lição de KEITH WHITTINGTON, “aqueles que advogam a supremacia judicial(...) tendem a tratá-la como um problema de diretiva normativa e um fato consumado,(...) como sendo uma conseqüência lógica do desenho constitucional.”⁹⁶ Embora não veja problema na supremacia

⁹⁵ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. Pag. 6 e segs.

⁹⁶ Those Who advocate judicial supremacy,(...) tend to treat it as a matter of normative directive and accomplished fact (...) that follows logically from the constitution design. WHITTINGTON, Keith E.

judicial, a minha posição não coaduna com esta visão relatada acima e admite abertamente a fundamentação política para a supremacia judicial. Neste particular, concordo com KEITH WHITTINGTON.

É interessante, no entanto, que, em alguns casos, o próprio poder executivo tem tido o interesse em confiar ao poder judiciário essa parcela de poder. Tem sido uma tradição histórica nos Estados Unidos e também no Brasil que o poder executivo, na pessoa do presidente da república, se curve á supremacia judicial, inclusive buscando apoio nas respectivas cortes constitucionais para implantação de suas plataformas políticas.

Entre a opção de desafiar as interpretações das cortes constitucionais ou promovê-las, esta última tem sido mais freqüente. Infelizmente para os que criticam a supremacia, pois vêm no poder do chefe do executivo a maior possibilidade de desafios à supremacia judicial. A maior preocupação dos críticos da supremacia é a concentração de poder nas mãos dos juízes e a possibilidade de uma ditadura do judiciário, mas não me parece que eles se preocupem com a possibilidade da concentração de poder nas mãos do presidente.

A saída apontada para evitar a concentração nas mãos do presidente tem sido frequentemente o chamado departamentalismo,⁹⁷ que consiste em um sistema administrativo com instâncias decisórias autônomas em níveis de atuação restritos, cuja independência entre si e em relação ao poder central evitaria um autoritarismo concentrado. *Data vênia*, me parece a proposta uma revitalização da burocracia, o que só levaria a uma ditadura sem rosto de tecnocratas anônimos.

Outros, como MARK TUSHNET, alegam que a supremacia judicial foi necessária num momento de crise – a grande depressão, assunto que será tratado no próximo capítulo – mas que cumprido seu papel, a suprema corte deveria retornar ao *status quo* anterior, deixando assim de interferir na política institucional e partidária da nação.⁹⁸

Para justificar essa assertiva, o professor de Harvard defende a teoria das novas ordens constitucionais, que se sucederiam na medida em que se sucedem os governos, sendo que cada chefe de governo, dadas as exigências de momento seria responsável por estabelecer novas diretrizes políticas que deveriam ser acompanhadas também pelo poder judiciário. Assim, afirma ele, “cada ordem constitucional terá um presidente que iniciará a nova ordem, tanto articulando seus princípios quanto iniciando o processo de transformação institucional que vai produzir um regime constitucional

⁹⁷ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, The supreme Court, and the Constitutional Leadership in US History*. Princeton: Princeton University Press, 2007. Pág. 170 e segs.

⁹⁸ TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. Pág. 34.

diferente do anterior.”⁹⁹ Esta é a noção de que é papel precípuo do executivo determinar o encaminhamento e a execução de novas propostas políticas. Sobre isso, falarei com mais detalhes no próximo item, ainda neste capítulo.

Curiosamente, o meio em que a chamada supremacia judicial é mais contestada é o meio acadêmico. E, coincidentemente, essa contestação tomou corpo nas últimas décadas, quando a suprema corte americana se tornou majoritariamente conservadora. O meio acadêmico é predominantemente liberal e alguns desses liberais tem sido levados pelas circunstâncias de momento. Quando a suprema corte era liberal, este assunto não foi levantado.

Aqueles que defendem a supremacia judicial a vêem como necessária para a estabilidade de qualquer sistema democrático, pois previne uma anarquia interpretativa da constituição – e reflexamente de todo o ordenamento jurídico – e garante o acesso a justiça. O simples fato de que o judiciário não atua sem que seja provocado já é mais do que suficiente para que a harmonia entre os poderes seja preservada e uma ditadura dos juízes seja evitada. Como já dito acima, a pacificação ao menos momentânea de um entendimento – já que nenhuma interpretação tem o dom da eternidade - é necessária por razões de ordem pragmática. A existência, ainda que temporária e sujeita a alterações para se adaptar a exigências do processo

⁹⁹ ...each constitutional order has a president who initiates the new order, both by articulating the new order's principles and by beginning the process of institution transformation that ultimately produce a constitutional regime that differs from what has gone before. TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. Pág. 9.

sócio-político, é fundamental para que a sociedade e seus membros possam coordenar ações eficientes neste seu caminho eterno.

Em estados de grande extensão territorial, larga diversidade cultural e, em especial, nos que adotam o sistema federativo, a integração constitucional é um princípio importante. Haver, portanto, uma interpretação central pacificadora é mera questão de eficiência.¹⁰⁰

Enfim, a chamada supremacia judicial é um fato. Digo chamada porque para mim a expressão é mesmo imprópria, já que estas prerrogativas do judiciário são meros exercícios de suas funções precípuas nos sistemas políticos modernos. E desse fato denota-se um fenômeno também a meu ver erroneamente chamado de judicialização da política.

4. A judicialização da Política

O termo judicialização da política, a meu ver, porque dele se inferem três idéias equivocadas e ultrapassadas: um conceito restrito de política, uma visão dogmática do Direito e a noção tradicionalista da separação de poderes. Imaginar que o judiciário deve se afastar ou pelo menos ter um papel restrito nas questões políticas, principalmente nos dias atuais, dada a dinâmica e a complexidade da sociedade contemporânea, que exige respostas rápidas de todos os setores, é no mínimo ingênuo.

¹⁰⁰ HALBERSTAM, Daniel. **Comparative federalism and the role of judiciary**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 142-164. P. 154-155.

O conceito restrito de política é aquele que vê a atividade política como prerrogativa de uma classe específica, representada na atividade partidária que ocupa os cargos do executivo e do legislativo. É deles, então o monopólio da atividade política vista como mera atividade de governo ou como processo que almeja o poder, no caso da oposição. Repetindo ensinamento já citado de BOBBIO, não se pode “reduzir a categoria da política à atividade direta ou indiretamente relacionada com a organização do poder coativo é restringir o âmbito do político quanto ao social”.¹⁰¹ Esta visão não coaduna com os dias atuais, da transição da democracia representativa para a democracia participativa,¹⁰² em que a atividade política é ato de cidadania, praticada no cotidiano do povo. Desnecessário mencionar que os profissionais do Direito são também povo, embora muitos deles se considerem a parte e talvez acima disso. Ou seja, se não é correto reduzir o conceito de política às atividades do Estado, o que dirá pretender que uma das atividades do Estado, no caso a atividade jurídica, não seja também política. Ela é mesmo política na sua essência, com se tentará demonstrar no curso desse trabalho.

A visão dogmática do Direito é aquela que o vê apenas como um sistema normativo, sendo atividade jurisdicional uma ação instrumental e tecnocrata de aplicação. Não quero dizer, é claro, que o Direito não seja um sistema normativo ou que o judiciário não seja responsável pela aplicação do Direito, mas que o entendimento de que a realidade jurídica se atém a isso é

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998. Pág. 960.

¹⁰² Sobre o assunto ver: BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

fruto de uma percepção extremamente limitada. É desconsiderada, por exemplo, a atuação dos demais profissionais do Direito, a parte dos juízes. Qualquer decisão judicial tem reflexo na realidade concreta, ainda que os efeitos imediatos seja inter partes, há efeitos indiretos que influenciam os caminhos da sociedade, principalmente se considerado um conjunto de decisões. E nesse bojo de decisões, principalmente, há aquelas cujo objeto material tem cunho político predominante e terão reflexos políticos maiores. O que há de errado nisso? Nada. O direito regula todas as atividades de interesse da sociedade, inclusive as atividades políticas em todas as suas acepções. É natural que os conflitos surgidos nesse âmbito sejam resolvidos no judiciário. Isso não é judicializar a política, é apenas o Direito e o poder judiciário exercendo seus papéis.

A visão tradicionalista da separação de poderes, com já mencionado no início desse capítulo, é aquela que acredita que há mesmo uma divisão em que as atividades do Estado são distribuídas de forma estanque e bem definida entre os três poderes. Esta visão não considera a unidade do poder do Estado e vê o executivo e o legislativo como detentores das atividades políticas e o judiciário como uma instância de neutralidade entre eles.

Mas passada a crítica ao uso do termo judicialização da política, passemos à análise das razões que o trouxeram a baila. Um conceito de judicialização da política não é fácil de ser encontrado, já que o termo se refere a uma gama de situações em que aspectos da vida política de uma sociedade que passaram a serem discutidas no judiciário ou até mesmo

dirigidas na esfera desse poder. Tento aqui resumir o conceito apresentado por RAN HIRSCHL, que alerta que o termo

*“judicialização da política comumente se refere a três processos inter-relacionados. Em um nível mais abstrato, o termo se refere à extensão do discurso legal, dos jargões jurídicos, das normas jurídicas e seus procedimentos à esfera política. (...). A ascendência do discurso legal e a popularização dos jargões jurídicos é evidente virtualmente em quase todos os aspectos da vida moderna. Isto é bem ilustrado pela subordinação de quase todos os foros de tomadas de decisões nas política moderna a normas e procedimentos quase jurídicos(...). Em segundo lugar, o termo se refere ao aumento da intervenção dos tribunais e juízes na determinação de diretivas políticas, principalmente através da revisão de atos administrativos e da supressão de limites burocráticos entre órgãos do Estado, visando garantir liberdades e direitos individuais(...). O terceiro e emergente uso do termo é confiar nos tribunais e nos juízes para lidar com as questões políticas de maior relevância: aquelas questões controversas que definem(e em geral dividem)toda a política”.*¹⁰³

¹⁰³ The Judicialization of politics is an often umbrella-like term referring to what are really three interrelated processes. At the most abstract level, the term refers to the spread of legal discourse, jargon, rules and procedures into the political sphere. (...). The ascendancy of legal discourse and the popularization of legal jargon is evident in virtually every aspect of modern life. It is well illustrated by

Quanto à primeira parte do conceito, ela descreve um fenômeno histórico, não um fato meramente jurídico político. Uma das principais características da superação do absolutismo é a submissão do próprio Estado ao Direito. A idéia de que os governantes estão, assim como todo cidadão, sob a tutela do Direito, reflete toda a mudança na estrutura social do nosso tempo. Não é a toa que surge o que convencionamos chamar Estado Democrático de *Direito*. A partir daí, conhecer os seus Direitos, face a seus concidadãos e face ao Estado se tornou um interesse e uma necessidade de todos. Em muitos países, conhecimentos básicos de Direito e cidadania passaram a serem ensinados nas escolas ou levados á comunidades através de associações, sindicatos e outras formas de organização da sociedade civil. Foi um processo natural deste nosso tempo que determinados termos jurídicos, determinada retórica legal e procedimentos inspirados na prática jurídica tenham chegado a outros setores da sociedade. Entre eles, é claro, a política. Esta questão me parece superficial. Pode-se dizer que a partir do momento que o linguajar jurídico se alastra, aumenta o poder da classe que detém este conhecimento, mas isto é insuficiente para justificar a inclusão deste aspecto no conceito de judicialização da política.

the subordination of almost every decision making forum in modern politics to quasi-judicial norms and procedures. (...). A second, more concrete aspect of the judicialization of politics is the expansion of the province of courts and judges in determining public policies outcomes, mainly through administrative review and judicial redrawing of bureaucratic boundaries between state organs, involving civil liberties and rights. (...). A third emerging class of the judicialization of politics is the reliance on courts and judges for dealing with what we might call mega-politics: core political controversies that define (and often divide) whole politics. HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Politics**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 119-141. P. 121-123.

O segundo e o terceiro aspectos estão intimamente ligados. A diferença entre ambos repousa na qualitativa distinção entre a justiça formal, percebida na garantia do devido processo legal, por exemplo, e questões de caráter substancial que refletem conflitos internos da sociedade, cujas conseqüências alteram todo o seu próprio cenário político.¹⁰⁴ Os primeiros são referentes á revisão judicial e já foram analisados sob a égide da supremacia judicial.

Interessa-nos aqui o terceiro ponto, os conflitos políticos substanciais. Em geral, estes conflitos implicam discussões de ordem moral, religiosa e ou ideológica que podem ser verdadeiras ou meras cortinas de fumaça para jogos de interesse. Isso não importa nessa discussão, no sentido que as reais razões para que um assunto chegue ao judiciário é, muitas vezes, imperceptível quando se está imerso em um momento histórico. E há também o fato de que pessoas ou grupos envolvidos em questões polêmicas nem sempre o estão pelos mesmos motivos, ainda que estejam do mesmo lado. O que conta é que eles acabam apreciados pelo judiciário, que em última instância determina seus destinos.

Esta não é, é claro, uma prerrogativa exclusiva do judiciário. A atuação dos juízes e tribunais em assuntos políticos não elimina a participação dos outros poderes e de setores diversos da sociedade civil organizada. Esta pode ser mesmo uma razão para certa resistência à atuação política do judiciário, já que esta participação “obscurece a unicidade do Direito e das instituições jurídicas. (...) A jurisprudência política tende a enfatizar as semelhanças entre

¹⁰⁴ HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Politics**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 119-141. P. 123.

tribunais e juízes e outras instituições políticas e políticos.”¹⁰⁵ A vaidade no meio jurídico será comentada mais detidamente em tópico posterior.

O processo político moderno exige esta integração entre os poderes e entre estes, como governo integrado à sociedade civil. As complexidades do mundo moderno não encontram mais resposta em modelos compartimentalistas, baseados em ações isoladas, não articuladas num todo eficiente e eficaz. Esse fato é notado também no cenário internacional, onde advogados e juízes das cortes internacionais têm sido cada vez mais chamados a opinar, votar e até mesmo dirigir foros de decisão em políticas de comércio internacional, tratados de cooperação e outras questões.

A participação efetiva do judiciário tem sido de grande importância na solidificação da União Européia, fazendo o papel integrador já acima referido. Também, neste processo, tem-se observado o aumento da intervenção jurídica em questões políticas nos estados membros da CE.¹⁰⁶

A judicialização da política sem dúvida aproxima o universo jurídico da sociedade em geral. Através da atuação ativa dos profissionais do Direito, em ações políticas participativas ou em causas que envolvam questões de

¹⁰⁵ ... obscures the uniqueness of Law and legal institutions. (...) Political jurisprudence does tend to emphasize the similarities between courts and judges and other political institutions and politicians. SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford, Oxford University Press, 2002. P. 33.

¹⁰⁶ SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford, Oxford University Press, 2002. P. 55-87.

interesse público ou na defesa de Direitos fundamentais ou liberdades individuais, o Direito põe os pés no chão, descendo do paraíso abstrato que durante muito tempo o dominou. É preciso frisar aqui que este é um processo em andamento, que encontra ainda resistência.

A solidificação da jurisprudência política depende de uma atuação proativa dos profissionais do Direito, com ênfase especial aos juízes e tribunais. A vontade de contribuir com uma atuação política eficaz, dinâmica e capaz de responder com mais celeridade às demandas da sociedade, levou a um fenômeno chamado ativismo judicial, objeto do próximo capítulo.

Capítulo IV

O Ativismo Judicial

1. Introdução; 2. O exemplo americano e o surgimento do termo; 3. A reação conservadora 4. Ativismo no Brasil.

1. Introdução

Talvez fosse melhor neste trabalho a substituição do termo *Ativismo Judicial* por *Ativismo Jurídico*. A razão é simples: o que se pretende abordar aqui é uma atitude que abrange o profissional do Direito em geral, advogados, promotores, procuradores, professores, acadêmicos e, evidentemente, também os juízes, não esquecendo das entidades de classe que os representam.

No entanto, devido à posição ocupada pelos juízes na sociedade em geral e no universo jurídico, aquele que tem o poder de decidir e de fazer valer sua decisão, a expressão *ativismo*, muitas vezes ou talvez até via de regra, se restringe a atividade jurisdicional. Não há de se negar que juízes e tribunais possuem uma parcela de poder diversa de outros profissionais de Direito, potencialmente maior e tendo junto a si o aparelho estatal. Mas a atividade

política, em especial em Estados Democráticos, não se restringe, é garantida a todos, dentro das formas previstas na lei ou em quaisquer formas de participação não vedadas e que visem ter influência nos destinos da sociedade.

Como é comum com expressões do tipo, seu significado se transformou com o tempo e não tem emprego unívoco na doutrina. Tentar-se-á fazer um apanhado desta transformação a fim de clarear o sentido com que se usará o termo neste trabalho.

2. O exemplo americano e o surgimento do termo

Para se falar de *Ativismo judicial* é preciso fazer uma pequena digressão na história do Direito americano pós segunda guerra mundial, já que a expressão foi cunhada nos Estados Unidos.

Como bem ensina Luis Roberto Barroso, a expressão *ativismo judicial* foi empregada, inicialmente, "como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial."¹⁰⁷

¹⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 9.

Há de se frisar também que essas transformações não tiveram seu estopim, seu impulso inicial dentro do poder judiciário, seja nas instâncias inferiores ou na Suprema Corte. Neste caso, a atuação desses órgãos e instituições, ou como seria mais adequado colocar neste trabalho, a atuação das pessoas que representavam esses órgãos ou instituições apenas veio refletir um movimento que se destacava e ganhava força no seio da sociedade civil. Em outras palavras, os juízes americanos não resolveram, de uma hora para outra, realizar por meio do Direito uma transformação na sociedade, eles responderam a um clamor social. Eles atuaram como parte de um processo complexo de atuações políticas que visavam àquelas transformações.

Essa demanda por transformações tem seu ponto crucial na depressão de 1930, uma crise que deixou a economia americana em frangalhos e jogou milhões de cidadãos abaixo da linha da pobreza. Essa realidade levou o governo a tomar uma série de medidas, essas medidas ficaram conhecidas como *The New Deal*.

Ensina *Mark Tushnet* que

“a grande depressão mudou a economia da nação e a sua política. Franklin Roosevelt foi eleito presidente em 1932 e imediatamente se propôs a reconstruir as instituições políticas da nação. Uma gama de novas leis, nem todas elas bem aceitas ou bem formulados, se tornaram o New Deal. O que a velha corte faria com elas?”¹⁰⁸

¹⁰⁸ The great depression changed the nation’s economy and its politics. Franklin Roosevelt was elected president in 1932 and immediately set about reconstructing the nation’s political institutions. A host of new

O *New Deal* foi implementado nos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar a economia norte-americana, e assistir aos prejudicados pela crise. O programa consistia basicamente de quatro objetivos principais: o investimento maciço em obras públicas, como a construção de usinas hidrelétricas, barragens, pontes, hospitais, escolas, aeroportos, etc; o controle sobre os preços e a produção, para evitar a superprodução na agricultura e na indústria; a diminuição da jornada de trabalho, com o objetivo de abrir novos postos; e a criação de programas de assistência e garantia para o trabalhador, como o salário mínimo, o seguro-desemprego e o seguro-velhice.

Uma das características do *New Deal* foi a criação de dezenas de agências federais, que receberam o apelido irônico de *alphabet agencies*, devido à profusão das siglas com que eram designadas. Essas agências eram responsáveis por realizar a parte que cabia ao Estado no novo pacto.

Este pacto entre Estado, trabalho organizado e capital, com intensa regulação do Estado sobre a atividade privada, fundamentaria o peculiar Estado de Bem- Estar americano e o longo período de prosperidade que se estenderia até fins dos anos sessenta.

O *New Deal* teve reflexos em todos os aspectos da cultura americana, na educação, na produção cultural, na vida cotidiana, nos hábitos, na distribuição demográfica e, como não poderia deixar de ser, no mundo do Direito. Junto com o *New Deal* surge nos Estados Unidos um fenômeno que ficou conhecido com *Liberal Legal Network*. Nas palavras de Steven M. Teles, “o crescimento

laws, not all of them well considered or even well drafted, became the New Deal. What would the old court do with them? TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis (Constitutional Systems of the World)*. Oxford: Hart Publishing, 2009. Pag. 28.

*da Liberal Legal Network começa com o New Deal(...), que criou tanto a demanda por um novo tipo de advogados como supriu essa demanda. E, no processo, mudou a cara das elites jurídicas e, em última instância, o meio acadêmico do Direito.”*¹⁰⁹

Este fenômeno encontrou suporte no judiciário, não por acaso, e não imediatamente. De fato, a suprema corte de então, respondendo à pergunta do professor *Mark Tushnet*, citada acima, não reagiu bem às propostas do novo governo,¹¹⁰ como era de se esperar. A mudança neste sentido foi demorada e precisou ser conquistada.

O processo de consolidação da LLN teve uma fase importante até chegar a esse ponto. Esse processo se dá em três frentes: o crescimento de entidades de defesa de Direitos Civis e o aumento da participação de profissionais do Direito nessas entidades; o surgimento de financiamentos para causas que teriam impacto direto ou indireto no reconhecimento desses mesmos Direitos; e o impacto sócio-político das conquistas pretendidas, o que geraria uma força de pressão sobre o judiciário.

É inegável que as primeiras vitórias liberais e progressistas nos Estados Unidos, e talvez no mundo, vieram da atuação de entidades como a

¹⁰⁹ (...) the growth of the LLN starts with the New Deal (...) that created both the demand and the supply of new kinds of lawyers, and, in the process, changed the character of the legal profession's elites and ultimately the legal academy. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 22.

¹¹⁰ TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis (Constitutional Systems of the World)*. Oxford: Hart Publishing, 2009. Pag. 29 e segs.

Mobilization for Youth e a *American Civil Liberties Union*. Uma ação patrocinada por esta última proporcionou uma das primeiras dessas vitórias. A ação dizia respeito á assistência legal para os necessitados e minorias em geral, no caso *Giddeon v. Wainwright*.¹¹¹ Na decisão citada a Suprema Corte garantiu que “qualquer pessoa levada ao judiciário, que não tenha meios de contratar um advogado, não pode ter um julgamento justo, se um defensor não for dado a ela”.¹¹² Até então, inclusive a ABA (American Bar Association, a OAB americana), era contra a assistência jurídica gratuita. Dominada por conservadores, ela via nisso uma ameaça á liberdade da classe. A Decisão acima abriu caminho e criou mercado para novos advogados, que atenderam ao chamado, seja por idealismo, seja por terem visto ali uma oportunidade de construir um nome.

Surgiram então escritórios que visavam fornecer advogados disponíveis para as indicações que cresceram enormemente após *Giddeon v. Wainwright*. Esses escritórios então buscavam financiamento externo, fazendo surgir o que Steven Telles denominou *protto structure*¹¹³ de suporte à LLN. A principal estrela dessa estrutura foi a Fundação Ford. Ford, com fundamento na obra de John Maynard Keynes, já previra a crise de 1930. Para eles, a aceleração dos ganhos de produtividade provocada pela revolução taylorista levaria a uma gigantesca crise de superprodução se não fosse encontrada uma contrapartida em uma revolução paralela do lado da demanda, que permitisse a

¹¹¹ TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 30 e seg.

¹¹² Any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot assure a fair trial unless counsel is provided for him. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 31.

¹¹³ TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 22.

redistribuição da renda para aumentar o consumo. Assim, durante a depressão, a Fundação Ford se alia ao *New Deal* e dá suporte aos grupos liberais ali surgidos. Ligada a *Mobilization for Youth*, a Fundação Ford se torna a grande financiadora da LLN. Financiada pela Ford, foi inclusive criada uma agência, ligada a um programa do governo, que fornecia treinamento para-legal a membros leigos dessas instituições, líderes comunitários e ativistas em geral.¹¹⁴ A importância dessa ajuda financeira é descomunal, já que a falta de recursos é o maior entrave para o acesso à justiça dos grupos socialmente desfavorecidos.¹¹⁵

Um dos mais importantes reflexos internos dessa mudança de postura do profissional do Direito se deu na ABA. Os conservadores que dominavam a sua política interna não mais representavam a classe dos advogados com a mesma legitimidade de antes. Advogados não só passaram a exigir da ABA uma mudança de atitude, como surgiram entidades paralelas que reuniam profissionais com determinados interesses comuns, como a *National Lawyers Guild*. Não demorou para que a ABA passasse a ser dirigida por progressistas.¹¹⁶

Alia-se a isso uma mudança radical nas Faculdades de Direito, que também financiadas por entidades ligadas ao *New Deal*, passam a admitir nos seus quadros, pessoal docente que suportava idéias liberais e progressistas. As faculdades de Direito, que no bojo das Ciências Humanas e Sociais

¹¹⁴ TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 31.

¹¹⁵ EPP, Charles R. **Law as an Instrument of Social Reform**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 595-613. Pag. 599.

¹¹⁶ Entre os mais proeminentes New Deal lawyers estavam Jerome Frank e Karl Llewellyn.

representavam os setores conservadores, movem-se em direção à centro-esquerda.

O *new deal* e a nova realidade sócio-econômica-política também geraram o aumento da demanda por profissionais do direito. Com isso, as faculdades de direito aumentaram, como também o número de vagas nas já existentes. Isso acelerou o processo de transformação do corpo docente e fez surgir um novo tipo de acadêmico: o professor de direito ativista,¹¹⁷ cujo papel era sedimentar doutrinaria e teoricamente as conquistas liberais, posteriormente chanceladas pelas decisões da corte Warren como veremos a seguir.¹¹⁸

Com o aumento da demanda por profissionais e da oferta de vagas, mudou também o perfil do aluno que buscava o curso de direito. Segundo Teles, “as atitudes políticas dos estudantes de Direito e suas razões para freqüentarem o curso mudaram marcantemente.”¹¹⁹ A principal mudança era um “desejo em servir aos desprivilegiados”.^{120 121}

¹¹⁷ Legal scholar-activist.

¹¹⁸ TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 41.

¹¹⁹ ...the political attitudes of law students and their reasons for attending law school changed markedly. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 39.

¹²⁰ A desire to serve the underprivileged. STEVENS, Robert. *Law schools and Law students*. In: Virginia Law Review.v. 59. N. 4. Pag. 579.

¹²¹ Infelizmente, esta tendência se reverteu nas últimas décadas. O estudante de Direito hoje busca o curso almejando uma futura posição em grandes escritórios, grandes corporações e até mesmo o mercado financeiro, movidos pelas grandes remunerações desses setores. Assim como, no Brasil, a grande atração do curso de Direito são os concursos públicos, o status e a segurança financeira que estes proporcionam, ficando em segundo plano a contribuição que poderiam dar à sociedade no exercício desses cargos.

Fechado o cerco, faltava o arremate final, a conquista do judiciário. Isso não seria uma tarefa fácil. Como aponta Charles R. Epp, o acesso ao judiciário constituía e constitui ainda uma barreira à idéia de uso do Direito como instrumento de reforma social. E, depois de se conseguir chegar ao judiciário, tarefa mais difícil, era conseguir convencer um juiz a atuar no sentido de colaborar com uma reforma social.¹²² Essa conquista se deu aos poucos e teve seu ápice na corte *Warren*, já mencionada acima.

A indicação de Earl Warren para a Suprema Corte foi feita por Dwight Eisenhower, presidente republicano e conservador. Assim também era Earl Warren. No entanto, a sua atuação com juiz surpreendeu a todos. O próprio Eisenhower afirmou posteriormente que esta indicação foi o seu maior erro como presidente.¹²³ A influencia das posições pessoais nas escolhas e decisões dos profissionais do Direito será discutida em capítulo posterior.

O fato é que, a partir de meados dos anos 50, a Suprema Corte americana, em resposta aos movimentos já citados e às exigências daquele momento histórico, passa a ter uma atuação mais ativa na proteção de Direitos Individuais, das necessidades dos desfavorecidos, no reconhecimento do Direito de minorias, enfim, agindo no sentido de colaborar com uma transformação social que se fazia perceber no seio da sociedade americana.

¹²² EPP, Charles R. **Law as an Instrument of Social Reform**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 595-613. Pag. 599.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pag. 7.

Neste momento a LLN atinge o ápice de sua atuação. Com o apoio financeiro da Fundação Ford, o apoio moral e político da ABA, a participação de professores e alunos de Direito e o ativismo da corte Warren, os setores liberais da sociedade americana, conseguiram realizar inúmeras transformações impensadas trinta anos antes.

Não cabe aqui neste trabalho a análise profunda do teor dessas decisões, seja seu sentido ou os argumentos justificadores. Apenas a título de exemplo, são desta fase decisões revolucionárias a respeito de segregação racial, direitos trabalhistas e sindicais, direitos das mulheres, dentre outros.¹²⁴

Vale ressaltar que esta revolução social não era ligada à política partidária inicialmente. Apenas em sua fase final é que sua atuação passou a ser identificada com o partido democrata e outros setores da chamada *American Left Wing*. Na lição de Teles, “na maior parte de sua fase inicial, o liberalismo legal não era um projeto partidário e conquistava apoio nas elites de ambos os partidos”.¹²⁵ Essa situação vai mudar como veremos no próximo tópico, pois nada disso ocorreu por unanimidade na sociedade americana, havendo naturalmente uma forte oposição dos setores conservadores que, no entanto, acostumados a ocupar uma posição de domínio social, demoraram a passar de uma voz dissonante a um corpo ativo de oposição a LLN.

¹²⁴ “Alguns exemplos representativos: considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962).” *Apud* BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 9. Nota 24.

¹²⁵ For much of its growth phase, legal liberalism was not a partisan project, drawing support as it did from elite actors in both parties. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 56.

De início, a reação conservadora combatia o ativismo judicial da corte Warren criticando a própria postura do judiciário, alegando que aquele não era seu papel. “A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial”.¹²⁶

Mais tarde, essa posição dos setores conservadores muda, e os estes passam a combater o ativismo liberal com seu ativismo próprio, embora, como veremos, esse ativismo tenha algumas características peculiares.

3. A reação conservadora

Após assistir estas transformações durante anos como que esperando ou acreditando que elas não lograriam êxito, limitando-se a críticas pontuais como a já citada acima, os setores conservadores acordaram para a necessidade de defender seus interesses e suas idéias no mesmo campo de batalha, usando as mesmas armas usadas pelos liberais nas últimas décadas, pois enquanto o *New Deal* “estimulou esperanças de fundamentais reformas sociais e econômicas dentro do espectro capitalista, ele também provocou pânico entre os setores empresarial e financeiro.”¹²⁷

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 10.

¹²⁷ ... stimulated hopes of fundamental social and economic reforms within the framework of capitalism, it also aroused panic among business and financial leaders. WOLIN, Sheldon S. *Democracy Inc.: Managed Democracy and the specter of inverted totalitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Pag. 22.

O problema era que, após tantos anos, o novo programa liberal encontrava-se bem sedimentado e protegido nos principais setores da sociedade americana.

“No caminho da criação de um vasto novo programa de compromissos políticos – de seguro social e regulação da economia a Direitos Civis e proteção ao meio ambiente – liberalistas reformadores também transformaram o sistema político americano. Esse novo processo político premiava o conhecimento, a especialização e as credenciais profissionais (...). O mais alto setor educacional cresceu em harmonia com o novo sistema político, aceitando suas premissas e suprindo o mercado com indivíduos treinados e comprometidos com sua expansão e preservação.”¹²⁸

Essa situação exigiu dos grupos conservadores um esforço maior e um cuidado na escolha de suas estratégias. Durante um pequeno período eles cresceram aprendendo com seus erros e observando a atuação da LLN. Esse processo poderia ter sido mais longo, mas contou com a colaboração dos próprios liberais, que a certa altura se convenceram de que as transformações

¹²⁸ In the process of creation of a vast new set of policy commitments – from social insurance and economic regulation to civil rights and environmental protection – liberal reformers also transformed the American political system. This new policy process put a premium on knowledge, expertise and professional credentials (...). The higher educational sector grew in tandem with the expansion of this new political system, generally accepting its assumptions and supplying cadres of trained individuals sympathetic to its preservation and expansion. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 6-7.

estavam garantidas e de que diminuição do papel dos partidos no processo político era irreversível. Ledo engano.

Até mesmo no meio acadêmico, “cientistas políticos se convenceram que as mudanças tinham permanentemente tirado dos partidos políticos papel significativo no cenário político. Hoje sabemos que esta noção estava errada, ou pelo menos incompleta.”¹²⁹

Os conservadores usaram esta brecha e muito bem. A primeira providência foi concentrar esforços em renovar a dicotomia partidária, concentrando apoio no partido republicano. Essa estratégia fez modificar-se o caráter também do partido democrata, que passa a ser conhecido como abrigo de uma esquerda sem partido, sendo assim facilmente identificado com o inimigo comum do americano médio. Assim que a economia melhorou, o *New Deal* “começou a ser pintado como uma criatura das forças de esquerda feita para transformar a economia americana.”¹³⁰

A partir daí, o partido republicano tem uma série de vitórias eleitorais culminando com a eleição de Richard Nixon para presidente. Com o governo Nixon, os conservadores iniciam sua investida na retomada do poder político. E o fazem de cima para baixo. Se a LLN foi um movimento de bases que em seu último estágio atingiu o judiciário, a reação conservadora faz o caminho inverso. O primeiro alvo é a Suprema Corte.

¹²⁹ ... political scientists became convinced that these changes had permanently displaced parties as significant political actors. TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Pag. 7.

¹³⁰ ...as the creature of leftist forces bent on transforming the country's economy. WOLIN, Sheldon S. *Democracy Inc.: Managed Democracy and the specter of inverted totalitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Pag. 22.

Apesar da experiência negativa de Eisenhower com as indicações de Earl Warren e William Brennan, o caminho escolhido foi a nomeação de juízes que fossem claramente favoráveis a agenda do partido republicano e seus apoiadores. “Por coincidência, Nixon teve quatro vagas¹³¹ para preencher nos seus dois primeiros anos de mandato. Em contraste, Jimmy Carter não teve nenhuma em quatro anos.”¹³² E desta feita não houve surpresas, os indicados cumpriram e tem cumprido seu papel.

É claro que este processo demorou, não foi um conquista de um golpe só. Apesar da indicação desses quatro juízes republicanos, a definitiva virada de posição da Suprema Corte só se deu em fins dos anos noventa. Pode-se dizer mesmo que a composição da corte nos anos 70 e 80 era equilibrada, o que não impediu que já nessa época, várias decisões da corte Warren tenham sido revertidas.

“Desde 1968, os conservadores tem procurado refazer o Direito Constitucional com grande sucesso. Inicialmente, eles procuraram reverter as decisões da corte Warren, mas logo começaram, agressivamente, a implantar uma visão do Direito Constitucional que consistentemente favorece o poder do governo sobre direitos individuais, especialmente na área criminal, os

¹³¹ Warren Burger, Harry Blackmun, Lewis Powell e William Rehnquist.

¹³² By coincidence, Nixon had four vacancies to fill in his first two years as president. By contrast, president Jimmy Carter had no vacancies during his four years in office. CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2008. Pag. 17.

interesses das corporações sobre os dos trabalhadores individuais e consumidores.”¹³³

Talvez o momento crucial da mudança de direção da suprema corte se deu com a aposentadoria de Thurgood Marshall, em 1991. Marshall, o primeiro juiz negro da suprema corte foi uma lenda na defesa das minorias nos Estado Unidos. Antes de se tornar juiz, Marshall ficou conhecido como o advogado que conseguiu uma das maiores vitórias na Suprema corte, no caso *Brown v. Board of Education*, um marco do fim da segregação nas escolas. Até hoje é ele o advogado que mais vezes atuou na suprema corte.

A presença de Marshall na corte não representava apenas o seu voto, o seu prestígio e carisma exerciam influência em todo o poder judiciário americano, tinha um valor simbólico. Professor¹³⁴ com uma obra vasta, Marshall influenciou várias gerações de juristas e deixou um legado talvez insuperável. Com sua aposentadoria, as minorias perderam sua mais alta voz. Não bastasse, foi indicado para substituí-lo o juiz Clarence Thomas, extremamente conservador.

A partir de então, a suprema corte tornou-se majoritariamente conservadora, embora tenha no seu quadro juízes liberais. Os conservadores são maioria e votam em bloco em quase todas as questões. Há hoje uma barreira conservadora na suprema corte que faz o trabalho de advogados e

¹³³ Since 1968, conservatives have sought to remake constitutional Law and they largely have succeeded. They initially set out to overturn the decisions of the Warren court, but soon began to aggressively pursue a vision of constitutional Law that consistently favors government power over individual rights, especially in the criminal area, and the interests of businesses over individual workers and consumers. CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2008. Pag. 17.

¹³⁴ Lincoln University e Harvard University.

ativistas de direitos humanos ou quaisquer outros direitos relacionados com minorias ou que visem proteger os indivíduos do poder do estado ou do poder das grandes corporações inglório.

Os conservadores reverteram a posição de vantagem dos liberais e mais, construíram um sistema de poder, abrangendo o judiciário – através da suprema corte – e os outros poderes, em especial o executivo que vai muito além do que os liberais jamais sonharam ou pretenderam. E, ao que parece, não vão cometer o mesmo erro dos seus opositores e descansar sobre os louros.

Assim, amparados por toda essa estrutura de poder, os conservadores conseguiram reverter muitas conquistas da LLN, sendo que a atuação da Suprema Corte foi fundamental neste processo. Não só suas decisões desde então tem sido no sentido oposto daquelas da corte Warren, como também tem sido tremendamente dificultado o acesso de causas envolvendo direitos fundamentais á Suprema Corte e ao judiciário em geral. Nas palavras de Erwin Chemerinsk,

“conservadores – no executivo e nos tribunais – tentaram criar um executivo com poderes sem precedentes e quase ilimitado, incluindo o poder de torturar e deter indivíduos indefinidamente sem julgamento ou até mesmo devido processo legal.(...)Tentaram abolir qualquer proteção constitucional a privacidade (...). Procuraram gradualmente reduzir proteções constitucionais para réus em processo penal, incluindo a prerrogativa destes de

peticionarem nas cortes federais contra procedimentos inconstitucionais. Eles trabalharam para eliminar as ações afirmativas e instituir uma visão da constituição que vai perpetuar profundas desigualdades raciais na sociedade americana. E, com mais sucesso, eles fecharam as portas dos tribunais, especialmente para quem tenha ações referentes a Direitos Civis.”¹³⁵

É importante aqui que se apontem algumas diferenças fundamentais entre o comportamento ativista liberal e a reação conservadora. Já foram mencionados a extensão do sistema de poder montado pelos conservadores e como eles começaram de cima para baixo. Outro aspecto importante de se frisar é que o *New Deal* nasceu em um momento de crise e até desespero para uma grande parte da população americana. Naquele momento, “o povo elegeu Franklin Delano Roosevelt e deu a ele uma forte maioria democrata no congresso. O programa de Roosevelt ofereceu algo que o povo precisava desesperadamente: esperança.”¹³⁶ Ao inverso, a reação conservadora se dá em um momento de bonança, bonança essa conquistada, em grande parte, pelos esforços dos liberais e progressistas.

¹³⁵ ...conservatives – in the executive branch and on the courts – have sought to create unprecedented, unchecked executive power, including the power to torture and detain individuals indefinitely without a trial or even due process.(...) They have sought to abolish any constitutional protection of privacy (...). They have sought to greatly reduce constitutional protections for criminal defendants, including their ability to ask a federal court for protection from unconstitutional states procedures or results. They have worked today to eliminate all affirmative action and to institute a vision of the constitutional that will perpetuate deep racial inequalities in American society. Most successfully, they have close the courthouse doors, especially for people bringing civil rights claims. CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2008. Pag. 17.

¹³⁶ ... the people elected Franklin Delano Roosevelt President and gave him a strong Democratic majority in Congress. Roosevelt’s program offered something people sorely needed: hope. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. Pag. 3.

Mas, talvez a mais importante diferença, e a mais relevante para este trabalho pois reside na participação dos profissionais de Direito e na atuação dos tribunais, seja o caráter democrático com o qual se deu o ativismo da LLN. E como podemos identificar essa qualidade e fazer um paralelo com a atuação conservadora?

Não é difícil. Basta analisarmos a participação de bases populares em uma época e outra para identificarmos o primeiro quesito mais democrático no surgimento e na atuação da LLN. Tudo foi feito com origem em movimentos sociais, representativos de setores importantes da sociedade, na luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais. Reconhece-se que é razoável dizer que a reação conservadora tenha também sido representativa dos interesses de uma camada importante da população que, obviamente, goza da prerrogativa de tentar fazer valê-los. Ninguém há de negar a legitimidade da reação conservadora. Mas, a nosso ver, o sentido em que ocorreu o ativismo liberal e sua maior contato com o povo lhe conferem maior caráter democrático.

Mas o principal foi o fato da LLN ter aberto uma porta, a dos tribunais, para a atuação de indivíduos ou grupos na persecução de seus interesses no jogo político da vida em sociedade. Essa abertura representa um passo a mais no exercício da liberdade, e não só para aqueles que estavam do lado liberal, mas para todos, tanto é que a reação conservadora se deu aproveitando-se da mesma porta. Mas os conservadores, ao atravessarem a porta e tomarem posse de suas chaves, novamente a fechou para grande parte do povo. O não acesso à justiça é um dos grandes entraves para o exercício pleno da democracia.

Esse fato, aliado a outros aspectos desse projeto de poder conservador, demonstra que estes não estão interessados em um sistema que permita a participação de todos. Os liberais deixaram de ser um adversário político no jogo democrático e passaram a ser inimigos a serem eliminados.¹³⁷

O antagonismo, a convivência com as diferenças, mesmo as totalmente opostas, a diversidade e a pluralidade são características fundamentais da democracia. Sem isso, o caminho para o totalitarismo e para a opressão está aberto. Ditaduras são regimes que buscam identidade única. Na lição de Chantal Moufe, é preciso

“resistir à tentação sempre presente de construir a identidade em termos de exclusão e ao reconhecer que as identidades compreendem múltiplos elementos e que são dependentes e interdependentes, uma política democrática fundamentada em um enfoque antiessencialista pode frear o potencial de violência que existe em toda construção de identidades coletivas e criar as condições para um pluralismo realmente agonista. Este pluralismo se baseia no reconhecimento da multiplicidade em si mesma e das posições contraditórias que compõem tal multiplicidade. Sua aceitação do outro não consiste em limitar-se a tolerar as diferenças, mas em celebrá-las positivamente, posto que reconhece que sem alteridade não é possível afirmar identidade alguma. Também é um pluralismo que valora e

¹³⁷ NEIWERT, David. *The Eliminationists: How hate talk radicalized the American right*. Sausalito: PoliPointPress, 2009. Sobre o assunto, sugere-se também: HEDGES, Chris. *American Fascists: the Christian Right and the war on America*. New York: Free Press, 2008.

*a diversidade e as discrepâncias e que reconhece nelas justamente a condição que possibilita uma vida democrática combativa.”*¹³⁸

Por último, mas de tremenda importância para este trabalho, aponta-se a diferença de atitude em relação a sua própria atuação. Os liberais sempre foram transparentes em relação a seus objetivos. Mesmo porque sua ação muitas vezes começou nas ruas, com passeatas ou outros tipos de manifestações populares, a céu aberto, visando mesmo a publicidade de suas reivindicações. Foi assim, no campo do Direito também, podendo isso se inferir dos trabalhos publicados e votos de juízes durante o período.

Já com os conservadores isto não ocorre. Já “em 1968, Richard Nixon repetidamente criticou a corte Warren e disse que ele iria nomear juízes da *lei e da ordem*.(...) Prometeu ao povo americano *constitucionalistas estritos* para a suprema corte, embora esta frase nunca tenha sido definida e era um código para juízes com ideologia política conservadora.”¹³⁹

¹³⁸ ... resistir la tentación siempre presente de construir la identidad en términos de exclusión y al reconocer que las identidades comprenden múltiples elementos y que son dependientes e interdependientes, una política democrática fundamentada en un enfoque antiesencialista puede frenar el potencial de violencia que existe en toda construcción de identidades colectivas y crear las condiciones para un pluralismo realmente *agonista*. Dicho pluralismo se basa en el reconocimiento de la multiplicidad en uno mismo y de las posiciones contradictorias que conlleva dicha multiplicidad. Su aceptación del otro no consiste en limitarse a tolerar las diferencias, sino en celebrarlas positivamente, puesto que reconoce que, sin alteridad no es posible afirmar identidad alguna. También es un pluralismo que valora la diversidad y las discrepancias y que reconoce en ellas justamente la condición que possibilita una vida democrática combativa.” MOUFFE, Chantal. *Prácticas artísticas e democracia agonística*. Barcelona: Museu d’Art Contemporani de Barcelona, 2007. Pag. 23.

¹³⁹ In 1968, Richard Nixon repeatedly criticized the Warren court and said that he would appoint *Law and Order* justices. (...) He promises the American people that he would appoint strict constitutionalists to the supreme court, though that phrase was never defined and was code for justices with a conservative political ideology. CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2008. Pag. 16 -17.

Assim, esses juízes e outros profissionais do Direito raramente assumem claramente suas posições e estão sempre se justificando dizendo que atuam com base na lei, no Direito, que são mesmo escravos da *Rule of Law*. Que suas decisões se baseiam no ideal americano, com respeito aos ditames dos fundadores da República dos Estados Unidos da América. Em outros capítulos deste trabalho se analisarão este mito da neutralidade e a pessoalização das instituições como escudo para esconder as vontades e o poder por detrás de determinadas ações.

Neste ponto, os leitores, ou pelo menos alguns deles, já devem estar prontos a clamar pelo distanciamento entre Direito e política (como se fosse possível) baseados nas narrativas acima. Aqueles que o fazem se precipitam e incorrem em um engano comum. Assumindo que o Direito, assim como os sistemas políticos são criações da cultura humana, eles jamais serão perfeitos e, como já ensinara Aristóteles,¹⁴⁰ qualquer deles é passível de ser corrompido pela ação do homem. Isto não é razão para se jogar tudo fora.

Mesmo porque, “depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”¹⁴¹

¹⁴⁰ ARISTÓTELES. *A Política*. 2ªed. São Paulo: Martins fontes, 1998.

¹⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 10.

5. *Ativismo no Brasil*

É, de certa forma, temerário falar em ativismo judicial (ou Jurídico) no Brasil. A cultura passiva da sociedade brasileira e a tradição dogmática do Direito brasileiro formam uma barreira a qualquer atuação proativa do profissional do Direito que, ancorado na desculpa da diferença entre o nosso sistema jurídico, de tradição romano-germânica, e o sistema americano, da *common Law*,¹⁴² dificulta a prática do ativismo jurídico no país.

Outra dificuldade encarada para a aceitação de posturas ativistas no Brasil, diminuindo a barreira entre Direito e política, é o modelo de educação do Direito, assim como o perfil do estudante que o curso atrai. Mesmo muitos aqueles que procuram o curso de Direito com a intenção de servir a sociedade são convencidos de que a sua forma de servir é ser um técnico neutro a serviço da lei e da ordem.¹⁴³

São mesmo as necessidades sócio-políticas urgentes do nosso país que levam um reduzido número de profissionais do Direito, juízes entre eles, a tomarem, mesmo sendo minoria, uma postura ativa no exercício da profissão jurídica.

¹⁴² A nomenclatura não é apropriada e traz confusões para a conceituação dos referidos sistemas. O Direito romano clássico foi construído na época dos jurisconsultos, fase áurea do império, onde o Direito era jurisprudencial. Assim, o sistema da *common Law* tem muito mais afinidade com o Direito romano na sua fase mais importante do que o sistema chamado romano-germânico. Este é fruto de estudos feitos já na modernidade, em especial na Alemanha pelos pandectistas, com base no direito romano codificado do Código de Justiniano, surgido já na decadência do império. Ou seja, na verdade, o sistema da *common Law* é muito mais romano do que o romano-germânico.

¹⁴³ KENNEDY, Duncan. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004.

Portanto, mesmo neste cenário desfavorável, como aponta Luis Roberto Barroso,

“No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.”¹⁴⁴

Já é alguma coisa, mas nada que empolgue quem defenda um judiciário ativo, em consonância com as necessidades sociais, formado por juízes

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 10-11.

transparentes quanto às suas posições pessoais e imbuídos em servir a sociedade através do Direito.

Os poucos exemplos de ativismo judicial que temos, como demonstrado acima, decorrem de uma “circunstância do desenho institucional brasileiro. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”¹⁴⁵

Não poderia ser deixar de ser citado neste trabalho o programa Pólos de Cidadania, talvez o maior exemplo de ativismo jurídico que podemos encontrar nesse país.

“O Pólos de Cidadania é um programa interinstitucional com sede na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais que visa aliar atividades de ensino, pesquisa e extensão com o objetivo de promover a inclusão e a emancipação de grupos sociais com histórico de exclusão e trajetória de risco.

Criado em 1995, o Pólos atua em parceria com outras unidades da UFMG, com instituições públicas e privadas de ensino superior e com instituições da administração pública. Além disso, é também interdisciplinar, pois envolve graduandos, pós-graduandos

¹⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 11.

e profissionais de áreas como Direito, Sociologia, Comunicação, Economia, Engenharia de Produção, Psicologia, Arquitetura, Administração, Serviço Social, Urbanismo e Artes Cênicas.

De acordo com três marcos teóricos, cidadania, subjetividade e emancipação, o Programa Pólos de Cidadania atua com o objetivo de defesa, promoção e efetividade dos direitos fundamentais e de cidadania. Sua atuação não se resume a vilas e comunidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte, mas também a outros municípios de Minas Gerais, como por exemplo na região do Vale do Jequitinhonha.

A metodologia do Pólos é qualitativamente diferenciada e se fundamenta no relacionamento permanente entre investigações e atuação social, com entrecruzamento e retro-alimentação de seus resultados. A característica marcante dessa metodologia é o envolvimento ativo da própria comunidade em uma atuação interativa e emancipadora. Dessa forma, a pesquisa passa a ser um elemento de transformação e os integrantes das comunidades sujeitos ativos e não meros destinatários de ações externas.

O Programa Pólos de Cidadania é constituído por projetos orientados por eixos temáticos, que podem ser renovados ou recriados de acordo com demandas de interesse público formuladas diretamente por comunidades ou instituições parceiras. Atualmente, o Programa

desenvolve seis projetos e conta com uma equipe de cerca de 60 membros, entre professores, profissionais, alunos e funcionários.”¹⁴⁶

Como ensina ANDRÉ RUBIÃO, “definir o Pólos não é tarefa fácil. Apesar de ter uma metodologia própria (a pesquisa-ação), e marcos teóricos fixos (sobretudo inspirados na obra de Boaventura Santos), as atividades do Programa são tão variadas, envolvendo tantas pessoas (grupos, poder público, associações, indivíduos, instituições...), que fica difícil circunscrever a sua totalidade”.¹⁴⁷ O importante é ressaltar que o programa surge num momento político importante, quando logo “após a Constituição de 1988, na recente democracia brasileira, havia espaço para criar novas ferramentas institucionais. Além disso, a consolidação dos direitos sociais, assim como da cidadania, estabelecidos pela Carta Magna, abria uma nova era jurídico-constitucional, que buscava eficácia no Estado brasileiro”.¹⁴⁸

No entanto, é triste ressaltar que o Programa Pólos é exemplo único. Que a maioria absoluta da comunidade jurídica opta pela *auto-contenção jurídica*, conduta pela qual o Judiciário e os demais profissionais do Direito procuram reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes e nos rumos políticos da sociedade em geral. “A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente

¹⁴⁶ Página oficial do programa Pólos de Cidadania. <http://www.polos.ufmg.br/o-polos>. Acesso em 30 de maio de 2011. 17:40H.

¹⁴⁷ RUBIÃO, André. A “UNIVERSIDADE PARTICIPATIVA”: Uma análise a partir do Programa Pólos de Cidadania. Tese de doutorado em Ciência Política, em co-tutela entre as universidades Paris 8 e UFMG, 2010. Pág. 302.

¹⁴⁸ RUBIÃO, André. A “UNIVERSIDADE PARTICIPATIVA”: Uma análise a partir do Programa Pólos de Cidadania. Tese de doutorado em Ciência Política, em co-tutela entre as universidades Paris 8 e UFMG, 2010. Pág. 303.

exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a auto-contenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.¹⁴⁹

Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. E mais, é um modo enxergar o Direito e o papel cidadão do profissional das carreiras jurídicas.

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. (www.luisrobertobarroso.com.br acesso em 13.01.2011) Pag. 10-11.

Capítulo V

O Direito como instrumento de ação política

1. Introdução; 2. Uma fábula: o nascimento do Direito; 3. Um ativismo pseudo-passivo; 4. Conclusão.

1. Introdução

Passei este trabalho tentando demonstrar o vínculo estreito entre Direito, poder e política e defendendo a necessidade de uma maior conscientização da própria comunidade jurídica sobre este fato, para que, conseqüentemente, tenhamos uma maior e, principalmente, mais aberta e transparente participação política por parte dos profissionais do Direito.

Não pretendi e continuo não pretendendo propor uma teoria do Direito. Embora tenha dito e repetido várias vezes que a atividade jurídica é eminentemente uma atividade política e que a história do Direito se confunde com a história do poder, penso nisso mais como uma constatação de fato do que como uma teoria.

De acordo com JOSEPH RAZ, “teorias do Direito em geral tem a dificuldade de fazer justiça às múltiplas dualidades do Direito. O Direito combina poder e moral, (...) entre outras dualidades, colocando assim um

duplo desafio teórico”.¹⁵⁰ Esta é uma das razões porque “não devemos esperar que nenhuma teoria jurídica seja completa”,¹⁵¹ embora a maioria delas pretenda ser.

Continuando com RAZ, “as teorias do Direito podem ser divididas entre as que acham que o Direito, pela sua própria natureza, concilia a dualidade moral e poder, e aquelas que acham que a capacidade de realizar essa conciliação é contingente e depende das realidades políticas das sociedades a que se destina o Direito”.¹⁵²

As teorias jurídicas, em especial as do primeiro tipo, se sucedem a pretender explicar o Direito com base numa lógica abstrata e numa projeção utópica, enquanto o Direito em si, na sua existência cotidiana, da vida real, permanece alheio a abstrações e teorias. A função das teorias, todas elas em conjunto, é refletida na famosa frase de TOMASI DI LAMPEDUSA: “Se quisermos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude”.¹⁵³ O que mudam são as teorias, a causar uma mera ilusão de mudança e evolução. O

¹⁵⁰ General theories of law struggle to do justice to the multiple dualities of the law. The law combines power and morality, (...), among others. The duality pose a double explanatory challenge. RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Kindle Edition. Location 61.

¹⁵¹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. Kindle Edition. Location 137.

¹⁵² Theories of law tend to divide into those which think that, by its very nature, the law successfully reconciles the duality of morals and power, and those which think that its success in doing so is contingent, depending on the political realities of the societies whose law is in question. RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Kindle Edition. Location 67-68.

¹⁵³ LAMPEDUSA, Tomasi di. *O Leopardo*. São Paulo: Círculo do Livro, 1986. Pág. 28.

Direito é grande instrumento dessa ideologia conservadora, avessa a mudanças.

Assim talvez tenha acontecido desde que o surgimento do Direito nas sociedades primitivas, assumindo a posição de que o Direito foi criado pelo homem em algum momento histórico da sua evolução social, não sendo algo que precede a sociedade ou nasce junto com ela.

2. Uma fábula: o nascimento do Direito

Aprende-se desde cedo na faculdade de Direito que este existe desde que os primeiros humanos se organizaram em grupos. Onde há sociedade, há Direito. A frase é sempre repetida e nos leva a crer que desde que dois *homo sapiens* se uniram numa relação bilateral, o Direito já estava lá. É no que os juristas gostam de acreditar, faz bem ao ego.

No entanto, a antropologia mais moderna, aponta em sentido contrário. “Antropólogos agora acreditam que os humanos viveram sem o Direito pela maior parte de seu tempo na terra”.¹⁵⁴

“Imagem que o Direito foi inventado numa pequena vila agrícola, no Crescente Fértil, em 1º de janeiro de 10000 AC. Neste dia, o ancião da vila, Lex, teve uma idéia e convocou uma reunião da comunidade para discuti-la. Ele assim se dirigiu às pessoas: Muitos de vocês têm vindo a mim recentemente para

¹⁵⁴ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. Kindle Edition. Location 494.

reclamar sobre a tendência de crescimento de conflitos na vida da vila. Nós temos passado a maior parte do nosso tempo livre em reuniões da comunidade, escutando reclamação atrás de reclamação (...). Ano após ano, à medida que a vila cresce a situação fica pior. (...) Para remediar esta situação, eu proponho que tomemos as seguintes medidas: Eu vou criar um corpo de regras que se dirigem aos principais problemas do nosso tempo. Vocês saberão quando uma regra foi feita quando eu assim declarar enquanto sentado embaixo da grande palmeira da praça. Eu também estarei disponível para resolver disputas sobre a maneira correta de aplicação dessas regras. (...).

Quase todos na vila gostaram da proposta. (...). Apenas um habitante foi contra a idéia, Phil, o filósofo da vila. Ele disse: Lex, sua proposta parece boa, mas nunca vai funcionar. Veja você, para você ter o poder de editar, modificar e aplicar regras, teria que haver uma regra anterior que te desse esse poder. (...). Como não existe essa regra, as regras que você criar serão nulas e vazias.

Lex não estava convencido. Você está certo em dizer que não posso criar regras a não ser que exista uma regra me autorizando a fazê-lo. Mas como você tem tanta certeza de que essa regra não existe? Isso é fácil de demonstrar, respondeu Phil. Para que exista uma regra como essa, ela teria que ter sido criada por alguém com poderes para tal. E isso iria requerer uma outra norma preexistente para dar tais poderes a alguém. Mas, pela mesma lógica, (...) podemos ir a infinito assim. (...). Mas pelo seu raciocínio, concluiu Lex, ninguém nunca poderá

criar ou modificar regras para a comunidade. Phil respondeu: Sim, isso mesmo, sinto muito.

*Lex e o resto da vila não deram ouvidos ao Phil. Já na pré-história, ao que parece, as pessoas já ignoravam os filósofos. Lex começou a fazer as regras e o resto da comunidade as seguiu. Assim nasceu o Direito”.*¹⁵⁵

A fábula de SHAPIRO retrata vários aspectos presentes em dezenas de teorias jurídicas, com destaque para a idéia de legitimação da ordem jurídica, presente no discurso do filósofo Phil. Durante séculos essa noção foi sustentada pela crença no direito natural, em suas várias acepções, desde os gregos, com Antígona, até os dias de hoje, com alguns resistentes defensores de um fantasma adormecido. Esteve presente na Teoria Pura do Direito, na

¹⁵⁵ Imagine that law was first invented in a small agricultural village in the Fertile Crescent on January 1, 10,000 B.C. On that day, the village elder, Lex, had an idea and called a communal meeting to discuss it. He addressed the people thus: “Many of you have approached me recently to complain about the increasing divisiveness of village life. We now spend a great portion of our leisure time in village meetings, hearing complaint after complaint (...). Year after year, as our village grows, the situation becomes worse. In order to remedy this situation, I propose the following course of action: I will come with a set of rules that address the pressing issues of our time. You will know when I have made a rule when I issue a command while sitting under the big palm tree in the village square. I will also be available to resolve disputes about the right way to apply the rules I have made. (...) Virtually everyone in the village liked Lex’s proposal. (...) Only one villager objected to Lex’s plan: Phil, the village philosopher. “Lex, your proposal sounds nice, but it will never work. You see, in order for you to have power to make, change and apply rules for our village, there has to be a rule that empowers you to do so. (...) Since there’s no rule empowering you to make an empowering rule, your attempt to make such a rule will be similarly be null and void”. Still Lex wasn’t convinced. “You are right to say that I can’t create any rules unless there is rule that empowers me to do so. But why are you so sure that no such rule exists?” “That’s easy to show”, Phil answered. “In order for an empowering rule to exist, it would have to be created by someone empowered to do so. That would require a preexisting rule empowering that person to create empowering rules. But, by the same logic, (...) we can go like this forever”. “But by your reasoning”, Lex concluded, “no one can ever make or change rules for the community”. Phil replied, “Yes, that’s true, I’m sorry”. Lex and the rest of the village did not listen to Phil. Even in prehistoric times, it seems, people tended to ignore philosophers. Lex started making rules and the rest of the community followed them. And thus, law was born. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. Kindle Edition. Location 514-541.

figura da norma fundamental, grande erro, na minha opinião, de Kelsen. Está presente na base do princípio democrático, segundo o qual todo o poder emana do povo e também em Teorias discursivas, nas figuras de consenso ideal, audiência universal e em outros mitos jusfilosóficos.

Um ponto fundamental a ser destacado é que o Direito surge para resolver problemas de ordem prática e tentar facilitar a vida em grupo e evitar conflitos desnecessários. A lógica abstrata de Phil despreza este lado, como aliás o fazem uma grande parte dos filósofos, em especial os idealistas.

E, exercitando a imaginação com base na fábula narrada acima, embora sem o mesmo talento literário, posso supor outras situações em que o Direito teria, hipoteticamente sempre, sido criado. Por exemplo, se em uma tribo como aquela citada, em certa altura, um grupo liderado por um líder carismático tenha tomado o poder pela força e editado normas de conduta para os demais; se uma determinada família tiver tido sucesso na exploração de suas terras, ganhando vantagens econômicas sobre os demais, aproveitando da influência alcançada para propor ou impor as tais normas; ou se a tribo for conquistada por outra, tendo sobre si impostas regras que não são suas. Se exercitarmos um pouco mais a imaginação, podemos aumentar esta lista de hipóteses, e muito. Mas uma coisa sempre haverá em comum entre elas. O fato de que o Direito foi criado por alguém com poder para fazê-lo, seja qual for a fonte deste poder. E continua sendo assim até hoje. As sociedades cresceram, se tornaram muito mais complexas, mas o poder está sempre lá, e o seu filho predileto é o Direito.

Minha opinião é que o Direito foi criado diversas vezes, de várias formas diferentes, como as citadas acima, sem prejuízo de outras. Foi a dinâmica histórica que fez se encontrarem sistemas diversos, a trocarem influências no curso de milhares de anos até chegarmos ao que hoje chamamos conhecemos com o nome de Direito.

SHAPIRO baseia sua fábula na teoria de HART, já que as ações dos habitantes da vila para com Lex se tornaram uma prática social que o legitimou a criar o Direito. É exatamente a *regra de reconhecimento* de HART. Conquanto eu a considere dentre todas as propostas de verificação de legitimação a mais realista, senão a única realista, ela é insuficiente para explicar o fenômeno jurídico, já que inúmeras vezes ele tem efetividade quando prescinde de legitimação.

O problema reside na insistência em se associar o Direito com a idéia do justo e, principalmente, negar a determinados sistemas jurídicos a própria condição de ser Direito. Não há Direito e não Direito, há bom bom Direito e mau Direito, e muitos outros entre eles.

E, de fundamental importância, o fato de que o Direito, do ponto de vista de seu conteúdo, terá a marca de quem o criou, tenha sido Lex ou qualquer outro dos hipotéticos personagens citados, com boas ou más intenções, não importa. Não é algo neutro, está longe da perfeição e jamais agradará a todos. Tem a tendência, evidentemente, de favorecer e agradar mais a quem o criou.

3. Um ativismo pseudo-passivo

Mas nos exemplos acima é fácil identificar o legislador, criador do Direito. Na sociedade moderna, especialmente no Estado Democrático de Direito, a figura do legislador está diluída em um ou vários corpos legislativos, com membros eleitos pelo voto direto e representantes legítimos da vontade popular. Esta é uma maneira formalista, institucional e simplória de enxergar a realidade política.

A teoria jurídica trata majoritariamente do Direito posto, norma já emanada da vontade do legislador formal institucionalizado. O processo de formação do Direito é relegado nos estudos jurídicos, exatamente por se tratar de processo político, característico de um momento pré-jurídico. Estudam-se as regras para a eleição dos membros do legislativo e o procedimento formal de proposição, votação e promulgação das leis, mas não se discute a maneira com se chega ao seu conteúdo.

Então, do ponto de vista do conteúdo, quem é o legislador? Queremos saber aqui quem é o legislador de fato. Ensina ROBERTO AGUIAR que “quem legisla é o grupo social que detém o poder, por deter o controle da vida econômica e consequentemente política de uma sociedade. O grupo social ou grupos sociais no poder se instauram como legisladores”.¹⁵⁶

A posição desses grupos na sociedade permite que eles tenham uma grande influência no todo de duas formas. A primeira como formadores de

¹⁵⁶ AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, Poder e Opressão*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990. Pág. 24.

opinião, usada para difundir uma visão de mundo e uma ideologia própria deste grupo, e a segunda como agentes econômicos, usada em financiamentos de campanha, que acabam transformando os ditos representantes do povo em porta-vozes de seus interesses.

Toda essa ação não é realizada às claras, de forma aberta e transparente. Vários subterfúgios são usados para mascará-la, sendo o principal, na minha opinião, o que chamo de *personalização das instituições*. O que vem a ser isso?

O tempo todo vemos e ouvimos frases do tipo: esse é o desejo da sociedade, a posição da OAB reflete isso ou aquilo, a igreja não concorda com essa medida, o Estado isso, o Governo aquilo, a mídia, a Associação comercial, a Federação das Indústrias, e assim por diante. É como se essas instituições ganhassem vontade própria, quando na verdade elas refletem um jogo político interno que, no mais das vezes, representa interesses de um determinado grupo dominante ou até mesmo de uma pessoa. Friso aqui com veemência que não sou contra as instituições e o papel importantíssimo que desempenham, estou apenas apontando um aspecto de seu uso com o qual não concordo.

O pior de tudo é que estes grupos dominantes, tradicionais e conservadores, que tem o poder de influenciar a formação do Direito a ponto de quase determiná-lo inteiramente, quando virada a página da formação para a da aplicação do Direito, se tornam os grandes legalistas estritos, defensores da neutralidade, propagadores de todos aqueles mitos tratados no capítulo segundo.

Não é novidade que os “ricos e poderosos sempre usufruíram de vantagens substanciais (...) e tratamento superior por parte do Direito”.¹⁵⁷ O Direito é um dos principais campos de atuação das elites na intenção de se manterem elites e, conseqüentemente, continuarem a usufruir de privilégios.

As elites usam seu poder para influenciar na formação do Direito, como vimos, mas também exercem o mesmo poder para manter uma idéia, um certo conceito de Direito viva. Os principais campos dessa atuação são as faculdades de Direito, em especial as mais tradicionais, por possuírem uma maior influência no meio jurídico em geral, e, principalmente, na formação dos profissionais que irão compor uma “nobreza togada”.¹⁵⁸

Não há nada de mais em um determinado grupo social agir em busca e na defesa de seus interesses, mas fazê-lo hipocritamente como se estivessem agindo sem interesse ou no interesse de todos é cinismo, é um ativismo pseudo-passivo. È a maneira como atuam nesta empreitada que preocupa. Se são legítimos seus interesses por que se escondem atrás de uma aura de neutralidade e hipocrisia?

¹⁵⁷ Wealth and power have always conferred substantial advantages (...) and rich and well connected have enjoyed superior treatment under the law. GREENWALD, Glenn. *With liberty and justice for some: How the Law is used to destroy equality and protect the powerful*. New York: Metropolitan Books, 2011. Kindle Edition, Location 207-208.

¹⁵⁸ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A Nobreza Togada*. Tese de Doutorado em Ciência Política. USP, 2010.

4. Conclusão

O Direito é criação humana, necessidade de sua evolução histórico-social, surgido de atos de poder e instrumento deste. Ele representa as relações sócio-políticas inerentes à sociedade humana, seus interesses e contradições.

O meio jurídico é o lugar de uma disputa para o controle do direito de determinar, interpretar e aplicar a lei. Dentro deste campo ocorre um confronto entre os atores que possuem uma representatividade social e que busca formar e interpretar sistema de normas que privilegia esta ou aquela visão do mundo, legitimada ou não. Este processo, no entanto, não é claramente assumido e se esconde atrás da ilusão que as decisões são tomadas com base na lei e intuições ingênuas de justiça e equidade. O resultado desta ilusão é que o sistema de normas jurídicas parece, tanto para aqueles que o impõe como para aqueles a quem ele é imposto, totalmente independente das relações de poder subjacentes ao sistema político que ele sustenta e legitima.

Reconhecer que a autonomia da lei é relativa e que há um forte efeito ideológico que resulta da ilusão de autonomia absoluta da lei no que se refere às pressões externas é essencial para que se aproxime o mais possível de um equilíbrio desejado das tensões sociais.

Portanto, sejam as ações pseudo-passivas do conservadorismo ou as ações transformadoras do ativismo jurídico, judicial ou extrajudicial, são ambas essencialmente políticas. O Direito, como instrumento de ação política, tem a função precípua, embora não exclusiva, de garantir que esta disputa se

dê de forma pacífica. Ativistas somos todos, quer queiram ou não. Melhor se todos tomarmos consciência disso e passarmos a agir com transparência.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: Uma Crítica à verdade na Ética e na Ciência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Ética e Retórica: Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, Poder e Opressão*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

ALTER, Karen J. *The European Court's Political Power*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade. *Direito e Estado como Estrutura e Sistemas*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional: UFMG, 2001.

ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres: Penguin Books, 1990.

_____. *O Que é Política*. 6ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *A Dignidade da Política*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. *Crises da República*. 2ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.

_____. *Eichmann in Jerusalém: A Report on the Banality of Evil*. 2ª ed. Londres: Penguin Books, 2006.

_____. *As Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1998.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000.

BACEVICH, Andrew J. *Washington Rules: America's path to permanent war*. New York: Metropolitan Books, 2010.

_____. *The Limits of Power: The end of american exceptionalism*. New York: Metropolitan Books, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 4ª ed. Rio De Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *Direita e Esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Unesp, 1995.

_____. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6ªed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. *Os Intelectuais e o Poder: Dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. São Paulo: Unesp, 1996.

_____. *Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política*. 7ªed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ªed. Brasília: Ed. UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. Et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAMAN, Eileen. *Law, Politics & Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2009.

BRICMONT, Jean. *Imperialismo Humanitário: El uso de los Derechos Humanos para vender la guerra*. Madrid: El Viejo Topo, 2005.

BRICMONT, Jean. SOKAL, Alan. *Imposturas Intelectuais: O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. 3ªed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

BYBEE, Keith J. *All Judges are Political...Except When They are Not: Accetable Hypocrisies and the Rule of Law*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

CALAVITTA, Kitty. *Invitation to Law and Society: An Introduction to the Study of Real Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

- CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2008.
- CHOMSKY, Noam. *Contendo a Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____. *Segredos, Mentiras e Democracia*. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *A minoria próspera e a multidão inquieta*. Brasília: UnB, 1999.
- CHOMSKY, Noam. DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: Educação, Mercado e Democracia*. Blumenau: FURB, 1999.
- DINIZ, Arthur José Almeida. **O Poder e os Mitos**. IN: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. N. 72. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1991. Pag.67-82.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- EPP, Charles R. **Law as an Instrument of Social Reform**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 595-613.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FISHER III, William W., HORWITZ, Morton J., REED, Thomas A.(orgs). *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993.
- FOULCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRANK, Jerome. *Are Judges Human? Part one: The effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave like Human Beings*. In: University of Pennsylvania Law Review. Vol. 80. P. 17-53. 1931-1932.

FRANK, Jerome. *Are Judges Human? Part two: As Through a Glass Darkly*. In: University of Pennsylvania Law Review. Vol. 80. P. 233-267. 1931-1932.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 5^a ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREENWALD, Glenn. *With liberty and justice for some: How the Law is used to destroy equality and protect the powerful*. New York: Metropolitan Books, 2011. Kindle Edition.

HALBERSTAM, Daniel. **Comparative federalism and the role of judiciary**. In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 142-164.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Immorality and Treason**. In: DWORKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

HEDGES, Chris. *American Fascists: the Christian Right and the war on America*. New York: Free Press, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HELLER, Hermann. *Teoría Del Estado*. 2^a ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Politics**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 119-141.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: A Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 2003.
- HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of Law**. In: POSNER, Richard A(org.). **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Others Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.**. Chicago, Chicago University Press, 1996. p. 160-177.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 2004.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3ª ed. New York: Basic Books, 1998.
- KAIRYS, David. **Introduction**. IN: KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3ª ed. New York: Basic Books, 1998. Pag. 1-20.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *A democracia*. 2ª ed . São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O que é justiça?*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Washington: BeardBooks, 2006.
- _____. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge, Massachussets / London: Harvard University Press, 1998.
- _____. *Legal Education and The Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press, 2004.
- _____. *Legal Reasoning: Collected Essays*. Aurora: The Davies Group Plublishers, 2008.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- _____. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____. *Multicultural Odysseys: Navigating the new International Politics of diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAMPEDUSA, Tomasi di. *O Leopardo*. São Paulo: Círculo do Livro, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOBEL, Jules. **The Political Tilt of Separation of Powers**. IN: KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3ª ed. New York: Basic Books, 1998. Pag. 591-616.
- MARMOR, Andrei(org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MINOW, Martha. **Politics and Procedure**. IN: KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3ª ed. New York: Basic Books, 1998. Pag. 79-96.
- MOUFFE, Chantal. *Práticas artísticas e democracia agonística*. Barcelona: Museu d'Art Contemporani de Barcelona, 2007.
- NEIWERT, David. *The Eliminationists: How hate talk radicalized the American right*. Sausalito: PoliPointPress, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Além do Bem e do Mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- _____. *Crepúsculo dos Ídolos: Ou como filosofar com o martelo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- NOVKOV, Julie. **Law and Political Ideologies**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 626-643.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, Massachussets / London: Harvard University Press, 2005.

- _____. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts / London: Harvard University Press, 2008.
- POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1982.
- _____. *The Spirit of the Common Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das Certezas: Tempo, Caos e as Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.
- RAWLS, John.. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **A Theory of Civil Disobedience**. IN: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 89-111.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- _____. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Kindle Edition.
- REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 5v.
- ROBERTSON, David. *The Judge as a Political Theorist*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RUBIÃO, André. *A “UNIVERSIDADE PARTICIPATIVA”: Uma análise a partir do Programa Pólos de Cidadania*. Tese de doutorado em Ciência Política, em co-tutela entre as universidades Paris 8 e UFMG, 2010.
- SANT’ANNA, Affonso Romano de. **A antiga relação entre a escrita e a ideologia**. In: *Ler o mundo*. São Paulo: Global, 2011. Pág. 49-58.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Martin. **Law and Politics: The Problem of Boundaries**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 767-774.

SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford, Oxford University Press, 2002.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. Kindle Edition.

SPAETH Harold J. **Refleitions about Judicial Politics**. IN: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pag. 752-766.

STEVENS, Robert. *Law schools and Law students*. In: Virginia Law Review.v. 59. N. 4.

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Heremênutica Da Construção Do Direito*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2003.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Heremênutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade a Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

TAMANAH, Brian Z. *Beyond the Formalist-Realist Divide: The role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TELES, Steven M. *The Rise of the Conservative Legal Movement: the Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. *The New Constitutional Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.

_____. *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis (Constitutional Systems of the World)*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

- _____. *The Political Constitution Of Emergency Powers: Some Lessons From Hamdan*. Minnesota Law Review, 91 Minn. L. Rev. 1451, 2007.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do Método Positivista-legalista do Século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- WEST, Cornel. **The Role of Law in Progressive Politics**. IN: KAIRYS, David (Org). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 3^a ed. New York: Basic Books, 1998. Pag. 708-718.
- WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, The supreme Court, and the Constitutional Leadership in US History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN R. Daniel, CALDEIRA Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- WILLIAMS, Bernard. *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- WOLIN, Sheldon S. *Democracy Inc.: Managed Democracy and the specter of inverted totalitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- ZOLO, Danilo. *La Justicia de los Vencedores: De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2006.