



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
Mestrado em Direito

LEGITIMIDADE, PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS.

CLAUDIO FELIPE ALEXANDRE MAGIOLI NÚÑEZ
RIO DE JANEIRO
2014

LEGITIMIDADE, PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

CLAUDIO FELIPE ALEXANDRE MAGIOLI NÚÑEZ
RIO DE JANEIRO
2014

CLAUDIO FELIPE ALEXANDRE MAGIOLI NÚÑEZ

LEGITIMIDADE, PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta dissertação do discente Claudio Felipe Alexandre Magioli Núñez foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, _____ de 2014.

Professor Dr. Fernando Quintana
Professor orientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

Professor Dr. Celso de Albuquerque Silva
Professor coorientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento
Professor convidado
Universidade Estácio de Sá –UNESA

DEDICATÓRIA

À minha esposa Cristina que sempre me incentivou a estudar e também sempre debateu os importantes problemas sociais que afligem à nossa sociedade.

Ao meu filho Enzo, com a esperança de que viverá numa sociedade brasileira melhor.

Ao meu pai Victor (*in memoriam*) que com certeza está orgulhoso da minha progressão nos estudos. Pai, com você aprendi que o conhecimento é a única coisa que se leva dessa vida: *Non deterret sapientem mors!*

À minha mãe Dilza, por ter promovido um ensino montessoriano, permitindo estudar, não pela necessidade pessoal, mas pelo amor ao conhecimento e pelo dever de servir em prol do coletivo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, Meishu-Sama e meus Antepassados e Ancestrais, sem os quais não estaria neste mundo.

À saudosa *Professora Dra. Miriam Fontenelle*, bem como *Cristiane Buosi*, por seus esforços infatigáveis para que este Curso de Mestrado se tornasse realidade. Vocês são a pedra sobre o qual edificaremos esse Curso!

Aos amigos de jornada, Alessandra, Renata, Márcio, Pedro, Rafael e Saldanha. O debate com vocês sempre foi enriquecedor. E a amizade, mais ainda.

Aos professores do PPGD-UNIRIO, sem os quais não poderíamos concluir o presente trabalho. Um agradecimento especial à *Prof^a Dr^a Cristiane Corrêa Batista Santos* pelas imprescindíveis lições de Políticas Públicas, recomendações metodológicas e o incentivo em meu mergulho na Ciência Política. Ao *Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça* pela possibilidade de participar no grupo de pesquisa. Ao *Prof. Dr. Jadir Anunciação de Brito* por fazer-me conhecer autores com uma visão crítica das teses neoliberais. Ao *Professor Dr. Christian Edward Cyril Lynch*, por ter me apresentado à riquíssima literatura de Pierre Rosanvallon, espinhal dorsal da presente dissertação e por todas as dúvidas que me esclareceu.

Ao meu Professor Coorientador, *Dr. Celso de Albuquerque Silva*, por todas as suas contribuições valiosas, especialmente pela sólida base de Teoria Constitucional.

Ao *Professor Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento* pela gentileza em aceitar o convite para integrar a minha Banca de Exame para obtenção do título de Mestre.

Ao meu Professor Orientador, *Dr. Fernando Quintana*, por toda sua inestimável contribuição, sendo difícil colocar em palavras tudo que ganhei neste convívio. O Prof. Dr. Adrian Sgarbi afirma que um orientador não é nem o “Sr. Miyagui” e nem o “Darth Vader”. Toda regra tem exceção. Sem o *Sensei* Fernando, jamais completaria minha jornada!

*“Analisando essa cadeia hereditária
Quero me livrar
Dessa situação precária...*

*Onde o rico cada vez fica mais rico
E o pobre cada vez fica mais pobre*

*E o motivo todo mundo já conhece
É que o de cima sobe
E o de baixo desce...*

*Mas eu só quero educar meus filhos
Tornar um cidadão com muita dignidade
Eu quero viver bem
Quero me alimentar
Com a grana que eu ganho
Não dá nem prá melar*

*E o motivo todo mundo já conhece
É que o de cima sobe
E o de baixo desce...”*

*Letra da música "Xibom Bombom" de autoria
de "As Meninas", banda feminina baiana de axé.*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário, especificamente das Cortes Constitucionais. Na contemporaneidade vive-se a *dificuldade contramajoritária*, já que o controle de constitucionalidade pode derrubar decisões assentadas em maioria parlamentar, pondo em xeque o cânone de decisão democrática assentada no princípio da maioria. Isso levaria ao questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciário em suas decisões, especialmente quando invalida leis fundadas em políticas públicas formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que acarretaria uma espécie de *déficit democrático* do Judiciário. O estudo apresenta a democracia como um regime temporal, composto pela instantaneidade das eleições (curto-prazo), o período dos mandatos parlamentares (médio-prazo) e a Constituição (longo-prazo). As Cortes Constitucionais atuam na temporalidade do longo-prazo estando democraticamente legitimadas pela reflexividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Legitimidade Reflexiva. Temporalidade. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Judicialização da política.

LEGITIMACY, JUDICIARY AND PUBLIC POLICY

ABSTRACT

This master thesis examine the question of the democratic legitimacy of the Judiciary , specifically of the Constitutional Courts. In contemporary the *counter-majoritarian difficulty*, i.e, the *judicial review* can topple decisions settled in parliamentary majority, putting into question the democratic principle of majority decision. This lead us to question the democratic legitimacy of the Judiciary in their decisions, especially when invalidate laws based on public policies formulated by the Legislative and Executive branches, which would entail a kind of *democratic deficit* of the Judiciary. The study presents democracy as a time-regime, comprising the immediacy of elections (short term), the period of the parliamentary mandates (medium term) and the Constitution (long term). Constitutional Courts would act in the long term temporality which democratically legitimate its by reflexivity.

KEYWORDS: Social Rights. Reflexivity legitimacy. Temporality. Public Policy. Judiciary. Judicialization of politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. JUDICIÁRIO E A LEGITIMIDADE DA IMPARCIALIDADE	18
1.1 A TEORIA CLÁSSICA DA DIVISÃO DE PODERES	19
1.2 A DIVISÃO DE PODERES E OS <i>FRAMERS</i> NORTE-AMERICANOS.	38
2. JUDICIÁRIO DIANTE DA <i>QUESTÃO POLÍTICA</i> E <i>QUESTÃO SOCIAL</i>	57
2.1 O JUDICIÁRIO E A NEUTRALIDADE POLÍTICA.	57
2.2 O JUDICIÁRIO E O <i>WELFARISMO</i>	85
2.3 CRISE DO <i>WELFARISMO</i>	106
3. JUDICIÁRIO E A LEGITIMIDADE DA REFLEXIVIDADE	119
3.1 TRANSFORMAÇÕES DA LEGITIMIDADE.	119
3.2 CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.	137
3.3 JUDICIÁRIO, LEGITIMIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	146
CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	174

INTRODUÇÃO

O direito e a política sempre se preocuparam com a legitimidade de sua atuação. Teorias foram desenvolvidas, principalmente com a ascensão da burguesia ao poder, levando à busca de uma nova forma de legitimação. Com a transição do Antigo Regime e do sistema feudal para o Estado Moderno e o sistema capitalista, o Judiciário recebe novo papel, com sua legitimidade da imparcialidade visando garantir a igualdade perante a lei. Porém, a legitimidade do Judiciário parece ser menor que a dos poderes Legislativo e Judiciário, ainda hoje, apesar de ser nominalmente independente e equivalente.

A formação do Estado Moderno está umbilicalmente ligada ao nascimento da função jurisdicional como afirmação política do poder central representado pelo monarca. Isso torna a jurisdição como expressão da soberania do poder do Estado de forma a reafirmar a posição de proeminência do monarca em relação aos “poderes inferiores” (*suzerain*). Neste particular, devemos nos recordar da contribuição de Jean Bodin, e sua obra “*Os Seis Livros da República*”, sendo o primeiro a teorizar sobre a soberania, entendendo-a como *summa potestas*. Essa concentração de poder é percebida, tanto nos países de tradição romano-germânica (TUCCI, 1987) quanto no caso da *common law* (DAVID, 1986).

Posteriormente, a jurisdição se torna um “poder delegado” ou um ato de “interpretação autêntica” das leis que emanam do próprio Rei (TUCCI, 2004). Seguindo essa evolução, a magistratura, que nasce com a mesma legitimidade do Rei, vai paulatinamente se separando da pessoa real e ganhando novas atribuições e funções delegadas pelo monarca, mas sempre com um caráter de subordinação e como uma atividade eminentemente reservada à aristocracia tradicional.¹

Com as Revoluções Modernas, a burguesia como classe social, assume definitivamente o poder político. Naquele momento histórico, a nova classe precisou

¹ Lembremos que até bem pouco tempo, a *House of Lords* era o órgão máximo da justiça na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte e, para alguns julgamentos em matéria civil, da Escócia (VIEIRA, 2007, p. 120-123). Com o *Reform Act* de 2005, foi aberta a possibilidade de criação de um *Supreme Court*, desvinculada dos *Lords*, o que se realizou somente em 2009 (PARTINGTON, 2013, p. 50).

legitimar o seu poder e romper com a justificação do poder do Rei e da aristocracia feudal que extraía sua legitimidade na Teologia (origem divina do poder). Os modernos como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant buscaram uma legitimação do poder que não fosse pautada em argumentos teológicos. Nessa mesma passagem histórica, surge a afirmação do poder estatal especialmente na figura do Legislador e, no âmbito do Direito, na concepção do positivismo jurídico. Aparece, então, o modelo de um Poder Judiciário inerte, quase inanimado e mero fantoche da lei. O ideário de um Judiciário imparcial, inerte e longe de “assuntos políticos” ainda tenta se sustentar até hoje.

Mas na contemporaneidade, de um honroso respeito que o Legislativo e Executivo possuíam em relação ao Poder Judiciário, devido principalmente à sua tradição paralisante e o distanciamento entre direito e política, surge um conflito entre os poderes. Surge a “dificuldade contramajoritária”: trata-se do fato das decisões das Cortes Constitucionais introduzirem um componente contramajoritário nos sistemas democráticos do mundo ocidental contemporâneo. Ou seja, estas cortes, através dos remédios constitucionais de invalidação das leis por inconstitucionalidade, são capazes de derrubarem decisões assentadas em maioria parlamentar. Assim, seria uma espécie de decisão que põe em xeque o cânone de decisão democrática assentada no princípio da maioria. Isso levaria ao questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciário em suas decisões, especialmente quando invalida leis fundadas em políticas públicas formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que acarretaria uma espécie de “déficit democrático do Judiciário” (BARROSO, 2007, p. 38).

Um dos principais defensores da tese da falta de legitimidade do Poder Judiciário é Jeremy Waldron entendendo que, em não havendo uma “disfunção” do Poder Legislativo², as divergências acerca do direito devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não no do processo judicial (WALDRON, 2006, p. 1346-1406). Será, então, que o Poder Judiciário possui alguma legitimidade democrática ou é deficitário em termos de legitimidade quando comparado com os outros poderes? Será que legitimidade democrática é sinônimo de escolha de agentes estatais pelo procedimento eleitoral?

² A “disfunção” do Legislativo é compreendida como situações que afetam o equilíbrio de oportunidades políticas no interior dos sistemas eleitorais (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

Baseado nesse suposto déficit, surgem explicações teóricas que buscam defender que o Judiciário não deve atuar em certas áreas que ficariam restritas à Política e exclusivas no âmbito do Legislativo ou do Executivo. Surgem, por exemplo, a “Reserva do Possível”³ e a “Reserva de Administração”⁴, que impediriam a atuação do Judiciário, especialmente quando se tratar de controle jurisdicional de políticas públicas.

Por outro lado, os direitos sociais enunciados em nossa Constituição não foram criados para apenas ficarem no “plano do papel”, como uma simples esperança. A omissão estatal torna-se questão de suma importância para o constituinte brasileiro de 1988, levando em conta que os direitos sociais exigiriam prestações estatais para sua concretização. Omissões do Legislador e do Executivo poderiam levar o Poder Judiciário a rever sua clássica opção de imobilismo para uma posição de concretização dos direitos sociais? A adoção de um modelo de Constitucionalismo Dirigente pela atual Constituição de 1988 parece sinalizar nesse sentido. Portanto, o Poder Judiciário precisa buscar novas soluções, para resolver o problema da legitimidade e contribuir para a efetivação de direitos sociais.

Tendo em conta que o nosso trabalho se debruça sobre o papel do Poder Judiciário, iremos tecer algumas considerações sobre a Teoria Política. Terence Ball (2004), ao analisar a situação da Teoria Política entre os anos 1950 e 1970, relembra-nos que ela foi dada como morta por Peter Laslett. Apesar disso, outros teóricos como Isaiah Berlin e Plamenatz discordavam dizendo que ela não poderia morrer. Terence Ball introduz uma distinção para compreender este paradoxo: teorização de primeira e de

³ A teoria da “reserva do possível” é uma adaptação de um *topos* da jurisprudência alemã, sendo compreendida como uma limitação fática, de ordem financeira, na concretização de direitos sociais. Assim, como estes direitos dependem de prestação de uma ação estatal, estes só podem ser exigíveis judicialmente, desde que disponíveis recursos financeiros alocados no orçamento público, sendo que esta decisão é ato discricionário dos governos e parlamentos. Autores condenam a utilização da teoria no Brasil, por considerar questionável a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em países de “Primeiro Mundo” para países “periféricos” como o Brasil (KRELL, 2002, p. 51).

⁴ A chamada “reserva de administração” estabelece que há espaços de atuação da administração pública inerente ao exercício de sua competência, ao qual é defeso à lei invadir, sob pena de inconstitucionalidade. O conceito dialoga com outros, como o de “conceito jurídico indeterminado” e “discricionariedade”, de forma que o legislador criaria um conceito indeterminado no texto legal, competindo ao administrador público densificar seu conteúdo. Tal concepção seria um desdobramento do princípio da separação de poderes, uma vez que não é permitido ao legislador criar atos normativos concretos, cabendo apenas expedir normas gerais e abstratas. No caso, também, seria defeso ao Judiciário invadir este espaço decisório da administração pública, uma vez que é competência privativa do administrador exercê-la (BINENBOJM, 2006, p. 214-221).

segunda ordem. A teorização de primeira ordem está ligada à tentativa de resposta às perguntas que naturalmente surgem quando se vive em sociedade: O que é devido a quem e em que ordem? Quem deve resolver questões de interesse comum? Todos ou alguns? Qual o limite entre assuntos públicos e privados? Em resumo, são questões que qualquer sociedade civilizada precisa responder.

Porém, há uma teorização de segunda ordem, que eminentemente estuda, ensina e comenta os “clássicos” do pensamento político. Esta teorização de segunda ordem estaria morta. Ball vai mais além e substitui a distinção em ordens por uma teorização de primeiro e segundo níveis. Nesta distinção é possível, ainda que sendo uma teorização de segundo nível, “aprender com” os teóricos de primeiro nível de forma que, ainda que se apropriando deles, não necessariamente estaremos servilmente imitando-os ou duplicando-os. É que o procuramos realizar aqui.

Dentro desta linha, a metodologia de pesquisa será uma análise textual das tipologias de legitimidades desenvolvidas por Pierre Rosanvallon⁵ (2011) e aplicá-las para identificar a legitimidade democrática das Cortes Constitucionais. Assim, pretendemos dar alguma contribuição, apoiado numa análise interpretativa do conceito de “*legitimidade democrática*” lastreado nas pesquisas de Rosanvallon no sentido de que o Poder Judiciário possui legitimidade reflexiva que independe da confirmação dos magistrados por eleitores, ou seja, uma legitimidade diferente daquela que normalmente é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim sendo, partindo do pressuposto nietzschiano de que “não é definível o que tem história”⁶, procura-se analisar a “Legitimidade do Judiciário” encarnada nas tensões concretas da realidade, e não pairando, *in vacuo*. Ou seja, apesar de se usar uma metodologia textualista, não se pode descuidar dos aspectos contextuais nos quais os autores desenvolveram suas concepções.

⁵ Pierre Rosanvallon, nascido em Blois em 1948, é um historiador e intelectual francês. O seu trabalho centra-se na história da democracia, no modelo político francês, e no papel do Estado e a questão da justiça social nas sociedades contemporâneas. Ele ocupa, desde 2001, a cadeira de História Moderna e Contemporânea da Política no *Collège de France*, mantendo-se diretor de estudos da *École des Hautes Etudes en Sciences Sociales* (EHESS). Foi um dos principais teóricos da crise do Estado providência.

⁶ Genealogia da Moral, II, §13.

Por tal motivo, adotaremos no presente estudo, as ideias de T. H. Marshall, especialmente a sua obra “*Cidadania, Classe Social e Status*” que estabelece uma evolução histórica da cidadania em três etapas: 1) reconhecimento da igualdade formal perante a lei que aparece com o surgimento da *cidadania civil*; 2) o surgimento da *cidadania política*, conquistada pela universalização do voto; 3) o reconhecimento da *cidadania social*, buscando garantir condições dignas à existência humana (MARSHALL, 1967, p. 57-114). Historicamente, a cidadania civil teria surgido no século XVIII, a conquista da cidadania política se deu ao longo do século XIX e os direitos sociais a partir do século XX.

A adoção da tese de T.H. Marshall se dá por alguns motivos relevantes: 1) Marshall foi essencial para uma teorização das políticas econômicas keynesianas, dando um embasamento teórico para o *Welfare State* e para a chamada *questão social* (PEREIRA, 2011, p. 95-98); 2) Pierre Rosanvallon parece seguir a partir de onde Marshall teria parado, com um estudo iniciando no começo do século XX e prosseguindo até o presente, destacando o desmantelamento do *Welfare State* e a valorização das teses neoliberais, para permitir recolocar o problema na contemporaneidade como uma “nova questão social” (ROSANVALLON, 1984, 1995, 2002, 2008, 2011).

A sequência da cidadania tratada por T.H. Marshall não é apenas cronológica, mas é também lógica: do exercício dos direitos civis, os ingleses teriam reivindicado o direito de votar (direito político) que, por sua vez, permitiu que os operários pudessem pressionar politicamente o governo, culminando na introdução dos direitos sociais. Assim, a cidadania, e o próprio direito, são constructos históricos. Esse arranjo cronológico e lógico é o sucesso da teoria de T.H. Marshall⁷, pois ainda que o desenvolvimento da cidadania possa se dar em cada país mediante um percurso diferente do caso inglês, o ponto de chegada – o ideal de cidadania plena – é semelhante para todo o mundo ocidental (CARVALHO, 2002, p. 7-13). Assim, sua obra é muito útil, pelo menos para teorizar a legitimidade democrática que aqui abordamos, sendo utilizada como fio-condutor para perceber as diversas teorizações sobre a atuação do

⁷ Há um estudo sobre a evolução da cidadania brasileira, onde se compara o nosso percurso com o do modelo inglês de cidadania teorizado por T.H Marshall (CARVALHO, 2002).

Poder Judiciário e sua correlação com a implementação dos direitos, bem como na tensão entre constitucionalismo e democracia, uma vez que as Constituições foram usadas para frear o avanço da cidadania política (ROSANVALLON, 2011, p. 138-19; BERCOVICI, 2004, p. 5-6).

Também gostaríamos de fazer algumas advertências. A primeira é que ao tratarmos do “Poder Judiciário”, estamos nos focando nas Cortes Constitucionais ou órgãos de cúpula do Judiciário que possuem essa função de controle de constitucionalidade. Não estamos analisando a legitimidade de todas as instâncias que compõem o Judiciário. Tal escolha se dá em função de a relação Direito e Política ser mais tormentosa no âmbito da discussão constitucional, onde decisões judiciais podem aparecer como ameaças à ordem política legítima. Não é por outro motivo que Pierre Rosanvallon se concentra na legitimidade democrática das Cortes Constitucionais.

A segunda advertência é que Estado-providência, Estado Social, Estado de Bem-estar e *Welfare State* são tratados aqui como sinônimos, ainda que haja diversas definições acadêmicas para tratar de um Estado que se destaque pela promoção de políticas sociais. Há, por exemplo, alguns que entendem ser o *Welfare State* um produto histórico exclusivamente inglês (PEREIRA, 2011, p. 45-52). Mas, para o presente trabalho, por estarmos comparando modelos antitéticos de Estados, é possível utilizarmos uma categoria genérica de “Estado Social”: o Estado neoliberal é contrário às políticas sociais por entender serem elas inócuas para transformarem a realidade social, enquanto o “Estado Social” utiliza as políticas sociais como estratégia para mudanças da realidade socioeconômica.

Cabe salientar que ao tratarmos de políticas públicas, que é um gênero, estamos nos focando apenas na espécie políticas sociais, justamente por causa de sua correlação com o Estado-providência e os direitos sociais.

Por fim, devemos recordar que há diversos modelos de políticas sociais promovidas por Estados Sociais, mas aqui nos deteremos nas políticas sociais desmercadorizantes da força de trabalho. A escolha se dá, primeiramente, por ser essa a política social que identifica o tipo de Estado Providência idealizado por T.H. Marshall: o *Welfare State* social-democrata (ESPING-ANDERSEN, 1991). Há que se perceber que nem todas as políticas sociais são emancipadoras, havendo aquelas que,

contrariamente, são estratificadoras, subordinando os direitos de cidadania ao *status quo* e preservando as diferenças de classe e *status*, como teria sido o caso das políticas sociais da Alemanha bismarckiana (PEREIRA, 2011, p. 190). Um segundo ponto é que o direito social desmercadorizante é justamente aquele condenado pelas teses neoliberais por ter um núcleo anticapitalista ao liberarem o trabalhador do mercado de trabalho e ferindo mortalmente a concepção de competição no livre-mercado. Outro aspecto é que no direito social desmercadorizante, há a máxima tensão na questão da legitimidade democrática. Sendo um direito, pode ser judicialmente exigível e, portanto, o Judiciário poderia impor sua implementação em face do Executivo ou do Legislativo. Aqui, um Estado que adota o modelo neoliberal se utilizará amplamente da Administração Pública – especialmente por intermédio de autoridades independente como o Banco Central – para conduzir suas políticas econômicas. Ao esbarrarem com um direito social desmercadorizante, e garantido constitucionalmente como no caso do Brasil, ocorre uma suprema contradição: cumprimento ou flexibilização do direito? Constituição Social ou Econômica? As respostas às perguntas serão pautadas pela instituição que for democraticamente legitimada, aspecto que será apreciado no último capítulo.

O presente estudo está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo gira em torno do estudo da legitimidade do Judiciário no século XVIII, advindo de sua imparcialidade, entendida ainda como um “terceiro” distanciado das partes, atuando como um árbitro diante de conflitos de interesses particulares. Tal papel, segundo T.H. Marshall, foi fundamental para o desenvolvimento dos direitos civis, permitindo a transição do feudalismo para o capitalismo, substituindo a distinção de classes feudais pela igualdade jurídica. O Judiciário aqui possui importância capital na defesa da liberdade e da propriedade privada. Para tanto, veremos as teorias clássicas da divisão dos poderes, iniciando o estudo com John Locke, seguido de Montesquieu e, finalmente, a recepção da separação dos poderes pelos Pais Fundadores norte-americanos.

No segundo capítulo, trataremos da *questão política* e da *questão social* e de como houve um deslocamento da centralidade do Judiciário para o Legislativo como instituição capaz de atender os anseios da sociedade durante o século XIX. Por isso, o Judiciário parece “inexistir” como instituição ao longo do século XIX, não sendo o principal objeto de estudo dos principais teóricos da época: Benjamin Constant, Alexis

de Tocqueville, Jeremy Bentham, James Mill, J.S. Mill e Karl Marx. O revisionismo das teses marxistas - Kautsky e Bernstein - promoveram uma base teórica consistente para, conjuntamente com os movimentos trabalhistas, fortalecer o ideal da social-democracia que pretendia conquistar avanços sociais por intermédio de uma legislação de proteção ao trabalhador. Uma via de promoção de mudanças sociais e econômicas dentro do marco democrático eleitoral. Os direitos sociais são constitucionalizados pela primeira vez na História. As Guerras Mundiais, a crise da Bolsa de Nova Iorque, a Grande Depressão e a teoria econômica de John Maynard Keynes, estabelecem o terreno fértil do *Welfare State* que atinge seu auge no pós-segunda guerra. Encerrando o capítulo, veremos a chamada “crise do *Welfare State*” e o papel do Judiciário diante de tantas transformações sociais. Aqui, a intensa legiferação de proteção social e a mudança de técnica legislativa, trasladaram o centro decisório do Legislativo para o Executivo (Administração Pública) conforme havia previsto T.H. Marshall. O que não parece ter sido previsto é que a mudança na técnica legislativa e a incorporação de direitos sociais na ordem jurídica colocariam o Judiciário diante de um impasse: permanecer com a imparcialidade que lhe foi atribuída no século XVIII ou procurar um novo caminho.

No terceiro e último capítulo, abordaremos aspectos das grandes transformações que a legitimidade sofreu ao longo da história da democracia moderna. Desde a sacralização das eleições, passando pela intensa luta na busca da universalização do voto, até o desencanto com a democracia representativa por não ter sido capaz de resolver a *questão social*. A legislação social, que exigia uma gama de serviços públicos, fortaleceu o corpo de servidores da Administração Pública que também se legitimaram democraticamente. Com a crise do *Welfare State* e a ascensão das teses neoliberais, as legitimidades que sustentavam o Estado foram implodidas. Mudanças nas relações sociais e também de ordem econômica – a condição pós-moderna e o capitalismo pós-fordista – nos forçam na busca de novas legitimidades. Aqui Pierre Rosanvallon inova ao trazer suas três legitimidades democráticas: Imparcialidade, Reflexividade e Proximidade. A Reflexividade é nosso tema central, por se ligar às Cortes Constitucionais e também por atuar na temporalidade do longo-prazo. Para um estudo sobre a Legitimidade das Cortes Constitucionais é essencial compreender a Democracia como um regime temporal, havendo diversas temporalidades de atuação e decisão. Ao seu turno, veremos que as teses neoliberais – um Constitucionalismo Econômico – também se dedicam ao *time consistency problem*,

ou seja, a descrença de que a temporalidade de médio-prazo dos mandatos eleitorais, com políticos preocupados com as competições eleitorais, será capaz de conduzir políticas estáveis. Nesse caso, as políticas sociais não são o cerne da preocupação, mas as políticas econômicas que seguem o ideário de mercado. Encerrando o trabalho, abordaremos a questão das políticas públicas (sociais), o nosso Constitucionalismo Social e Dirigente e os impasses gerados pelo Constitucionalismo Econômico, bem como o papel do Judiciário na preservação de uma ordem democrática, utilizando-se de sua legitimidade reflexiva.

1. JUDICIÁRIO E A LEGITIMIDADE DA IMPARCIALIDADE

A jurisdição sempre foi uma expressão da soberania estatal, tendo se formado a medida que os regimes monárquicos se consolidavam, como clara demonstração da supremacia do rei em relação aos senhores feudais (*suzerains*) e tendo papel fundamental na formação dos Estados Nacionais. Com as revoluções Inglesa, Norte-americana e Francesa, o Judiciário recebe novo papel e uma nova justificação, já que com a queda do Absolutismo, sua legitimidade não poderia advir mais dos monarcas e o magistrado não podia ser mais *in persona Rex*, a extensão do poder de fazer justiça da pessoa do monarca. Essa herança da magistratura, o exercício da função jurisdicional como delegação de um poder do rei, marca a formação do Poder Judiciário no século XVIII que, no momento da construção da ideia de separação de poderes, não nasce em pé de igualdade e sua legitimidade parece ser menor que a dos demais poderes.

Para compreensão do nosso cenário contemporâneo, lembraremos das transformações políticas que marcam o século XIX, especialmente em relação à progressiva e difícil marcha pela universalização do voto (cidadania política), o que dará surgimento a uma teoria constitucional. O primado da Constituição nasce para se contrapor ao contratualismo e a soberania popular que eram os ideários das revoluções “burguesas”. A Constituição se estabelece como força normativa não só para evitar os extremos de um poder absoluto de um monarca, mas também para se frear a soberania popular. Desse encontro nasce a tensão contemporânea entre constitucionalismo e a soberania popular, o que nos permite levantar um problema de legitimidade democrática ao Poder Judiciário. Porém, a questão torna-se mais complexa ao se agregar um terceiro componente: o desenvolvimento de direitos sociais que exigem, para sua concretização, uma atuação positiva, a prestação de serviços públicos por parte do Estado. Não é a toa que a primeira tentativa de conciliação da tensão constitucionalismo e soberania popular ocorre com a Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, onde os direitos sociais passam a ser enunciados pela primeira vez. Assim, o século XX marca uma nova etapa no processo de construção de cidadania com a introdução de direitos sociais (BERCOVICI, 2004, p. 5-6).

Para tratarmos desta tensão soberania popular e constitucionalismo, iremos estudar a separação dos poderes porque primeiro, sem a separação, não haveria mesmo um Judiciário e, segundo, é que a separação de poderes parece ser a origem de um suposto “déficit democrático” do Judiciário ao isolá-lo dos procedimentos eleitorais típicos dos outros poderes Legislativo e Executivo. Montesquieu ainda paira como tipo-ideal de teoria de separação de poderes graças a sua principal contribuição: justamente destacar uma função jurisdicional das funções executiva e legislativa.

1.1 A TEORIA CLÁSSICA DA DIVISÃO DE PODERES

É lugar-comum lembrar, ao se falar sobre a separação dos poderes, do nome de Montesquieu. Ele é tido como o criador da separação dos poderes. Porém, muito do seu modelo é apenas teórico, pelo menos no sentido de que houveram diversas adaptações de sua ideia de separação de poderes e de sua descoberta para se evitar o abuso de poder: a limitação de um poder forte por um outro poder forte. Daí a importância de conhecer a proposta de Montesquieu para se compreender as diversas adaptações sofridas na sua implementação pelos norte-americanos.

Para acercarmos da proposta de Montesquieu, precisamos contextualizá-lo para compreender suas motivações ao escrever sua principal obra “O Espírito das Leis”. Montesquieu, escrevendo no século XVIII, tem seus olhos postos na grande questão política de seu tempo: o Despotismo⁸. Adotaremos a concepção de despotismo como entendida pelo autor e seus contemporâneos: uma forma de governo onde o detentor do poder o exerce sem nenhuma limitação (seja de leis naturais, positivas ou consuetudinárias) e por meio de órgãos *ad hoc* (não regulares), ou seja, detendo poder *legibus solutus* e arbitrário, submetendo-se somente aos seus próprios caprichos (BOBBIO, 1998, p. 340).

Montesquieu é contemporâneo do Rei Francês Luiz XIV, a quem se atribui a frase “*L’État c’est moi*”, sendo o auge da expressão do Absolutismo naquele país.

⁸ Não entraremos na polêmica sobre o uso técnico e atécnico do termo despotismo e, em grande medida, estamos adotando-o como sinônimo de absolutismo, circunscrevendo ao sentido que os modernos, como o próprio Montesquieu, o compreendiam (SCHIERA, 1998, p.1-7).

Porém, como o autor toma como referência a divisão de poderes na Constituição Inglesa, iremos, de forma sucinta, relatar o fenômeno de concentração de poder nas mãos do Rei Inglês. Neste particular, a história da Inglaterra segue caminho distinto do país do autor, o que pode ser explicado, em grande parte, já pela sua situação geográfica: uma ilha. Não tendo sido colonizada integralmente pelos romanos (a Escócia nunca recebeu sua influência), já teve um desenvolvimento diferenciado dos países europeus continentais (CROSSMAN, 1980, p. 39-40). O processo de unificação nacional se iniciou com o rei dinamarquês Cnut em 1016, unificando sob sua coroa a Inglaterra com a Noruega e Dinamarca. O processo de concentração de poder nas mãos de um único monarca, em detrimento dos poderes locais dos *suzeraines*, é fortalecido com a conquista normanda em 1066, uma vez que Guilherme passa a ser visto como o *Supreme Lord*, uma espécie de “proprietário indireto” das terras feudais, conforme assentado no *Domesday Book* (VIEIRA, 2007, p. 108-109). Assim, a Inglaterra é “feudalizada” de cima para baixo, tendo o Rei Inglês como seu poder central. Essa unificação trouxe duas consequências diretas: a primeira foi a paulatina construção de um direito que valia para toda o país, o *common law*; a segunda, foi do primitivo conselho do rei, com dignitários temporais e espirituais, surgiria o embrião de um Parlamento central (CROSSMAN, 1980, p. 39-40).

Há paulatina divisão entre funções do que hoje chamaríamos de Executivo e Legislativo, isso *pari passu* com o declínio do próprio sistema feudal, com o aumento do comércio, o processo de cercamento de terras e o aumento das cidades que significavam a diminuição da importância dos barões. Há que se lembrar que muitas cidades nasciam sob os privilégios reais (e portanto desligados dos barões locais) e sob a proteção do poder central do Monarca, o que principalmente deixava uma nascente classe de pequenos proprietários e comerciantes satisfeitos ao não precisarem se submeter aos barões e prelados da ordem feudal. Tal divisão se refletirá no bicameralismo inglês: *House of Lords* e o *House of Commons*. Essa proteção do governo central é muito importante para o surgimento de algo essencial para o futuro capitalismo: o mercado⁹. Um comerciante alemão, chamado Andreas Ryff, em 1550,

⁹ O surgimento do mercado só se deu por volta do século XVII na Inglaterra, e XVIII nos demais países europeus, por motivos históricos que podem ser identificados. Primeiro, foi necessário que a antiga sociedade feudal fosse substituída pela formação dos Estados Modernos, pois havia necessidade de uma unidade política e um poder central. Segundo, uma gradual substituição da visão teológica de vida para

deixa seu relato sob as dificuldades de seu ofício: é parado a cada 16 quilômetros para pagar pedágios; há uma infinidade de moedas locais, perdendo-se muito nas conversões cambiais; paga mais de trinta e um tributos diferentes para poder comerciar; e, na sua rota comercial, existem mais de 112 medidas de comprimento diferentes, 163 medidas de cereais, 123 medidas de líquidos e 80 tipos diferente de pesos, todos chamados libra (HEILBRONER, 1996, p. 25). É fácil constatar a importância para essa nova classe comerciante do papel de um governo central que irá unificar leis, pesos e medidas, moeda e tributos, além de oferecer proteção legal para o comércio.

O poder se concentra mais ainda na Dinastia dos Tudor, logo após o fim da Guerra das Duas Rosas, onde Henrique VII, o primeiro rei Tudor e da casa de York, vence a guerra, une-se por matrimônio à casa rival de Lancaster e dedica-se a destruição sistemática da antiga nobreza. Já com Henrique VIII, também Tudor, é rompida a ligação com o poder do Papa, transformando-se em chefe temporal e espiritual da Inglaterra. Essa paulatina concentração de poder foi inicialmente benéfica à nova classe, ao instituir o mercantilismo no plano econômico com o protecionismo do comércio inglês e incentivo à navegação, podendo-se lembrar das tradicionais cartas de corso. O legado dos Tudor é, por um lado a concentração do poder político; por outro, tornar a atividade de “fazer dinheiro” algo incentivado tanto pelas leis quanto pela religião. Elisabete morre sem herdeiros, assumindo o trono Jaime I em 1603, rei escocês que funda a dinastia dos Stuarts. Tendo sido criado numa Escócia dominada pelo calvinismo, não era partidário da liberdade religiosa, sendo o primeiro expoente britânico que defende a teoria do direito divino dos reis e promove perseguição religiosa das alas mais radicais e opositoristas (puritanos), o que causa a migração em massa para as colônias norte-americanas. Carlos I, filho de Jaime, agudiza a crise ao tentar concentrar mais ainda seu poder mediante o aumento de impostos tendo convocado o *Long Parliament*, que consegue do rei a promessa que não seria dissolvido a não ser por iniciativa dos próprios membros. Mesmo assim, Carlos conduz seu governo com mão de ferro, se baseando nas prerrogativas reais, como o tribunal *Star Chamber* para julgamentos sem acusações formais, em segredo, com torturas e imposição de penas

concepções laicas promovidas pelo humanismo renascentista. Terceiro, um lento processo de monetarização, proveniente dos mercados (feiras medievais) que permitiu que o poder fosse gravitando em direção àqueles que possuíam e entediavam de dinheiro (HEILBRONER, 1996:36-42).

cruéis (CHEYNEY, 1913, p.727-750). Estoura o período de Guerra Civil na Inglaterra, tendo as forças leais ao rei de um lado, que se concentram mais no interior, e as tropas dos Cabeças Redondas, o exército do parlamento que predomina sobre Londres e áreas urbanas. O puritano Oliver Cromwell, líder do exército do Parlamento, vence a guerra civil e consegue levar o rei Carlos à julgamento que é então decapitado e sua família exilada. Não confiando na ala mais moderada, que tece alianças com monarquistas, dissolve o Parlamento e funda a República sob o *Commonwealth* e depois sob o *Protectorate*. Após a morte de Oliver, seu filho Richard passa a governar, mas acaba não impedindo que a monarquia seja restaurada novamente na família dos Stuarts com Carlos II, filho do rei decapitado. Após a morte do rei, assume seu filho Jaime II, católico, que pretende restaurar o catolicismo na Inglaterra, sendo que em 1688, o nascimento de seu herdeiro é o estopim da rebelião contra a continuidade de uma monarquia católica. Ambos partidos do Parlamento – *Whigs* e *Tories* – convidam o Príncipe Guilherme de Orange e sua esposa Maria de Stuart (filha mais velha de Jaime II e de religião protestante) para assumirem o trono inglês, desde que assinassem um *Bill of Rights*: é a Revolução Gloriosa. A partir do *Bill of Rights* os poderes de legislar e criar tributos são exclusividade do parlamento, além de reforçar o direito de petição e a proibição de penas cruéis, sendo que o *Habeas Corpus* já havia sido aperfeiçoado em 1679 também em face da perseguição dos Stuarts (COMPARATO, 2007, p. 88-91, 92-98; CROSSMAN, 1980, p. 44-45).

O poder se concentra no Parlamento, sendo abolido o *Privy Council* e o *Star Chamber*, limitando a autonomia financeira do monarca, confiscando-lhe suas propriedades e submetendo o exército ao controle do Legislativo. Assim, a Revolução Inglesa transformou a estrutura política, social e econômica da Inglaterra, tendo sido resultado da ação política de uma nova classe social – a *Gentry* –, identificada com uma burguesia mercantil e formada por setores agrários capitalistas associados a setores mercantis urbanos que passam definitivamente ao exercício de poder após a destruição do aparelho de estado dos Stuarts, abrindo portas para as forças produtivas capitalistas na Inglaterra (ARRUDA, 1984, p. 30-33).

É nesse ponto que apresentamos Jonh Locke como o primeiro a escrever sobre a separação de poderes, que teve bastante influência na obra de Montesquieu. Locke era racionalista e um progressista, vivendo na época de grandes transformações científicas na Inglaterra onde, em 1660, é fundada a *Royal Society* que se transforma na mais

erudita sociedade científica da Europa. É criado o observatório nacional de Greenwich, meridiano zero da Terra, e responsável por oferecer à navegação inglesa a medida da longitude com uma maior precisão. Na mesma época, Robert Hook além de inventar o microscópio, também introduz a mola espiral nos relógios, substituindo o pêndulo que possui pouca utilidade nos navios sujeitos ao balanço do mar. Edmund Halley também calcula os períodos de cometas, desmitificando um possível mau auguro dos céus. E, em 1687, um ano antes da Revolução Gloriosa, a *Royal Society* publica a principal obra de Isaac Newton que trata da teoria gravitacional e o movimento dos corpos celestes. O próprio Locke se alinhava com o espírito de seu tempo. Era um empirista, concebendo o homem como *tabula rasa* que aprende apenas pela experiência como exposto em sua obra *An Essay Concerning Human Understanding*. Conheceu Descartes e estudou com o químico Robert Boyle, autor de *Sceptical Chymist* que denuncia o lado mítico e charlatão da Alquimia. Locke era um homem prático e de negócios, sendo secretário do Barão de Shaftesbury (líder do partido progressista *Whig*) alcança importante posto na Chancelaria inglesa em 1672. Abandona a Inglaterra quando seu superior é perseguido por envolvimento numa conspiração, exilando-se na Holanda, participando na elaboração da empreitada de Guilherme de Orange e regressando ao país, juntamente com a futura rainha Mary, por ocasião da Revolução Gloriosa de 1688 (SCHWANITZ, 2009, p. 105-107; GOUGH, 1994, p. 9-15).

O “Primeiro Tratado” de Locke é direcionado contra a obra o Patriarca de Sir Robert Filmer, por ser esta uma obra bastante difundida de sua época e que defende a tese oficial do partido conservador Tory: a do direito divino da monarquia absoluta baseado na descendência de Adão e dos patriarcas. Mas concentraremos no “Segundo Tratado” que, pode-se dizer, acabou sendo a versão oficial da doutrina *Whig* e que justificou a Revolução Gloriosa de 1688 (GOUGH, 1994, p. 13-16).

No “Segundo Tratado”, Locke, contra-argumentando com Hobbes, apresenta uma visão bem diferente do estado de natureza hobessiano do *homo homini lupus* em estado permanente de guerra. Entende Locke que o estado de natureza não é sem leis, mas que é regido pelo direito natural que se impõe e é dado mesmo pela razão humana que ensina aos homens que “sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens” (LOCKE, 1994, p. 84). Mas qual seria o propósito do homem constituir um governo civil? Locke deixa bem claro: “Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e

de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. O estado de natureza é carente de muitas condições” (LOCKE, 1994, p. 156). Portanto, Locke parte do pressuposto de que uma nação pode ser unida em torno de um interesse em comum (CROSSMAN, 1980, p. 58). E esse interesse comum é justamente ampliar e melhorar as condições que o homem já possuía no estado de natureza, até porque, bem ao estilo racionalista lockeano, “não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior” (LOCKE, 1994, p. 159). Três coisas precisavam ser remediadas já que eram deficientes no estado de natureza: 1) a criação de leis fixas, conhecidas e criadas por consentimento; 2) nomeação de juízes conhecidos e imparciais; 3) um poder para fazer cumprir as sentenças julgadas (LOCKE, 1994, p. 156-157). Logo, o governo era constituído para defender a liberdade e a propriedade, mediante a transferência dos poderes que cada homem já possuía no estado de natureza pelo benefício que se pode alcançar com essa comunhão ao remediar os três problemas do estado de natureza.

Pode-se dizer que, pensando em termos contratualistas, a proposta de Locke parece constituir um tipo contratual que é bem *sui generis* para nós da família romana-germânica: o *Trust*¹⁰. Em Locke, podemos perceber que embora eram dados alguns poderes ao governo, ele era obrigado não a usá-lo em seu próprio interesse, mas sempre em benefício da comunidade. Assim, o governo atuava como um *trustee* dos poderes e bens para administrá-los em benefício da comunidade (GOUGH, 1994, p. 31). E, mais ainda, todos ainda retinham um poder último de dissolver o governo quando este não lhe correspondia à sua confiança:

¹⁰ O *Trust* é um instituto desenvolvido no *Equity* do sistema da *Common Law* onde um sujeito A, o *settlor of the trust* ou *donor*, determina que certos bens serão administrados por um outro sujeito B (o *trustee*) em benefício de um terceiro sujeito C que é chamado de beneficiário (*beneficiary* ou *cestuis que trust*). Porém, é possível que o *settlor* também seja o próprio beneficiário, o que se aproveita para o pensamento de Locke. A questão é que o *trustee* apesar de nos aparentar como o proprietário legítimo, pois pode dispor dos bens dado em confiança, podendo inclusive vendê-los, deve ao beneficiário, por sua vez, o gozo dos frutos e produtos advindos daquela propriedade. Além disso, em grande parte das situações, quando os bens administrados em *trust* são transferidos para um terceiro, este assume a posição do novo *trustee* com a mesma condição de administração em favor do beneficiário. Uma outra característica do *trust* é que sempre se supõe um momento em que os bens administrados pelo *trustee* sejam definitivamente transferidos para a propriedade única do beneficiário, que, no fundo, sempre foi o verdadeiro proprietário do bem (VIEIRA, 2007, p. 178-182).

(...) só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança¹¹ (LOCKE, 1994, p. 173).

Em relação à separação de poderes, Locke identifica três poderes na sociedade civil: o poder legislativo, o executivo e o federativo. O federativo, apesar de distinto, Locke o vê nas mãos do Executivo até por uma questão de segurança, uma vez que deve se submeter aos interesses da comunidade. O poder federativo nada mais é do que a capacidade de associação que o homem natural transfere para a sociedade civil sendo esta última capaz de traçar alianças com outros países, declarar guerra e celebrar a paz. Portanto, são o Legislativo e o Executivo que possuem importância em seu modelo, percebendo que há dois momentos distintos em relação à lei: o da criação (Legislativo) e o da sua aplicação (Executivo). Isso porque, para Locke, era evidente que nem sempre seria necessário legislar, mas, por outro lado, a existência contínua de um poder que aplicasse as leis sempre seria necessária (LOCKE, 1994, p. 170-172). Mas, como visto anteriormente, Locke deixa bem claro que há uma hierarquia entre os poderes, garantindo a supremacia do Legislativo, antecipando Rousseau ao ver o Executivo como uma mera comissão do legislador (GOUGH, 1994, p. 31). Assim, Locke vê dois poderes distintos, mas subordina um ao outro, podendo-se afirmar que a manutenção da liberdade para se evitar o despotismo se dá num processo de *accountability* vertical, ideal para o futuro sistema parlamentarista que nasceria dali, de forma que há um controle de baixo para cima: o povo controla o parlamento que, por sua vez, controla o governo (MAUS, 2010, p. 29). Como veremos, a proposta de Montesquieu é bem

¹¹ No original: “(...) there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate; yet the legislative being only a **fiduciary power** to act for certain ends, there remains still “in the people a supreme power to remove or alter the legislative,” when they find the legislative act contrary to the **trust** reposed in them: for all power given with **trust** for the attaining an end, being limited by that end; whenever that end is manifestly neglected or opposed, **the trust must necessarily be forfeited**, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security” (LOCKE, 1824, p. 426-427, grifo nosso).

diferente, pois parece instituir uma espécie de *accountability* horizontal entre os poderes Executivo e Legislativo, colocando-os como forças opostas, o que advém do fato de sua separação de poderes ser uma espécie de releitura do governo misto dos antigos.

É interessante perceber que há uma semelhança entre a proposta de Políbio e de Montesquieu. Políbio desenvolveu seu modelo a partir das ideias de Filosofia Política de Platão e Aristóteles, mas sendo historiador, sua teoria política deriva em grande medida de sua Filosofia da História. Enquanto Heródoto e Tucídides se preocupam mais com a narração dos acontecimentos, Políbio traz uma ideia de sentido para a História, ou seja, a tentativa de explicar os acontecimentos históricos (PECORARO, 2009, p. 10). Políbio está preocupado com um ponto: os acontecimentos históricos conduzindo para um fim específico que é o domínio do mundo por Roma (LÖWITH, 1990, p. 20). Em sua obra “História” Políbio enunciou três teses: 1) existem seis formas de governo – três boas e três ruins; 2) as seis formas se sucedem, constituindo um ciclo repetido no tempo; 3) além das seis formas tradicionais, há uma sétima forma de governo que é exemplificada pela constituição romana (BOBBIO, 1997, p. 65-66). Analisando as teses apresentadas, vemos que a primeira representa o uso da teoria clássica das formas sêxtuplas já desenvolvidas em Aristóteles. A segunda tese é conhecida como “Teoria da Anaciclose” e que representa a visão de tempo dos antigos: um tempo cíclico que se repete continuamente. Ou seja, a noção de tempo era cíclica e não linear como compreendemos nos dias de hoje. Assim, a história, e o próprio tempo, era um interminável ciclo de nascimento, desenvolvimento, declínio e desaparecimento (PECORARO, 2009, p. 10). A terceira tese é o aperfeiçoamento da ideia de um “governo misto” – que já havia sido apresentada em certa medida pelo estagirita como uma forma de resolver o problema da estabilidade (mediania como expressão da virtude). O “governo misto”, ou seja, a ideia da possibilidade de fusão de duas formas clássicas de governo para compor uma outra nova, se relaciona diretamente com a questão da estabilidade do governo. A visão cíclica de tempo, um ciclo que se repete indefinidamente, juntamente com a ideia de degenerescência (ou corrupção) de Platão e Aristóteles, apresenta um problema que Políbio tenta resolver: Como é possível impedir a degenerescência natural ou pelo menos retardar este ciclo ininterrupto das formas de governo e garantir sua estabilidade? Como impedir a cadeia cronológica de degenerescência das formas sêxtuplas de governo (Monarquia, Tirania, Aristocracia, Oligarquia, Democracia e Anarquia)? A resposta é a adoção de um “governo misto”, ou

seja, Roma teria adotado uma sétima forma de governo pela fusão das formas simples de governo para compor uma sétima forma mista, o que garantiria a estabilidade e retardaria o processo natural de degenerescência. Além disso, Políbio também acrescenta algo mais além da ideia de fusão de formas de governo (o que já havia sido feito, em certa medida por Aristóteles): a noção de equilíbrio de poder. Aqui está a origem embrionária dos *checks and balances* dos Modernos: “Em sua república estavam contrabalançadas entre si as autoridades, para que uma não fizesse ceder nem declinar demasiado a outra, senão que todas estivessem em equilíbrio, à maneira do navio que por todas as partes é impelido igualmente pelos ventos” (Plb., VI, 10).

Assim, ao fazermos a análise do governo misto de Políbio, de pronto vemos certa semelhança com a proposta do “governo moderado” e a separação de poderes proposto por Montesquieu. Será útil compreender os pontos de semelhança e os pontos de dessemelhança entre ambos para uma noção mais clara do que propõe Montesquieu e porque o governo moderado é uma releitura moderna do governo misto dos antigos. O ponto de aproximação entre ambas propostas é justamente que os poderes freiam outros poderes. Ou seja, a ideia de uma sociedade dividida em poderes e contrapoderes é comum nos dois modelos. Porém, é importante observar que há certa contradição entre “separação de poderes” e a ideia de “governo misto”. Ou seja, a proposta última do governo misto é uma “fusão” das formas simples de governo. Logo, bem diferente de uma separação, temos, na verdade, uma ideia geral de união. Isso pode nos passar despercebido a primeira vista, mas conhecendo a visão cíclica de tempo dos antigos (especialmente de Políbio) e a ideia de degenerescência natural das coisas, consegue-se perceber que a fusão das formas simples busca evitar a “corrosão”, ou seja, os efeitos deletérios do tempo. Portanto, não há uma ideia-central de “separação”, mas de fusão.

O que permite uma transição da ideia de governo misto para a separação de poderes proposta por Montesquieu é justamente a Teoria dos corpos intermediários. Políbio quando descreve a constituição romana, usa o termo significando os corpos sociais que compunham a sociedade romana. Assim, a sétima forma de governo era a mais perfeita porque simplesmente reunia todos os corpos sociais que compunham Roma. Essa observação é importante, porque Montesquieu também se utiliza dos corpos intermediários, mas a diferença é que ele pretende conceder uma função específica do Estado (legislativa e executiva, já que a judicial seria nula) para cada um dos corpos sociais que compunha a sociedade inglesa. Além disso, observando-se o governo misto

dos antigos, percebe-se que as funções do estado não estavam separadas entre os corpos sociais. Ao contrário, para o exercício de uma mesma função estatal, os corpos sociais participavam dele em alguma medida. Podemos tomar como exemplo a função legislativa, na qual tanto o Senado romano quanto o povo participavam conjuntamente (A função legislativa estava disseminada pelos corpos sociais).

Marco Túlio Cícero, senador e cônsul romano, em sua obra *De republica* (50-51 a.C), leciona que o termo *re publica* aparece tanto no sentido amplo como sinônimo de Estado, como no sentido estrito significando uma forma de governo que caracterizava Roma. No sentido amplo, República é a coisa do povo, sendo que povo não é uma associação qualquer de homens, mas de homens que compartilham a mesma lei (*iuris consensu*) e comunhão de interesses (*utilitatis communione*). Já em sentido restrito o termo designa uma forma específica de governo: a forma mista de governo que conhece Roma (V-I a.C). A preferência de Cícero por esse regime prende-se, como acontece com outros autores da Antiguidade, ao fato dele ter resistido à prova do tempo garantindo a *firmitudinem*. Assim, em *De republica*, afirma que das três formas de governo: “a monarquia é certamente preferível, mas será superior a ela aquela composta ‘equilibradamente’ (*aequatum et temperatum*) por todas três melhores formas de governo”. Assim como Políbio, Cícero reconhece que as três formas boas rapidamente se degeneram nas formas más de tal jeito que o “rei passa a tirano, os melhores constituem uma facção, o povo se faz turba e leva à desordem”. Porém tal não ocorre com o governo misto porque não haveria causa para a mudança (*causa conversionis*). Assim, o governo misto retarda o ritmo da anacitose polibiano. Isso se devia por causa da mistura (*aequatum et temperatum*) das diversas magistraturas - cônsul, senado e tribunos da plebe - que tinham a possibilidade, por conta dos conflitos sociais entre patrícios e plebeus, de temperarem seus apetites e interesses imediatos em prol de um bem comum (BOBBIO, 1997, p. 75-76).

Outro ponto importante, que é essencial para compreender a teoria das “molas” em Montesquieu, é recordar de Aristóteles que estabeleceu um critério que diferencia uma forma boa da ruim de governo: é se o governante visa o interesse público ou o interesse particular. E isso está intimamente ligada com a visão aristotélica de Pólis, ou seja, o objetivo último da associação política é “viver bem” e isso só seria possível através do uso do governo para atender o interesse comum (BOBBIO, 1997, p. 58). Esse é um dos temas recorrentes na Teoria Política e que assumirá uma grande

importância nas discussões da Modernidade, principalmente quando se fará necessário a distinção entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos” na visão de Benjamin Constant. Não é possível fazer uma distinção entre Ética e Política na proposta aristotélica no sentido de que a virtude do cidadão está intimamente ligada com a busca da felicidade através da sua participação política na *Pólis* grega. A questão de como Aristóteles trata o problema da estabilidade do governo também se liga a sua Filosofia Ética. Partindo do modelo abstrato do modelo sêxtuplo de formas de governo, e aplicando o critério qualitativo (formas boas ou más de acordo com um governo que atende o interesse comum ou particular), teríamos que a *polítia* deveria corresponder a um governo de muitos em benefício do interesse comum. Mas Aristóteles apresenta uma definição diferente para o que seria a sua *polítia*: “A *polítia* é, de modo geral, uma mistura de oligarquia e de democracia” (1293b) (BOBBIO, 1997, p.60). Mas como é possível surgir uma forma boa – *polítia* – da fusão de da democracia e da oligarquia que são duas formas degeneradas de governo? A resposta está no fato de que o critério distintivo aplicado por Aristóteles, para diferenciar a oligarquia da democracia não é numérico, mas é econômico: a diferença entre ricos e pobres. Logo, a questão numérica é secundária e a riqueza é o critério distintivo. E a ética aristotélica é fundamental para se obter a fusão que o filósofo pretende entre as duas formas ruins de governo para se criar uma forma boa a *polítia*. É que a virtude aristotélica está ligada a ideia de meio-termo, ou seja, virtuoso é aquilo que está no meio-termo entre os extremos. Essa proposta de mediana na ética de Aristóteles é aplicada às classes da *Pólis* quanto ao critério econômico: como a sociedade é composta por três classes - os muito ricos, os muito pobres e os que ocupam uma classe intermediária-, o melhor seria fortalecer a classe intermediária. Aonde houver uma grande disparidade entre ricos e pobres, haverá maior chance de instabilidade do governo. A questão da formação de uma sociedade de classe única e baseada num critério econômico como condição ideal para a comunidade política será retomada por Rousseau e por Jefferson ou será rechaçada pelos democratas-liberais que partem do pressuposto da divisão em classes e a impossibilidade de alteração desta realidade (MACPHERSON, 1978, p. 22-26).

Assim como Aristóteles apresentou um protótipo de governo misto com a sua *Polítia*, Locke apresentara o primeiro protótipo do que seria o governo moderado, uma vez que ele também apregoa a separação dos poderes identificados com as funções do Estado que, para o autor inglês, eram essencialmente as funções legislativa e executiva.

Assim, para Locke, a função legislativa repousava sobre o parlamento que era o representante do povo inglês, enquanto a função executiva era delegada pelo Parlamento ao Monarca. Portanto, a ideia de governo moderado fica mais evidente na falta de coincidência entre as funções duais do Estado (legislativa e executiva) e a existência de três corpos sociais: rei, aristocracia e o povo (BOBBIO, 1997, p. 115).

Outro ponto importante a se notar na proposta de Montesquieu é que o pano de fundo de toda a sua obra “Espírito das Leis” é a sua preocupação quanto ao despotismo. Se no modelo aristotélico-polibiano a preocupação é a estabilidade do governo (por causa da degenerescência natural das coisas no tempo), o foco do filósofo francês é o combate ao poder despótico, aliás, que é o problema que se coloca aos modernos que enfrentam o poder absoluto dos monarcas de sua época. Para os modernos, o que ameaça a estabilidade do governo é a sua corrupção pelo poder absoluto. Não é despidendo notar que entre as três formas de governo apresentadas por Montesquieu – República, Monarquia e Despotismo – figura o déspota nela. Alguns até defendem que a divisão de Montesquieu não é tripartite, mas bipartida: governos despóticos e não-despóticos (JANINE, 1993, xxxiv-xxxv; BOBBIO, 1997, p. 138). A grande preocupação de Montesquieu em relação aos “povos orientais” se dá em função do pensador francês identificar naqueles o melhor exemplo do que seria um governo despótico. Em grande resumo da extensa análise de Montesquieu no seu “Espírito das Leis”, o filósofo francês conclui que a causa do despotismo é justamente a concentração do poder na mão de uma única pessoa. A solução, portanto, seria a fragmentação do poder de forma que “o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 1993, p. 170). Apesar de Montesquieu adotar a ideia de Locke de uma separação de poderes pelas funções estatais, de forma que cada órgão tenha uma função específica, é necessário salientar que em Locke há uma supremacia do Legislativo, enquanto, Montesquieu inova no acréscimo de uma terceira função estatal (o Judiciário)¹² e parece colocar o Executivo e Legislativo em igualdade.

¹² A proposta bipartite de Locke foi desenvolvida no período da guerra civil na Inglaterra, onde os poderes legislativo (Parlamento) e executivo (Monarca) lutavam em armas (SOUSA, 2010, p. 22). Bobbio (1997, p. 223) também deixa claro a supremacia do Legislativo em Locke, apesar da separação funcional dos poderes. Já Montesquieu irá adicionar o Poder Judiciário, que já havia se separado das outras funções estatais na Inglaterra quando o pensador francês escreve sua obra. Bolingbroke é

Original em Montesquieu¹³ é que este pretende descobrir as leis gerais que expliquem a sociedade. Neste ponto, o pensador francês pode ser considerado um dos precursores da Sociologia (DURKHEIM, 2008, p. 13-15). Pretende Montesquieu, o que fica bem claro logo no início do “Espírito das Leis”, descobrir leis causais que regem as sociedades¹⁴. É nesse sentido que, segundo Durkheim (2008, p. 55-68), Montesquieu cria um novo campo de estudo – o direito comparado-, de forma a estudar as várias sociedades humanas e delas poder extrair leis que a regeriam¹⁵. Na verdade, “leis” em Montesquieu possui uma acepção larga, sendo possível pelo menos três significados: 1) a de lei positiva conhecida dos juristas; 2) a de lei causal que estabelece a relação entre a produção de leis positivas e os fatores contingentes que agem sobre a produção legislativa; 3) a lei-preceito, que é sempre universalmente válida (ARON, 1999, p. 44).

Em termos sociológicos, a novidade de Montesquieu é tentar explicar a multiplicidade de leis positivas, ou seja, por detrás de uma sequência de acontecimentos aparentemente acidentais, haveria alguma causa profunda que o explicasse. Assim, seria possível isolar alguns princípios que constituem um nível intermediário entre a diversidade incoerente e um esquema universalmente válido (ARON, 1999, p. 18-19). Esses princípios seriam as leis-causais. É dentro desta proposta que Montesquieu dá tanta importância às “molas” ou “princípios” de cada forma de governo. O filósofo francês dá grande ênfase em destacar a diferença entre a “natureza” - que faz o governo ser o que é – do “princípio” que seria a força-motriz que o faria agir (BOBBIO, 1997, p. 132). Note-se que é o próprio autor que faz este destaque ao colocar uma nota

considerado o primeiro criador da separação de poderes (com os três poderes separados), conjugado com uma constituição mista e o sistema de freios e contrapesos (SOUSA, 2010, p. 22).

¹³ A originalidade de Montesquieu é a busca de uma lei universal mediante a observação de diversos tipos de sociedades. Mas em relação às “molas” ou “princípios” que animam os governos, Platão já havia feito isto antes, indicando que cada forma de governo estava intimamente ligada a uma antropologia. Assim, para Platão, a honra era o princípio da timocracia; a riqueza, da oligarquia; a liberdade, da democracia; e a violência, da tirania (BOBBIO, 1997, p. 47-51).

¹⁴ No primeiro livro do “Espírito das Leis”, Montesquieu inicia sua obra justamente discorrendo sobre as leis da natureza, das leis positivas e da relação entre as leis e os diversos seres. No segundo livro, identifica a natureza de cada governo, pretendendo descobrir as leis que os regem: “Eis o que denomino a natureza de cada governo. Precisamos ver quais são as leis que provêm diretamente desta natureza e, conseqüentemente, são as primeiras leis fundamentais” (MONTESQUIEU, 1993, p. 19).

¹⁵ Durkheim (2008, p. 61) entende que Montesquieu, apesar de coletar dados empíricos (diversos tipos de sociedades), se vale primordialmente do método dedutivo e não do indutivo.

introdutória em sua obra, onde explana as respectivas molas para cada uma das três formas de governo: a honra para a Aristocracia; a virtude para a República; e o medo para o Despotismo¹⁶.

Montesquieu, não adotando a visão cíclica de tempo dos antigos, vê a história de forma linear, ainda que não tenha adentrado na questão quanto ao seu sentido e, com certeza, não nos fala de um progresso como em Kant, Comte, Hegel e Marx. Mas, se não sendo a degenerescência pelo tempo dos antigos, qual seria a causa última do devir histórico? Como se evitar que um governo de homens livres se torne despótico? Para Montesquieu o devir se dá pela possibilidade de uma relação desarmoniosa entre natureza (forma de governo) e princípio (a mola). Assim, numa república, que deveria ser animada pela virtude, com seu amor à igualdade, pode ser corrompida e destruída quando animada pela honra com seu amor à distinção. Portanto, as molas explicam não só como os governos se mantêm, mas também as possíveis transformações que lhes podem sobrevir (MOSCATOLI, 2004, p. 147-162). Tal método já aparece em sua obra "*Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*" que não é uma crônica histórica, mas uma história-problema, ou seja, a busca das causas profundas que fizeram a grandeza de Roma e como ela, após o auge, entra em decadência. Assim, entende Montesquieu que Roma já havia nascido com o propósito bélico isso por conta de sua pobreza congênita: "Sendo Roma uma cidade sem comércio e quase sem arte, a pilhagem era o único meio que tinham os particulares para enriquecer" (MONTESQUIEU, 2002, p. 12). E os despojos de guerra eram distribuídos igualmente entre os cidadãos, mesmo os que tinham ficado em Roma e não tinham participado da guerra:

Assim, Roma vivia em guerra eterna, sempre violenta. Ora, uma nação permanentemente em guerra, por princípio de governo, estava fadada a perecer ou a derrotar todas as outras (...) Estando sempre expostos às mais aterradoras vinganças, a constância e a valentia não distinguem do amor-próprio, do amor à família, à pátria e a tudo o que há de mais precioso entre os homens (MONTESQUIEU, 2002, p. 12-13).

¹⁶ Os princípios ou molas de Montesquieu, quando comparados com as de Platão, podem ser entendidas como *ex parte populis*, enquanto do filósofo grego seriam *ex parte principis*. Assim, as molas em Montesquieu seriam as qualidades que os governados devem possuir para a sua estabilidade, enquanto Platão ensina quais as qualidades que o governante deva possuir.

O pensador francês também destaca que o fato de um conflito social – as disputas internas entre patrícios e plebeus -, não terem sido prejudiciais para Roma. Pelo contrário, foram benéficas, pois mantinham aceso o espírito belicoso dos romanos. Mas a expansão territorial de Roma, exigindo um número cada vez maior de generais para conquistar e manter as províncias e os imensos tesouros dos despojos, acabou levando os romanos à sua ruína. Ao crescer o poder dos generais, decrescia o papel que deveria ser exercido pelos governantes. Ou seja, Montesquieu percebe que a passagem da República para o Império se deu pela concentração de poderes – militar e econômico-, nas mãos de poucos, além das fortunas corromperem os cidadãos que venderam sua liberdade pelo ócio e por diversões: “Nos diferentes autores, só se ouve falar nas divisões que puseram Roma a perder. Mas não se percebe que essas divisões lhe eram necessárias, sempre o tinham sido e sempre o seriam” (MONTESQUIEU, 2002, p. 74). E foi justamente essa descoberta que teria feito Montesquieu: a necessidade de divisão de poderes entre as forças sociais que a compunham. A causa da queda de Roma teria sido justamente a concentração de poder.

Montesquieu, no “Espírito das Leis” teria conseguido, a partir do estudos de diversas sociedades, criar o que hoje poderíamos chamar de tipos-ideais de Estado: 1) o da Cidade Antiga, de pequena extensão territorial e governado preferencialmente por uma República (Democrática ou Aristocrática); 2) A Monarquia europeia, cuja essência era a distinção em classes sociais em um Estado dimensões medianas; 3) o Despotismo Asiático, com um Estado de grade extensão territorial e com o poder político concentrado nas mãos de um único governante, sendo a religião o único limite à sua arbitrariedade (ARON, 1999, p. 27). As molas e os tipo-ideais de Estado na teoria de Montesquieu são de suma importância porque isso nos ajudará a entender um problema que se coloca aos *Framers*¹⁷ quando da elaboração da Constituição norte-americana: a relação da virtude com a República e corrupção da virtude pela atividade mercantil, bem como o problema da extensão territorial. “O Espírito das Leis” serve para divulgar a teoria do governo moderado, influenciando diretamente os *Founding Fathers* e os

¹⁷ O uso da terminologia “*Framers*” segue a mesma adotada por Robert Dahl (2001, p. 4), ou seja, o termo é utilizado para aqueles que estiveram presentes na Convenção de Filadélfia de 1787, debatendo e elaborando o texto final da Constituição norte-americana. O termo é útil uma vez que alguns dos ícones da Revolução Americana de 1776 - que com certeza se inscrevem no rol dos *Founding Fathers*, tais como John Adams, Tom Paine e Thomas Jefferson, estavam ausentes na Convenção de 1787.

Framers norte-americanos. Porém, posteriormente, veremos que há uma engenharia bem diversa na concepção norte-americana tanto dos *checks and balance* quanto da separação de poderes.

Montesquieu esclarece que cada Estado tem sua própria finalidade e se o “crescimento era o de Roma”, havia “uma nação no mundo que tem como objeto direto de sua constituição a liberdade política”, passando, em seguida a discorrer sobre a Constituição da Inglaterra, onde justamente haveria de ter o exemplo de governo moderado com a separação de poderes que garantia a liberdade. Se a finalidade de Roma era conquistar, a da Inglaterra era assegurar a liberdade.

Apesar de defender a separação de poderes, Montesquieu nunca desejou que os três poderes fossem considerados iguais, afinal de contas o papel que é destinado ao Judiciário é muito reduzido, sendo visto como uma vertente do próprio Executivo, ou seja, um Executivo relativo à aplicação do direito civil. Assim, na sua elaboração dos *cheks and balances*, os Poderes Legislativo e Executivo se freiam mutuamente, sendo que o Judiciário é visto como um poder nulo: “*Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobraram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo formado pelos nobres é muito adequada para produzir este efeito*” (MONTESQUIEU, 1993, p. 176). Mas adiante, vemos novamente o Judiciário como neutro: “*Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*” (MONTESQUIEU, 1993, p. 179). Portanto, a separação dos poderes não significa que haja uma igualdade entre estes mesmos poderes. Isso talvez seja porque o Judiciário não entra na lógica dos *cheks and balances*, ou seja, não cuida de interesses da mesma natureza. Note-se que o Poder Judiciário cuida de questões relacionadas aos particulares (casos concretos), enquanto os Poderes Executivo e Legislativo são aspectos diferentes da mesma “vontade geral”. Isso aparece na seguinte passagem: “*Os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral*” (MONTESQUIEU, 1993, p. 174). Aliás, o pensador francês acredita que o juiz não deve ter nenhuma vontade a não ser aquela que já está enunciada na própria lei:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos (MONTESQUIEU, 1993, p. 174)

É inegável que Montesquieu tinha uma visão negativa quanto à função jurisdicional, e isso se devia em grande parte de como esta era exercida na França de seu tempo, bem no auge do Absolutismo. A função de magistrado na época de Montesquieu era mais uma propriedade do que uma função pública como a entendemos hoje. Por isso, integrar a judicatura (*Parlements*) significava que o ofício poderia ser comprado, vendido, transmitido por herança e até mesmo alugado. O ofício era rendoso, pois a prestação da justiça era paga e haviam muitos casos de cobranças abusivas. Ainda que não houvesse uma clara separação entre público e privado, a magistratura podia ser entendida como um serviço público, mas os magistrados a exerciam como atividade privada já que eram proprietários do ofício e vendiam seus préstimos. Essa situação gerou rancor tanto em particulares, que temiam e desconfiavam dos interesses do magistrado, quanto nos governantes que os julgavam perniciosos aos interesses do estado por almejam apenas o proveito próprio. O próprio Montesquieu havia recebido um cargo no *Parlement* de Bordeaux de herança de um tio, exercendo a função de magistrado até 1726 quando a vende por necessidade financeira (DALLARI, 1996, p. 14-15). Assim, compreende-se melhor a proposta de Montesquieu ao não considerar ideal um corpo permanente de magistrados para exercer a função jurisdicional:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados (MONTESQUIEU, 1993, p. 173).

Uma possível explicação para Montesquieu considerar o Judiciário um poder nulo é a teoria dos corpos intermediários. Ora, o Judiciário não representa nenhuma força social. Os três corpos sociais estão divididos entre o Executivo (rei) e o legislativo bicameral: *House of Lords* (aristocracia) e *House of Commons* (o “povo”). Assim o Judiciário era nulo, não podendo se contrapor a ninguém (por isso a lógica “sendo, nulo sobram os outros dois”) e tampouco necessitando ser controlando por alguém (VILE,

1967, p. 93). Montesquieu deixa claro que acreditava na importância de fortalecer a Aristocracia como forma de combater o despotismo do Rei, o que aparece na passagem: “*Só sobraram dois [Executivo e Legislativo]; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo formado pelos nobres é muito adequada para produzir este efeito*” (MONTESQUIEU, 1993, p. 176, grifo nosso).

Para garantir a imparcialidade do Judiciário, ou seja, mantida a sua situação “nula”, era necessário que a atuação jurisdicional não correspondesse a nenhuma força social. E para isso, é essencial que haja a separação de poderes, de forma que nenhuma das forças sociais pudesse usar o Judiciário de tal maneira que “*o poder de julgar, tão terrível entre os homens*” não pudesse ser usado por uma das forças sociais em detrimento da outra:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1993, p. 172)

Assim, na teoria clássica da separação dos poderes, podemos afirmar que o Judiciário está legitimado pela sua imparcialidade, que se lastreia nas seguintes condições: 1) um judiciário “boca da lei”, ou seja, preso ao direito posto pelo legislador; 2) um corpo de juízes não permanentes, ou seja, tribunais *ad hoc* e *post facto*; 3) a falta de interesse do juiz em prejudicar as partes, por estar restrito aos interesses particulares, não tendo ele próprio interesse na causa e não lhe advindo nenhum benefício pessoal no exercício de seu ofício.

Dessa construção de Montesquieu decorrem duas situações interessantes. Uma de que o Direito se afasta do mundo político, ficando “nulo” na visão do filósofo francês, ou seja, uma “neutralização política do judiciário” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 12-21). A segunda consequência é que o Judiciário se destina a atuar como um árbitro para dirimir interesses particulares, sendo, ele mesmo, indiferente às causas que lhe são postas, muito similar ao que Locke já havia afirmado: um Judiciário para defender a propriedade e a liberdade.

Aqui nos parece que essa Legitimidade da Imparcialidade está intrinsecamente ligada à ideia de Estado de Direito. A primeira vez que o termo *Rechtsstaat* (Estado de Direito) foi utilizado, ocorreu quando Johann Wilhelm Petersen (Placidus) adotou as teses de Kant em sua crítica sobre o Absolutismo. Assim, somente um Estado baseado em direitos poderia ser verdadeiramente considerado um Estado. Assim, Estado de Direito significava mais um Estado baseado no direito dos homens e se contrapunha a um Estado policial (*Polizeistaat*). Logo, o *Rechtsstaat* encarna não só os valores liberais, mas principalmente a concepção Iluminista da existência de um Estado Racional (*Vernunftsstaat*) (STEWART, 2007, p. 5-6). Essa concepção racional do Estado também guarda uma correlação com a ideia de separação de poderes. Kant teria levado ao extremo a concepção Rousseauiana de separação de poderes (distinção plena entre vontade e ação), criando uma abstração baseada na lógica racional, a qual o Estado de Direito deveria seguir. Assim, para Kant, os três ramos do governo se comparam as três operações da lógica num silogismo: A premissa maior - representada pelo Legislativo-, repousa na lei universal da vontade; a premissa menor - representada pelo Executivo-, é tornar em ação aquilo que é posto pela vontade; e a conclusão - representada pelo Judiciário-, é a consequência lógica da lei para um caso específico sob análise. Nessa visão puramente lógica e abstrata de Kant, cada ramo de poder é separado, pois são etapas de uma operação lógica silogística, mas, ao mesmo tempo, estão coordenadas uma com as outras, mantendo uma unidade, tal como ocorre nas pessoas como agentes morais (VILE, 1967, p. 244-245).

Há também uma correlação entre *rule of law*, um equivalente do Estado de Direito na tradição da *Common Law*, e a separação de poderes, o que já aparece em John Adams no seu “*a governemnet of laws, and not of men*”. Tal expressão aparece no artigo XXX da Declaração de Direitos da Constituição do Estado de Massachusetts, da qual Adams foi um dos redatores. No referido artigo, Adams prega uma rígida separação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, terminando com a expressão “*to the end that it may be a government of laws, and not of men*”¹⁸, ou seja, o *rule of law* seria uma consequência direta da separação de poderes.

¹⁸ Assim declara o artigo XXX da Constituição de Massachusetts: “In the government of the commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them;

Assim, o Estado de Direito é caracterizado pelas seguintes condições: 1) A supremacia da lei, ou seja, a limitação do poder pela lei; 2) o princípio da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei, sendo o oposto à arbitrariedade do despotismo; 3) o princípio da isonomia (pelo menos formal); 4) a independência do Poder Judiciário; 5) garantias para defesa de direitos individuais (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 160).

O surgimento do Estado de Direito é visto como o surgimento dos direitos civis, cujo objetivo é afirmar os direitos de liberdade de forma a limitar o poder Estatal e preservar a esfera de liberdade individual (BOBBIO, 2004, p. 52). Assim, a esfera da política fica restringida dentro da esfera jurídica, pelo menos em relação à garantia da liberdade individual.

1.2 A DIVISÃO DE PODERES E OS *FRAMERS* NORTE-AMERICANOS.

Em seguida, iremos estudar como exemplo de recepção e aplicação prática da teoria Montesquiana, a separação de poderes nos Estados Unidos. A escolha se dá pelos seguintes motivos: 1) a Constituição norte-americana foi a primeira, ainda no século XVIII, a fazer uma clara distinção entre três poderes, separando o Judiciário dos demais, o que servirá como um paradigma para diversos países; 2) o Judiciário norte-americano também foi responsável pela criação do *judicial review*, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis que é uma das condições da dificuldade contramajoritária; 3) o Judiciário norte-americano, pelo menos em nível federal, nunca adotou o processo eleitoral para a seleção de juízes, que também sempre tiveram a vitaliciedade como garantia, o que também é condição para a dificuldade contramajoritária; 4) a Constituição norte-americana com seu *judicial review* se tornou, no pós-segunda Guerra Mundial, o paradigma mundial de controle de constitucionalidade, inclusive para os países europeus de tradição parlamentar (MAUS, 2010, p. 19); 5) a Constituição dos EUA já nasceu sob o embate entre ideais de soberania popular dos anti-federalistas e Jefferson e as propostas dos federalistas Madison e Hamilton que já pensavam em como

the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end that it may be a government of laws, and not of men.”

conter a *pousseé démocratique*, ou seja, os movimentos sociais de camadas mais pobres que poderiam reivindicar uma maior participação política. Madison se antecipa na percepção de que a sociedade seria dividida em classes (possuidores de propriedade e despossuídos), ou seja, teria antecipado a visão da tensão entre classes, típico da democracia liberal como ficaria bem claro no século XIX com a questão social (MACPHERSON, 1978, p. 18-19, 22).

É comum citar os *Framers* norte-americanos, quando falamos da primeira aplicação da separação dos poderes montesquiano em um “governo real”. Ocorre que os norte-americanos nunca efetivaram realmente a proposta de Montesquieu apresentada em “O Espírito das Leis”. Na verdade, usando tipicamente a engenhosidade e inventividade norte-americana, os *Framers* criaram algo novo e inédito, que não havia sido teorizado antes. As concepções econômico-filosóficas dos *Framers* permitiram que um mercado livre dos monopólios comerciais pudesse se desenvolver de forma protegida por um governo central federal, ao mesmo tempo em que se adotava um modelo de separação para se evitar a concentração de poder político baseado numa democracia representativa e rejeição à democracia direta. Trata-se da chamada “solução madisoniana”. O estudo da proposta americana da separação de poderes é importante, na medida em que acabou servindo como modelo de exportação para as futuras repúblicas que nasceriam a partir de então.

Montesquieu foi um dos maiores influenciadores no pensamento dos *Framers*, sendo citado tanto pelos federalistas quanto pelos antifederalistas¹⁹, ou seja, era usado para justificar os mais variados pontos de vista (RICHTER, 1977, ix). Sua solução para a questão do despotismo – a separação de poderes -, teve importância capital no desenho constitucional dos norte-americanos. Porém, algumas dificuldades devem ser levadas em conta. Uma delas era que Montesquieu elogia o governo monárquico, o que com certeza estava fora de cogitação para os *Framers*. Portanto, só restaria uma

¹⁹ O termo “antifederalista” foi cunhado pelos federalistas. O vocábulo “federalista”, durante a Revolução Americana e durante a vigência dos *Articles*, significava aqueles que apoiavam as colônias reunidas em uma confederação. Portanto, “federalista” podia ser compreendido como “patriota”. Justamente aqueles homens que se intitularam “federalistas” eram os que desejavam banir a confederação, mas eles se apropriaram do termo para uso retórico, cunhando a expressão “antifederalistas” para seus opositores que na verdade eram aqueles que defendiam a confederação. A ideia era que os “antifederalistas” fossem vistos como antipatrióticos (MAIN, 1961, p.viii-xii).

República como forma de governo a ser implementada. Além disso, a República sempre foi vista, a partir de Maquiavel, como uma forma de governo que procura garantir a liberdade de seus cidadãos, ideal que também aparece em Montesquieu. Porém, a República trazia um problema a ser considerado pelos *Framers*: a questão da sua estabilidade. As Repúblicas não tinham tradição histórica de estabilidade. Além disso, o modelo de separação de Montesquieu tinha sido bastante combatido pelos defensores da soberania como Hobbes e Rousseau. Ora, um governo fragmentado em poderes dentro de uma sociedade só poderia levar ao estado de guerra civil. Portanto, se a República parecia ser uma forma de governo que visava garantir a liberdade, por causa de sua instabilidade, parecia ser pouco efetiva para manter esta mesma liberdade.

Outra dificuldade é que o modelo de governo moderado de Montesquieu é intrinsecamente ligado à teoria dos corpos intermediários. Ora, como importar este modelo onde não havia nem Rei e nem uma aristocracia? A composição social dos Estados Unidos demandou dos *Framers* uma considerável dose de engenharia para criar suas instituições, colocando um Presidente no lugar do Rei e um Senado na posição dos Lordes.

Mas o importante a ressaltar é que os *Framers* e, especialmente os Federalistas, tinham uma preocupação na questão da criação de facções dentro do Poder Legislativo, e este argumento foi empregado para justificar o bicameralismo, uma vez que era uma forma de evitá-las. O Visconde de Bolingbroke - cujo pensamento também era conhecido na América (SWEENEY, 2004, p. 12) e que foi o primeiro idealizador do governo moderado na Inglaterra-, acreditava, diferentemente de Hobbes, que os problemas das facções não era inevitável, ou seja, que tinham uma causa que era justamente “o espírito do interesse privado” (MILLER, 1986, p. 159). Assim, era a preponderância do interesse privado sobre o interesse público que causava as perigosas facções. Essa visão está de acordo com a visão da mola que movia a República na obra de Montesquieu – a virtude – que significa o “amor à pátria” ou a amor a igualdade (MONTESQUIEU, 1993, p. 4). Porém, a proposta de Bolingbroke era vista, ela mesma, como facciosa, uma vez que o Visconde era um defensor da aristocracia proprietária de terras e via o crescimento do comércio como algo alarmante (MILLER, 1986, p. 159). Obviamente que a proposta de Bolingbroke não teve aceitação entre os *Framers*, mas o problema das facções continuava.

David Hume desenvolveu o argumento de que a expansão do comércio alimenta as facções não-violentas, fazendo impedir a formação de facções violentas que poderiam levar a uma guerra civil. Em “*That Politics May be Reduced to a Science*”, Hume apresenta melhor suas ideias distinguindo as “partes de interesses” das “partes de princípios”. Assim, os interesses comerciais criavam facções, mas facções não-violentas, com diversos interesses particulares, mas desejavam certa tranquilidade em função de suas atividades comerciais. Por outro lado, eram as “partes de princípios”, ligadas aos interesses públicos, que eram a causa das facções violentas por serem facções baseadas em opiniões diferentes sobre o governo e a religião (MILLER, 1986, p. 160).

Adam Smith – discípulo e amigo de David Hume – concordava com seu mentor em relação aos efeitos políticos benéficos advindos do comércio, ou seja, que o comércio era responsável por alimentar estas facções moderadas e não-violentas. Sabemos que Adam Smith também era conhecido entre os *Framers* (SWEENEY, 2004, p. 20). A Economia Política parece trazer elementos para compreender como os *Framers* tentaram resolver o problema das facções e da instabilidade política promovida pela separação dos poderes. Uma Nação dedicada ao comércio conseguiria reunir os ideais da Revolução Americana da liberdade e da busca da felicidade: uma forma de governo moderada, baseada na separação de poderes e na forma republicana. A liberdade poderia ser atingida evitando-se a formação das facções violentas mediante o incentivo das facções comerciais benignas que, com tantos interesses particulares, acabam por pulverizar as vontades dos homens, impedindo a formação das “partes de princípios” ligadas aos interesses públicos. Por outro lado, a coesão social na República seria justamente garantida pela mão invisível de Adam Smith atuando no livre-mercado comercial, ou seja, os interesses particulares dos homens são espontaneamente direcionados para promover o interesse de toda a sociedade (HEILBRONER, 1996, p. 54). A felicidade também poderia ser promovida pelo comércio, uma vez que, segundo Adam Smith, “nenhuma sociedade pode, certamente, ser florescente e feliz se a maior parte de seus membros é pobre e miserável” (*apud* MILLER, 1986, p. 161). Assim, a liberdade conseguida pela separação de poderes, seria garantida pela “mão invisível” do mercado.

Porém, é importante ressaltar que, apesar da metáfora da “mão invisível” de Adam Smith ²⁰ ser comumente interpretada como a defesa de um mercado autorregulador que dispensa a intervenção econômica do governo, não parece ser este o significado que pretendeu o pensador escocês em sua obra. Se ao mesmo tempo Adam Smith elogia o auto-interesse como a mola-mestra do mercado, este mesmo auto-interesse é condenado quando visava diminuir a competição, ou seja, é possível que o interesse particular ao mesmo tempo sirva como forma de promover quanto para prejudicar o interesse coletivo. Smith resolve este problema distinguindo o interesse particular de curto prazo do de longo prazo. O autor está discorrendo diretamente contra a política mercantilista (que pregava o monopólio de mercados), uma vez que demonstra que se esta política pode promover maiores lucros, os mesmos negociantes acabam por serem prejudicados quando precisam comprar outros produtos que não comercializam, já que estes também terão altos preços (MILLER, 1986, p. 162-163). Portanto, o que Adam Smith defende é a competição em um livre-mercado, o que garantiria a atuação da sua mão invisível. Ou seja, as leis do mercado de oferta e procura poderiam regular os preços e a produção de bens. O interesse particular e a competição, agindo uma contra a outra, realizam a transição entre o atendimento do interesse particular e o atendimento dos interesses de toda a sociedade (HEILBRONER, 1996, p. 56). Ao que parece, Adam Smith escreveu sua obra “*Wealthy of Nations*” direcionada aos legisladores, isso porque ele acreditava que a manutenção da livre competição no mercado comercial dependia em grande medida de um legislativo forte que regulamentasse o mercado com o propósito de garantir a competição e resistir aos argumentos dos mercantilistas (MILLER, 1986, p.163).

Porém, o modelo surgido na Convenção de 1787 não era um entendimento pacífico, pois, duas ideologias²¹ diferentes de República se digladiaram antes, durante e

²⁰ Parece ter sido Paul Samuelson que, em sua obra *Economics* de 1948, divulgou esta concepção da metáfora da mão invisível em Adam Smith. Para um completo estudo sobre a metáfora da “mão invisível” de Adam Smith recomendamos Kennedy (2009, p. 239-263).

²¹ O termo ideologia será empregado no sentido de um corpo mais ou menos estruturado de ideias que servem para justificar algo ou a um conjunto de crenças compartilhadas que servem de guia a orientação e comportamento das pessoas. Assim, ideologia serve como discurso de agrupamento e de dinâmica para ordenar e mobilizar energias ou como discurso que projeta uma realidade que ainda não existe, isto é, que olha para o futuro apostando na disjunção entre espaço de experiência e horizonte de expectativas. Assim, entendido que havia duas formas de conceber a república, adotamos um enfoque metodológico que segue autores da história dos conceitos no sentido de que a separação dos poderes

após a Convenção de 1787: *republicanismo cívico e republicanismo liberal*. Em termos político-ideológicos, conviveram (e digladiaram-se) duas ideologias diferentes de República. Dois conceitos distintos sobre o que deveria ser uma República, o que deveria ser feito para se obter um “bom governo”, quem deveria governar de fato e como a felicidade seria alcançada.

Após a Guerra de Independência, rompendo-se os laços com a Inglaterra, segue-se a necessidade de se formar um novo governo para as antigas colônias: a fase dos *Articles of Confederation*, que foi a primeira norma constitucional que reuniu as antigas colônias – agora estados independentes – em uma confederação. Apesar de todo o período de guerra revolucionária ter sido conduzida sob o manto da confederação, após a derrota definitiva da antiga Metrópole, o modelo confederativo estava em colapso e em total paralisia. Não se conseguia sequer reunir quorum suficiente para deliberações (BEEMAN, 2009, p. 14-16) e os conflitos entre os estados não eram resolvidos graças ao dispositivo que exigia unanimidade para alteração da norma constitucional vigente²².

James Madison foi o mais atuante líder político que se opunha ao modelo confederativo, entendendo que este era uma ameaça à Revolução Americana. Para ele, a única saída era a reformulação dos *Articles* para se criar uma República com governo central, onde as miríades de opiniões e as paixões locais pudessem ser contrabalanceadas por uma nova estrutura política nacional construída sobre a separação de poderes (LLOYD, 2006). Além do mais, seria necessária uma democracia representativa que agiria como uma espécie de filtro às paixões populares, protegendo o legislativo nacional e evitando o predomínio dos interesses temporários ou facciosos sobre o bem comum, como foi bem exposto no *Federalist Papers n° 10*.

Esta visão de república como sinônimo de democracia representativa – a solução madisoniana – correspondia ao modelo da república liberal, que se centrava na

corresponde a um conceito “controverso” que possui uma longa história, com consequências políticas previstas ou imprevistas. Um conceito desenvolvido por “especialistas e não especialistas”, ou seja, a separação de poderes enquanto ideia-força rege o discurso e a prática dos atores que dela se apropriam, dando lugar a interpretações que se entrecruzam, se influenciam, mas que também rivalizam entre si.

²² Trata-se do art. XIII dos “*Articles of Confederation*”.

defesa dos direitos individuais, na proteção à propriedade privada, no livre comércio e na procura da felicidade individual. Assim, evitar-se-ia o maior mal da democracia direta: o triunfo de maiorias populares opressivas que - movidos pela paixão e pelo interesse de um grupo-, sacrificariam a minoria. Com esta proposta de democracia representativa, Madison entende que está errada a tese montesquiana de que repúblicas só podem sobreviver em pequenos territórios. Justamente num grande território, mediante o mecanismo da representação, seria possível afastar as paixões populares e evitar a formação de facções. A solução madisoniana parece deitar berço numa proposta anterior de Hume, que, em seu *“Idea on the Perfect Commonwealth”*, entendia que era possível aplicar o Federalismo de forma a dividir uma república em *“centenas de condados, e um condado em centenas de paróquias, sendo possível reduzi-la a dez mil distritos dentro do Estado”* (HUME, 1994, *apud* MAIER, 2013, p. 2). Além disso, isso criaria uma espécie de filtro para as paixões por conta da distância entre os eleitores e os magistrados que conduziriam a República, exatamente como na proposta de Madison no *Federalist Paper* nº 10. Cabe uma comparação. Eis as palavras de Hume:

É falsa a opinião comum de que, em um Estado de grandes dimensões, não é possível a manutenção de uma República e que esta só poderia ser a forma de governo para cidades ou um Estado de pequeno território. Apesar de ser mais difícil criar um governo republicano num país extenso do que em uma cidade; é mais fácil, uma vez formada, preservar sua estabilidade e uniformidade sem tumulto e facção! ... Em um grande Estado, sendo modelado com maestria, há a grande possibilidade de se refinar a democracia da classe inferior, que pode ser admitida nas eleições de primeiro nível ou na primeira instância da república, separando-a dos altos magistrados que dirigem todos os movimentos. Então, ao mesmo tempo, as partes não estarão tão distantes e remotas, que não seria muito difícil, mesmo por intriga, preconceito ou paixão, apressar os altos magistrados a tomarem qualquer medida precipitada contra o interesse público? (HUME, 1910, *apud* MAIER, 2013, p. 7, tradução nossa)²³.

²³ No original: “The falsehood of the common opinion, that no large state could ever be modeled into a commonwealth, but that such a form of government can only take place in a city or small territory. Though it is more difficult to form a republican government in an extensive country than in a city; there is more facility, when once it is formed, of preserving it steady and uniform, without tumult and faction! ... In a large government, which is modelled with masterly skill, there is compass and room enough to refine the democracy, from the lower people, who may be admitted into the first elections or first concoction of the commonwealth, to the higher magistrates, who direct all the movements. At the same time, the parts are so distant and remote, that it is very difficult, either by intrigue, prejudice, or passion, to hurry them into any measures against the public interest?” (HUME, 1910, *apud* MAIER, 2013, p. 7)

Já Madison expõe da seguinte forma no *Federalist Paper* nº 10:

A combinação que oferece a esse respeito o governo federativo é a mais feliz de todas as que se podem imaginar: os interesses gerais são confiados à legislatura nacional; os particulares e locais, aos legisladores dos Estados. Outra circunstância que favorece mais as repúblicas federativas que as democracias é que as primeiras podem compreender maior número de cidadãos e um território mais vasto que as últimas; e é precisamente esta circunstância que torna os planos dos facciosos menos temíveis naquelas (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003. p. 65).

Assim, na solução madisoniana, a massa indiferenciada do povo confiaria o governo a uma elite ou aristocracia natural (e não numa inútil aristocracia de berço do *Ancien Régime*) que, por seu próprio preparo e mérito, é a legítima representante do povo. Sendo que tal situação é possível, segundo o federalista, através do método eleitoral que supõe, por sua vez, uma limitação ao exercício do sufrágio universal. Nesta visão, não há incompatibilidade entre sociedade baseada no comércio, a presença de uma massa indiferenciada e a virtude republicana, uma vez que a atividade comercial revelaria uma aristocracia natural, ou seja, aqueles que estão mais aptos a governarem em nome do povo. Esta concepção de aristocracia natural pode ser bem compreendida nas palavras de Alexander Hamilton no *Federalist Paper* nº 35:

A ideia de uma representação real de todas as classes do povo, por pessoas de cada classe, é totalmente utópico. (...). Mecânicos e artesãos estarão sempre inclinados, com poucas exceções, para dar seus votos para os comerciantes, em detrimento de pessoas de suas próprias profissões ou ofícios. (...) Eles sabem que o comerciante é o seu patrono natural e amigo, e eles são conscientes de que não importa quão grande a confiança que depositam em seu próprio bom senso, seus interesses podem ser mais eficazmente promovidos pelo comerciante do que por eles próprios. Eles são conscientes que seu modo de vida não lhes deu esses talentos adquiridos, sem os quais os talentos naturais, por grandes que sejam, são quase sempre inúteis nas deliberações de uma assembleia; e conhecem que a influência e o peso dos conhecimentos superiores dos negociantes devem pô-los em melhores circunstâncias de combater melhor qualquer disposição contrária aos interesses do comércio e das manufaturas que possa surgir numa assembleia. Estas considerações, e muitas outras que poderiam ser mencionadas, provam, e a experiência confirma, que os artesãos e fabricantes normalmente estarão dispostos a dar seu voto aos comerciantes e aqueles a quem eles recomendarem. Devemos,

portanto, considerar os comerciantes como os representantes naturais de todas essas classes da comunidade.²⁴

Num contraponto, cabe trazer as ideias defendidas por Thomas Jefferson que, do ponto de vista ideológico, se inscrevem no chamado republicanismo cívico. Importa observar, brevemente, que tal tradição do pensamento deita berço na antiguidade – na República Romana – bem como na experiência republicana da Itália renascentista tão bem defendidas por Marco Túlio Cícero e Nicolas Maquiavel, cujo traço está dado pela conciliação da ideia de autogoverno, ou seja, a necessidade do cidadão participar dos assuntos públicos, havendo mais do que compatibilidade, mas plena complementariedade entre os interesses privados e públicos (HOLLAND, 2006, p. 49). Este legado republicano – da antiguidade e renascentista – foi recepcionado pelos republicanos ingleses Harrington e Sidney que influenciaram diretamente Thomas Jefferson.

Jefferson admite que a sociedade rural absorve o comércio, sendo que a atividade comercial (tão cara a Hamilton) só tem relevância na medida de sua capacidade em atender as necessidades da agricultura. Jefferson acredita, porém, que há incompatibilidade entre virtude republicana e sociedade mercantil, uma vez que o triunfo dessa sociedade traz a prática da corrupção que resulta da dependência de grupos com o Executivo: o clientelismo. Jefferson preconiza uma sociedade e ideologia agrária em contraposição à sociedade comercial. Assim, para Jefferson, a palavra *povo* é sinônima de fazendeiros: o ideal do autor de uma república baseada numa classe de donos de terras, agricultores autoconfiantes, refletia a realidade da época, quando talvez cerca de 80% ou mais de norte-americanos brancos viviam em suas próprias fazendas (PIPES, 2001, p.250).

É importante lembrar que, em essência, houveram três projetos constitucionais de separação de poderes nos EUA: a de Jefferson, a de Madison e a de Hamilton²⁵

²⁴ Tradução livre. Cf.: http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_35.html

²⁵ Estas três propostas devem ser entendidas como modelos-ideológicos e não necessariamente históricos. É que na Convenção de 1787 foram apresentadas quatro propostas: “*Virginian Plan*”, desenvolvido pelo federalista James Madison; “*Plan of Charles Pinckney*”, de Charles Pickney; o “*New Jersey Plan*”, apresentado por William Patterson; e o “*Hamilton's Plan*”, apresentado por Alexander Hamilton. Além disso, houve o “*Connecticut Compromise*”, que harmonizou a proposta original da Virginia (Madison) com a de New Jersey (estados menores da federação) e foi realizado pelos antifederalistas. A

(BENTES, 2006, p. 71-84). A de Madison e Hamilton se insere no republicanismo liberal, sendo que a proposta de Jefferson no republicanismo cívico.

O projeto constitucional de Madison e Hamilton, como amplamente exposto na obra *Federalist Papers*, apregoava um governo nacional central e forte do tipo federativo. Mas entre Hamilton e Madison havia uma diferença. Hamilton apostava na supremacia do Executivo²⁶ como forma de intervenção forte na economia convergindo interesses governamentais com os do capital financeiro – credor da expansão comercial e da dívida pública -, voltando-se para o fortalecimento das forças armadas (BENTES, 2006, p. 84). Isso porque, Hamilton era partidário das ideias econômicas de Sir James Steuart que defendia um governo intervencionista e protecionista da economia nacional, especialmente por intermédio de subsídios públicos e tarifas alfandegárias (SWEENEY, 2004, p. 20). Assim, Hamilton contestava o modelo do *laissez-faire*, e desejava que o Estado pudesse ser conduzido por uma facção social, dentro de um projeto de expansão imperial, de modo que os Estados Unidos pudessem competir com as demais nações (BENTES, 2006, p. 83-84). As palavras de Hamilton, na Convenção de 1787, talvez esclareçam melhor sua posição: *“Todas as comunidades dividem-se em poucos e muitos. Os primeiros são os ricos e bem-nascidos, e os outros compõem a massa do povo que poucas vezes sabe julgar e determinar o que lhe convém”* (CROSSMAN, 1980, p. 73).

Já Madison partilhava mais das concepções de Adam Smith, e a intervenção governamental na economia deveria se restringir ao necessário para manter a livre-competição no mercado norte-americano e evitar a formação de monopólios comerciais, especialmente por parte dos estados-membros (MILLER, 1986, p. 170). Inicialmente, Madison compartilhava da teoria departamentalista de Jefferson mas, ao

proposta de Hamilton foi um fracasso retumbante, sendo comparado como uma tentativa de reinstaurar a Monarquia (BEEMAN, 2009, p. 138; DAHL, 2001, p. 11). A proposta finalmente aprovada foi, em grande parte, a de Madison, com certas modificações introduzidas pelos antifederalistas presentes na Convenção.

²⁶ É provável que por este motivo, Alexander Hamilton chegou a apoiar publicamente uma monarquia para os Estados Unidos, uma vez que o Rei representava o Poder Executivo no modelo de Montesquieu. Há quem defenda que a proposta de Hamilton na Convenção tenha sido um estratagema para que a proposta de Madison se tornasse mais palatável aos antifederalistas (Cf. site do Professor Gordon Lloyd, Disponível: <<http://teachingamericanhistory.org/static/convention/themes/4.html>>). Hamilton não tinha direito de voto segundo as regras da Convenção, pois era o único representante do seu Estado, faltando quorum exigido para participar nas votações das propostas (LARSON; WINSHIP, 2005, p. 83).

longo de sua vida, acaba por admitir o *judicial review* (BENTES, 2006, p. 77) como a forma mais adequada para que a Constituição unificasse os dissensos estaduais e mantivesse os Estados Unidos a salvo das perigosas facções que tanto combate em seu *Federalist Papers n° 10* (MILLER, 1986, p. 170). Portanto, o modelo de separação de poderes de Madison defendia a tese dos *checks and balances* e era contrário a qualquer tipo de supremacia, seja do Legislativo, seja do Executivo (BENTES, 2006, p. 83). Madison, na Convenção, protegido sobre o sigilo das deliberações leciona sua ideologia:

Particularmente, existirá a distinção entre ricos e pobres... Não podemos, no entanto, ser considerados uma massa homogênea na qual todas as coisas afetadas numa parte, sejam também na totalidade. (...) Um aumento da população aumentará necessariamente a proporção daqueles que venham a sofrer os embates da vida, desejando em segredo melhor repartição de suas bênçãos. É possível que com o tempo estes superem os que se encontram bem situados economicamente. De acordo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos desapossados. (...) E como vamos defender-nos deles, baseando-se em princípios republicanos? Como vamos prever o perigo, em todos os casos de aliança interessadas em oprimir a minoria a ser resguardada por nós? (CROSSMAN, 1980, p. 7).

Essa preocupação em resguardar uma minoria “bem situada economicamente”, também exposta de forma menos direta no *Federalist Paper n° 10*²⁷, faz com que Madison seja considerado um precursor da democracia liberal que iria se desenvolver no século XIX, pois o *Framer* já percebia nitidamente que se devia criar um sistema de governo adaptado a uma sociedade dividida em classes²⁸ e compatível com o mercado capitalista (MACPHERSON, 1978, p. 22). A diferença é que Madison não pode ser considerado um democrata, o que deixa bem claro no *Federalist Paper n° 10*:

²⁷ Assim diz Madison no Federalista: “Mas a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sempre sido a desigual distribuição das propriedades. Os interesses dos proprietários tem sempre sido diferentes interesses daqueles que o não são. Uma linha de demarcação semelhante separa igualmente os devedores dos credores” (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 61).

²⁸ Classe é aqui usada em relação à propriedade, ou seja, um agrupamento humano daqueles que se situam nas mesmas relações de propriedade ou não propriedade produtiva ou capital (MACPHERSON, 1978, p. 18).

Eis por que as democracias desse gênero têm sempre oferecido o espetáculo da dissensão e da desordem; porque esta forma de governo é incompatível com a segurança pessoal e com a conservação dos direitos de propriedade, e porque os Estados assim governados tem geralmente tido existência tão curta e morrido de morte violenta (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 64).

Mas em que medida as ideias de Adam Smith podem ter influenciado os *Framers*? A obra de Adam Smith era bem difundida entre os *Founding Fathers* e os *Framers*. Mas outros economistas também os influenciaram: Hamilton parece ter sido particularmente partidário de Sir James Steuart (SWEENEY, 2004, p. 20); Thomas Jefferson e Benjamin Franklin, pelos fisiocratas franceses (McDONALD, 1986, p. 85) e John Adams era Malthusiano (LERNER, 2012, p. 39). Ocorre que Adams e Jefferson estavam ausentes na Convenção de 1787, enquanto os Federalistas Hamilton e Madison estavam presentes e influenciaram sobremaneira na elaboração da Constituição norte-americana (LERNER, 2012, p. 39). É importante lembrar que, em essência, houve três projetos constitucionais de separação de poderes: a de Jefferson, a de Madison e a de Hamilton²⁹. (BENTES, 2006, p. 71-84).

Thomas Jefferson recepciona o ideal do republicanismo cívico e, portanto, se afasta de algumas ideias defendidas pelos federalistas (Madison e Hamilton) do ponto de vista político-institucional³⁰. Elogia os *Articles* como “o melhor comentário jamais

²⁹ Estas três propostas devem ser entendidas como modelos-ideológicos e não necessariamente históricos. É que na Convenção de 1787 foram apresentadas quatro propostas: “*Virginian Plan*”, desenvolvido pelo federalista James Madison; “*Plan of Charles Pinckney*”, de Charles Pickney; o “*New Jersey Plan*”, apresentado por William Patterson; e o “*Hamilton’s Plan*”, apresentado por Alexander Hamilton. Além disso, houve o “*Connecticut Compromise*”, que harmonizou a proposta original da Virginia (Madison) com a de New Jersey (estados menores da federação) e foi realizado pelos antifederalistas. A proposta de Hamilton foi um fracasso retumbante, sendo comparado como uma tentativa de reinstaurar a Monarquia (BEEMAN, 2009, p. 138; DAHL, 2001, p. 11). A proposta finalmente aprovada foi, em grande parte, a de Madison, com certas modificações introduzidas pelos antifederalistas presentes na Convenção.

³⁰ Há que se recordar que, servindo como Embaixador norte-americano na França, ausente portanto da Convenção, Jefferson aprova parcialmente o texto constitucional, achando necessário apenas um *Bill of Rights* (BEARD, 1915, p.83-84). Por isso, primeiramente, Jefferson se recusa a ser considerado um federalista ou antifederalista. Em carta de 13/03/1789, Jefferson declara: “*Eu não sou do partido dos federalistas. Mas eu também estou longe dos antifederalistas. Eu aprovo, num primeiro momento, a maioria do que é a nova Constituição, a consolidação do governo (...) O que eu desaprovo no momento, também se dá pela necessidade de um bill of rights para guardar a liberdade contra os poderes legislativo e executivo(...)*” (DEPARTMENT OF STATE, 1905, p. 159). Mais tarde, Jefferson muda de opinião, sendo que podemos considerá-lo como um antifederalista. Estas são suas palavras em carta endereçada ao presidente Washington, em 02/09/1792: “*Eu fui enganado pelo Secretário de Tesouro [Hamilton], e preparei uma ferramenta para desenvolver seus esquemas, os quais não compreendia*

escrito sobre os princípios de governo”, bem como sua teoria dos freios e contrapesos até a primeira década do século XIX, contudo não sem criticar a fraqueza dos meios de controle da Suprema Corte, em particular, importa frisar, o poder exorbitante do *judicial review* tido como um meio de limitar a soberania do povo. Depois, o autor adere à teoria pura ou absoluta da divisão dos poderes, defendida pelos antifederalistas que, favoráveis à atribuição de funções aos distintos ramos do governo (o legislativo responsável apenas pela elaboração das leis e o Executivo e o Judiciário tendo somente o dever de efetivá-las), fazem uma opção clara pela supremacia do Legislativo sobre os demais órgãos (a capacidade dos legisladores em criar bases para a atuação do Judiciário e do Executivo - o que lhe dá supremacia sobre o resto dos poderes). E, ainda, quando defende que “todos os ramos de governo devem ser eleitos diretamente pelo povo e submetidos a pequenos mandatos, de modo que o povo aprove ou rejeite uma autoridade em intervalos bastante curtos”. Assim, se concretizaria o ideal republicano de participação popular e responsabilidade dos governantes, que, segundo Jefferson, está bem enraizado na cultura cívica dos cidadãos, mas que não foi contemplado pela constituição norte-americana (VILE, 1998, p. 182 e 191).

A Convenção de 1787 foi apenas um *round* do embate entre republicanos cívicos e liberais. A Convenção apenas tinha criado um texto que ainda passaria pelo processo de ratificação pelos estados-membros entre 1787- 88. É bom lembrar que os convencionais extrapolaram sua autoridade, pois tinham apenas permissão de emendar os *Articles* e não criar um novo governo. Este é o período em que são escritos os panfletos dos *Federalist Papers* de Jay, Hamilton e Madison, justamente defendendo sua nova criação. Mas ela não foi recebida pacificamente sem o ataque dos antifederalistas nas diversas convenções estaduais. Um período de intensa discussão e escaramuças (MAIER, 2010, ix-xvi). Mas, por fim, a Constituição foi ratificada.

Ao final da Convenção de 1787, os dois modelos de separação de poderes supostamente derrotados – o modelo financista, ultracentralizador e imperial de Hamilton e o modelo republicano cívico de Jefferson – passaram a se digladiar dentro

muito bem; e, de todos os erros de minha vida política, este foi o que me deu o mais profundo arrependimento. (...) Seu sistema [de Hamilton] nasce de princípios adversos à liberdade, e são calculados para minar e demolir a República, criando uma influência de seu Ministério sobre os membros do Legislativo(...) Mas Hamilton não é apenas monarquista; mas partidário de uma monarquia fundada na corrupção” (BEARD, 1915, p. 110-112, tradução nossa).

do próprio gabinete do primeiro presidente George Washington. Hamilton, na qualidade de Secretário do Tesouro, acaba por interpretar a Constituição ao seu estilo, criando um Estado centralizador, ampliando os poderes do Executivo mediante sua teoria dos “poderes implícitos” e pela criação de um sistema financeiro nacional e a assunção das dívidas de guerra dos estados-membros (DILorenzo, 2008, p.1-8). Como Secretário de Estado, Thomas Jefferson iria paulatinamente se opor a este modelo, defendendo a sua proposta do republicanismo cívico e do agrarianismo, e combatendo a proposta corruptora dos especuladores financistas partidários de Hamilton. O embate entre Republicanos Liberais (federalistas) e Republicanos Cívicos (antifederalistas) é posteriormente assumido pela luta entre o Partido Federalista e o Partido Republicano, uma disputa tão rica que a análise de seus desdobramentos políticos vão além do objetivo do presente texto. Só para recordar, o famoso caso judicial *Marbury v. Madison* advém do episódio dos “*midnight judges*”: o entrincheiramento de federalistas no Poder Judiciário como forma de questionar a legalidade das reformas políticas que seriam implementadas pelo republicano Jefferson (ACKERMAN, 2005, p.3-15; MACIEL, 2006, p. 37-44).

O caso *Marbury v. Madison*(1803) ficou famoso por ser o primeiro em que a Suprema Corte norte-americana firmou entendimento, sob a presidência de John Marshall, de que o Poder Judiciário tem poderes (*judicial review*) para rever os atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo se estes estiverem em desconformidade com a Constituição. Cabe frisar que o caso envolvia uma disputa política entre federalistas e republicanos. Marshall era um federalista e tinha interesse na causa, pois foi ele próprio que, quando ainda secretário de estado no governo federalista do presidente John Adams, nomeou William Marbury como *justice of the peace*. As nomeações se deram ao “apagar das luzes” do mandato de John Adams que havia perdido a eleição para Thomas Jefferson; eleições estas que ficaram conhecida na história norte-americana como a “Revolução de 1800”, por conta das propostas democráticas jeffersonianas. A ideia de Adams era nomear juízes que fossem simpatizantes à causa federalista e contrários a “revolução de Jefferson”, de forma a impedir o avanço das futuras reformas legislativas propostas pelo novo governo. Antes de terminar o mandato, Adams nomeia o próprio Marshall para *Chief Justice* da Suprema Corte. Porém, nem todos os atos de investidura dos *midnight judges* foram entregues a tempo, antes do término do mandato de Adams, situação essa do juiz

nomeado William Marbury. James Madison, já tendo mudado de posição política e se filiado aos ideais antifederalistas, era o então secretário de estado do governo republicano de Jefferson e não entrega os atos de investidura aos juízes restantes. O litígio chegou à Suprema Corte, pois Marbury pede um *writ of mandamus* para ter seu cargo reconhecido, sendo seu pedido baseado na lei de 1789 (*The Judiciary Act*) que dava competência originária para a Suprema Corte para julgar ações dessa natureza (BARROSO, 2010, p. 25-32). Marshall julga o caso, sem se declarar impedido, e acaba por estabelecer a doutrina do *judicial review*, ou seja, que a Suprema Corte podia declarar nulidade de leis com base na sua incompatibilidade com a Constituição. É importante ressaltar que o texto constitucional nunca deu expressamente essa atribuição à Corte (DAHL, 2001, p. 23-24; MACIEL, 2006, p. 37-44).

A decisão de Marshall se apoiou basicamente no *Federalist Paper* nº 78, escrito por Hamilton que estabelece a tese que o Judiciário deve ser responsável por guardar a Constituição contra usurpações advindas dos outros dois poderes. Tal se daria pelo fato de o Judiciário ser o mais fraco e menos perigoso dos poderes, uma vez que não possui nem a “espada” (força) do Executivo e nem a bolsa (recursos financeiros) do Legislativo. Por isso, o Judiciário não é uma ameaça política à liberdade preservada pela Constituição. “Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e esse só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo” (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 458)³¹. Portanto, seria óbvio armar o Judiciário com o *judicial review* para fazer frente aos outros poderes, ou seja, a capacidade de declarar nulo qualquer lei que fosse contrária ao disposto na Constituição, considerando esta última como a Lei Suprema. Como é da função do Judiciário dizer o que é a lei, portanto também seria sua competência dizer o sentido da Constituição:

³¹ “Já essa simples observação nos permite estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois. Segue-se mais: que ainda que os tribunais de justiça possam, algumas vezes, excitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto o Poder Judiciário estiver convenientemente separado dos outros dois; porque é preciso concordar com Montesquieu, que não pode haver liberdade onde o poder de julgar não estiver bem separado do de se fazer as leis e do de as executar” (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 458).

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a limitação especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459).

Mas isso não significaria uma preponderância do Judiciário sobre os demais poderes, mas apenas que a vontade do povo, expressa na Constituição, seria salvaguardada da vontade do Legislativo que são apenas seus representantes ³² (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459-460).

Alexis de Tocqueville, na sua obra “Da democracia na América”, dedica um capítulo ao Judiciário dos EUA, onde anota que qualquer estrangeiro logo percebe que “não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 111). Apesar do juiz norte-americano possuir as mesmas características de outros magistrados (ser um árbitro, pronunciar-se sobre casos particulares e só agir quando chamado), o que o diferencia é o fato de fundar suas decisões na Constituição e não nas leis, e isso significaria que o poder constituinte estaria em suas mãos (TOCQUEVILLE, 2005, p. 112-114). Conclui Tocqueville (2005, p. 115) que “os americanos confiaram, pois, a seus tribunais um imenso poder político, mas, obrigando-os a só criticar as leis por meios judiciários, diminuíram muito os perigos desse poder”. Ou seja, no fundo concorda com a tese de Hamilton no sentido de que o Judiciário não oferece verdadeiro perigo. Antes, o que chama a atenção, é o fato do Judiciário não ser subalterno como na proposta de Montesquieu, mas acaba se colocando em pé de igualdade ao demais como teria

³² Esclarece Hamilton: “Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente o juiz dos seus poderes e que a maneira por que os interpreta, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são” (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459-460)

pensado Hamilton ao destacar a necessidade de uma força adicional para proteger o Judiciário do ataque dos outros dois poderes.

Assim, a decisão de Marshall adota três fundamentos: 1) a ideia da supremacia da Constituição, ou seja, a Constituição como Lei Suprema do país; 2) a nulidade de qualquer lei contrária à Constituição; 3) que o Judiciário, que interpreta as leis, deve interpretar a Constituição. A importância do caso *Marbury v. Madison* se dá pelo fato de ter inaugurado o controle de constitucionalidade estabelecendo o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela dos Poderes estatais e da competência do Judiciário em interpretar a Constituição (BARROSO, 2012, p. 30-32).

Importante ressaltar que a ideia de Hamilton de um Judiciário responsável pela Constituição, inspirada na passagem de Montesquieu do “Judiciário nulo”, se dá pela sua premissa de que o Judiciário não é perigoso para as liberdades civis, desde que esteja separado dos demais (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459-460). Portanto, aqui vemos a ideia de um Judiciário imparcial, cujo objetivo principal é preservar os direitos civis:

A independência rigorosa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscricção, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeitos quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459).

Por outro lado, o que Hamilton acrescenta de novo ao modelo clássico, é que vê o Judiciário ameaçado pelos outros dois poderes, daí lhe concedendo duas características que se distanciam do modelo Montesquiano. O primeiro é que ao invés de tribunais *ad hoc* e *post facto*, há um Judiciário com um corpo permanente e com um mandato vitalício, de forma que os juízes não se sintam temerosos em relação aos outros poderes, já que não poderão ser dispensados. Outro fato de proteção é sua tese do *judicial review*, estabelecendo a Constituição como *Paramount Law*, que inclusive

vincularia o Legislativo evitando que esse se afastasse da vontade do povo que estaria enunciada pela própria Constituição.

Essa ideia de um Judiciário legitimado pela imparcialidade se funda, como vimos, na ideia de que a Constituição ser a responsável por conter os poderes estatais, ou seja, a concepção de *rule of law* ou Estado de Direito. A expressão *rule of law* foi popularizada por Albert Venn Dicey (1835-1922), jurista e teórico constitucional britânico que se notabilizou pela sua obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). Para Dicey, são possíveis três significados para *rule of law*: 1) a supremacia absoluta da lei regular sobre o poder arbitrário; 2) a igualdade perante a lei, ou seja, a submissão de todas as classes sob a lei ordinária e sob as cortes regulares; 3) que a Lei Constitucional não é a fonte dos direitos individuais, como acreditam os estrangeiros que os colocam de forma escrita e codificada; a Constituição é a consequência dos direitos individuais conforme definido e reforçado pelos Tribunais: o *judge-made law* (STEWART, 2004, p. 205).

Hamilton apenas teria sido o precursor em expandir para o patamar constitucional, o *judge-made law* típico da tradição do *Common Law*. No fundo, ainda que com algumas diferenças da teoria clássica de Montesquieu, essa ideia de imparcialidade de Hamilton, consagrada pela Suprema Corte norte-americana como fundamento do *judicial review*, é o que T.H. Marshall (1967, p. 57-114) atribuirá a atuação do Judiciário na construção dos direitos civis no século XVIII.

Podemos então compreender que o século XVIII, com a derrubada do Antigo Regime e a passagem do Feudalismo para o Capitalismo, marca o Poder Judiciário com o importante papel de construção dos direitos civis, legitimando-se na sua imparcialidade diante da esfera política e constituindo o Estado de Direito. Porém, como veremos, ao se afirmarem as liberdades civis, os problemas se deslocam paulatinamente para o plano político e social, dando surgimento a duas novas questões: a “política” e a “social”. A participação na comunidade política e as péssimas condições socioeconômicas da população entram como as questões mais importantes da sociedade. Tal fato irá promover a perda da centralidade do Judiciário como instituição por não ser vista pela sociedade do século XIX como o local para a busca de respostas para as *questões política e social*. A legitimidade da imparcialidade do Judiciário significará a

sua própria neutralidade diante das “questões”, como se tais não lhe competissem por não se tratarem dos típicos direitos civis.

2. JUDICIÁRIO DIANTE DA *QUESTÃO POLÍTICA* E *QUESTÃO SOCIAL*

2.1 O JUDICIÁRIO E A NEUTRALIDADE POLÍTICA.

T. H. Marshall em sua obra “Cidadania, Classe Social e Status” estabelece uma evolução da cidadania em três etapas: 1) reconhecimento da igualdade formal perante a lei que aparece com o surgimento da *cidadania civil*; 2) o surgimento da *cidadania política*, conquistada pela universalização do voto; 3) o reconhecimento da *cidadania social*, buscando garantir condições dignas à existência humana. Assim, historicamente, a cidadania civil teria surgido no século XVIII, a conquista da cidadania política se deu ao longo do século XIX e os direitos sociais a partir do século XX (MARSHALL, 1967, p. 57-114).

Como vimos, a atuação do Judiciário no século XVIII, legitimado na imparcialidade, foi fundamental para a construção da cidadania civil mediante a afirmação dos direitos individuais pelos Tribunais.

Porém, no século XIX, o Judiciário vai perdendo sua centralidade uma vez que a “pauta do dia” passa a ser a cidadania política. Isso desloca o debate para o Legislativo, uma vez que os direitos políticos dependiam de uma reforma legislativa. Nesse aspecto, tomaremos a Inglaterra como paradigma, uma vez que houve uma longa marcha de reformas legislativas no intuito de universalização do voto. Da evolução do voto na Inglaterra, conforme sucessivas *Reforms Acts*, podemos registrar que: em 1832, haviam 40.000 eleitores; em 1867, 2 milhões; em 1872, fim do voto secreto; em 1884, direito de voto para os homens maiores de 21 anos, sem restrições de renda; em 1919, direito de voto para as mulheres maiores de 30 anos; em 1928, fim da desigualdade de idade entre homens e mulheres; e em 1969, finalmente houve a concessão do sufrágio universal para todos os maiores de 18 anos.

Além disso, como veremos, a chamada *questão social* possuiu um imbricamento direto com o avanço da cidadania política, pois esta era a porta para possíveis mudanças sociais. Devemos observar que há um conflito entre cidadania e classe social. Isso porque se a classe social é um sistema baseado na desigualdade, o

conceito de cidadania se lastreia no princípio oposto: a igualdade. Cidadania é um *status* concedido aos membros integrais de uma comunidade, sendo iguais em direitos e obrigações. Por outro lado, a classe se assenta numa hierarquia de *status* justamente a expressar a diferença entre uma classe e outra em termos de direitos legais (MARSHALL, 1967, p. 76).

Os direitos civis são distintos dos direitos políticos porque não estão em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista. Pelo contrário! Os direitos civis são necessários para a manutenção da desigualdade porque são imprescindíveis para que haja uma economia de mercado competitivo. Assim os direitos civis:

davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornar possível negar-lhes a proteção social com a base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo (MARSHALL, 1967, p. 79).

Logo, os direitos civis conferem apenas a capacidade legal de lutar pelos objetos que os indivíduos gostariam de possuir, mas não garantem a posse de nenhum deles. O direito de propriedade não lhe garante ser um proprietário, mas apenas o direito de adquiri-la e protegê-la, isso se você conseguir obtê-la.

No século XVIII, os direitos políticos eram deficientes não em conteúdo, mas em distribuição. Eram um monopólio de poucos. Um pequeno grupo possuía os direitos políticos incorporados ao seu *status* de cidadão (daí a distinção entre cidadãos ativos e passivos). Assim, se no século XIX, a cidadania civil já era universal, os direitos políticos ainda não estavam incluídos nos direitos de cidadania (MARSHALL, 1967, p. 69-70).

Se pensarmos no sistema feudal, perceberemos que os três elementos da cidadania – civil, político e social – estavam todos juntos sendo que os direitos se confundiam porque as instituições estavam amalgamadas. Era o *status* que determinava a espécie de justiça que se podia esperar, bem como a participação política. Se você fosse nobre, seria julgado por seus pares e não por um grupo de vassalos. Por outro lado, sendo vassalo, estaria sujeito à justiça de seu senhor. Havia justicas diferentes, cada uma adequada para seu *status* social. No sistema feudal, o *status* era a própria medida da desigualdade. Já no sistema capitalista, a cidadania é um conceito baseado no

princípio de igualdade que irá se contrapor a ideia de desigualdade de classe social do sistema feudal (MARSHALL, 1967, p. 64-66). Assim, a atuação do Judiciário foi fundamental para solidificar o capitalismo, na medida que concedida “uma mesma justiça para todos”, com base na igualdade perante a lei, mas sem questionar as desigualdades sociais e também a ausência de direitos políticos. Assim, a neutralização política do Judiciário permitiu que esse só cuidasse dos direitos civis e de interesses particulares, tirando-o da arena política, o que se tornou o paradigma para o Judiciário até o século XX.

Tal fato ainda é corroborado por não se evidenciar nenhuma tentativa dos grandes pensadores políticos do século XIX em teorizar o Judiciário ou dar-lhe algum aspecto central em suas teorias.

Benjamin Constant, por exemplo, para além da clássica tripartição de poderes, entendia que havia cinco poderes numa monarquia constitucional (que seria o tipo-ideal de governo): o poder real (poder moderador), o poder executivo (exercido pelos ministros de estado), o poder representativo da continuidade (câmara alta do Legislativo), o poder representativo da opinião (câmara baixa do Legislativo), o poder de julgar (Judiciário). Na sua formulação, o poder moderador (o rei) é superior aos demais, pois o Chefe de Estado situa-se acima dos fatos e de certa forma é neutro, pois o rei é um ser à parte da sociedade, flutuando acima das contradições humanas, não tendo nenhum interesse particular a não ser manter a liberdade e a ordem. Ainda que o Judiciário pudesse cometer equívocos, aplicando-se penas severas demais, estas poderiam ser abrandadas pelo poder de graça do Poder Moderador (rei) (CONSTANT, 1989, p. 74-75). Além disso, o Judiciário era importante na preservação da liberdade individual e, por isso, deveriam ser inamovíveis e deveriam ser independentes, especialmente do facciosismo político, daí que os magistrados deveriam ser nomeados pelo Poder Moderador graças a sua característica apolítica e suprapartidária. Portanto, para Constant, o Judiciário só cuida dos casos concretos e, portanto, podemos compreendê-lo como “neutro politicamente” (LYNCH, 2008, p. 62-63).

Já Alexis de Tocqueville não inova na questão da separação dos poderes, e sua preocupação principal aparece em relação ao “despotismo democrático”, onde haveria uma degeneração do político em não-político, considerada legal e legítima por estar apoiada no consentimento dos cidadãos. Tal ocorreria em função da “liberdade dos

modernos” como já havia constatado Benjamin Constant, onde a paixão pelo bem-estar individual é o fim do homem-político. Assim, a vocação para atender os negócios privados, torna cada vez menor a participação nos assuntos públicos, mas, por outro lado a antiga opressão parece ter sumido por conta dos direitos de igualdade. Esse despotismo democrático permitiria compatibilizar dois desejos opostos: a vontade de ser livre com a vontade de ser conduzido (JASMIN, 1996, p. 1-37). Na visão de Tocqueville, a imperiosa participação da sociedade na esfera pública deveria ser o antídoto para essa má disposição das democracias e, em relação a este ponto, o Júri, como instituição do Poder Judiciário, apareceria como deveras importante, pois serviria como forma de educar o povo nessas virtudes políticas: “Assim, o júri, que é o meio mais enérgico de fazer o povo reinar, também é o meio mais eficaz de ensiná-lo a reinar” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 323)

Mas, muito provavelmente, ainda que o Júri tenha sido mantido na tradição da *common law* (e muito pouco na tradição romano-germânica), ela acabou mais por fortalecer o papel do Judiciário como defensor da propriedade privada e não elevando o pensamento para as questões políticas ou sociais do século XIX. Assim é que, para o próprio Constant, uma vez que os Jurados eram proprietários, não guardavam nenhum interesse na impunidade dos culpados, acentuando o aspecto de imparcialidade do Judiciário, pois desejavam a manutenção da ordem social (LYNCH, 2008, p.63). Por sua vez, essa atuação do Júri, associado ao fato de ser proprietário como sua condição, anda *pari passu* com a doutrina de Constant de que os direitos políticos só deveriam ser concedidos aos proprietários uma vez que estes teriam o ócio necessário para se dedicar aos assuntos políticos. Portanto, era perigoso concedê-lo aos não-proprietários que abusariam deste direito político para distribuir as propriedades a um maior número de pessoas de forma espúria (legislando) e não pela forma “normal” que seria o trabalho (CONSTANT, 1989, p.119).

Na prática, o Judiciário acabou se neutralizando politicamente e, também, subordinando-se aos demais poderes. Para os franceses, houve uma distinção de tal ordem entre Direito e Política, que o Judiciário sequer foi visto como um poder estatal, mas uma simples função: “A ordem judiciária não é um poder distinto, mas simplesmente uma dependência do poder executivo... A ordem judiciária não constitui um poder; ela é um agente de execução subordinada ao poder executivo” (DUGUIT apud MALBERG, 1920, p. 763, tradução nossa). Tal visão marcou tanto o Judiciário

francês que o seu sistema é de contencioso administrativo, ou seja, foram criados tribunais administrativos para tratarem somente do direito administrativo, ramo que envolve a regulação das relações entre particulares e o Estado. Assim, o Poder Judiciário não poderia sequer se pronunciar sobre os direitos em que o Estado figurasse como parte, circunscrevendo-o apenas às questões privadas.

Por outro lado, a centralidade dos direitos políticos no século XIX pode ser ilustrada pela proeminência do procedimento das eleições. As eleições eram mais que um procedimento. Eram uma questão simbólica ao se tornar um meio de legitimação e um “mecanismo de controle, um sinal de comunhão, uma técnica de purgação, símbolo de participação e um sacramento da igualdade” (ROSANVALLON, 2011, p. 156). Para se ter noção deste sacramento que eram as eleições, a política revolucionária e republicana francesa até inovaram no processo de escolha dos juízes, que passam a serem eleitos após a reforma de 1790, não havendo nenhuma oposição à ideia de eleição para magistrado. Jacques Thouret, responsável pela reforma judicial de 1790, defendia que a eleição era a única forma satisfatória para promover uma verdadeira quebra com o passado, banindo a detestável imagem dos *parlements*. Mas na prática, o método nunca foi bem sucedido, já que em 1792, a Convenção desejava controlar o Judiciário. O Comitê de Salvação Pública, invocando situações de emergência, acabou por nomear juízes para vagas abertas. Mesmo após a restauração do procedimento eleitoral no período Thermidor, tornou-se comum o Diretório manipular as eleições para juízes, abrindo-se um abismo entre a lei e a prática.

Em 1802, Napoleão Bonaparte aboliu o procedimento eleitoral, o que não levantou objeções. Porém, as eleições para juízes continuaram como um ideário republicano sendo que, após a solidificação do poder dos republicanos em 1879, quando Jules Grévy foi eleito presidente, este se chocou com muitos juízes que gozavam de cargo vitalício e que se negavam reconhecer os decretos de março de 1880 que expulsava as congregações religiosas das escolas. Em 1882, a Câmara de Deputados, recém-eleita, anuncia categoricamente que os juízes devem ser eleitos por sufrágio universal. Na visão de um dos líderes do Partido Republicano, era necessário conquistar o último bastião com os votos do povo. O fato é que apesar da decisão legislativa, as eleições para juízes não vingaram por motivações políticas. É que os republicanos temiam perder as eleições para os cargos de juízes por haver ainda muitos departamentos com uma oposição anti-republicana. Fato é que em 1883 iniciou-se uma

purga do Judiciário francês, suspendendo-se a vitaliciedade dos juízes. Após esse episódio, as eleições para juízes na França nunca mais foi seriamente debatida (ROSANVALLON, 2011, p. 156-157).

Por força do Iluminismo com o seu culto à razão humana, acreditava-se que o Direito (legislado) era a própria expressão da razão humana, com princípios imutáveis e universais, deduzidos *more geométrico*. Tal visão racionalista permitiu, principalmente na França, um rompimento do Direito com as tradições jurídicas, o que também explica a preferência pela lei escrita com o objetivo de certeza dos direitos e deveres do cidadão (NADER, 2003, p. 208). Maior expressão dessa concepção de direito é o Código Napoleão de 1804 que foi uma forma de culto à razão com pretensão de se perpetuar no tempo e torná-lo comum a toda sociedade humana. O Código Civil exprimia os princípios revolucionários franceses: igualdade do cidadão perante a lei, a injustiça do direito de primogenitura e abolição dos privilégios de nobreza, consagração do direito de propriedade e a inviolabilidade da liberdade pessoal e dos direitos civis. O código serviu como “produto de exportação”, pois Napoleão Bonaparte levava, mediante suas conquistas militares, o Código como manifestação da filosofia revolucionária francesa, o que influenciou largamente grande parte dos países europeus e também países da América (VIEIRA, 2007, p. 46-50). Some-se ao fato da expansão do Código Napoleão, o surgimento da ideia de que o código era infalível e completo, por ser expressão mesma da razão humana. Forma-se um movimento denominado Escola da Exegese cujo objetivo é manter a integridade do próprio código, que era visto como sem falhas e completo, relegando ao intérprete da lei apenas o papel de revelar a vontade do legislador (NADER, 2003, p. 209-210).

Fato é que o Judiciário do século XIX se neutralizou politicamente e restringiu-se a garantir apenas os direitos civis, leia-se, a proteção da propriedade privada e da liberdade. As questões políticas e sociais não lhe competiam, o que motivou o deslocamento para o Legislativo como local privilegiado da discussão política e social naquele século.

Retomando a ideia de proeminência da cidadania política, devemos recordar que o embate entre federalistas e anti-federalistas e o estudo da Constituição dos EUA como paradigma, nos traz uma discussão importante que irá caracterizar a luta pelos direitos políticos ao longo do século XIX. Madison teria se antecipado na percepção de

que a sociedade seria dividida em classes (possuidores de propriedade e despossuídos), ou seja, teria antecipado a visão da tensão entre classes, típico da democracia liberal como ficaria bem claro no século XIX com a chamada *questão social* (MACPHERSON, 1978, p. 18-19, 22).

Por outro lado, o modelo do agrarianismo de Jefferson³³, de uma república de pequenos proprietários, é bem semelhante a proposta de Rousseau em seu Contrato Social. Ou seja, Rousseau e Jefferson defendiam uma democracia de “classe única”, onde todos possuem um mínimo de recursos produtivos de forma a serem suficientemente independentes para participarem nos assuntos políticos do Estado em certo pé de igualdade. Essa concepção obviamente se afasta do sistema capitalista como modelo econômico uma vez que, no fundo, ambos pensadores negam a possibilidade de distinção de classes, esta entendida aqui na relação salarial entre empregados e empregadores (MACPHERSON, 1978, p. 22-26). Em Rousseau, uma sociedade democrática, aquela governada pela vontade geral, exige certa distribuição igualitária das propriedades de forma que “*nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar um outro, e nem tão pobre para ser constrangido a vender-se*” (ROUSSEAU, 1975, p. 60). Ressalta MacPherson que a passagem não se refere à escravidão e, portanto, referindo-se a homens livres, Rousseau está condenando a compra-e-venda de mão-de-obra assalariada. Jefferson até aceitava a relação salarial, pois não via nela uma relação de dependência. Porém, a independência econômica é um pré-requisito para a democracia, o que aparece mais claro em seu *Notes on Virginia*: “*A dependência gera subserviência e venalidade, sufoca o germe da virtude e prepara os instrumentos adequados para a ambição*” (JEFFERSON, 1853, p. 176, tradução nossa).

³³ Pode-se dizer que Jefferson faz uma releitura dos fisiocratas, de forma a compatibilizar sua visão republicana, se contrapondo à visão monarquista da Fisiocracia de Quesnay. John Taylor talvez seja o melhor teórico do agrarianismo republicano defendido por Jefferson - que aparece aperfeiçoado em sua obra “*An Inquiry into the Principles and Policies of the Government of the United States*” (1814) -, um agrarianismo que serve como proposta de oposição aos federalistas e propugnando uma república de pequenos fazendeiros (BEARD, 1915, p. 322). A obra de Taylor também é a melhor obra de teoria política dos antifederalistas que, em termos de separação de poderes, atacava veementemente a visão de uma aristocracia natural, dizendo que ela é a causa de todos os problemas, sendo uma aristocracia de “papel e patrocínio” (bens financeiros). O *Judicial review* também é rechaçado, pois é visto como uma forma de poder de legislar do Judiciário. A solução é tornar todos os poderes responsáveis, ou seja, para que o Judiciário se torne um ramo do governo, devem ser os juízes escolhidos pelo voto do povo. Jefferson e Taylor defendem o *departamentalismo*, ou seja, uma radical

Assim, a construção de uma democracia-liberal iria ocorrer no século XIX, primeiro pela aceitação de que há uma divisão de classes e, segundo, pela tentativa de conciliar capitalismo de mercado e democracia. Desses pressupostos, surgiu um modelo de homem – o maximizador de utilidades – e um modelo de sociedade: um conjunto de indivíduos com interesses conflitantes. Tais pressupostos são plenamente compatíveis com uma sociedade capitalista de livre mercado. Com base nisso, e num princípio ético, deduziu-se a necessidade de criação de um governo, as suas funções e como legitimá-lo. Com base na teoria ética utilitarista é que Bentham e James Mill irão deduzir a necessidade de criação de uma democracia censitária³⁴, que tanto continha um componente voltado ao mundo dos negócios (necessidade de possuir renda) quanto um componente igualitário.

Inicialmente, a desigualdade econômica é considerada um fato sem necessidade de questionamento, já que é resultado natural das relações capitalistas de mercado. Nesse primeiro momento, teremos as teorias políticas de Bentham e James Mill. Num segundo momento, há uma tentativa de conciliar a concepção de sociedade capitalista com uma posição ética humanista que se encontra representada pelas ideias de J.S. Mill. O modelo de Bentham e Mill é conhecido como “Democracia Protetora”, pois a razão de uma democracia é proteger os governados da opressão do governo e, por outro lado, proteger a propriedade privada do assalto dos despossuídos. O modelo mais humanista de J.S. Mill é conhecido como “Democracia Desenvolvimentista”, pois vê na democracia um meio de desenvolvimento individual (MACPHERSON, 1978, p. 27-28).

A teoria utilitarista prega que o único critério defensável de bem social é a maior felicidade do maior número de pessoas, tomando-se felicidade como sendo a “quantidade de prazer individual menos sofrimento”. Assim, no cálculo de “felicidade

separação entre os poderes, sem nenhum ponto de contato, de forma que todo o poder emane do povo e flua em três canais distintos (VILE, 1967, p. 169-172).

³⁴ MacPherson (1978) usa o termo “franquia democrática” (*democratic franchise*), porém optamos pelo uso do vocábulo “voto censitário” que é mais consagrado no Brasil que possui o mesmo significado. O voto censitário era a concessão do direito de voto apenas àqueles cidadãos que atendiam certos critérios que comprovassem uma situação financeira satisfatória, os chamados “cidadãos ativos”. Aqueles que não atendiam tal requisito eram considerados “cidadãos passivos” e estavam excluídos do exercício do direito político, seja na condição de eleitor ou candidato (PORTO, 2002, p. 112-113). Houve outros requisitos além dos econômicos tais como o gênero, permitindo o sufrágio somente aos homens, e o censo literário, exigindo-se a alfabetização. A ideia geral do voto censitário é sempre a mesma: algum requisito para evitar o amplo acesso da população à participação política.

líquida” da sociedade, cada pessoa deve ser contabilizada, o que aparenta ser bastante igualitário como princípio ético. Bentham, ainda que incluísse vários tipos de prazeres, inclusive de natureza não materiais, deixava claro que a posse de bens materiais era condição essencial para a satisfação dos demais prazeres: “Cada parcela de riqueza tem sua correspondente parcela de felicidade” (MACPHERSON, 1978, p. 31). Como cada pessoa busca maximizar seu prazer sem limites, cada um maximizaria suas riquezas indefinidamente. James Mill, em seu artigo “Governo” declara que:

É base do governo que um ser humano deseje submeter a pessoa e propriedade alheia para seus prazeres, não obstante o desgosto e perda de prazer que isso pode ocasionar a outro indivíduo. O desejo do objeto implica o desejo do poder necessário para conseguir o objeto. O desejo, portanto, daquele poder que é necessário para tornar as pessoas e propriedades de seres humanos submissos aos nossos prazeres é uma importante lei que rege a natureza humana (*apud* MACPHERSON, 1978, p. 32).

Assim, com base nessa “lei natural”, a sociedade é um conjunto de indivíduos que buscam incessantemente poder sobre os outros e em detrimento dos outros. Portanto, o melhor princípio ético para a sociedade seria aquele que conseguisse a maior felicidade para o maior número de pessoas. Não devemos esquecer que Bentham acaba erigindo a garantia da propriedade privada como supremo princípio, isso porque a procura do prazer máximo acaba se reduzindo na procura máxima de bens materiais. Com base nisso, o sistema político devia produzir governos que estabelecessem e fomentassem uma sociedade de mercado livre e que também protegessem os cidadãos contra governos rapaces, já que, sendo da natureza humana, todo governo seria voraz, a não ser que fosse impedido (MACPHERSON, 1978, p. 38-39). Nesse sentido é que uma democracia é importante, pois seria a melhor forma de proteger os cidadãos contra a opressão e depredação daqueles funcionários que estariam no governo: “O único meio de evitar que o governo espolie o restante do povo é tornar os governadores frequentemente removíveis pela maioria de todo o povo” (MACPHERSON, 1978, p. 40-41). É por isso que esse modelo é protetor, na medida que a democracia é o meio de se proteger contra os governantes.

Mas foi James Mill que apresentou a melhor argumentação em favor do sufrágio universal, ainda que posteriormente vá aceitando a criação de um censo como forma de um equilíbrio entre as classes. Seguindo a lei da natureza humana (cada

homem tenta maximizar seu prazer ainda que em detrimento do outro), Mill conclui que quem não tem poder político acabará sendo oprimido por aqueles que o detém. O voto era um poder político e, portanto, todos precisavam do voto para autoproteção. Assim, somente o “um homem, um voto” seria o princípio capaz de proteger os cidadãos contra o governo.

Mas o próprio James Mill se questiona se não seria possível obter o mesmo resultado criando um censo ao invés do voto universal. Assim, Mill conclui que seria prudente excluir todas as mulheres, todos os homens menores de 40 anos e os mais pobres (que constituíam um terço dos homens de mais de 40). Qual motivo? Bastante simples. É o chamado princípio do interesse incluído: “todos os indivíduos cujos interesses estão indiscutivelmente incluídos nos dos demais indivíduos podem ser excluídos sem inconveniência” (MACPHERSON, 1978, p. 43). Assim os interesses das mulheres estavam representados pelos de seus pais ou de seus maridos. Quanto aos mais novos, com certeza os maiores de 40 anos possuíam filhos e, portanto, também representavam seus interesses já que é da natureza humana os interesses dos filhos serem considerados como seus próprios interesses.

Em relação a qualificação pela propriedade ou renda (censo), James Mill não usa o princípio do interesse incluído. Desenvolve seu raciocínio a partir da ideia de que se seria possível achar um termo adequado para este censo: não tão alto a ponto de se construir uma aristocracia da riqueza e não tão baixo a ponto de ser inútil a ideia de censo. Assim, haveria um valor de censo em que afastaria o direito de sufrágio do pequeno ou não possuidor de propriedade, mas conseguindo-se preservar o interesse da comunidade política (MACPHERSON, 1978, p. 43-44).

Após todas as suas exclusões, apenas 2/12 avos da população inglesa tinham condições de direito a voto! Após defender o voto universal, tantas exclusões aparentam um contrassenso. Uma possível explicação é que tanto Bentham quanto James Mill estavam preocupados com a Reforma Eleitoral inglesa de 1832. Mill, podendo ser considerado um ativista nesse ponto, se preocupava tanto no sentido de assustar a oligarquia de grandes proprietários de sua época quanto de não desagradar a classe média e a classe trabalhadora.

Mas as propostas de Bentham e Mill podem ser resumidas nas palavras desse último:

A questão do governo é adequadamente assunto dos ricos, e que eles sempre o obterão, ou por meios condenáveis ou bons. Tudo depende disso. Se obtiverem por meios condenáveis, o governo será mau. Se o obtiverem por meios bons, certamente o governo será bom. O único meio bom de se obter o governo é pelo livre sufrágio do povo (MILL *apud* MACPHERSON, 1978, p. 46).

Em suma, o voto censitário não só promove uma democracia de proteção aos cidadãos, mas também melhora o desempenho dos ricos na condição de governantes.

J.S. Mill é o principal responsável pela criação de outro modelo de democracia-liberal: a democracia desenvolvimentista. Tal ocorreu por dois fatores: 1) a classe trabalhadora (que Bentham e James Mill não consideravam perigosa) começava a parecer perigosa à propriedade privada; 2) as condições da classe trabalhadora se tornavam ostensivamente tão desumanas que alguns liberais não a aceitavam como moralmente defensável nem economicamente inevitável (MACPHERSON, 1978, p. 49).

J.S. Mill tinha uma outra concepção de ser humano, afastando-se dos utilitaristas materialistas. Em sua “Autobiografia” relata que:

Confesso que não me sinto encantado por um ideal de vida defendido pelos que acham que o normal para os seres humanos é lutar sem descanso para sobreviver; não acho que o atropelar, esmagar, acotovelar e pisar uns nos calcanhares dos outros, que são a forma do atual tipo de vida social, sejam o melhor destino para a humanidade ou seja qualquer coisa a não ser desagradáveis sintomas de uma das fases do progresso industrial (HEILBRONER, 1996, p. 126).

Para J.S. Mill, a sociedade não precisava ser um conjunto de consumidores e apropriadores em concorrência com seus interesses antagônicos. A sociedade deveria ser uma comunidade de pessoas que exercem e desenvolvem suas capacidades humanas. E com essa concepção desenvolvimentista era que a democracia se tornava uma forma adequada de se governar a sociedade, pois dava ao povo a oportunidade de progredir em “intelecto, virtude, atividade prática e eficiência”. Além disso, em termos de sistema ético, ainda que sendo utilitarista, J.S. Mill se diferenciava de Bentham e James Mill,

pois se recusava a aceitar que a riqueza material fosse o único parâmetro para se avaliar a utilidade e a felicidade. J.S. Mill introduziu um fator qualitativo em sua percepção dos prazeres, de forma que a maior felicidade de todos deveria ser obtida incentivando-se os indivíduos a se desenvolverem de forma a se capacitarem para usufruírem “prazeres superiores”, o que aumentaria quantitativa e qualitativamente a felicidade da sociedade (MACPHERSON, 1978, p. 56-57).

Acrescente, também que J.S. Mill denunciava que a má distribuição de riqueza e do poder econômico impedia que a maioria dos membros da sociedade – a classe trabalhadora – pudesse se desenvolver, ou melhor, até mesmo de viver humanamente. Percebia que parecia haver uma distorção no princípio de equidade que a propriedade privada parecia sugerir: a proporção entre remuneração e esforço. Isso porque justamente aqueles que mais empregavam esforço na sociedade (trabalhadores) eram os que tinham as menores remunerações. Em resumo, J.S. Mill entendia que a propriedade deveria ser fruto de “seu próprio trabalho e abstinência” e aceitava que o capital pudesse ser remunerado, já que era simplesmente o produto de trabalho e abstinência anteriores. No fundo, entendia que a distribuição injusta não decorria do sistema capitalista em si, mas sim de um acaso histórico: a organização social da Europa capitalista não tinha surgido da justa partilha ou aquisição pelo trabalho, mas da conquista e violência. Assim, J.S. Mill não via o capitalista como responsável pela distribuição injusta de riqueza da sua sociedade (MACPHERSON, 1978, p, 58-60).

Mas J.S. Mill entendia que a situação não era imutável. Isso porque no plano econômico teria ele feito uma descoberta: o verdadeiro âmbito da lei econômica era a produção e não a distribuição (HEILBRONER, 1996, p. 123). Em seu *Principles of Political Economy*, J.S. Mill combate a ideia de sua época da inevitabilidade da situação social, isso porque acreditava firmemente na possibilidade de mudança do comportamento social. Isso permitiria se escapar das inflexíveis leis econômicas. Para além daquele desalento de David Ricardo, J.S. Mill vê a possibilidade de melhoria das classes trabalhadoras, pois a sociedade poderia ser educada para compreender o perigo malthusiano (reprodução humana em progressão geométrica e produção de alimentos em produção aritmética) de forma a passar a controlar o número de nascimentos (HEILBRONER, 1996, p. 126-127). Assim, para J.S. Mill, as leis da economia nada têm a ver com a distribuição da riqueza. Ainda que a ação “natural” fosse o abaixar contínuo dos salários e o equilíbrio de lucros e um resultado social que gerava a distribuição

desigual da riqueza, bastaria apenas a sociedade desejar mudar o resultado. Ou seja, uma vez produzidas as riquezas, segundo as leis econômicas (âmbito da produção), a distribuição das riquezas residiria apenas nas leis (direito) e nos costumes da sociedade:

A distribuição da riqueza, no entanto, reside nas leis e costumes da sociedade. As regras pelas quais isso é determinado são aquelas que as opiniões e conceitos do segmento dirigente fazem e são diferentes em cada época, em cada país e podem ser ainda mais diferentes se a humanidade assim o quiser (MILL, 1981 *apud* HEILBRONER, 1996, p. 123).

Porém, no plano político, J.S. Mill via um dilema. Apesar de acreditar que a classe trabalhadora poderia progredir - desenvolver seu caráter-, a sua situação naquela época ainda a mantinha em níveis egoísticos. Ou seja, caso tivesse possibilidade de acesso ao poder político, simplesmente promoveria vantagens para si mesmo, criando uma legislação classista, sem pensar na sociedade como um todo. Assim, pensava Mill que se todos tivessem direito ao voto, a sociedade egoística iria continuar. É aqui que se anuncia o dilema: como promover o desenvolvimento humano com o exercício do direito de sufrágio na democracia, se a própria classe trabalhadora ainda não estava pronta para o sufrágio universal?

J.S. Mill encontra resposta para o dilema na sua concepção de voto plural, ou seja, “pesos” para cada tipo distinto de eleitor. Assim, os membros da classe menor teriam seu voto qualificado de forma que houvesse um equilíbrio com a classe trabalhadora e nenhuma das duas classes pudessem superar uma à outra. J.S. Mill também continuava com as exclusões de James Mill, de forma que aceita os padrões da sociedade da época e do ideal de sociedade de mercado. Ou seja, são excluídos os fracassados do mercado: os que recebiam baixa renda, os falidos irrecuperáveis e quem não pagasse imposto diretamente. Quem não soubesse ler, escrever e contar também estava excluído (como fazia James Mill). Só essa condição excluía grande parte da população da época. Ainda que J.S. Mill defendesse que houvesse educação para todos, fato era que isso não ocorria em seu tempo, mas que para ele era uma falha cujo ônus tinha que ser suportado pela sociedade (MACPHERSON, 1978, p. 60-62).

O sistema de voto plural está alicerçado na “única razão que pode justificar a consideração de opinião de uma pessoa como sendo equitativamente mais do que uma é a superioridade mental individual” (MILL, 2006, p. 144). Ou seja, na superioridade da

capacidade intelectual. Porém, a dificuldade colocada por J.S. Mill é como aferir isso sem um exame geral em nível nacional. Portanto, na ausência de tal exame, seria possível utilizar a ocupação profissional da pessoa como parâmetro de avaliação. Assim, um empregador é mais inteligente do que o trabalhador porque necessita trabalhar com a cabeça e não somente com as mãos. Um banqueiro seria mais inteligente do que um comerciante, pois seus negócios são mais complexos e abrangentes do que este último (MILL, 2006, p. 144). Assim J.S. Mill vai construindo uma escala de votos de acordo com a suposta instrução educacional de seu eleitor em função de sua ocupação profissional. O objetivo desse sistema era duplo: primeiro, evitar uma tirania da maioria, a classe trabalhadora, mais numerosa, mas menos instruída; segundo, procurar fazer com que quem desejasse alcançar um maior peso em seus votos, procurasse se instruir. Assim, J.S. Mill pretendia ter resolvido seu dilema, incentivando o exercício dos direitos políticos, mas evitando os malefícios de uma legislação classista e egoística. Ou seja, evitar construir uma democracia da maioria, mas uma democracia representativa de todos.

Assim, J.S. Mill não pode ser considerado um igualitário, pois entendia que existiam indivíduos melhores que outros e, justamente por isso, deveriam ter papéis políticos diferenciados, o que era refletido na sua escala de voto plural. Por outro lado, J.S. Mill defendia firmemente a liberdade individual, já que em consonância com seus princípios éticos do utilitarismo qualitativo (prazeres superiores), trata-se de condição fundamental para o desenvolvimento das capacidades humanas.

Fato é que seu modelo acabou reforçando, ou pelo menos justificando racionalmente, os critérios de exclusão. O voto plural só foi definitivamente abolido na Inglaterra no ano de 1948, ainda que tenha ocorrido uma progressiva e lenta marcha em direção a universalização do sufrágio. Portanto, a proposta de J.S. Mill também não foi suficiente para resolver a chamada *questão social*.

A *questão social* pode ser compreendida como as péssimas condições de vida da classe trabalhadora em toda a Europa ocidental durante o século XIX, levando os trabalhadores a se mobilizarem politicamente com intuito de criar proteções, principalmente legais, contra essa situação. A classe trabalhadora estava submetida a extenuantes jornadas de trabalho (cerca de 16 horas diárias), com baixíssima remuneração, sob castigos corporais severos como forma de disciplinamento dos

operários e combate à “indolência e preguiça”, o emprego de mão de obra mais “pacífica”, ou seja, rapazes com menos de 18 anos, mulheres e crianças (HOBSBAWN, 2011, p. 92). Nesse aspecto, interessante lembrar da pesquisa do francês Louis-René Villermé, *Tableaux de l'état physique et moral des salariés en France* (1840), que denunciava que os escravos das Antilhas trabalhavam nove horas por dia, os condenados a trabalhos forçados por dez horas diárias e os operários das indústrias trabalhavam dezesseis horas por dia. Ou seja, o trabalhador tinha uma carga de trabalho superior aos condenados e até mesmo aos escravos (VILLERMÉ, 1971). Ilustra-se a situação com o caso de uma criança inglesa chamada Robert Blincoe, cuja história saiu publicada na revista *The Lion* em 1828:

Os meninos e as meninas – tinham todos cerca de dez anos – eram chicoteados dia e noite, não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. (...) As crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente (...) A criança [Blincoe] e seus pequenos companheiros de trabalho, viviam quase nus durante o gélido inverno (...) (HEILBRONER, 1996, p. 101-102).

Tal situação dos trabalhadores se deu, em grande parte, como reflexo da chamada Revolução Industrial que, como decorrência das revoluções burguesas no plano político, permitiram destravar as forças produtivas, “consolidando o modo de produção capitalista, instaurando um sistema econômico-social, com sua forma particular de Estado e ideologia específica” (ARRUDA, 1984, p. 7-8). Assim, aqui adotaremos a concepção de Revolução Industrial não só como um processo de industrialização, mas também como um fato, ou seja, um acontecimento cronológico e geograficamente determinado e representado pelas transformações sócio-econômicas na Europa ocidental, desde a última metade do século XVIII e estendendo-se até a primeira metade do século XIX, caracterizando o surgimento do capitalismo industrial, com o seu maquinismo e as indústrias (FALCON; MOURA, 1981, p. 31-32). Além disso, destacamos que a Revolução Industrial não apenas marca o surgimento do capitalismo industrial, mas é necessário compreender que há uma separação entre propriedade e trabalho, encerrando-se a concepção de riqueza exclusivamente imobiliária, surgindo novas formas de propriedade e - o mais importante-, novas relações sociais (ARRUDA, 1984, p. 15). Em suma, há um processo de ruptura das relações feudais no sentido da separação do trabalhador dos seus meios de produção (separação entre meios de

produção e força de trabalho), de tal forma que o camponês ou artesão urbano são transformados em trabalhadores livres, ou seja, livres dos antigos controles sobre a relação de trabalho exercido pelo Estado ou corporações de ofícios. Livres para venderem sua força de trabalho que se transforma em mercadoria que poderia ser trocada por um preço: o salário (OLIVEIRA, 1998, p.77-78).

A consequência direta da Revolução Industrial não foi apenas uma aceleração na produção de bens industriais, não só o crescimento do capital industrial e não só o desenvolvimento das máquinas como produto da articulação sistêmica entre ciência e tecnologia³⁵. A outra consequência foi o crescimento exponencial da pobreza. Nesse ponto é que a *questão social* se imbrica com a *questão política*, ou seja, que a tentativa de resolver os problemas sociais das novas relações impostas por um novo sistema econômico – o capitalismo – se correlaciona com a busca de poder político essencialmente para se contrapor às fontes das mazelas e se garantir com leis de proteção contra situações de contingência como desemprego, velhice e doença. Os direitos políticos se diferenciam dos direitos civis, pois os primeiros acabam sendo uma ameaça potencial ao sistema capitalista (MARSHALL, 1967, p. 85). E essa ameaça potencial se relaciona com a possibilidade de elaboração de uma “legislação classista”, uma legislação que venha proteger a classe trabalhadora das mazelas que já foram mencionadas (MACPHERSON, 1978, p. 61).

Portanto, no início do século XIX, o princípio da liberdade econômica individual já era considerado como axiomático (MARSHALL, 1967, p. 68). Era o modelo de homem maximizador de utilidades que, como vimos, gerou a situação social

³⁵ Há que se lembrar que a ciência e a tecnologia nem sempre estiveram juntas. Aliás, quase toda a história da humanidade elas estiveram separadas. Assim, a ciência – que tem por objetivo desvendar e explicar fenômenos da natureza – e a tecnologia – que visa transformar a natureza no sentido de atender as necessidades humanas – percorreram caminhos distintos, não havendo articulação entre ambas até o século XIX. A tecnologia se desenvolvia mais pelo empirismo, em “tentativa e erro”. Já a ciência era vista como parte da produção cultural e recebia o mesmo tratamento das artes. Somente com a Revolução Industrial é que a ciência passou a suprir a tecnologia e, portanto, se inicia uma segunda fase onde há articulação sistêmica entre ciência e tecnologia (LONGO, 2008). Esta articulação dá ensejo a formação da “tecnociência” cujo o objetivo é apenas atender as necessidades do mercado: “*O período atual tem como uma das bases esse casamento entre ciência e técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e uma ciência seletivas. Como, frequentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral*” (SANTOS, 2011, p. 50).

deplorável que era tida como inevitável. Engels relata que ao visitar Manchester, um dos grandes polos industriais têxteis ingleses da época, comentou das condições horríveis dos operários e da própria situação da cidade a um transeunte. Após ouvir tranquilamente os comentários, simplesmente recebeu de resposta: “E, apesar disso, aqui se ganha um bom dinheiro” (ENGELS, 2008, p. 308). Engels sintetizou a situação de forma lapidar:

Ao burguês da Inglaterra não lhe causa mosca que seus operários morram ou não de fome, desde que ganhe dinheiro. Todas as relações humanas são subordinadas ao imperativo do lucro e aquilo que não propicia ganhos é visto como algo insensato, inoportuno e irrealista (ENGELS, 2008, p. 308).

Alexis de Tocqueville em seu texto “a respeito de Manchester”, escrito em 1835, declara a situação daquela cidade, mas que também retratava toda a Europa da época:

Desta vala imunda a maior corrente da indústria humana flui para fertilizar o mundo todo. Deste esgoto imundo jorra ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e sua maior brutalidade, aqui a civilização faz milagres e o homem civilizado torna-se quase um selvagem (TOCQUEVILLE, 1958 apud HOBSBAWM, 2011, p. 57).

Diante da situação penosa da classe trabalhadora, só havia realmente três caminhos a seguir: 1) os trabalhadores poderiam lutar para se tornarem burgueses; 2) poderiam simplesmente permitir serem oprimidos; 3) ou poderiam se rebelar (HOBSBAWM, 2011, p. 320). Diante da quase impossibilidade de melhorar de sorte ou de simplesmente desistir de viver, a opção de rebelar-se pareceu uma boa opção. Opção que acabou por se alastrar pela Europa Ocidental.

Na Inglaterra, inicializadora do capitalismo industrial, os movimentos populares começaram mais cedo. Segundo George Rudé (1980 *apud* ARRUDA, 1984, p. 84-85) pode-se definir cinco estágios nos movimentos populares, inicialmente sob o ideário da Revolução Francesa e o jacobinismo e posteriormente com os movimentos do proletariado industrial inglês: 1) 1793-1800, cobrindo o período da Guerra Napoleônica,

com conspirações jacobinas e motins de fome³⁶ em Londres e outras regiões; 2) 1811-1815, fase final da guerra napoleônica, marcada especialmente pelo movimento ludista; 3) 1815-1822, marcado por protestos gerais em grandes cidades e motins de fome dispersos; 4) 1829-1832, com movimentos que englobam os distritos rurais do sul da Inglaterra; 5) 1830-1840, marcado pelos três grandes estágios do movimento cartista.

Inicialmente, destacamos o movimento ludista, que a partir de 1811, aparece como reação da classe trabalhadora ao processo de industrialização, especialmente como uma luta contra as máquinas, essas vistas como causadoras de desemprego e também como símbolo material do próprio capital. Os protestos anteriores eram mais marcados pelos motins de fome e podem ser considerados pré-industriais (ARRUDA, 1984, p. 81). Os distúrbios eram realmente considerados preocupantes, pois parecia que as classes baixas tinham saído de controle, o que era o prenúncio de um violento Armagedon, como aparece nas palavras do poeta inglês Robert Southey:

Neste momento nada a não ser o Exército nos protege da mais assustadora de todas as calamidades, uma insurreição dos pobres contra os ricos, e mal me atrevo a perguntar a mim mesmo por quanto tempo ainda o Exército vai conseguir aguentar (*apud* HEILBRONER, 1996, p. 103).

Em relação ao movimento do operariado inglês, é importante tratar das ideias de Robert Owen. Considerado um dos socialistas utópicos (ao lado dos franceses Saint Simon e Charles Fourier) que pretendiam a construção de uma nova sociedade. Owen, de origem pobre, tornou-se um grande industrial têxtil, tendo conseguido obter recursos financeiros suficientes para pôr em prática suas ideias. Em New Lanark (Escócia) constrói um modelo de fábrica muito diferente dos de sua época, onde vigorava a redução da jornada de trabalho, abolição do trabalho infantil e dos castigos corporais. Além disso, havia uma vila operária onde seus funcionários poderiam viver condignamente e também uma escola, pois influenciado por Jean-Jacques Rousseau, Owen acreditava que o homem poderia transformar seu caráter pela educação. Owen ia contra tudo que o capitalismo *laissez-faire* de seu tempo apregoava, já que seu modelo

³⁶ Motins de fome são como George Rudé nomeia os movimentos populares causados pela escassez de alimentos, sendo que no período entre 1730 e 1795, foram registrados 275 motins por esse motivo (ARRUDA, 1984, p. 84).

exigia uma sociedade planificada (HEILBRONER, 1996, p. 103-107; COGGIOLA, 2010, p. 14). Owen vende sua fábrica em New Lanark e vai para os EUA com o intuito mais ambicioso, criando uma comunidade do futuro, em 1826, denominada Nova Harmonia. Tratava-se de uma “Aldeia de Cooperação”, ou seja, uma cooperativa de trabalhadores em larga escala. O projeto acabou fracassando e consumindo a fortuna de Owen que retorna para a Inglaterra. De volta, algumas de suas ideias são experimentalmente colocadas em prática, mas em pequena escala: cooperativas produtoras e cooperativas consumidoras. Além disso, Owen fundou a Grande União Moral Nacional das Classes Produtoras e Úteis (Grande Nacional) que, sob sua bandeira em 1833, serve como ponto de articulação do movimento operário inglês, tornando-se a primeira central sindical do mundo (HEILBRONER, 1996, p. 108-110). Robert Owen teve papel fundamental no fortalecimento do movimento operário inglês e na organização sindical.

Outro movimento que destacamos é o Cartismo, movimento da classe operária inglesa que pretendia uma reforma parlamentar expressa nos seis pontos da Carta do Povo: 1) sufrágio universal, 2) votação secreta, 3) distritos eleitorais iguais, 4) pagamento dos membros do Parlamento, 5) Parlamntos anuais, 6) abolição do censo para condição de candidato (HOBSBAWM, 2011, p. 191). Esse movimento surgiu da experiência do movimento pela imprensa popular, uma iniciativa de artesãos londrinos que, em 16 de junho de 1836, fundaram a *London Working's Men Association*, que conquistaria apoio nacional no ano seguinte, em torno da ideia de uma petição ao Parlamento pela reforma política, já que, como sabemos, a maior parte da população inglesa estava excluída do direito ao voto. Em 1824 foram criados os primeiros centros de ajuda mútua e de formação profissional que visavam atender os casos de acidentes de trabalho, doenças e até desemprego, sendo que os operários criavam associações de auxílio mútuo com cotizações entre seus membros. A ação dos cartistas foi eficiente, conseguindo mudanças sensíveis na legislação inglesa como a primeira lei de proteção ao trabalho infantil (1833), a lei de imprensa (1836), a reforma do Código Penal (1837), a regulamentação do trabalho feminino infantil e a lei permitindo as associações políticas, sendo que em 1847, após uma onda de greves, conseguiu-se a fixação, por lei, da jornada de trabalho em 10 horas diárias (*Ten Hour Act*) (COGGIOLA, 2010, p. 17-19).

Os sindicatos não tinham apenas um objetivo de limitar a jornada de trabalho, revisão salarial e outras questões diretamente relacionadas ao trabalho. Eram na verdade instrumentos para advogar uma profunda mudança social. Por isso, é importante observar, que o movimento operário não teve duas fases cronológicas bem definidas como se poderia pensar:

Luta sindical e ação política não estiveram separadas por períodos históricos diferenciados, nem possuíram natureza radicalmente diferente: foram duas faces de uma mesma atividade histórica de classe (COGGIOLA, 2010, p. 19).

Como muito bem observado por T.H. Marshall, o sindicalismo foi muito mais do que uma simples organização da classe trabalhadora, mas era de fato uma segunda cidadania, ou seja, o sindicalismo criou “um sistema secundário de cidadania industrial paralelo e complementar ao sistema de cidadania política” (MARSHALL, 1967, p. 86). Por isso, o movimento operário foi se organizando paulatinamente, exigindo maior participação política da classe trabalhadora, abrindo caminho para questionamento ao sistema capitalista e se tornando terreno fértil das teses socialistas.

Porém, o ano de 1848 pode ser considerado um divisor de águas. É quando a Europa toda (com exceção da Inglaterra) é assolada por um surto de revoluções, algumas de caráter mais burguês e outras mais populares. Trata-se do fechamento de uma fase das chamadas revoluções burguesas que tinham caráter liberal e nacionalista e, em grande medida, eram uma reação ao conservadorismo do Congresso de Viena e da Santa Aliança de 1815 que foi o “canto do cisne” do Antigo Regime, quando as monarquias absolutistas europeias tentaram restaurar e manter seu antigo poderio após a derrota de Napoleão Bonaparte. O alastramento da Revolução Francesa de 1789, cujo modelo revolucionário foi exportado pela Europa pelo exército napoleônico, deveria ser evitado a todo o custo, principalmente porque poderia se transformar numa revolução mais radical ao estilo jacobino (FALCON; MOURA, 1981, p. 60-61; HOBBSAWM, 2011, p. 183-184). A França novamente se tornou uma vitrine para os demais países europeus. Se fora da França os revolucionários buscavam mais a independência nacional ou a unidade nacional, os franceses já estavam satisfeitos com o nacionalismo e as liberdades civis já estavam bem estabelecidas. Havia uma intenção de estender o direito de voto ao povo.

Na verdade, mais que o voto, o povo francês queria trabalho e pão. Alexis de Tocqueville havia percebido que o povo desejava mais que o direito ao voto porque o cerne da questão era a exigência de uma mudança social e não somente política. Eis o discurso de Tocqueville dirigido ao Parlamento em 29 de janeiro de 1848:

Mas hoje, quando o direito de propriedade é considerado como o último remanescente intacto do mundo aristocrático, quando só ele permanece de pé, como o único privilégio de uma sociedade igualitária, a questão é diferente. Consideremos o que está ocorrendo no coração da classe trabalhadora (...) É certo que se encontra menos inflamada do que antes pelas paixões políticas, mas não vêdes que suas paixões, longe de serem políticas, tornaram-se sociais? (TOCQUEVILLE *apud* JACKSON, 1963, p. 60).

Em 22 de fevereiro de 1848, tanto o governo quanto a oposição republicana se surpreendem quando o povo de Paris sai às ruas, sem muita direção além do desejo de livrar-se do Rei Luis Felipe e de seus ministros. O choque com os soldados é inevitável e os trabalhadores abrem buracos nas ruas para construir barricadas e invadem casas em busca de armas. Proudhon, que participou dos acontecimentos, descreve o cenário a um amigo: “*Mais de quinhentas barricadas se amontoavam nas ruas de Paris – um labirinto de quinhentas Termópilas*” (JACKSON, 1967, p. 62).

No dia 24 de fevereiro, os revoltosos controlam o centro de Paris, mas os soldados não abrem fogo contra a multidão, somente sobrando as Tulherias e o Palácio Real em poder do governo, o que leva a abdicação do trono por Luis Felipe. Na tarde de 24 de fevereiro de 1848, por algumas horas, a França teve dois governos: um da multidão que havia hasteado uma bandeira vermelha no *Hôtel de Ville*; outro, dos opositoristas do regime. Posteriormente, os dois grupos se unem para formar a II República (JACKSON, 1967, p. 61; HEILBRONER, 1996, p. 131).

É visível dois momentos na revolução de 1848 na França, uma de natureza mais liberal, em fevereiro, quando é derrubada a Monarquia e erigida a II República Francesa; e um segundo momento, em junho, mais de caráter proletário, quando as classes trabalhadoras percebem que a ideia de uma República Social, preocupada com a ampliação do direito político e a *questão social* dos trabalhadores, não seria realizada. Os trabalhadores, em maio de 1848, tentam afastar a Assembleia Constituinte, de natureza burguesa, mas a única coisa que conseguem é o afastamento de seu líder

Louis-Auguste Blanqui do cenário político (FALCON; MOURA, 1981, p. 64-65; MARX, 2011, p. 32-34). As palavras de Blanqui expressam o ideário que levou os trabalhadores a auxiliarem a burguesia na deposição da Monarquia em fevereiro de 1848:

Os trabalhadores foram escravos, foram servos, são hoje em dia assalariados; é preciso esforçar-se para fazê-los passar à categoria de associados. Esse resultado só pode ser atingido pela ação de um poder democrático. Um poder democrático é o que tem a soberania popular por princípio, o sufrágio universal por origem e por objetivo a realização da fórmula: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (BLANQUI *apud* FALCON; MOURA, 1981, p. 69).

No período de 23 a 26 de junho de 1848 houve o que é visto como o primeiro grande embate entre a burguesia e os trabalhadores, como se as máscaras houvessem caído. Segundo Karl Marx, os eventos de 1848 mostram que houve duas revoluções: a “bonita” em fevereiro e que depôs a Monarquia; e uma “feia” em junho, de cunho proletário (MARX, 2011, p. 34; MARX, 1997). Proféticas foram as palavras de Blanqui em seu manifesto “Bandeira Vermelha” escrito em 1848, antes das jornadas de junho:

Não estamos mais em 1793! Estamos em 1848! A bandeira tricolor não é mais a bandeira da República. Ela é a de Louis-Phillipe e da Monarquia. Foi a bandeira tricolor que presidiu o massacre da Rua Transnonain, em Faubourg de Vaise, Saint-Etienne. Ela foi banhada vintes vezes no sangue dos trabalhadores. O povo ergueu a bandeira vermelha nas barricadas de 1848, assim como o fez em junho de 1832, abril de 1834 e maio de 1839. Ela recebeu a dupla consagração da derrota e da vitória. Desde este dia, a Bandeira Vermelha é a bandeira do povo (BLANQUI, 2004, tradução nossa).

A população parisiense foi massacrada em junho de 1848 pela Guarda Nacional e o saldo foi sangrento: em torno de 10 mil mortos (HEILBRONER, 1996, p. 132). Em uma carta de 24 de junho de 1848 e endereçada a um amigo, Tocqueville descreve o episódio:

Escrevo-lhe, meu caro amigo, sob os sons de canhões e saraivas de rifles, após o mais terrível dia e noite cruel que alguém possa imaginar. Não é um motim; é a mais terrível de todas as guerras civis, a guerra de classe contra classe, daqueles que nada possuem contra aqueles que possuem (TOCQUEVILLE, 1985, p. 213-213, tradução nossa).

O surto revolucionário de 1848 se espalha pela Europa. Na Bélgica, o monarca chegou a encetar sua renúncia. Em Berlim, ergueram-se barricadas e zuniram balas. Em Praga e em Viena, levantes populares copiaram o de Paris. E na Itália, multidões saíram às ruas, fazendo *un vero quarantotto*³⁷ (HEILBRONER, 1996, p. 132; RAPPORT, 2009, ix). Muitos talvez tenha tido uma percepção próxima a de Karl Marx: “Um Espectro ronda a Europa (MARX; ENGELS, 2005, p. 39).

Importa notar é que 1848 é um divisor de águas justamente porque, se em muitos países houve um caráter nacionalista das revoltas - mais preocupadas com a derrocada final dos resquícios do Antigo Regime-, havia também uma insatisfação nas camadas mais pobres que se insurgiam contra as mazelas do estabelecimento do capitalismo que originou a *questão social*. É nesse cenário que os chamados socialistas como Robert Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon, entre outros, foram importantes na medida que produziam ideias que serviam de contraponto a “inevitabilidade” do sistema capitalista e da ordem social da visão de Bentham e James Mill.

Porém, o pensamento de Karl Marx e Engels se destaca dos demais, dando origem ao comunismo, e que mais tarde terá importância essencial para fundamentar o anseio pelas mudanças sociais ao fornecer um aporte teórico – político, social e econômico-, a se opor ao sistema capitalista.

Marx incorpora a dialética como método de sua investigação, mas não no sentido idealista concebido por Hegel. Daí que sua filosofia é conhecida como materialismo dialético, pois não se baseia nas transformações das ideias, mas se origina na realidade material da sociedade. Ao contrário de Hegel, Marx não concorda com a tese de que o Estado absorve a sociedade civil. Ao contrário, era a sociedade civil que na verdade dava origem e explicava o Estado. A sociedade civil podia ser entendida como o conjunto de relações sociais, compreendidas especificamente como relações econômicas de produção que compunha a estrutura de uma sociedade que é a base real. Com base nela, é construída uma superestrutura de ordem jurídica e política. Ou seja, havia uma relação de determinação entre estrutura econômica (base) e as formas

³⁷ Há uma expressão na língua italiana “*fare un quarantotto*”, “fazer um quarenta e oito”, que significa fazer uma confusão, tendo se originado justamente das insurreições de 1848 (PROVINCIA DI ROMA, 2011, p. 25; RAPPORT, 2009, p. ix).

políticas e jurídicas (superestrutura) (GRUPPI, 2001, p. 32). As forças dialéticas opositoras são para Marx a luta entre classes sociais antagônicas. O motor da mudança social não são inovações que pressionavam as instituições, mas são novas classes deslocando as velhas. Com as alterações nas formas de produção, altera também as relações sociais, de forma que a classe dominante é desafiada pela nova classe ascendente: “A História é a testemunha da luta incessante entre as classes que é causada pela partilha da riqueza social” (HEILBRONER, 1996, p. 140-141).

O capitalismo gerava a classe que destruiria a burguesia, dando origem ao seu antípoda:

Assim, o desenvolvimento da grande indústria retira dos pés da burguesia a própria base sobre a qual ela assentou o seu regime de produção e de apropriação dos produtos. A burguesia produz, sobretudo, seus próprios coveiros. Seu declínio e a vitória do proletariado são igualmente inevitáveis (MARX; ENGELS, 2005, p. 130).

Assim como Édipo, os capitalistas lutam contra seu destino, tentando modificá-lo, mas, ao final, sempre colaboram para realizá-lo. Para Marx, o Estado nasceria para refrear a luta de classes que, de outra forma, dilaceraria a sociedade. O Estado é a expressão da dominação de uma classe que a regulamenta juridicamente. O Direito, na concepção de Marx, é um mediador entre classes antagônicas. Sendo uma superestrutura, as características do Estado dependerão das forças produtivas e, por isso, o Estado Burguês possui características que o diferenciam dos demais, o que irá se apresentar na própria estrutura do Direito.

Aqui entra a crítica de Marx à concepção de Direitos Humanos e a discussão sobre a emancipação humana. O tema é desenvolvido na obra “Sobre a Questão Judaica”, escrita por Marx em 1843 em resposta a Bruno Bauer que pregava que o judeu alemão deveria abrir mão de sua religião para poder emancipar-se politicamente, aceitando plenamente os direitos de cidadania da Prússia. Marx desenvolve o texto fazendo uma crítica à concepção burguesa de direitos humanos, de cidadania e emancipação política. Inicialmente declara que a concepção burguesa de “liberdade religiosa” é na verdade um grande avanço, mas é importante assinalar seus limites históricos. A emancipação política não teria sido apenas a superação do feudalismo, mas de uma série de características que a compunham, conjunto esse denominado de

“feudalidade” por Marx. Assim, o Estado Feudal era marcado pela rígida distinção de classes: um nobre nasce e morre nobre; um servo, sempre seria servo do nascimento à morte. Assim, é típico da “feudalidade” o fato do indivíduo estar pré-destinado pela simples razão de sua vinculação à comunidade política-social. O que a burguesia realiza com a “emancipação política” é a cisão do indivíduo dessa comunidade política, dando-lhe a “liberdade” (MARX, 2010, p. 47-50).

É por isso que haveria uma distinção entre “direitos do homem e do cidadão”. Quem seria “o *homme* distinto do *citoyen*?”, pergunta Marx. Ora “homem” são os membros da sociedade burguesa, ou seja, emancipar-se da “feudalidade” é tornar-se livre para negociar e possuir propriedade privada. Assim, a emancipação burguesa converte o homem numa mônada, já que sua liberdade não se relaciona com a comunidade em que vive, pois vê no outro homem o limite de sua própria liberdade. A emancipação burguesa serve precipuamente para assegurar o seu próprio egoísmo. Mas há um motivo para cisão entre “homem” e “cidadão”. É perceptível na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que toda a comunidade política é colocada numa posição inferior, pois ela serve apenas como meio para se garantir os “direitos humanos”. O *citoyen* é declarado como serviçal do *homme* egoísta. Ou seja, é o homem egoísta, o *bourgeois*, o homem verdadeiro e não o *citoyen* (MARX, 2010, p. 47-50). Assim o limite da emancipação política estaria no fato de o “*Estado ser capaz de ser um Estado livre sem que o homem seja um homem livre*” (MARX, 2010, p. 39). A solução seria a “emancipação humana” que se daria apenas pela superação do Estado e da propriedade privada.

E como isso aconteceria? A Comuna de Paris³⁸ teria sido o melhor exemplo histórico, por ter sido vista como uma amostra da “ditadura do proletariado”³⁹, pois, ao

³⁸ A Comuna de Paris foi o primeiro governo operário da história, fundado em 1871 na capital francesa por ocasião da resistência popular ante a invasão por parte do Reino da Prússia. Durante a Guerra Franco-Prussiana, o governo francês era controlado pelos monarquistas que desejavam a capitulação da França. O povo se rebelou contra a entrega da cidade aos inimigos e resistiu criando um exército popular - a Guarda Nacional - que expulsou os membros do governo que se reorganizaram em Versalhes mudando a sede do governo francês. O governo popular, que durou apenas 72 dias, decreta várias medidas de caráter socialista pró-trabalhadores: abolição do trabalho noturno dos padeiros diaristas, abolição dos aluguéis, perdão de dívidas, separação entre Igreja e Estado e definição de salário máximo. A Comuna assume o controle de todas as funções estatais (MARX, 2011, p. 220-227).

³⁹ Karl Marx entende que a luta de classes conduzirá à “ditadura do proletariado” quando a classe trabalhadora, ao conquistar o poder estatal, se manteria nesta posição, inclusive se utilizando da força

revés do Estado burguês, sua estrutura era descentralizada com a administração fundada no autogoverno das comunas. Seria o povo controlando e exercendo diretamente as antigas funções estatais pela escolha direta de seus representantes, fundado no sufrágio universal, mas com mandato imperativo (revogável) e respondendo diretamente ao povo. Como para o pensamento marxiano o papel do Estado era de dominação da burguesia, esse momento, ainda com um Estado controlado pelos trabalhadores, seria o início do definhamento ou desaparecimento do Estado. Se o Estado burguês promovia a separação entre a sociedade civil e a sociedade política, a comuna teria feito o oposto (GRUPPI, 2001, p. 50).

Aliás, em relação à separação de poderes, na ditadura do proletariado Karl Marx informa que haveria uma fusão entre Legislativo e Executivo:

A comuna era formada por conselheiros municipais escolhidos por sufrágio universal nos diversos distritos da cidade, responsáveis e com mandatos revogáveis a qualquer momento. a maioria de seus membros era naturalmente formada de operários ou representantes incontestáveis da classe operária. A comuna devia ser não um corpo parlamentar, mas um órgão de trabalho, executivo e legislativo ao mesmo tempo (MARX, 2011, p. 56-57).

O Judiciário deveria ser composto por juízes eleitos por sufrágio universal e responsáveis perante o povo e demissíveis. Sabe-se que, com a fuga dos juízes do Tribunal civil do Sena, nomeou-se um advogado em 26 de abril de 1871 para as medidas mais urgentes até a reorganização dos tribunais sob o sufrágio universal (MARX, 2011, p. 118).

Cabe a advertência que na teoria marxiana não é possível a criação de um “direito socialista”. Tal coisa não existe e seria mesmo impossível, pois o direito é, na verdade, expressão do Estado burguês: a concepção jurídica do mundo. Assim como no sistema feudal havia uma concepção teológica do mundo, a burguesia instaura uma

contra a classe burguesa que anteriormente a dominava. Há uma relação entre a “ditadura do proletariado” e a democracia, pois esse período seria verdadeiramente democrático, já que a maioria governaria de fato e não apenas formalmente como ocorreria na democracia representativa. A concepção de “ditadura” se coloca no sentido de “quem dita as normas” e não de perda de liberdade como poderia se supor. Assim, a “ditadura do proletariado” estaria firmada no sufrágio universal e na participação popular nas funções estatais (GRUPPI, 2011, p. 45).

concepção jurídica do mundo que é a expressão mesma da sua dominação social. A concepção jurídica nasce do processo de trocas mercantis que engendra complicadas relações contratuais recíprocas. Há a necessidade da criação de uma abstrata “subjetividade jurídica” que se destaca das relações sociais reais. A categoria de “sujeito de direito” é essencial para que o homem venda a si próprio como uma mercadoria – a força de trabalho. É um proprietário que oferece a si mesmo como mercadoria de troca, sendo que o “sujeito” só existe na relação de trabalho como uma abstração jurídica, ou seja, o trabalhador é simultaneamente o sujeito e o objeto de si mesmo, mas a titularidade da sua propriedade (força de trabalho) lhe permite alienar a si próprio ao empregador (NAVES, 2012, p. 11-12). Como coloca Karl Marx em passagem de *O Capital*:

A esfera da circulação ou do intercâmbio de mercadorias, dentro de cujos limites se movimentam compra e venda de força de trabalho, era de fato um verdadeiro éden dos direitos naturais do homem. O que aqui reina é unicamente Liberdade, Igualdade, Propriedade e Bentham. Liberdade! Pois comprador e vendedor de uma mercadoria, por exemplo a força de trabalho, são determinados apenas por sua livre-vontade. Contratam como pessoas livres, juridicamente iguais. O contrato é o resultado final, no qual suas vontades se dão uma expressão jurídica em comum. Igualdade! Pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade! Pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham! Pois cada um dos dois só cuida de si mesmo (MARX, 1983, p. 145 *apud* NAVES, 2001).

A concepção de igualdade no direito se funda na ideia de que cada um produz conforme sua capacidade e recebe na medida de seu trabalho. Porém, Marx esclarece que há trabalhos e necessidades que variam de pessoa a pessoa. Há quem necessite menos e produza mais e, por conseguinte, receba mais. Entretanto, há outros que necessitam mais, mas produzem pouco e, logo, recebem pouco. Logo, há aqueles que possuem necessidades superiores a sua capacidade de produzir. Por isso, a igualdade no direito não seria capaz de abolir as desigualdades sociais. A proposta comunista é *cada um produzir segundo a sua capacidade e receber de acordo com suas necessidades*, o que permitiria realmente abolir as desigualdades (GRUPPI, 2001, p.51-53).

Ou seja, a liberdade e igualdade jurídicas são determinações do valor de troca e o fundamento último é que o próprio ser humano possa ser comercializado (NAVES, 2001). Por isso que a proposta comunista de *“cada um produz segundo sua capacidade*

e recebe segundo suas necessidades” rompe com a concepção do direito burguês na medida em que não segue a teoria do valor que rege a sociedade capitalista e que se realiza na troca de mercadorias por valores equivalentes no mercado.

Assim, a igualdade jurídica separa a realidade social do homem de sua concepção jurídica abstrata: o cidadão portador de direitos. O operário, como o patrão da fábrica, são cidadãos e, portanto, iguais em direitos. Mas da porta da fábrica para dentro, deixa de ser cidadão e a realidade social é patente (GRUPPI, 2001, p. 40). A fábrica não é o espaço da política, mas do direito privado. E fora da fábrica, a política encontra seu espaço no Estado, com o parlamento e o sistema eleitoral, promovendo-se a “dissolução” da classe operária numa miríades de eleitores (NAVES, 2001).

O sufrágio universal na democracia representativa da sociedade burguesa faria o povo partilhar da falsa concepção de que o Estado seria capaz de manifestar e impor a vontade da maioria dos trabalhadores, o que não seria possível de fato. Por isso, a substituição do Estado burguês pelo Estado proletário (ditadura do proletariado) não é possível sem uma revolução violenta. Após, a medida que o Estado proletário distribui as funções estatais de volta ao povo, o Estado definharia e acabaria morrendo por ocorrer a supressão das classes sociais (LENIN, 2007, p. 23-39).

Portanto, na visão de Karl Marx e Engels o problema da *questão social* está radicado nas relações sociais de produção do sistema capitalista. A mais-valia é a fonte do lucro do capitalista, com base numa relação social de exploração. Essa é a estrutura social real sob o qual se funda a sociedade capitalista, uma relação social de dominação, de exploração. E dela nasce uma superestrutura que a garante: o Estado com sua concepção jurídica do mundo. A solução passa pela tomada de consciência da classe oprimida de que havia que romper o monopólio do meio de produção substituindo a propriedade privada burguesa pela posse coletiva dos meios de produção; pela negação da concepção jurídica de mundo, pela tomada do controle do Estado, impondo a vontade da maioria trabalhadora; e pela redistribuição das funções estatais ao próprio povo, acarretando o definhamento e morte do Estado. Pode-se compreender que, na teoria marxiana, a luta por direitos não seria a verdadeira solução para a *questão social*.

Derivando do canône marxista, os reformadores da social-democracia alemã fornecerão o fundamento para uma melhor compreensão do surgimento de um tipo de Estado com políticas voltadas para o atendimento da *questão social*: o *Welfare State*.

Se a derrubada do Antigo Regime e a passagem do Feudalismo para o Capitalismo dá ao Judiciário um importante papel de construção dos direitos civis, legitimando-se na sua imparcialidade diante da esfera política, a manutenção deste papel lhe tirou a centralidade como instituição ao neutralizá-lo politicamente. Paulatinamente, ao se afirmarem as liberdades civis, as questões se deslocam para o plano político e social, lembrando que a *questão política* (exclusão da população ao direito de voto) se correlaciona diretamente com a *questão social* (condições socioeconômicas dos trabalhadores). Por isso, ao longo do século XIX, destaca-se a luta pela conquista do sufrágio universal bem como a tentativa de leis protetoras das condições dos trabalhadores. Tal fato, no século XIX, acaba deslocando a importância política do Judiciário para o Legislativo, este último como palco responsável por criar leis que ampliassem o direito de voto, solidificando o acesso aos direitos políticos. A *questão social*, como veremos, tentará ser resolvida com o surgimento de direitos sociais que aparecerão no século XX, cuja concretização demandará uma grande atuação do Poder Executivo.

2.2 O JUDICIÁRIO E O WELFARISMO.

O estudo teórico sobre o *Welfare State* é relativamente recente, podendo-se dizer que se dá pós-Segunda Guerra Mundial. Tal fato ocorre porque sempre houve uma certa “resistência teórica” à concepção do Estado Social, seja pelo lado dos liberais quanto pelos teóricos marxistas. Ou seja, a ideia de um Estado intervencionista nos assuntos sociais não era bem aceita, pois entre os eminentes pensadores do século XIX – como Durkheim, Max Weber e Karl Marx - se tratava de um risco à liberdade individual ou da emancipação das classes sociais. Durkheim, receiava uma organização estatal forte diante dos riscos de um controle autoritário sobre a sociedade, vendo no fortalecimento das corporações (corpos intermédios) uma solução imprescindível para se evitar abusos do poder do Estado. Max Weber, partindo do Estado prussiano de sua época, concebia o Estado como uma organização política repressora, aquela que possuía o monopólio legal da violência. Já para Karl Marx, o Estado era necessário somente

como um mediador na luta de classes e, portanto, não promoveria a emancipação da classe dominada (trabalhadores), mas atuaria apenas como perpetuação da dominação já que o Estado é o “comitê executivo da classe dominante”. Ou seja, havia um núcleo comum nestes pensadores: uma desconfiança em relação à atuação do Estado (PEREIRA, 2011, p. 104).

Neste aspecto as ideias de Ferdinand Lassalle, abrigadas pelo revisionismo do marxismo promovido por Karl Kautsky e Eduard Bernstein, foram essenciais ao darem uma perspectiva teórica para a emancipação da classe trabalhadora em um ambiente democrático, utilizando-se de partidos políticos e da conquista de direitos políticos e sociais e da intervenção estatal no domínio econômico ao invés da proposta marxista de luta armada contra o Estado burguês para implantação da “ditadura do proletariado”. A principal contribuição de Lassalle é justamente sua luta pela defesa do voto direto e universal como instrumento para conquistar o Estado e implementar reformas sociais, fundando em 1863, em Leipzig, a Associação Geral dos Trabalhadores Alemães, o embrião da social-democracia. Em seu livro “*Capital e Trabalho*” de 1864, Lassalle expõe sua crítica à lei de bronze dos salários-, discordando da previsão de Marx, bem como apresenta a proposta de cooperativas de produção formadas pelos trabalhadores e subvencionadas pelo Estado (BASTOS, 2000, p. ix-x). Para Lassalle, “Converter a classe operária em seu próprio patrão: essa é a forma única com que se poderia superar essa cruel e férrea lei que determina o valor dos salários” (LASSALLE, 1999, p. 66 *apud* ANDRADE, 2007, p.81). Assim, Lassalle defendia a intervenção do Estado na esfera econômica como forma de emancipação ao permitir que os operários fossem donos de unidades produtivas. A proposta de Lassalle era elevar a classe operária ao patamar de *Mittelstand*, formando uma “nova classe média universal” (ANDRADE, 2007, p. 81), à semelhança do concepção de classe única de Rousseau e Jefferson.

Lassalle via a possibilidade de transformação do Estado de forma que este servisse na defesa dos interesses dos trabalhadores pela criação de um “Estado da classe operária” e que tal só seria possível pela conquista do sufrágio direto e universal como um instrumento capaz de melhorar a situação material da classe operária. Lassalle vê no operário a mola propulsora de um movimento genuinamente democrático, de transformação social, pois o trabalhador alemão seria o único capaz de dar forma à liberdade em uma realidade histórica concreta. Com base em sua filosofia da História, lastreado no pensamento de Hegel e Fichte, Lassalle crê que o princípio da História é o

desenvolvimento da liberdade, sendo que o operário alemão seria o único capaz de iniciar a última etapa histórica de máxima liberdade, pois desprovido de qualquer privilégio de classe, não haveria contradição entre interesse particular e o interesse geral. Dessa forma, o espírito do povo se corporificaria no Estado que seria dominado pela classe trabalhadora (SANTOS NETO; SANTOS, 2009). Assim, o papel do Estado para Lassalle é fomentar a organização dos operários, auxiliando-os em sua missão histórica de eliminação dos privilégios classistas e da edificação de um “Estado moral” visando educar todo o gênero humano para a liberdade (ANDRADE, 2007, p. 82). É possível, portanto, perceber um traço de culto ao Estado no estilo hegeliano, o que com certeza se opõe a visão marxista por propor uma vinculação do movimento operário com o Estado e a crença na possibilidade alteração da ordem vigente mediante negociação com o governo.

Lassalle contribui para a teoria constitucional com seu *Über die Verfassung* (O que é a Constituição) publicado no Brasil muitas vezes sob o título “A Essência da Constituição”. Na obra, estuda os aspectos não jurídicos, identificados por ele como essenciais: os fatores sociais e políticos que na sua concepção são os “fatores reais de poder”. A Constituição, como documento normativo, é visto por Lassalle como “uma folha de papel”. Defende, então, que a ordem jurídica não tem qualquer autonomia, sendo apenas reflexo das relações reais de poder de uma sociedade. Assim, Lassalle argumenta em seu texto que ainda que todos os exemplares escritos das leis prussianas tivessem sido perdidas em um hipotético incêndio, não haveria possibilidade do legislador criar uma nova lei abolindo a monarquia porque o rei da Prússia simplesmente diria “*Podem estar destruídas as leis, porém a realidade é que o exército subsiste e me obedece, acatando minhas ordens; a realidade é que os comandantes dos arsenais e quartéis põem na rua os canhões e as baionetas quando eu o ordenar*” (LASSALLE, 2000, p.12). Portanto, apoiado nesse poder real dos canhões e baionetas, o rei da Prússia era uma parte da Constituição. Aliás, o termo “folha de papel” para a Constituição escrita teria sido dado por Lassalle como alusão a Frederico Guilherme IV, rei da Prússia, que teria dito: “Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem no futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda Providência” (*apud* LASSALLE, 2000, p. 23). Dessa forma, Lassalle é pioneiro ao

traçar uma teoria crítica à ordem jurídica, mas defendendo ser possível substituir uma ordem jurídica capitalista por uma social-democrata em benefício dos trabalhadores.

Em decorrência do tardio processo de unificação nacional alemã, liderado pela Prússia do primeiro-ministro Bismarck em 1862 e sob os auspícios do Kaiser Guilherme I, forjou-se uma aliança dos *junkers* - a antiga aristocracia agrária de origem feudal-, com a nascente burguesia. Distinto dos demais países capitalistas, houve uma “modernização conservadora” onde o declínio econômico das elites agrárias não coincidiu com a sua perda de *status* político e social, tendo a burguesia antes procurado se “enobrecer” mediante o ingresso nos escalões superiores do funcionalismo civil, no alto oficialato militar, obtenção de títulos e ordens honoríficas e até mesmo mudança de nomes. O objetivo do “plebeu de verniz” não era atacar o *establishment* senhorial, mas penetrar nele. Por outro lado, a aristocracia habilmente utilizava de seu *status* político e social para promover um protecionismo agrícola bem como manter sua posição mediante matrimônios vantajosos com famílias da alta burguesia (ANDRADE, 2008).

Assim, ocorreu uma simbiose aristocrática-burguesa que criou uma política de contenção socialista que procurava evitar que a social-democracia alemã arrematasse tanto o trabalhador rural quanto os operários urbanos, ambos em péssimas situações econômicas e sociais. Apesar da ampliação dos direitos políticos democráticos serem a porta para a conquista dos direitos sociais, há que se registrar a singularidade histórica de que as primeiras iniciativas estatais de introdução de políticas sociais tenha sido registrado em contexto autoritário como foi o caso da Alemanha sob Bismarck (ESPING-ANDERSEN, 1991, p.94). Tal revela o lado ambíguo e contraditório da política social que nem sempre é benéfica para seus supostos destinatários legítimos: os demandantes de atendimento das necessidades sociais (PEREIRA, 2011, p. 27). Assim, a política social de Bismarck era anti-socialista e divisionista da classe trabalhadora, promovendo um regime de corporativismo sob tutela estatal, visando organizar o mundo do trabalho mediante a troca de benefícios sociais pelo cerceamento da atividade sindical (VIANNA, 2002, p. 4).

Bismarck também conseguiu a aprovação da lei anti-socialista de 1878, como resposta a suposta tentativa socialista de atentado à Guilherme I, colocando o partido social-democrata na clandestinidade, pondo sob supervisão policial toda reunião operária, tornando ilegal a distribuição de publicações socialistas e condenando

judicialmente seus líderes. Porém, após a morte de Guilherme I e do curto governo de Frederico III, o novo Kaiser, Guilherme II, interrompe a repressão ao partido social-democrata em 1890, rompendo com Bismarck, mas continuando com a política social sob sua própria tutela, ampliando o seguro social, apoiando a greve dos mineiros de Ruhr e criando Tribunais do Trabalho para mediar conflitos trabalhistas, estes compostos por representantes dos trabalhadores e empregadores (ANDRADE, 2006, p. 37-40).

Com o término da repressão à social-democracia, opera-se uma dissociação entre a prática e a teoria, uma vez que, enquanto a teoria continuava sendo a de Marx, os tempos eram outros, abrindo-se oportunidade para novas formas de luta da classe operária, especialmente pela possibilidade da organização do movimento trabalhista dentro de uma ordem legal e com possibilidade de participação nas eleições. Abre-se a porta para questionamentos da teoria marxista clássica e pavimenta-se o caminho para o revisionismo. Karl Kaustsky e Eduard Bernstein foram imprescindíveis ao promoverem a revisão das teses marxistas no seio da social-democracia alemã. Com a transferência da França para a Alemanha do centro gravitacional do movimento operário europeu, após a derrota da Comuna de Paris, o partido alemão passou a ser o paradigma organizativo e modelo para todos os partidos de trabalhadores, servindo como difusor da teoria marxista no interior do movimento operário europeu (ANDRADE, 2006, p. 61; ANDRADE, 2007, p. 98).

Tornaria muito longo comentar todas as mutações sofridas na social-democracia e o processo de homogeneização teórica da esquerda alemã, portanto apresentaremos um breve esboço. O embate entre os socialistas, liderados por Marx e Engels, e o grupo lassalista foi essencial para a criação da Associação Internacional do Trabalho (AIT) – a Primeira Internacional, onde, além de se expurgar as teses proudhonianas encabeçadas pelo anarquista Bakunin, fixou-se a tese revolucionária marxista em detrimento da posição reformista lassalista: a emancipação dos trabalhadores só seria conseguida mediante a abolição das classes e pela luta dos trabalhadores. Assim, a AIT estabeleceu a importância de se fundar legalmente partidos trabalhadores visando à revolução socialista (ANDRADE, 2006, p.24-26; VIEIRA, 2013, p. 184). Porém, na Alemanha, permanecia a cisão entre lassallistas reformistas e os revolucionários do Partido Social-Democrata dos Trabalhadores Alemães, de cunho mais marxista, fundado em 1869 por Wilhelm Liebknecht e August Bebel. Em 1875,

unificam-se os dois partidos trabalhistas alemães (lassallistas e marxistas), fundando o Partido Socialista dos Trabalhadores da Alemanha, adotado um novo programa partidário, o programa de Gotha (local da convenção), mantendo uma orientação mais marxista. Suas ideias eram difundidas pelos dois órgãos centrais, o “Social-democrata” (*Der Sozialdemokrat*) redigido por Eduard Bernstein e distribuído clandestinamente e o “Novos Tempos” (*Neue Zeit*) publicado legalmente sob orientação de Karl Kautsky (VIEIRA, 2013, p. 184).

Kautsky, que foi considerado um renegado por Lênin após ter sido uma das maiores referências teóricas para os marxistas, passa a questionar a concepção dialética da história, defendendo uma visão evolucionista e de não-rupturas. Além disso, afasta-se da concepção marxista de Estado, apesar de ainda vê-lo como um instrumento de dominação de classe. É que Kautsky defende que os partidos políticos possuem como objetivo a obtenção do poder político e, uma vez atingindo-o, devem procurar dobrar o Estado para atender aos interesses da classe que representam. Kautsky, portanto, dá importância a obtenção do poder político pela via eleitoral e não necessariamente defende o definhamento do Estado após a ditadura do proletariado (GRUPPI, 2001, p. 57-60).

Eduard Bernstein contribuiu decisivamente no revisionismo marxista. Em 1895, após a morte de Frederick Engels, do qual foi legado testamentário, propõe fazer uma revisão na teoria marxista ao perceber as diferenças conjunturais do movimento operário alemão de sua época e o de quando foram elaboradas as teorias de Marx. Com a publicação dos artigos “Problemas do socialismo” entre 1896 e 1898 e do livro “As premissas do socialismo e as tarefas da social-democracia” em 1899, Bernstein põe em xeque a teoria marxista do desenvolvimento capitalista: 1) não se observava a taxa declinante dos lucros e nem a anarquia na produção; 2) não ocorrera a concentração do capital e da propriedade e o aparecimento do capital monopolista e as sociedades anônimas desagregara os empresários; 3) não se realizara a “lei de bronze” dos salários, com extrema pauperização do proletariado e divisão da sociedade entre um alto número de proletários e pouquíssimos burgueses extremamente ricos (VIEIRA, 2013, p. 185).

Bernstein também questiona o materialismo dialético como a melhor forma de explicar o desenvolvimento das sociedades bem como recusa a ideia de sucumbência do capitalismo e o surgimento de uma sociedade socialista. Defende que haveria um

processo evolutivo contínuo e não por rupturas dialéticas. Uma espécie de evolucionismo econômico-social que levaria o capitalismo a se transformar gradualmente no socialismo mediante reformas sociais. Tais reformas ocorreriam devido a sucessivas vitórias eleitorais, conquistadas por meio do voto direto e universal, até a obtenção da supremacia parlamentar que permitiria a plena realização da democracia. Bernstein nega o materialismo dialético, critica a opção pela via violenta da revolução e discorda da concepção de ditadura do proletariado, acreditando que a democracia-representativa poderia ser um campo de lutas sociais (GRUPPI, 2001, p.61-65). Bernstein parece ter incorporado alguns dos ideários lassallistas, tendo inclusive escrito uma volumosa introdução às obras de Lassalle, publicada em 1893 sob o título “Ferdinand Lassalle como reformador social” (SANTOS NETO; SANTOS, 2008, p. 17).

Kautsky e Bernstein defendiam que a luta do proletariado contra a exploração capitalista era necessariamente uma luta política, não sendo possível desenvolver uma luta por melhores condições econômicas sem a conquista de direitos políticos. Não era possível a obtenção da posse social dos meios de produção sem antes obter a posse do poder político. Na pauta das reivindicações da social-democracia constavam o sufrágio universal (voto de igual peso, direto e secreto), o sistema de representação proporcional, reformas na legislação eleitoral (data das eleições em dia do repouso semanal legal e remuneração dos representantes eleitos), direitos civis e políticos plenos para ambos sexos (liberdade de expressão, associação e reunião), reformas administrativas (introdução do mecanismo de legislação popular por meio de iniciativa ou veto de lei e eleição para funcionários públicos), reformulação da política militar (como a substituição do exército permanente por milícias e referendo popular para declarar guerra ou celebrar paz), laicização do Estado, reforma educacional (com frequência obrigatória à escola pública, gratuidade do ensino e do material escolar), gratuidade da assistência médica e instituição de imposto progressivo sobre rendimentos e fortunas. Destacamos a proposta de reforma judiciária defendida pela social-democracia que englobava a gratuidade de justiça e da assistência judicial, um Judiciário composto por juízes eleitos pelo povo, indenização por erro judiciário, apelação em matéria penal e supressão da pena de morte (ANDRADE, 2006, p. 90-91). O revisionismo foi importante por defender a via legal, democrática e de reformas sociais.

Houve reação da ala mais ortodoxa do marxismo, destacando-se o papel de Rosa Luxemburgo que integrava, juntamente com Karl Liebknecht, a facção extrema-esquerda do Partido Social-Democrata, a “Federação Spartakus”. Os espartaquistas continuavam pregando a via revolucionária e criticavam a proposta de Bernstein como apresentado no livro de Rosa Luxemburgo “Reforma, revisionismo e oportunismo” de 1899. Fato é que o Partido Social-Democrata estava fragmentado em diversas matizes (VIEIRA, 2013, p. 187).

Pode-se dizer que a adoção do revisionismo permitiu a mudança da estratégia de atuação da social-democracia de um campo de lutas para um pragmatismo político, já que o objetivo seria obter a vitória eleitoral. Tal estratégia se revelou bem sucedida para o Partido. O número de trabalhadores filiados aos Sindicatos Livres (ligados ao partido) era de 90 mil em 1888, 294 mil em 1893, 680 mil em 1900 e 2,5 milhões em 1914. O Partido também obteve sucesso eleitoral, conseguindo 34% dos votos das eleições legislativas em 1912 e contava com mais de um milhão de partidários em 1914. Ao mesmo tempo em que tal estratégia permitiu o sucesso do Partido, também levou a outros resultados. Para obtenção de concessões sociais, exigia-se a negociação e, portanto, o abandono da luta direta e aceitação de certas alianças. Isso levou o Partido Social-Democrata, com o apoio da direção nacional, a aprovar os créditos de guerra em 4 de agosto de 1914, apoiando o projeto militarista e imperialista-econômico da aristocracia *junker* e dando assim condição para a eclosão da Primeira Guerra Mundial (VIEIRA, 2013, p. 187-188; ANDRADE, 2006, p. 102).

A Primeira Grande Guerra teve forte repercussão no mundo, e em especial para a Alemanha que saiu derrotada do conflito. Estima-se que quase 10% da população ativa masculina morreu ou desapareceu nos combates, fora a multidão de mutilados. O período era de profunda perturbação social. Há que se lembrar que já havia ocorrido a vitoriosa revolução de Outubro de 1917 na Rússia, servindo para reanimar aqueles que defendiam a via revolucionária como solução para os conflitos sociais. Antes mesmo do armistício, a Alemanha vivenciou uma rebelião naval que desembocou em verdadeira guerra civil:

Em 29 de outubro de 1918, os marinheiros estacionados no porto de Kiel rebelaram-se contra uma ordem do comando naval da frota de alto-mar, para se lançarem à “batalha final”. Em 3 de novembro, a

revolta ganhou adesões na quase-totalidade das forças navais, ao mesmo tempo em que, um pouco em toda parte, constituíam-se “conselhos de soldados e operários”, segundo o modelo soviético (COMPARATO, 2007, p. 190).

O Kaiser Guilherme II tentou uma última manobra para salvar a monarquia, nomeando o príncipe Max von Baden como chefe do governo, ganhando tempo para, em último caso, apenas abdicar da coroa imperial e manter-se como rei da Prússia. Porém a monarquia foi surpreendida por movimentos populares, tendo inclusive se declarado uma república democrática e socialista na Baviera. Percebendo que estava perdendo o controle das forças populares, especialmente da ala mais radical *Spartakus*, a ala majoritária da social-democracia alemã (SPD) retira-se do governo e convoca uma greve geral em 9 de novembro de 1918, manobra que fez com que Max von Baden anunciasse a abdicação do Kaiser e nomeasse Fritz Ebert, um dos líderes do SPD, para Chanceler. No mesmo dia 9 de novembro era anunciada a proclamação da república pelo SPD, ficando Ebert como Presidente. Porém, os objetivos políticos dos partidos que compunham o governo provisório eram divergentes, já que o SPD propunha a convocação de uma assembleia nacional constituinte e o estabelecimento de uma democracia parlamentar, enquanto o Partido Social Democrático Independente (USPD) queria radicalizar, visando a imediata instituição da ditadura do proletariado e a socialização da economia (COMPARATO, 2007, p. 190-191).

Como nos lembra Vieira (2013, p. 188-189), a melhor maneira de compreender esse momento histórico é perceber que a social-democracia alemã sofreu diversas mutações ao longo do tempo. Se já tinha passado pelo revisionismo de Kautsky e Bernstein, agora no entreguerras ocorria uma nova mutação. Nada melhor do que a social-democracia para combater a revolução e o comunismo, sendo a única saída para manter a Alemanha unificada. A monarquia militar se transformaria numa república burguesa. Tal foi possível porque, apesar de Ebert e o SPD estarem no governo, a nascente República de Weimar não se livrou do alto oficialato alemão, nem dos juízes e tampouco da maioria da burocracia civil, pois estes se aproximaram da social-democracia.

Para manter o projeto constituinte e de democracia parlamentar, o governo social-democrata de Ebert lutou ferozmente contra o grupo *Spartakus* que havia deflagrado uma revolução, levando a sangrentos combates nas ruas de Berlim entre 6 e

15 de janeiro de 1919. O governo nomeou Gustav Noske, ex-lenhador prussiano, como Ministro da Guerra e o incumbiu de debelar a revolução e dando-lhe amplos poderes, missão assumida com empenho por Noske que teria dito: “É preciso de fato que um de nós faça o papel de cão sanguinário” (*apud* VIEIRA, 2013, p. 189). As forças de Noske eram compostas por tropas regulares do exército imperial e pelos paramilitares *Freikorps*⁴⁰, voluntários que eram remunerados por aristocratas e industriais. O grupo *Spartakus* acaba sucumbindo, tendo seus líderes Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo capturados e sumariamente executados. Sem estas ilustres figuras da esquerda, únicos capazes de resistir a influência do comunismo soviético, a social-democracia enfraqueceu-se, não sendo capaz de ganhar a confiança das classes médias para enfrentar, nas eleições, a extrema-direita totalitária (COMPARATO, 2007, p. 191). Por conta das lutas em Berlim, a Constituinte se reúne em janeiro de 1919 na cidade de Weimar (PINHEIRO, 2006, p. 114).

A Constituição de Weimar nasce sobre os escombros da Alemanha pós-guerra que, diante de um período conturbado, apresenta um texto com ambiguidades e imprecisões que retratam um confronto de valores, advindo de um cenário político de precariedade e instabilidade. Por isso é vista como uma constituição de compromisso, o que logo aparece na abertura do texto constitucional com a declaração de que o “Império alemão é uma República” (COMPARATO, 2007, p. 189). Porém, sua importância histórica está no fato de ser a primeira a conceder *status* constitucional aos chamados direitos sociais, podendo-se até dizer que procurou transformar a *questão social* numa “questão de direito” (PEREIRA, 2002, p. 34).

O projeto constitucional foi redigido por Hugo Preuss, discípulo do historiador do direito e teórico do comunitarismo germânico Otto von Gierke. Apesar de Preuss ser favorável à social-democracia e a proteção aos direitos sociais, elaborou um projeto “politicamente neutro”, pois temia que as diferentes visões ideológicas impedissem o estabelecimento da democracia na Alemanha. Por isso, a Constituição de Weimar é

⁴⁰ *Freikorps* eram corpos de voluntários ex-combatentes da I Guerra Mundial. Foram essenciais para debelar a Revolução Alemã de 1918-1919. A derrota na guerra abalou a confiança nas forças militares, sendo comum haverem conselhos de soldados que minava a hierarquia militar. Além disso, os voluntários do *Freikorps* recebiam soldo superior ao militares de carreira, tornando-se os mais eficazes combatentes da contrarrevolução (VIEIRA, 2013, p. 189; JURADO, 2001, p.7-12).

dualista, pois a primeira parte abordava apenas a organização do Estado, conforme o modelo das constituições liberais, mas uma segunda parte, acrescentada pela própria Assembleia Constituinte com base na proposta de Friederich Naumann, tratou dos direitos e deveres dos alemães, acrescentando os direitos sociais (COMPARATO, 2007, p. 193; BERCOVICI, 2003, p. 14-15). Os direitos sociais, ao contrário dos clássicos direitos individuais de natureza liberal, demandam uma ação por parte do Estado para sua concretização, o que fez com que a Constituição de Weimar tivesse uma seção sobre a ordem econômica que claramente estabelecia um limite à liberdade de mercado com fundamento na preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana (art. 151). O Partido Social-democrata (SPD), sobre a influência do economista Rudolf Hilferding, desenha uma Constituição assentada sob duas noções: a de capitalismo organizado e a de democracia econômica (BERCOVICI, 2003, p. 9). Com base nesses conceitos, é instaurado um constitucionalismo social que não só abarca a ordem econômica, mas protege a família, equipara juridicamente marido e mulher, os filhos ilegítimos, institui uma educação pública gratuita de no mínimo de oito anos, subsídios públicos para cursar educação superior e a função social da propriedade ao cunhar a famosa expressão “a propriedade obriga” (art. 153). Além disso, reconhece um “direito ao trabalho” o que implicava um dever do Estado na busca do pleno-emprego (COMPARATO, 2007, p. 193-196). Ainda que contando com os clássicos direitos individuais, fica claro que o individualismo fica submetido ao serviço à coletividade, uma vez que se protegia os direitos individuais na medida em que estes cumpriam um dever social (BERCOVICI, 2003, p. 13).

A Constituição de Weimar, como “constituição econômica”, não pretendia receber passivamente a estrutura econômica vigente, mas pretendia alterá-la. O inovador não era dispor de um conteúdo econômico, mas positivar tarefas estatais no texto constitucional que visavam uma nova ordem econômica. A “Constituição Econômica” de Weimar não era um conjunto de normas constitucionais, separadas das demais, que regulavam um conteúdo econômico. Como esclarece Bercovici (2003, p. 25) “não é a Constituição da economia, mas a expressão do econômico no plano político”. Portanto, segundo Franz Neumann, por força de sua soberania, o Estado tem ilimitado poder na direção dos assuntos econômicos. Na ordem liberal, é o Estado soberano que decide separar a economia do governo, permitindo que agentes privados conduzam a esfera econômica. Porém, na “Constituição Econômica” de Weimar, o Estado inverte essa

situação, voltando a reservar para si as questões essenciais de política econômica. A liberdade econômica é uma liberdade jurídica e, portanto, submetida à ordem constitucional (BERCOVICI, 2003, p. 26).

Uma das maiores inovações da Constituição de Weimar foi a ideia de conselhos, oriundos da experiência da revolução alemã de novembro de 1918, quando se criaram espontaneamente Conselhos de Trabalhadores e Soldados. Assim, os operários e empregadores, em igualdade de direitos, sentavam em um conselho visando regular as condições de salário, trabalho e da evolução econômica das forças produtivas. Esses conselhos atuavam em vários níveis, desde o da empresa, passando pelo distrital até um Conselho Nacional Econômico, este último com poder de iniciativa de projeto de lei. Ao Conselho Nacional também eram submetidos projetos de lei em matéria de política social e política econômica (BERCOVICI, 2003, p. 28; COMPARATO, 2007, p. 199). O propósito destes Conselhos era permitir, ao lado da representação política tradicional da democracia parlamentar, uma integração da democracia política com as forças econômicas, democratizando a Administração Pública com a participação popular. O objetivo dos Conselhos era alcançar a democracia econômica e o socialismo (BERCOVICI, 2003, p. 31-33).

A democracia econômica, oriunda da concepção de um capitalismo organizado, visava ampliar a cidadania política do trabalhador para se alcançar a cidadania econômica pela “parlamentarização” ou democratização da esfera econômica. Tal se daria principalmente pela cogestão das empresas (mediante os Conselhos de Fábrica) e pela intervenção estatal na ordem econômica, permitindo com que todas as atividades econômicas estivessem subordinadas ao interesse geral, permitindo a transição para o socialismo. Para além de um cidadão do Estado, o trabalhador deveria ser um cidadão econômico (BERCOVICI, 2003, p. 46).

Estabeleceu-se intenso debate entre os juristas da República de Weimar sobre a dualidade presente na Constituição. Carl Schmitt foi um dos maiores críticos, partindo de sua concepção decisionista, entendia que a Constituição de Weimar era uma Constituição ao conter decisões políticas fundamentais sobre a existência do povo alemão. Por outro lado, o texto possuía uma série de compromissos obscuros que, no seu ver, revelavam que nenhuma decisão havia sido tomada. Para Schmitt haviam dois programas distintos na Constituição de Weimar. Um correspondia a uma decisão

política voltada para a tradição do Ocidente com a concretização de um Estado burguês, ancorada na primeira parte do texto constitucional e que apenas organizava o Estado. O outro programa correspondia aos direitos sociais da segunda parte do texto constitucional e estava voltado para a União Soviética. Na visão de Schmitt, os compromissos da Constituição de Weimar era “dilatatórios”, ou seja, significavam apenas que se desejava não ter nenhuma decisão sobre aquele assunto. Assim, os compromissos dilatatórios eram apenas uma vitória tática obtida em uma circunstância particular de coalizão partidária e, no fundo, significavam uma vontade real inexistente. Portanto, na interpretação de Carl Schmitt, a Constituição era totalmente esvaziada do seu conteúdo social (BERCOVICI, 2003, p. 16-18).

Entre os juristas que mantinham posição contrária a Schmitt, destaca-se Hermann Heller para quem os direitos sociais eram o grande avanço da Constituição de Weimar. A proposta teórica de Heller sobre Estado, soberania e Estado Social de Direito, tinha como objetivo a realização de um Estado Socialista (BERCOVICI, 2003, p. 92). A Teoria de Estado de Heller é uma teoria da democracia como uma teoria da democracia socialista, pois visava não só partir da tradição democrática do ocidente, mas promover a superação do Estado de Classe pela concretização de um Estado Socialista. Para Heller, o Estado é uma unidade de vontade e ação e, portanto, sempre está vinculada à soberania popular, de forma que o povo possa superar a pluralidade criando uma unidade por meio do princípio majoritário. Por isso, para Heller, a primeira parte da Constituição de Weimar, de caráter liberal, só podia ser compreendida sob a ótica da soberania do povo. Heller concebe uma visão evolucionista da democracia, partindo do liberalismo e se aperfeiçoando no socialismo. Se a ordem burguesa pretende alcançar uma harmonia pelo livre jogo dos egoísmos individuais, o socialismo pretende estabelecer uma sociedade solidária, substituindo o governo sobre os homens pelo governo sobre os bens (BERCOVICI, 2003, p. 102-104). Sintetizando a visão de Hermann Heller:

O ideal socialista é o da passagem da democracia política para a democracia econômica. A primeira combateu os estamentos políticos, a segunda combate as classes econômicas. O Estado de Direito puro deve se transformar em um Estado de bem-estar democrático e social, de modo que a “anarquia da produção capitalista” seja substituída pelo ordenamento justo da vida econômica. O controle estatal dos interesses econômicos auxiliará na realização da democracia

substancial, integrando o proletariado na unidade do Estado (BERCOVICI, 2003, p. 111).

Se a democracia liberal promoveu a emancipação burguesa, a democracia social pretende emancipar o proletariado. Para Heller, a luta do trabalhador é uma luta pelo direito (BERCOVICI, 2003, p. 110).

Apesar do ineditismo e de sua importância na proteção dos direitos sociais, a Constituição de Weimar não teve boa sorte, não conseguindo concretizar muitas de suas disposições. Tal se deu porque, nascendo junto com a Constituição, celebrou-se o Tratado de Versalhes em 1919, que impôs à Alemanha severas indenizações, pela I Guerra Mundial, num patamar que Keynes já havia advertido como insuportável e que promoveria um colapso financeiro da República de Weimar, tornando impossível a sua integração entre as nações europeias. A Constituição de Weimar era natimorta. E para catalisar sua morte, a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e a Grande Depressão que se seguiu, desferiram o golpe de misericórdia, pavimentando-se, assim, o caminho para a ascensão do nazismo e a deflagração da II Guerra Mundial (COMPARATO, 2007, p. 192; BERCOVICI, 2003, p. 117-127).

A Constituição de Weimar serviu como paradigma para muitos outros textos constitucionais, inclusive a Constituição Brasileira de 1934 e a nossa atual de 1988. Segundo Paulo Bonavides, há três fases identificáveis na história constitucional brasileira, cada uma com valores jurídicos, políticos e ideológicos distintos: 1) a fase do modelo constitucional francês e inglês, marcando o período Imperial brasileiro; 2) a fase do modelo norte-americano, com a adoção do federalismo e o presidencialismo na Primeira República; 3) a fase do constitucionalismo alemão, com influências da Constituição de Weimar e da Lei Fundamental de Bonn na configuração de um Estado Social, marcando as Constituições de 1934, 1946 e a de 1988 (BONAVIDES, 2004, p. 361-371). Essa influência do constitucionalismo alemão na Constituição Brasileira de 1988, ainda que recebido de forma mediata por intermédio especialmente da Constituição Portuguesa de 1976, não é uma novidade e já faz parte de uma tradição do legislador brasileiro de realização de “transplantes ecléticos”, inspirando-se simultaneamente em diversas fontes e adaptando-as no processo de recepção. Assim, pode-se perceber que os princípios fundamentais incorporados na Constituição de 1988 revelam a tentativa de criação de um Estado Social no Brasil, ainda que não seja

explícita a denominação, já que o texto brasileiro usou a expressão “Estado Democrático de Direito”, enquanto a Constituição Portuguesa de 1976 usou “Estado de Direito Democrático” e a Lei de Bonn usa “Estado federal democrático e social”. Além disso, recebemos influência da Constituição Espanhola de 1978, trazendo muitos mecanismos de participação popular como a iniciativa legislativa e o referendo. A proposta tanto da Constituição Portuguesa quanto da Espanhola eram de aproximar o povo na condução dos assuntos públicos (TAVARES, 1991, p.87-89).

Pode-se dizer que a nossa Constituição de 1988 segue a mesma tradição da Constituição de Weimar ao dar uma proeminência ao social. Destaca-se o fato de nossa atual Constituição, na tentativa de não ver os direitos sociais convertidos em preceitos meramente programáticos, inovar na processualística constitucional criando o mandado de injunção justamente para resolver o problema da omissão dos poderes na efetivação daqueles direitos. Assim, é preciso registrar que a Constituição de 1988 é, na sua essência, uma Constituição de um Estado Social (BONAVIDES, 2004, p. 370-371).

Saindo de terras alemãs e seguindo a ideia de Evaldo Vieira de que a social-democracia teria sofrido diversas mutações ao longo da história, uma nova vertente pode ser percebida na Inglaterra e que irá ser decisiva para a construção do *Welfare State*, recordando da incapacidade, pelas circunstâncias históricas, da efetivação no plano da realidade social dos dispositivos da Constituição de Weimar.

Na Inglaterra, a Sociedade Fabiana, fundada em 1885 por Beatrice e Sidney Webb, afastou-se da ortodoxia marxista e pregava a possibilidade de melhorar a situação socioeconômica dos trabalhadores mediante reformas sociais. Ao invés da tática de confronto direto com o capitalismo pregando a revolução, entendia que o socialismo poderia ser conquistado mediante paulatinas reformas, motivo pelo qual adotou-se como patrono o general e cônsul Romano *Quintus Fabius Maximus*, conhecido como *Cunctator* (o que adia), ao adotar, na Segunda Guerra Púnica, a bem-sucedida estratégia de “guerra de desgaste” ao invés de um confronto direto com o general inimigo cartaginês Aníbal. A Sociedade Fabiana teve papel destacado, não só reunindo diversos pensadores socialistas, criando um fórum de debate na Inglaterra, mas também teve ações práticas, destacando-se a constituição de um fundo especial que resultou na criação da *London School of Economics and Political Sciences* (LSE) e

também ao auxiliar na formação do Partido Trabalhista Inglês (*Labour Party*)⁴¹ (PEASE, 1916).

O Partido Trabalhista (*Labour Party*) conseguiu realizar diversas alianças partidárias, o que permitiu assumir papel importante no governo inglês, inclusive como parte do gabinete como liderança minoritária nos anos de 1924 e de 1929 a 1931. O Partido Trabalhista conseguiu influenciar o governo e promover reformas sociais. Já no período da II Guerra Mundial, durante o gabinete de coalizão nos anos 1940-1945, o Partido Trabalhista consegue emplacar algumas reformas sociais como o Plano Beveridge que é considerado a origem do *Welfare State*. No período do Pós-Segunda Guerra Mundial, quando em 1945 obtêm 48% do total de votos para a Câmara dos Comuns, o Partido Trabalhista consegue tornar seu líder, Clement Attlee, primeiro-ministro da Inglaterra. Attlee será responsável por retirar o país da difícil situação econômica, contando com o apoio de John Maynard Keynes. O governo de Attlee foi responsável por concretizar historicamente o *Welfare State*, não só promovendo a estatização de diversos serviços públicos, quanto ampliando a política social, dando-se ênfase ao Serviço Nacional de Saúde, sem caráter de seguro, mas como um serviço público de acesso universal (VIEIRA, 2013, p. 191-192).

A proposta da Sociedade Fabiana de fundar a *London School of Economics* era suprir a ausência de estudos nas Ciências Sociais que visassem à reconstrução da sociedade:

Nossas velhas Universidades provêm estudos em ciência política como entendida por Platão e Aristóteles, por Hobbes e Bentham. Elas não ensinavam – e ainda não ensinam – sobre como a Nova Zelândia lida com as greves, como a América legisla sobre os cartéis econômicos ou como os governos ao redor do mundo organizam o transporte público (PEASE, 1916, tradução nossa).⁴².

⁴¹ Inicialmente o *Labour Party* era uma federação de associações, não sendo formado por pessoas físicas, tendo como membros sindicatos, partidos menores como *Independent Labour Party* e a Sociedade Fabiana.

⁴² No original: “Our old Universities provided lectures on political science as it was understood by Plato and Aristotle, by Hobbes and Bentham: they did not then—and indeed they do not now—teach how New Zealand deals with strikes, how America legislates about trusts, how municipalities all over the world organise tramways”.

Assim, a proposta da Sociedade Fabiana de criar a *London School of Economics* (LSE) voltava-se para a necessidade de criação de um ambiente acadêmico propício para a melhor compreensão e de fornecimento de aporte teórico para as concepções da social-democracia. Tal proposta se revelou muito frutífera, abrindo uma extensa linhagem de acadêmicos que passaram pela LSE⁴³ e que foram fundamentais para a compreensão e a concretização do *Welfare State* na Inglaterra: William Beveridge, com contribuições para a seguridade social; T.H. Marshall, com a relação de direitos sociais e cidadania; Richard Titmuss, ampliando o *Welfare State* para além da pobreza; Townsend, com pesquisas sobre a persistência da pobreza.

A importância da Sociedade Fabiana na Inglaterra se dá pelo fato de permitir um ambiente para discussão sobre a transformação da realidade social por meio de reformas, não só apoiando o desenvolvimento teórico, mas também concretizando programas políticos. Essa vertente da social-democracia contribuiu decisivamente para os três marcos orientadores que compõem o paradigma do *Welfare State*: a busca pelo pleno-emprego, com base na teoria econômica de John Maynard Keynes; a seguridade social extensiva com Beveridge; e os direitos de cidadania com T.H. Marshall.

A importância de Keynes se dá pelo fato de que, não sendo socialista e não questionando os fundamentos do capitalismo como os marxistas e socialistas, foi um dos principais opositores da concepção de autorregulação do mercado. A concepção liberal entendia que o mercado seria autossuficiente para resolver todos os problemas econômicos – a “mão invisível” – que, com base na chamada “Lei de Say” informa que toda oferta cria a sua própria demanda. Porém, tal fé num mercado autorregulador estabelecia um tremendo divórcio entre a teoria e a prática, haja vista que a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a depressão que seguiu criaram um enorme contingente de desempregados sem precedentes. Uma Grande Depressão atingiu todo o mundo, especialmente os EUA. E o pior. Nada indicava que aquilo teria um fim.

Keynes tinha a “herética” concepção de que o capitalismo ia mal por “deficiência de demanda” e que isso era uma característica mesmo do sistema. A preocupação de Keynes era o emprego nas sociedades capitalistas, o que desenvolve na

⁴³ Além de Beveridge, T.H. Marshall também chefiou a *London School of Economics*.

obra *“Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro”* publicada em 1936. Para Keynes, o nível de emprego é determinado pela produção e esta, por sua vez, é determinada pela “demanda efetiva” ou “demanda agregada” que é o conjunto de gastos em bens de consumo e em bens de investimento (ARAÚJO, 1988, p. 112-114).

Na visão econômica clássica, o desemprego é causado por salários altos e, para diminuir o desemprego, deveria se diminuir os salários. Mas para Keynes, diminuir o valor dos salários promoveria a redução do consumo, o que seria um desestímulo ao empresário em fazer novos investimentos em produção que, por sua vez, promoveria demissões. É por isso que o consumo é importante, já que Keynes estaria apontando um sentido de causalidade. A renda nacional é determinada pelos gastos em consumo e pelos gastos em investimentos. “É o ato de gastar que determina a renda” (ARAÚJO, 1988, p. 114).

Em resumo, o diagnóstico de Keynes era o seguinte: primeiro, uma economia em depressão poderia ficar assim, pois não há mecanismo automático para tirá-la dessa situação; segundo, a prosperidade econômica depende de investimento; terceiro, o investimento depende da confiança, mas a incerteza e a desconfiança estão no âmago do capitalismo: os níveis de investimento dependem da produção e esta da saciedade do mercado (HEILBRONER, 1996, p. 246-253).

Keynes havia descoberto uma vulnerabilidade intrínseca ao sistema capitalista: não havia ajustamento automático capaz de igualar a oferta e a demanda no nível de pleno emprego (ARAÚJO, 1988, p. 115-116). Não havia nenhum mecanismo de segurança. Havia uma espécie de “falha mecânica”. Não havia “mão invisível” afinal.

Uma depressão econômica não ia se curar sozinha. E qual seria a solução? Quem investiria num cenário tão pessimista? Keynes responde que se os empresários não fazem investimentos, o governo deveria fazê-lo! Assim, o governo como um agente externo à lógica do mercado, deveria regular essas variáveis do processo econômico: a “propensão ao consumo” e o “incentivo ao investimento”. Assim, o governo garantiria a “demanda agregada” com medidas macroeconômicas que incluiriam o aumento da emissão de moeda, repartição de rendas e investimento público, que não poderia ser financiado pelo aumento de impostos – que afetaria a expectativa de lucros futuros dos

empresários -, mas por meio de gasto deficitário (*deficit spending*) mediante contração de empréstimo ou emissão de moeda (PEREIRA, 2011, p. 91).

Keynes, não prega a socialização dos meios de produção da tradição marxista. O que ele defende é a socialização do consumo com base num capitalismo regulado. A importância do keynesianismo está no fato de a social-democracia ter visto um terreno fértil para semear suas ideias de uma evolução gradual da sociedade do capitalismo para o socialismo. Keynes foi importante na medida em que forneceu um “método capitalista” - uma espécie de “Cavalo de Tróia” - compatível com a transição do capitalismo para o socialismo por meio da intervenção do Estado na economia, o que permitiu justificar a edificação do *Welfare State* (PEREIRA, 2011, p. 92-93).

Com base nas propostas de gastos estatais keynesianas, no ano de 1942, surgiu o que é considerado a pedra fundamental do *Welfare State*: o Relatório de William Beveridge sobre o Seguro Social e Serviços Afins. Beveridge propunha uma completa revisão do mecanismo de proteção social na Grã-Bretanha. O Relatório de Beveridge propiciou a criação de políticas sociais na forma de direitos sociais que foram albergados na Lei Nacional de Assistência de 1948. Tais direitos incluíam: auxílio-doença e desemprego; a pensão aos aposentados; auxílios para maternidade, viuvez e funeral. Além disso, criou-se uma política de emprego e organizou-se o Sistema Nacional de Saúde que era universal e não-contributivo (PEREIRA, 2011, p. 93-94). Assim, o *Relatório* permitiu concretizar historicamente o *Welfare State*, o que ainda não tinha ocorrido na época da Constituição de Weimar.

Como os serviços públicos seriam responsáveis pela promoção da cidadania social, fica evidente que o Poder Executivo teria papel primordial nessa fase. Assim, se o século XIX assistiu um deslocamento do Judiciário para o Legislativo por conta da necessidade de conquista dos direitos políticos, o século XX assistiu o deslocamento do Legislativo para o Executivo por conta dos direitos sociais. Acrescente-se que, por conta da natureza dos direitos sociais que exigem uma prestação de um serviço por parte do Estado, o Executivo precisaria fortalecer sua burocracia, com um corpo de funcionários crescente para poder promover tais ações. Tal fenômeno já foi responsável pela transformação da legitimidade democrática, uma vez que ao lado da tradicional “legitimidade do *establishment*” proveniente das eleições, desenvolveu-se uma “legitimidade de identificação” proveniente do concurso público na seleção dos

servidores públicos. Uma legitimidade complementar, mas que sempre foi vista como ameaça pelos políticos, o que explicaria a ausência de produção teórica sobre essa nova legitimidade na história da democracia moderna (ROSANVALLON, 2011, p. 37-38).

Segundo T.H. Marshall, o Judiciário não desempenharia um papel destacado no *Welfare State*, mesmo quando os direitos sociais não tivessem sido adequadamente promovidos pelo Executivo:

A obrigação do Estado é para com a sociedade como um todo, cujo recurso no caso de não-cumprimento por parte do Estado de suas obrigações reside no Parlamento ou conselhos locais, e não para com os cidadãos individuais cujo recurso reside num tribunal de justiça ou, pelo menos, num tribunal quase-judicial (MARSHALL, 1967, p. 97).

Percebe-se que T.H. Marshall aqui lança esperanças no Legislativo no caso de omissão estatal que, parece supor, só ocorreria pela omissão do Executivo e não por uma possível omissão do Legislador. Tal posição assenta lógica com o pressuposto social-democrata de que “a mobilização de classe no sistema parlamentar é um meio para a realização dos ideais socialistas de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade” (ESPING-ANDERSEN, 1991, p.91). Ora, T.H. Marshall supõe que se estamos diante de uma “omissão”, significa que já haveria uma legislação prévia e, portanto, só poderia ser caso de omissão do Executivo. Além disso, o Judiciário não seria o local adequado para um “recurso no caso de não-cumprimento” dos direitos sociais, isso porque a lógica do Judiciário seria a defesa de conflitos individuais (típico dos direitos civis) e não dos direitos sociais de natureza coletiva já que a “obrigação do Estado é para com todos” e não para com uma pessoa em particular.

Porém a estratégia da social-democracia, transformando a *questão social* em questão de direito, resultou na criação do *Welfare State* que foi construído com base em reformas legislativas. Ou seja, houve uma acentuada produção legiferante do Legislativo. Há que se lembrar, portanto, que o objetivo da legislação social do *Welfare State* se destina especificamente em buscar transformações da realidade sócio-econômica. Portanto, distintamente de direitos civis e políticos, os direitos sociais não são simplesmente “atribuídos” a um sujeito de direito, eles são resultados de uma intervenção ativa e prolongada no tempo. O *Welfare State* escapa a tradicional concepção de Estado-protetor para encampar a de Estado promocional.

Assim, inicialmente, o crescimento do Estado foi percebido como crescimento da própria produção legislativa que passou a regular as mais diversas matérias como a intervenção estatal na economia, a assunção de responsabilidade pelo Estado da *questão social* (emprego, assistência social, etc.) e financiamento de atividades, especialmente obras públicas. Paulatinamente, para a formação de um Estado promocional, houve o fortalecimento do Executivo diante da necessidade de desenvolvimento dos serviços públicos. Tal deslocamento não se deu apenas de forma pragmática, no sentido de que competia ao Executivo e ao funcionalismo público, o “atuar concretamente” como exercício mesmo da função executiva de cumprimento da legislação. O Estado promocional acabou por exigir uma mudança na técnica legislativa que passou, ao invés de adotar a clássica criação de leis como regras de conduta, a criar normas que concediam ao Executivo o poder de decisão. Assim, a lei passou apenas a delinear finalidades ou princípios, deixando a sua densificação para autoridades do Executivo. Paradoxalmente, a ambição do Legislativo, em realizar reformas sociais por meio de uma abundante legislação, acarretou na abdicação de suas próprias atividades (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-43).

Acrescente-se a isso, o fato de uma crescente desilusão e desconfiança por parte da população em relação ao Parlamento, tornando-se fantasioso a crença na onipotência do Legislador como fonte do progresso social, percepção essa advinda pelas barganhas políticas que evidenciaram que as prioridades e valores dos políticos não representavam os valores de toda a sociedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 44). Isso alterou a questão da legitimidade democrática, permitindo o surgimento do serviço público como uma “corporação do universal”, se legitimando pela sua identificação com as necessidades da sociedade como um todo. Uma identificação com o “bem comum”, permitindo a “corporificação do universal” (ROSANVALLON, 2011, p. 43).

Foram essas transformações, resultantes da abundante legiferação e de alteração da técnica legislativa, que levaram uma alteração necessária no arranjo institucional entre o Judiciário e os outros dois Poderes. Como acentua Cappelletti, só havia duas soluções possíveis: a primeira, o Judiciário deveria manter-se fiel a sua clássica função jurisdicional; a segunda, elevar-se ao nível dos outros dois poderes para se tornar o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI, 1993, p. 47).

A adoção da segunda solução propugnada por Cappelletti, além de trazer a questão da legitimidade democrática na atuação do Poder Judiciário, o colocou numa situação inédita: a possibilidade controlar o próprio legislador (CAPPELLETTI, 1993, p. 48). Tal questão, a da omissão legislativa, tomará relevância na discussão do constituinte originário brasileiro de 1988, principalmente ao introduzir-se o conceito de Constituição Dirigente, com a constitucionalização de direitos sociais, e a criação de mecanismo jurídico-processuais para superar essa omissão: ampliação do rol de legitimados para ação de inconstitucionalidade, para incluir representantes da sociedade civil como confederação sindical e entidade de classe, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

2.3 CRISE DO *WELFARISMO*.

A década de 1980 marca um ponto de inflexão na história, tanto em termos de legitimidade quanto do ponto de vista de justiça redistributiva na sociedade. Esse é um período marcado pela chamada “Crise do Estado-providência”⁴⁴ e a ascensão da escola Neoliberal no âmbito econômico com consequências políticas.

Desde a crise de 1929, com quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, que afetou toda a economia do mundo ocidental, que as teses keynesianas se tornaram o paradigma mundial. Ainda que possamos reduzir a importância de Keynes, capaz de explicar apenas um dos possíveis tipos de *Welfare State*, suas teses tiveram importante impacto na Inglaterra, terra-natal de T.H. Marshall, e também nos Estados Unidos. A teoria keynesiana defendia a intervenção estatal na Economia, pois o mercado não seria capaz de sozinho promover o pleno-emprego e fazer uma economia sair de uma espiral de depressão. Porém, suas teses passaram a ser mais fortemente questionadas com um novo tipo de crise para a qual suas ideias não pareciam dar solução: uma combinação de inflação e desemprego: a chamada “estagflação”.

⁴⁴ Nossa proposta não é estudar as possíveis causas da “Crise do Estado-providência” ou até mesmo se houve alguma crise. O estudo é importante apenas no sentido de seu impacto na noção de legitimidade democrática da ação estatal. Por tal motivo, resolvemos adotar a análise de Rosanvallon (1985) sobre a crise do estado providência que, posteriormente, correlacionará esta “crise” com as transformações da legitimidade.

Neste contexto abre-se as portas ao neoliberalismo que tem suas raízes históricas na chamada Escola Austríaca, centralizada na figura do economista Leopold von Wiese, especialmente em seu trabalho “O Valor Natural” (1899). Mas o ideário do neoliberalismo aparece mais delineado no livro “O Caminho da Servidão (*The Road to Serfdom*) de 1944 escrito por Friederich von Hayek onde expõe que o crescente controle do Estado na vida econômica e social levaria uma total perda da liberdade, afirmando que “Apesar de suas boas intenções, a social-democracia moderada inglesa conduz ao mesmo desastre que o nazismo alemão – uma servidão moderna” (ANDERSON, 1995, p. 9). Uma outra vertente do neoliberalismo surgiu nos EUA, a Escola de Chicago, liderada por Milton Friedman, cuja proposta era combater o *New Deal* de Roosevelt. Em 1947 o movimento aflora mais intensamente em uma reunião realizada em Monte Pèlerin (Suíça), formando-se um espécie de “Maçonaria neoliberal”, com ativistas para combater as propostas dos fabianos ingleses, responsáveis pelo Relatório Benveridge, bem como o *Welfare State* europeu e o *New Deal* norte-americano.

Talvez o início da queda do *Welfare State* tenha começado em 1973 com a “crise do petróleo”, como desfecho da Guerra do Yom Kippur entre Israel e os estados Árabes. Em represália ao apoio dos EUA à Israel, os estados Árabes, organizados na OPEP, fazem o preço do barril do petróleo subir 400% em apenas 5 meses (17/10/1973 – 18/3/1974), com um novo aumento de 100% na conferência de Teerã em 23 de dezembro de 1974. Tal situação promoveu um rápido desequilíbrio nas finanças dos Estados, especialmente na conta-petróleo, o que acabou por gerar um surto inflacionário nas economias. Tal fato contribuiu para gerar um desequilíbrio fiscal e, por conseguinte, pôs em xeque o modelo do *Welfare State*, abrindo as portas para o domínio do neoliberalismo.

O diagnóstico neoliberal para a crise era simples: havia ocorrido uma aliança espúria entre uma burocracia estatal voraz – sempre ávida para manter suas funções – e os sindicatos que supervalorizavam os salários dos trabalhadores e demandavam mais gastos sociais por parte do Estado. O resultado, segundo as análises neoliberais, era uma onda inflacionária criada por um Estado demagógico, perdulário, cujos setores produtivos da economia estavam sob a chantagem dos sindicatos. A solução passaria pela supressão do Estado de Bem-Estar, com a redução dos gastos sociais, a diminuição da tributação de empresas, privatização de funções estatais para sua gradual redução a um Estado-mínimo e o esvaziamento do poder dos sindicatos para se criar uma política

de desemprego visando restaurar o “desemprego natural”. Assim, o receituário neoliberal pode ser resumido como:

(...) manter o Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo (ANDERSON, 1995, p. 11).

Hayek defende a liberdade individual que a entende de modo negativo, ou seja, como a área que cada indivíduo pode atuar, livre de ingerências dos outros e do próprio Estado. Mas também parece compreender uma natureza protetora ou defensiva, pois o Estado deve atuar para proteger essa liberdade individual. Porém, Hayek critica virulentamente os direitos sociais que são vistos como incompatíveis com os direitos civis, porque os indivíduos não seriam plenamente livres para gozarem estes direitos em função de precisarem seguir o que foi determinado pelos seus governantes (para implementação dos direitos sociais). Portanto, na visão de Hayek não é possível aplicar os direitos sociais sem que estes destruam simultaneamente os direitos civis. Para o autor, os chamados direitos sociais não deveriam pertencer à ordem jurídica e nem ao campo político, mas, no máximo, à ordem moral.

Uma ordem natural é enxergada por Hayek na sua concepção de mercado, que é contrário a proposta construtivista igualitária que seria a origem da concepção dos direitos sociais. Diante do construtivismo igualitarista que pretende desenhar a ordem social a partir da razão humana (*taxis*) e de leis instituídas (*thesis*), Hayek defende a ordem natural (*kosmos*), não criada nem construída, mas descoberta, bem como a lei inscrita na natureza (*nomos/physis*), em oposição à lei instituída. Porém, a substituição da dupla *taxis/thesis* por *kosmos/nomos* pelo contrário, dizem respeito a uma sociedade liberal, de mercado, entendido este último como uma ordem espontânea de intercâmbios, isto é, uma ordem catalítica compreendida como “tipo especial de ordem espontânea produzida pelo mercado, mediante a ação de pessoas dentro de normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato” (HAYEK, 1985, p. 130-131). Assim, nessa ordem cósmica advinda do mercado, não haveria necessidade de nenhum tipo de planejamento estatal.

A concepção de Estado em Hayek é voltada simplesmente para a defesa das liberdades e dos direitos civis. Qualquer tipo de planejamento econômico seria inútil, não só ao plano econômico em si mesmo, mas para o político porque, como já visto, os direitos sociais acabam por comprometer os direitos civis uma vez que ameaçam a própria liberdade individual pelo fato do Estado impor determinadas escolhas. Assim, a melhor forma de governo é aquela que, com poucas intervenções estatais, favorece o funcionamento natural catalático do mercado.

Em relação à política social, Hayek a condena se esta for vista como uma atividade estatal. Tais assuntos devem ser resolvidos pela própria sociedade, pois se trata de um dever moral e qualquer ação feita pelo Estado pode comprometer a ordem catalática do mercado.

Outro expoente do neoliberalismo é Robert Nozick, que publica sua obra *Anarchy, State and Utopia* em 1974. Nozick cria uma teoria do estado sem estado, ou melhor, uma teoria econômica do não estado. Sua proposta não é definir o limite válido para atuação do Estado a partir do mercado, mas definir um tipo de Estado que seja consubstancial com o próprio mercado.

Nozick parte de um *estado de natureza*, tal como Hobbes e Locke, só que em oposição aos pensadores clássicos, entende não ser necessária a formulação da hipótese de um contrato social que funda um Estado político exterior à sociedade. Assim, o autor pensa na emergência de um Estado mínimo a partir de uma concepção estritamente econômica das relações sociais:

Para explicar fundamentalmente a política a partir do não político é necessário partir de uma situação e mostrar como e por que razão uma situação política emergirá do seu seio, ou partir de uma situação política que será compreendida não politicamente, sendo as suas características derivadas de uma descrição não política (NOZICK, 1974, p. 7 *apud* ROSANVALLON, 1985, p. 65-66).

Assim, para Nozick, nesse estado não-político natural (estado de natureza), os indivíduos têm necessidade de se defender e de proteger suas propriedades, o que os levaria a formarem “associações de proteção mútua”. Porém, essas associações seriam frágeis pois pressupõe uma mobilização permanente de seus membros e de uma unidade interior em face de uma exterior. Há um desenvolvimento natural para “agências de

proteção” como forma de divisão social do trabalho de forma que alguns fornecessem o produto “proteção” e outros que se beneficiam do produto mediante pagamento. Como podem haver várias agências de proteção que atuam no mesmo território, gerando uma atividade de concorrência, seria possível haver um conflito entre as agências pela disputa do mercado. Porém, tal situação levaria como que um regresso ao “estado de natureza” e, portanto, é mais fácil que o processo acabe por conduzir a formação de um monopólio dos serviços de proteção formando uma agência protetora dominante que atuasse num determinado território.

Um problema interessante levantado pela construção de Nozick é que, pelo ideário liberal, um monopólio nunca nasceria da livre-concorrência no mercado, mas sempre de uma violação ao seu funcionamento. Nozick se justifica informando que o serviço de proteção possui um valor relativo, enquanto os demais produtos possuem um valor intrínseco, o que significa que o mercado de proteção é *sui generis*.

Porém, essa agência protetora dominante não é ainda um Estado-mínimo, porque este último é aquele que detém o monopólio do uso da força em seu território, mas que também protege todos que estão em seu território, sendo de natureza redistributiva. Ora, a agência de proteção dominante só protege seus clientes (os que pagam pela proteção). Ocorre que, para fazer seus serviços de proteção valerem, a agência de proteção dominante precisa, na mesma medida que defende seu cliente, invadir a esfera pessoal do não-cliente que também reside em seu território, o que lhe causará um prejuízo. Com base numa regra econômica simples, tal prejuízo deve ser compensado de alguma forma, o que é feito pela oferta de proteção aos não-clientes, o que forma o Estado-mínimo. Assim, o modelo de Nozick permite a construção de um Estado a partir de uma concepção estritamente econômica e individualista das relações sociais, apoiando-se originariamente na ideia de mercado e não numa concepção política para explicar a formação do Estado (ROSANVALLON, 1985, p. 65-69).

Cabe apresentar um modelo de teoria democrática que melhor se coaduna com as propostas neoliberais: a democracia de equilíbrio proposta por Schumpeter⁴⁵.

⁴⁵ Importa ressaltar que tal modelo teórico, proposto por Joseph Schumpeter com a publicação de sua obra *Capitalism, Socialism, and Democracy* em 1942, não corresponde ao período cronológico da

A melhor descrição do modelo Schumpeteriano é “modelo de equilíbrio elitista pluralista” porque as três características são igualmente importantes em sua teoria. É pluralista, pois a sociedade seria composta por diversos indivíduos, cada um conduzido pelos seus próprios interesses individuais, ora se associando com um grupo e ora com outro. É elitista porque atribui à classe política a principal função do processo político. É igualmente um modelo de equilíbrio porque vê que a democracia, em analogia ao mercado, como um sistema de equilíbrio entre oferta e demanda de bens políticos (MACPHERSON, 1978, p. 81).

Para Schumpeter, a democracia é um simples mecanismo para escolher e autorizar governos, não tendo um conteúdo moral intrínseco. E esse mecanismo consiste simplesmente na competição entre dois ou mais grupos políticos (elites) que procuram obter votos que os legitimarão a governar até a próxima eleição. Assim, a função do eleitor não é debater ou decidir problemas políticos, mas apenas escolher representantes que decidirão por ele. Logo, o papel do povo é “produzir um governo” e a democracia pode ser compreendida como “a organização institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio da luta competitiva pelo voto do povo” (SCHUMPETER, 1994, p. 269).

Percebe-se, claramente, sua analogia com o mercado, pois os eleitores são vistos como consumidores de bens políticos que são ofertados pelos políticos profissionais que são uma espécie de empresariado. Ou seja, a democracia é regida por regras de mercado, uma vez que a política pode ser vista como um mercado de bens específicos. A soberania do povo pode ser entendida como uma liberdade de consumir, ou seja, o eleitor equipara-se ao consumidor que possui soberana liberdade de escolher os produtos que irá consumir.

crise do Estado-Providência, mas é contemporânea da de Hayek. Sua importância, porém, se dá pelo fato de ter sido um modelo considerado como bem-sucedido em explicar as democracias ocidentais, ou seja, uma boa teoria de como as democracias são (descritiva), não trazendo nenhum caráter prescritivo (como devem ser). Além disso, e isso nos importa, ela é uma retomada do modelo da “democracia protetora” de Bentham e Mill e, portanto, plenamente compatível com a ideia de mercado. Aliás, não se deve esquecer que Schumpeter era economista e seu modelo político faz analogia com o mercado. Portanto, sua proposta é bastante compatível com as teses neoliberais que iriam dominar com a crise do *Welfare State*.

Da sua analogia com o mercado, percebe-se que também funciona uma espécie de “magia da mão invisível” como aparecia em Adam Smith. Isso porque o modelo de homem pressuposto por Schumpeter é de consumidor-apropriador individualista, sendo que os interesses dos eleitores são diversos – e até contraditórios – e que a única forma de atender a tantas demandas seria um sistema de mercado. Schumpeter reduz o homem político ao *homo economicus* (MACPHERSON, 1978, p. 83-86).

É fácil de perceber que a proposta de Schumpeter não é realmente democrática, até porque se a função do povo é apenas escolher quem governa, então na verdade o povo é o conjunto de governados que serão comandados pela elite eleita. Percebe-se que há uma pressuposição de que o eleitor é irracional (ou pelo menos incapaz para escolhas públicas) e desinteressado nos assuntos públicos, exceto se afetá-lo de alguma forma em particular. O que move o eleitor é o seu auto-interesse. Por outro lado, o eleitor de Schumpeter parece ser suficientemente racional para saber fazer a melhor escolha entre as elites que estão na disputa. Assim como na sua visão do modelo econômico, há uma redobrada atenção ao papel da elite. Para Schumpeter, o motor da história é a elite que impacta a massa inerte da sociedade. Assim, as transformações sociais são sempre promovidas por líderes que possuem qualidades necessárias para promover a mudança. Os líderes até podem mudar, mas não o fato da condução da massa por uma liderança. Aliás, a existência de lideranças e liderados seria algo natural como apresenta Schumpeter em seu *Theory of Economic Development*:

Podemos assumir que todo o homem saudável pode cantar se quiser. Talvez metade dos indivíduos em um grupo etnicamente homogêneo tenha capacidade para isto em um nível médio, um quarto em uma medida progressivamente menor e, digamos, um quarto está acima da média; deste um quarto, através de uma série continuamente crescente de capacidade de cantar e continuamente decrescente em quantidade de pessoas que a possuem, chegamos finalmente aos Carusos (SCHUMPETER, 1949, p. 81 *apud* HEILBRONER, 1996, p. 234).

Mas como essa liderança surgiria? Para Schumpeter, seria a própria competição que faria surgir essa elite com as qualidades necessárias para atender as necessidades da sociedade. Ou seja, seria o próprio mercado. Apesar de Schumpeter acreditar que o capitalismo seja dinamizado não por uma classe social específica, mas por aqueles que são possuidores de um talento especial para a inovação - a elite-, parecendo defender que as inovações são realizadas por uma elite não-capitalista (HEILBRONER, 1996, p.

284), o autor não deixa de esclarecer que, em virtude de ser o resultado do processo seletivo histórico que se submeteu, é a burguesia que melhor “abriga material humano de uma qualidade acima do normal” (SCHUMPETER, 1994, p. 204). Nesse aspecto, a teoria democrática de Schumpeter se aproxima com a proposta de “Aristocracia Natural” de Hamilton.

A analogia que Schumpeter faz da política com o mercado, pode nos levar a questionar a concepção “democrática” de seu modelo. É que o mercado econômico responde otimamente à demanda efetiva, ou seja, as demandas que possuem poder aquisitivo para mantê-las, ou seja, quem tem dinheiro para comprá-las. No mercado político, o poder de compra é, em grande parte, o dinheiro mesmo: dinheiro para financiar um partido político ou um candidato numa campanha eleitoral. Assim, o equilíbrio no mercado político não é um equilíbrio democrático porque ele é um equilíbrio na desigualdade. No fundo, a proposta de Schumpeter, não sendo democrática, é pelo menos “ótima para o mercado” (MACPHERSON, 1978, p. 90).

Outro ponto importante é sobre a apatia política, ou seja, a ausência de participação efetiva dos eleitores no mercado político. A explicação para o fenômeno na visão schumpeteriana seria o resultado de uma decisão maximizante do indivíduo usando de seu tempo entre a participação política e outras coisas que lhe são de seu interesse. Ou seja, haveria outras coisas mais importantes que mereceriam mais sua atenção do que a participação política. Ocorre que podemos entender a apatia política nesse modelo como decorrente da desigualdade social e econômica, uma vez que o eleitor, não tendo reais condições de obter a demanda política que lhe interessa, pode simplesmente não participar porque entende que no fundo não há uma chance de escolha real (MACPHERSON, 1978, p. 91).

Podemos concluir que para Schumpeter a sociedade “democrática” é uma massa indiferenciada, insuficientemente instruída, sujeita a ondas de emoção, fácil presa de manipulações pelas elites e propaganda política. Além disso, é a elite, e não o povo, quem define (*agenda setting*) e decide as questões políticas. Soma-se a isso, a sua ideia de que nem todos os assuntos devem estar ligados ao “método democrático”. Há assuntos do estado que devem ficar nas mãos de especialistas, de uma burocracia especializada, que irá conduzir tais assuntos sob os auspícios da elite política. Para Schumpeter, a concepção clássica da democracia, fundada na ideologia do povo

soberano, trata-se de quimera, mero uso retórico das elites políticas em competição que bajulam os eleitores-consumidores em favor de seus votos. Por fim, a ideia de representação política é essencial no modelo de Schumpeter, uma vez que ela é o suporte necessário para o funcionamento do mercado político, já que a divisão social entre representantes/representados é entendida como o resultado do equilíbrio do mercado obtido pela concorrência das eleições: é o que divide a elite (representantes) da massa indiferenciada.

Com a visão de Hayek, Nozick e Schumpeter, todos baseados numa crença de uma ordem natural promovida pelo mercado, vê-se nitidamente uma espécie de “teologia neoliberal” onde os homens não nascem iguais e nem tendem à igualdade. Aliás, qualquer tentativa de se suprimir as desigualdades é uma violação à própria natureza das coisas, pois qualquer medida realizada para tal fim será inócua, já que as desigualdades fatalmente ressurgirão. A sociedade é um cenário de competição, onde há uma soberania do mais apto, numa espécie de neodarwinismo, onde haverá naturalmente exclusões. Os mais aptos (elite) são a parte dinâmica da sociedade, ou seja, aqueles que promovem as inovações e o desenvolvimento de toda a sociedade. E essa elite é ocupada pelos mais ricos por serem os mais bem-sucedidos no mercado que é uma espécie de “deus” que regula toda a sociedade: estimula a produção, elimina o incompetente e premia o sagaz empreendedor (SCHILLING, 1999, p. 175-179).

Portanto, é uma heresia a proposta do *Welfare State* que só acaba por estimular o parasitismo e a irresponsabilidade social ao tentar implementar políticas sociais, criando direitos sociais para proteção dos setores “menos dinâmicos” aliada a uma burocracia estatal parasitária, gerando uma situação que só serve para pressionar os mais ricos a não usarem de suas habilidades superiores em prol da humanidade. Os neoliberais realmente defendem uma plutocracia.

Porém, para Rosanvallon (1985), a crise do Estado-Providência não seria essencialmente econômica, mas de ordem sociológica, política e até filosófica. Entende o pensador francês que para compreender a dinâmica do Estado-Providência não é possível partir de uma leitura histórica curta. Ou seja, o *Welfare State* não poderia ser compreendido apenas pelo estudo dos movimentos do capitalismo e do socialismo nos séculos XIX e XX. O Estado-providência não é um *ersatz* de socialismo, ou seja, um meio caminho entre capitalismo e socialismo, um espaço criado pela social-democracia.

Propõe Rosanvallon uma leitura histórica mais ampliada partindo da proposta de T.H Marshall: “Os direitos econômicos e sociais surgem naturalmente como um prolongamento dos direitos cívicos” (ROSANVALLON, 1985, p. 20). Assim, o movimento democrático não faria mais do que reivindicar a completude dos direitos de cidadania para todos os indivíduos ao incluir o direito de proteção econômica. Nesse ponto é que relembra que o Estado moderno clássico, construído entre os séculos XIV e XVIII, pode ser definido como um Estado-protetor que é justamente a característica que o distingue das formas políticas anteriores.

Tanto Hobbes quanto Locke, com sua ideia de estado de natureza e o advento de um contrato social, entendem que a principal finalidade do Estado é a de proteção, seja da vida do indivíduo (Hobbes) ou de sua propriedade (Locke), haja visto que a propriedade pode ser compreendida como um fator redutor da incerteza e produtor de segurança. O Estado-Providência é um prolongamento mais sofisticado do Estado-protetor. Porém, a passagem do Estado-Protetor para o Estado-Providência acompanha um movimento pelo qual a sociedade deixa de se pensar a partir do modelo de corpo (social e político) para uma concepção de mercado. O Estado-providência visa substituir a incerteza da providência religiosa pela de providência estatal com a ideia de seguro social que nasce da matemática probabilística estatística.

Para Rosanvallon, a crise do Estado-Providência teria três explicações possíveis: 1) a dúvida sobre o valor “igualdade” como uma finalidade social; 2) a crise da solidariedade mecânica; 3) a crise do compromisso keynesiano.

No percurso democrático de ampliação da cidadania, com ampliação dos direitos civis e posteriormente direitos políticos, o processo sempre demandava uma busca de igualdade que se traduzia pela aplicação da mesma norma estatal para todos. Assim, o “valor-igualdade funcionou intelectualmente sem problemas – o que não significa sem lutas sociais intensas -, enquanto se tratou de inscrever numa norma jurídica, civil (igualdade para todos perante a lei) ou política (sufrágio universal)” (ROSANVALLON, 1985, p. 30). Ou seja, a luta pelos direitos civis e políticos se traduzia pela busca da mesma norma jurídica. Mas a questão da igualdade econômica é diferente pois trata-se de um percurso de redução das desigualdades econômicas sem a fixação de uma igualdade identitária como ocorria nos outros dois casos. Portanto, ao mesmo tempo que todos concordam com a redução das desigualdades econômicas,

ninguém pretende uma igualdade identitária no domínio econômico: esse é o paradoxo das sociedades democráticas. A sociedade se pergunta: a igualdade é um valor que ainda tem futuro? É esse questionamento que abre uma das vertentes da crise do Estado-Providência (ROSANVALLON, 1985, p. 27-32).

Há também uma crise da solidariedade mecânica do *Welfare State*. Na sua atuação de redistribuição, o Estado-Providência substitui o “face-a-face” entre indivíduos e grupos, tornando-se uma fria máquina indenizatória e, simultaneamente, encobrindo as relações sociais que subjazem às suas operações. Há um desencaixe da solidariedade do tecido social, praticamente eliminando o intermédio social e diminuindo a visibilidade dos próprios problemas sociais. Neste sentido, é interessante observar que tanto o Estado-Providência quanto as teorias neoliberais parecem adotar uma concepção de solidariedade mecânica, já que este último, ao reduzir o homem social ao *homo economicus* entende que o mercado é capaz de dar conta do processo bem como também promove a invisibilidade das relações sociais. Portanto, seria uma crise de fundo sociológico (ROSANVALLON, 1985, p. 33-39).

O paradigma keynesiano é mais do que simplesmente de ordem econômica, mas também um compromisso social. Tanto para Marx quanto para Keynes o mundo econômico é resultado das relações entre capital e força de trabalho. Só que enquanto para Marx a contradição permanente (lutas de classes) poderia encontrar uma resolução somente temporária, Keynes enxerga a possibilidade de um equilíbrio econômico-social relativamente estável. Há um compromisso social que liga o capital e os sindicatos de forma que a classe operária aceita não questionar as relações de produção (propriedade privada) em troca de um Estado que promova uma justiça redistributiva. É esse compromisso social que caracteriza o Estado-Providência desenvolvido pela social-democracia. No momento em que o paradigma keynesiano não dá solução para um tipo diferente de crise econômica, rompeu-se esse compromisso social (ROSANVALLON, 1985, p. 39-45).

Vê o pensador francês que a crise do *Welfare State* é muito mais profunda do que apenas uma crise econômica. E, por isso, entende que o neoliberalismo apenas pode subsistir como uma “crítica da crítica da economia do mercado”. Porém, a grande crise, que ainda não foi resolvida, é o fato de o liberalismo vivenciar um paradoxo: ao mesmo tempo em que se apoia na ideia de que o mercado é capaz de autorregular a sociedade,

não consegue se desvencilhar da concepção do Estado-protetor que é uma formulação política. Ou seja, não há uma verdadeira teoria liberal que explique o fenômeno social exclusivamente por meios econômicos (mercado) sem que seja necessário recorrer a uma instância política (ROSANVALLON, 1985, p. 54). Nesse aspecto, Nozick teria conseguido ir mais longe ao tentar usar concepções exclusivamente econômicas para explicar o surgimento do Estado.

Portanto, o pensamento liberal busca criar um mecanismo de justiça distributiva que substitua a ideia de necessidade de um Estado redistribuidor, que é o caso do Estado-Providência. Se por um lado a troca mercantil parece ter resolvido a questão da justiça comutativa - pois as leis do mercado são as mais justas porque se baseiam em relações equilibradas de valor-, o modelo liberal ainda está em aberto em relação à justiça redistributiva, pois parece que a categoria “mercado” não é capaz de promovê-la. Não é a toa que John Rawls tenha feito um significativo esforço em sua Teoria da Justiça para tentar resolver este problema.

Em comum no pensamento dos neoliberais está o fato de uma tentativa de negação do político:

(...) é a própria ideia de espaço político que se torna vazia de sentido. O político já não pode ser compreendido como o aspecto no qual a sociedade reflete as suas próprias divisões como num espelho, para as trabalhar na sua plena visibilidade. O político existe apenas como meio das ações individuais (ROSANVALLON, 1985, p. 83).

Há um esforço dos liberais em negar o social⁴⁶ e dissolver a categoria do político e substituí-la por uma de “natureza” ou de “razão” (ROSANVALLON, 1985, p.

⁴⁶ Rawls acaba aceitando essa crítica sobre sua Teoria da Justiça e promove um novo esforço em seu Liberalismo Político (2000) onde tenta criar uma teoria política da justiça. Porém, como todo liberal, dá ênfase ao individualismo, já que se por um lado a sociedade não é apenas uma associação (de indivíduos), também não é uma comunidade (que compartilha uma mesma identidade) (RAWLS, 2000, p. 84-87). O pensamento liberal cria uma cisão entre o privado e público o que é criticado pelos comunitaristas justamente por ser difícil separar a esfera pública da esfera privada. As concepções morais não parecem se limitar à esfera privada, já que há certas visões morais que incluem uma visão global do indivíduo inserido em suas escolhas públicas. Essa cisão cria a “esquizofrenia do sujeito liberal”, ou seja, pessoas com uma espécie de dupla personalidade: uma hora a de homem (indivíduo) outra de cidadão (ser inserido na comunidade) (LOIS, 2005, p. 25-26).

83). Portanto, as teses neoliberais são a tentativa de criação de uma Teoria Econômica do Não-Estado, aqui o Estado compreendido como uma categoria política.

Insta observar que esta redução do político a um mecanismo, como proposto pelos liberais, acaba por desembocar numa apologia à unanimidade o que de certa forma está em confronto com a própria regra máxima de tomada de decisão das democracias: a regra da maioria. Ora, a necessidade da regra da maioria significa a existência mesma de divergências, que se incompatibiliza com a concepção de uma situação “ótima de Pareto” estabelecida pelo mercado e revela uma instância do político. Por outro lado, a regra da maioria possibilita a redução da divergência numa unanimidade artificial. O esforço teórico da razão liberal parece ser simplesmente a de substituir a razão democrática (ROSANVALLON, 1985, p. 83).

Como veremos, tal situação terá amplo impacto na legitimidade já que a apologia à unanimidade e a ideia de equilíbrio de mercado (estabilidade no tempo) irão criar as principais ficções fundantes das democracias liberais: “a parte vale pelo todo” e a escolha eleitoral é um equilíbrio “duradouro” ao longo de um mandato eleitoral.

3. JUDICIÁRIO E A LEGITIMIDADE DA REFLEXIVIDADE

3.1 TRANSFORMAÇÕES DA LEGITIMIDADE.

Rosanvallon (2011), em sua obra “Legitimidade Democrática”, nos leva a percorrer aspectos da história da democracia moderna na experiência ocidental. O pensador francês nos recorda que a democracia representativa se assenta em duas ficções fundantes: 1) “que uma parte vale pelo todo”; e 2) “que o momento das eleições vale pela integralidade do mandato”.

O pensador francês faz-nos recordar que a democracia acaba confundindo um princípio de justificação (legitimidade) com uma técnica de tomada de decisão (regra da maioria). Isso nos leva a acreditar que a “vontade geral” do povo pode ser tomada de forma monolítica. Argutamente, observa Rosanvallon que “povo” e “nação” são palavras tratadas no singular e não no plural, o que reforça a ideia de que “povo” significaria a totalidade da sociedade (ROSANVALLON, 2011, p.2)

Investiu-se muito no ritual das eleições como a apoteose do povo, principalmente buscando-se a universalização do voto. Porém, a desilusão com a democracia prevaleceu no período de 1890-1920, quando o sistema eleitoral majoritário foi duramente criticado, perdendo sua credibilidade na sua capacidade de conseguir expressar os interesses de toda a sociedade. (ROSANVALLON, 2011, p. 3). O “povo” ou a “nação” acabaram por se desencantar com o sistema representativo. Isso se deu principalmente porque o sistema partidário, que não havia sido previsto por nenhum dos teóricos da democracia, passou a ser o centro da vida política. O Legislativo, que havia sido idealizado como o “templo da razão pública” no qual os representantes do povo debateriam sobre o interesse geral, acabou se desenvolvendo num sistema de barganha para atender interesses pessoais. Respondendo a esta perda de confiança neste período de 1820-1920, o “povo” buscou experimentar novas formas de reviver o ideal democrático, inclusive procurando experimentar regimes totalitários.

Os Estados cresceram e se fortaleceram. E isso serviu para reformular os princípios democráticos de governo: a máquina burocrática passou a ser vista como uma força de realização do “interesse geral”. O modelo de serviço público, desenvolvido na

França, e o modelo de administração racional, dos Estados Unidos, serviram para tornar realidade esta concepção. Uma concepção de um “corporativismo universal”, onde os burocratas se tornariam “interessados desinteressadamente” na busca pelo interesse geral. O conhecimento científico dos burocratas seria utilizado para se conseguir promover o bem-estar social para além das paixões partidárias (ROSANVALLON, 2011, p. 3).

Paulatinamente, sem que realmente houvesse uma concepção teórica desta mudança, as democracias passaram a se pautar em uma dupla legitimidade: o sufrágio universal e a administração pública. Há uma história da relação entre Política e serviço público. Pode-se usar os Estados Unidos e a França como exemplos, já que foram os dois primeiros países a instituírem o sufrágio universal. A democracia sempre descansou na concepção de que as instituições deveriam ser estritamente comandadas pela soberania popular que, sozinha, era capaz de determinar aquilo que seria considerado “interesse público”. Mas o final do século XIX e o início do XX, uma grande transformação ocorreu, pelo descrédito crescente da população no sistema representativo e nos partidos políticos, que deixaram de ser vistos como capazes de apreender o “interesse público”. A influência política sobre a nomeação e destituição de cargos na administração pública foi duramente criticada e percebida como uma privatização dos assuntos públicos (ROSANVALLON, 2011, p. 35-37). Assim, promoveu-se o fortalecimento e independência do serviço público, criando um poder “objetivo”, identificado com o interesse geral contra o vírus da corrupção e o veneno do partidarismo político. O serviço público encarnou o “poder administrativo objetivo” (ROSANVALLON, 2011, p. 47-48).

Léon Duguit foi quem deu o formato teórico desta concepção na seara do direito. Descendo da tradição romana, Duguit explica que o poder político era entendido como *imperium*, mantendo a mesma concepção de “possuidor individual”, tal como o sujeito de direito possuía o *dominium* sobre sua propriedade privada. Duguit rejeitou essa concepção, não concebendo a soberania popular como uma “suprema entidade coletiva” (um sujeito coletivo) que exercia o poder público tal como um sujeito individual exercia seu direito privado. Tal ideia foi substituída por uma concepção objetiva: o serviço público deveria substituir o conceito de autoridade. A legitimidade desse poder administrativo objetivo derivaria da sua ação na concretização de uma vontade não subjetiva, mas objetiva (a lei). Para Duguit, o Estado era uma federação de

serviços públicos com o objetivo de organizar a sociedade visando servir o interesse público, e o servidor público não era um empregado de um ente coletivo, mas agente que servia ao bem comum (ROSANVALLON, 2011, p. 38-40). Essa

Já nos Estados Unidos, Woodrow Wilson e Frank Goodnow foram responsáveis pelo movimento da “Administração Racional”. A proposta era criar uma nova ciência para o “governo prático”, distinguindo a política (*politics*) da administração pública. Revendo a clássica teoria da separação dos poderes, Goodnow enuncia que o reino da política se limita ao Legislativo e as normas constitucionais, enquanto o Executivo opera na esfera administrativa. Se a essência da política é expressar a “vontade geral”, a essência da Administração Pública é buscar a eficiência e racionalidade. Foram essas concepções que abriram espaço para o desenvolvimento da “nova ciência” que era a *policy science*: o estudo das Políticas Públicas (*public policies*) (ROSANVALLON, 2011, p. 43-45). A burocracia deixou, então, de ser um mero instrumento para o exercício do poder político. Ganhou autonomia, baseada na competência.

Apesar de uma falta de teorização sobre essa legitimidade do serviço público, ela foi essencial no pós-segunda guerra, justamente por ser o cerne dos serviços públicos que compunham o Estado-providência. Frisamos o aspecto da temporalidade dessa legitimidade do serviço público que atuava no longo-prazo. Se a legitimidade política estava circunscrita aos ritmos das eleições (médio-prazo), não era o caso da legitimidade do serviço público. Os mais longos mandatos não eram capazes de lidar com os problemas essenciais de uma Nação. Os políticos chegavam e iam embora. O serviço público permanecia. Por isso, o servidor público era visto como um “sacerdote do longo-prazo” (ROSANVALLON, 2011, p. 52-53)

As duas legitimidades se fundaram em dois rituais: o das eleições de um lado e dos concursos públicos (exames competitivos) do outro. As eleições são um método “subjetivo” de escolha, governado pelos interesses e opiniões; já o concurso público é um método “objetivo”, proveniente da seleção dos indivíduos mais competentes⁴⁷. O

⁴⁷ Segundo Rosanvallon (2011, p. 4), no caso francês, o sufrágio universal e o serviço público passaram a ser as duas características essenciais da ideologia republicana: Os “Mandarins Jacobinos” do alto-escalão do serviço público, juntamente com os representantes do povo, foram os responsáveis pela construção da República Francesa.

interessante é observar que juntamente com a legitimidade das eleições, emergiu um segundo tipo de legitimidade; uma legitimidade pela identificação com a generalidade social⁴⁸. Estas duas formas justapostas de legitimidade – procedural (eleições) e substantiva (serviço público) – deram certa estabilidade às democracias ocidentais do século XX; pelo menos até os anos 1980 (ROSANVALLON, 2011, p. 4). Foram essas duas legitimidades que sustentaram o Estado-Providência.

Após os anos 1980, a legitimidade das urnas sofreu uma diminuição do seu prestígio pelo que Rosanvallon chama de “dessacralização”. Nos áureos tempos do sistema representativo, as eleições conferiam ao vencedor um mandato no qual se podia governar livremente. Ou seja, assumia-se que futuras políticas públicas estariam sendo implicitamente escolhidas no momento da decisão nas urnas ao se aderir a um partido político que possuía um definido programa partidário. Mas isso não se deu mais assim, de forma que os votos das urnas não concediam ao eleito a legitimidade para as políticas públicas que seriam formuladas posteriormente. As eleições passaram a ser somente uma forma de escolher quem governa e não necessariamente como se governa (ROSANVALLON, 2011, p. 4). Eleger um político não é lhe conceder “um cheque em branco”, legitimando-o para tomar qualquer decisão e promover qualquer ação.

O conceito de “maioria” se alterou. Apesar de ter permanecido o mesmo em termos legais e políticos, não se pode mais dizer o mesmo em termos sociológicos. O “interesse do grande número” não pode ser mais identificado com o de “maioria”. O “povo” não podia ser mais apreendido como uma massa homogênea. Do mesmo jeito, “minorias” não significam mais “o menor número”. Em verdade, o “povo” passou a significar o plural de minoria. (ROSANVALLON, 2011, p. 4).

Assim, a crise do Estado-providência dinamita as duas legitimidades das eleições e do serviço público. Vejamos. Como o povo não é mais visto como uma massa homogênea, rompe-se um dos pressupostos da democracia schumpeteriana que tão bem parecia explicar o funcionamento das democracias liberais. A apatia política, entendida como a crescente diminuição da participação no processo eleitoral – a dessacralização

⁴⁸ Na leitura de Rosanvallon, podemos entender que dentro de uma das ficções geradas pelo sistema representativo – que uma parte vale pelo todo – a sociedade estaria em busca de uma forma de se “integralizar”, ou seja, uma forma de resgate da identidade com o todo social que teria sido fragmentada pela regra da maioria.

das eleições -, com altos índices de abstenções, votos nulos e brancos, é uma tendência em todas as democracias do mundo. Trata-se de um fenômeno mundial⁴⁹.

Também não teve boa sorte a legitimidade da administração pública. A retórica neoliberal teve importante papel em danificar a credibilidade do Estado e em procurar substituí-la pela do mercado como o novo regulador do bem-estar. Assim, os servidores públicos não seriam os únicos portadores das virtudes da racionalidade e da imparcialidade. A concepção de burocratas “benevolentes” administrando a sociedade se tornou inaceitável sociologicamente (ROSANVALLON, 2011, p. 4).

As duas legitimidades – eleitoral e do serviço público – implodiram por conta de duas transformações sociais importantes. A primeira é a chamada “condição pós-moderna”, que trata da percepção que o ser humano passou a ter em relação à História. Sua percepção do futuro passou de “progresso” para “risco”. A segunda grande mudança advém de novas formas sociais, com o advento de um novo individualismo ou do capitalismo pós-fordista. Para Rosanvallon, teria surgido “nova era do particularismo”, da qual as duas transformações acima seriam consequência.

O “valor de uso” e “valor de troca” foram duas categorias usadas por Karl Marx para explicar como o Capitalismo conduziu um processo de generalização-reificação do ser humano. Assim, toda a variedade de relações possíveis entre o homem e as coisas (valor de uso) foram reduzidas pelo capitalismo no conceito de valor de troca. Esse processo de generalidade tinha o objetivo de permitir a substituição de um ser humano por outro, afastando-se as particularidade para criar uma generalização: as particularidades dos trabalhadores reduzidas pela generalidade da intercambiável força de trabalho. E essa redução das particularidades do trabalhador permitia a formação de uma categoria genérica: a classe trabalhadora. Surge uma identificação entre si desses trabalhadores, pois todos são submetidos a exploração e a baixa remuneração. Por isso, para Marx, a emancipação do homem passava pela volta à particularidade. Importa observar que o *Welfare State* também lida de forma similar, criando riscos sociais objetivos, procurando atender grupos sociais homogêneos (ROSANVALLON, 2011, p. 61-62).

⁴⁹ Já em bem conhecida a questão da apatia nos estudos da Ciência Política. Sugerimos os estudos de Inglehart (2004) para uma visão mundial e de Moisés (2010) para a América Latina. Para uma visão

Mas na década de 1980 surge uma nova “economia da particularidade” que atinge as formas de produção, de consumo e de organização do trabalho. Por parte do consumo, muda-se de mercadorias *standardizadas* para mercadorias *customizadas*. A noção central não é quantidade, mas qualidade. Por parte da produção, promove-se a especialização e segmentação do mercado, na busca da singularização de produtos. E a genérica “classe trabalhadora” parece sumir diante dos inúmeros novos tipos de trabalhadores necessários para essas mudanças na forma de produção. O trabalhador de hoje precisa ter uma gama de habilidades diferentes e investi-las no seu trabalho sem um guia externo, dando-lhe margem à autonomia. Parece um retorno ao “valor de uso”, pois as particularidades do trabalhador é que lhe garantem a sua empregabilidade. Surge uma nova “sociedade da particularidade” (ROSANVALLON, 2011, p. 62-64).

Com o colapso das duas legitimidades, surgiu a necessidade do aparecimento de outras formas de legitimidade. Especificamente, surgiram três formas menos diretas de se obter a generalidade: 1) a legitimidade da imparcialidade; 2) a legitimidade reflexiva; 3) a legitimidade da proximidade.

A legitimidade da imparcialidade está relacionada com uma forma de se obter a generalidade mediante um distanciamento da particularidade através da construção racional de um ponto de vista sobre um determinado assunto. Trata-se de uma generalidade negativa, ou seja, advinda de uma variável estrutural (independência) e de uma variável comportamental (distanciamento e equilíbrio). É este mecanismo que permite que determinadas instituições possam supervisionar ou regular as atividades dos outros. Esta é a legitimidade que se pode atribuir às agências reguladoras e, no caso do Brasil, ao Ministério Público. A legitimidade reflexiva está relacionada com a obtenção de uma generalidade mediante a multiplicação (generalidade da multiplicação) das diversas expressões da soberania social, ou seja, adotar formas mais complexas de exercício da democracia e para compensar a falha da regra da maioria na obtenção da vontade geral. Segundo o pensador francês, são as Cortes Constitucionais o melhor exemplo deste tipo de legitimidade reflexiva. Por fim, teríamos a legitimidade da proximidade que é relacionada com a obtenção da generalidade mediante a consideração de que a sociedade é composta por uma miríade de situações especiais. É a

generalidade pela a atenção ao particular, onde o governo não se esquece de ninguém e que se envolve com os problemas de todos (ROSANVALLON, 2011, p. 6-7).

Assim, estas três novas legitimidades podem ser definidas pelas suas “qualidades”, enquanto as tradicionais formas de legitimidade (eleições e o concurso público) são caracterizadas por um *status*. Enquanto que as três novas legitimidades são de certa forma “condições precárias”, que estão sujeitas a mudanças de acordo com a percepção das ações e comportamentos das instituições pela população, as legitimidades tradicionais conferiam um *status* se sobrevivessem aos seus respectivos “testes” das eleições ou do concurso público. Assim, em contraposição as legitimidades tradicionais, que são eminentemente estáticas, as novas três legitimidades são eminentemente dinâmicas. Além disso, as legitimidades tradicionais estavam ligadas a uma legitimação pela conformação a uma certa norma (procedimento). Já as três novas legitimidades são híbridas, pois incluem a “conformação pela norma”, mas também um reconhecimento social.

A legitimidade democrática existe quando os cidadãos acreditam no seu governo. Assim como na confiança entre indivíduos, a legitimidade é uma “instituição invisível”. Isso porque, na relação entre quem governa e quem é governado, a legitimidade implica não só a ausência de coerção, mas uma tessitura de relacionamentos entre governo e sociedade. Portanto, podemos compreender a legitimidade como uma “instituição invisível” bem como um “indicador sensitivo”.

Com base nas transformações da legitimidade democrática, podemos recolocar o problema da dificuldade contramajoritária que decorre do fato das decisões das Cortes Constitucionais parecerem introduzir um componente contramajoritário nos sistemas democráticos do mundo ocidental. Ou seja, estes Tribunais são, através das ações constitucionais de invalidação das leis por inconstitucionalidade, capazes de derrubarem decisões assentadas em maioria parlamentar, parecendo colocar em xeque o cânone de decisão democrática assentada no princípio da maioria. Isso acarretaria uma espécie de “déficit democrático do Judiciário”, já que os magistrados não são eleitos.

O dilema tem sido abordado de forma diferente, a partir da concepção do que seria uma “sociedade plural”. Para os liberais, a Constituição é compreendida como uma garantia do indivíduo, ou seja, como uma proteção da liberdade individual em face das

deliberações políticas. A ideia é resguardar a pluralidade de projetos de vida possíveis, ideia mesma que comporia a democracia. Decorreria dessa visão liberal, a adoção de procedimentos necessários para a sociedade tomar decisões coletivas, sendo que sociedade é entendida como uma associação de indivíduos, cada um com seu projeto de vida igualmente importante.

Os liberais podem apresentar duas propostas para abordar a dificuldade contramajoritária. A primeira, manter intocado o princípio da maioria, o que permitiria dizer que somente o Legislativo estaria legitimado e seria a instância final decisória da sociedade. Ao Judiciário caberia o papel de verificar se os procedimentos majoritários ocorreram como estabelecidos na Constituição. Havendo alguma inconsistência com o procedimento, o Judiciário estaria legitimado a agir. A segunda abordagem seria entender que a Constituição estabelece que os direitos fundamentais são valores supremos, até mesmo superiores a deliberação democrática majoritária e antecedendo à sociedade política (BAVARESCO; SCHMIDT; CHRISTINO, 2005, p. 346-347). Iremos propor uma terceira possibilidade.

O problema da dificuldade contramajoritária pressupõe que a decisão parlamentar estaria situada no mesmo espectro da decisão judicial. Ou seja, ambas constituem polos opostos de uma mesma escala, sendo que a decisão parlamentar é democrática por que seus membros são eleitos. Já a decisão judicial não é democrática, pois os juízes não passam pelo procedimento eleitoral. Ou seja, são dois polos distintos, irreconciliáveis, e que competem entre si ao tomarem decisões que afetam a sociedade, numa espécie de jogo soma-zero (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011, p. 152).

Assim, as eleições seriam sinônimo de legitimidade democrática. Aqui percebe-se nitidamente o caráter sacramental que o procedimento eleitoral teria assumido. As eleições são, a partir da Revolução Francesa, mais que um simples procedimento. Trata-se de uma questão simbólica, pois é um “sacramento da igualdade” (ROSANVALLON, 2011, p. 156).

Como vimos, a confusão entre um princípio de justificação (legitimidade) e uma técnica de tomada de decisão coletiva (regra da maioria) geraram as ficções

fundantes da democracia: 1) que uma parte vale pelo todo; e 2) que o momento das eleições vale pela integralidade do mandato. Isso nos leva a acreditar que a “vontade geral” do povo pode ser tomada de forma monolítica, daí que “povo” e “nação” são palavras tratadas no singular e não no plural, o que reforça a ideia de que “povo” significaria a totalidade da sociedade (ROSANVALLON, 2011, p. 2-4).

A grande transformação da natureza do mandato parlamentar contribuiu para a formação da legitimidade reflexiva. Inicialmente o mandato parlamentar se igualava ao contrato de mandato do direito civil, onde o representante age nos estritos limites dos interesses do representado: o mandato imperativo. Só que outra concepção foi introduzida: a de mandato fiduciário. Nesta modalidade, o representante (político eleito) não está vinculado juridicamente ao eleitor. Assim, o político não seria um representante de um grupo de eleitores, mas um representante do povo, bem como o interesse do representado se transmuta em simples opinião pública. A ideia de um mandato fiduciário, que não vincula o político eleito e o isenta de responsabilidade jurídica, foi tão bem sucedida que o mandato imperativo passou a ser expressamente proibido em diversas constituições europeias do século XIX e XX, tais como Bélgica, Itália, Áustria, Alemanha, Holanda e Dinamarca (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 248). Por outro lado, a contrapartida da perda do mandato imperativo foi a concessão do direito de petição ao cidadão que nasceu como uma compensação e complementação do direito de sufrágio. Assim, peticionar não era apenas uma defesa de interesses particulares, mas poderia ser usado na defesa de interesses da coletividade. Porém, a partir de 1848, com o sufrágio universal e com o um Judiciário identificado como reduto da aristocracia, o direito de petição acabou perdendo sua conotação política (ROSANVALLON, 2000). Portanto, historicamente, o acesso ao Judiciário já foi considerado como uma das soluções para a perda do liame governantes-governados.

Essa transmutação para uma natureza fiduciária do mandato eleitoral promoveu a ligação de duas qualidades de natureza distintas: a legitimidade e a confiança. Enquanto a legitimidade adquiriu um caráter eminentemente estático, pois está ligada simplesmente a um *status* aferido após o procedimento eleitoral válido, a confiança é um conceito dinâmico. Dai, é importante observar que a confiança da população num governante pode variar ao longo de todo o seu mandato, podendo-se questionar se este

estaria legitimado em todas as suas ações. O mandato fiduciário introduz a “entropia representativa”, ou seja, uma degradação natural na relação de confiança entre eleitos e eleitores ao longo do mandato eleitoral. Esta erosão da confiança tem dado margem ao surgimento de uma “reserva de desconfiança” por parte do eleitorado, reserva esta que tem sido concretizada por meio de uma organização de contra-poderes sociais informais (ROSANVALLON, 2006, p. 13).

Essa desconfiança, historicamente, tomou duas vias distintas: uma liberal e outra democrática. A desconfiança de viés liberal é aquela teorizada por Montesquieu e concretizada pelos *Founding Fathers* norte-americanos que acabaram por enraizá-la em sua Constituição. Benjamin Constant distinguia uma “desconfiança antiga”, aquela oriunda do receio aos poderes absolutos, de uma outra que é a “desconfiança moderna”, que nasce do receio dos possíveis erros cometidos pelos regimes democráticos. Constant teria evocado o “terrível exemplo” de Robespierre, deixando claro que o que se deseja limitar é a própria democracia. O constitucionalismo nasce desta desconfiança de viés liberal e, por isso, Constant chega a declarar que “toda boa constituição é um ato de desconfiança”. Em resumo, a desconfiança moderna é uma suspeita em relação ao poder popular, um temor aos seus erros e uma resistência ao sufrágio universal (ROSANVALLON, 2006, p. 12).

Mas é possível outro tipo de desconfiança, uma com viés democrático, cujo objetivo primeiro é velar para que o exercício do poder pelos políticos eleitos seja fiel à vontade popular. É justamente este tipo de desconfiança democrática que é origem da Contrademocracia. Esta desconfiança se organiza principalmente em três modalidades: o poder de vigilância, o poder de veto e o poder de julgar. Assim, ao lado da democracia representativa, surgem estes três contrapoderes que compõem a Contrademocracia (ROSANVALLON, 2006, p. 14-15).

A Contrademocracia surge como uma duradoura democracia da desconfiança, enquanto a tradicional democracia representativa construiu seus cânones com base na confiança exercida na episódica democracia eleitoral. Contrademocracia é um conceito que significa uma forma de exercício da democracia como uma espécie de contraforte ou botaréu. Assim como um contraforte na arquitetura serve para reforçar um muro ou parede, mediante a aplicação de uma força contrária ao próprio muro que procura

sustentar, a Contrademocracia reforçaria a democracia, mesmo que realizando uma força de oposição à democracia representativa (ROSANVALLON, 2008, p. 8).

Tal questão é muito relevante no caso brasileiro, pois nós temos índices de confiança no Legislativo cada vez menores⁵⁰, bem como governadores de estado com baixos índices de confiança. A Contrademocracia costuma se instalar em lugares onde há baixos índices de confiança nas instituições representativas.

Parece interessante a proposta que vê no *judicial review*, advindo do princípio da separação de poderes de Montesquieu, um processo de *accountability* horizontal (entre os poderes) de forma que haja uma “separação da soberania”. Essa proposta seria um resquício do pensamento pré-moderno, uma visão aristocrática, e não estaria em compasso com a democracia. Já a proposta da soberania parlamentar, baseado no princípio democrático de soberania popular, institui uma *accountability* vertical, de forma que há um controle de baixo para cima: o povo controla o parlamento que, por sua vez, controla o governo (MAUS, 2010, p. 29).

Ocorre que no modelo da democracia parlamentar, há que se perguntar quem é esse “povo” que supostamente controla o Legislativo. Durante quase toda a história da democracia moderna, cidadão e povo foram conceitos com significados diferentes. A concepção de cidadão sempre foi muito restrita, abarcando uma parcela muito pequena da população. Exigia-se algum critério para a capacidade eleitoral ativa –participar das eleições na condição de eleitor (*ius suffragii*)- e outro mais restritivo para a capacidade eleitoral passiva –participar na condição de candidato (*ius honorum*). Estes requisitos normalmente englobavam alguma condição econômica, seja uma determinada extensão

⁵⁰Segundo o IBOPE, entre 18 instituições avaliadas, o Congresso Nacional e os Partidos Políticos são as instituições que ocupam a pior avaliação nas pesquisas. Tal informação pode ser avaliada pelo “Índice de Confiança Social” — medido numa escala de 0 a 100 para avaliar as oscilações de confiança da população brasileira com as instituições —, o Congresso Nacional apresenta um dos piores desempenhos, tendo obtido a pontuação 35 no ano de 2009, 38 em 2010, regredindo para 35 em 2011, subindo para 36 em 2012 e reduzindo para 29 em 2013, ganhando apenas dos Partidos Políticos (31 em 2009, 33 em 2010, 28 em 2011, 29 em 2012 e 25 em 2013), o que aponta para uma desconfiança popular em relação ao nosso Legislativo. A média do Índice de Confiança Social nas instituições tem progressivamente se reduzido ao longo dos anos: 58 em 2009, 57 em 2010, 55 em 2011, 54 em 2012 e 47 em 2013 (NÚÑEZ, 2013).

de terra, renda ou capital, de forma que excluía a grande massa da população rural e os trabalhadores urbanos. Há que se lembrar que os direitos políticos eram deficientes em distribuição, ou seja, eram um monopólio de poucos. Um pequeno grupo possuía os direitos políticos incorporados ao seu *status* de cidadão (daí a dicotomia cidadãos ativos e passivos). Na maior parte da história democrática, os direitos políticos não estavam incluídos nos direitos de cidadania. Mediante as lutas sociais, houve uma lenta e gradual evolução pela conquista dos direitos políticos que só se ultimou no século XX (MARSHALL, 1967, p. 69-70).

Porém, isso não impediu que o Legislativo se identificasse como democrático, graças a fórmula “Representantes do povo” criada por Mirabeau. Carré de Malberg explica que tanto a Declaração de 1789 quanto a Constituição de 1791, estabeleceram uma desigualdade entre os Poderes Legislativo e Executivo. Era como se no momento da elaboração da lei pelo corpo legislativo, estivesse presente o próprio povo soberano. O corpo legislativo era a encarnação do próprio povo. É por isso que o Legislador, como se fosse o próprio povo, deveria interpretar a lei em caso de dúvida e não o Poder Judiciário: *Ejus est interpretari, cujus est condere* (MALBERG, 1974, p. 202). Surge o mito do legislador como encarnação do próprio povo. É o Legislativo “boca do povo”.

O ponto é que essa concepção de soberania indivisível foi responsável pelo “monismo político”, ou seja, não podia haver nenhuma outra instância ou mecanismo legítimo para representar o povo. A vontade do povo dispersa na sociedade era unificada no parlamento, ou melhor, somente o Legislativo tinha a capacidade de traduzir a vontade geral do povo em algo concreto, pois não haveria nenhuma outra instituição capaz de fazê-lo. Não muito diferente é a ideia de um Executivo forte que adota um monismo identitário com o povo contra a “oligarquia do Legislativo”, aliás, que foi importante para solidificar o sufrágio universal como ocorreu sob a presidência de Andrew Jackson (VILE, 1967, p. 173). Nessa linha, houve um fortalecimento do Poder Executivo que também passa a ser visto como a única instituição capaz de traduzir a

vontade popular que, ao radicalizar tal concepção, pode-se desenvolver tanto uma situação de totalitarismo quanto de populismo⁵¹.

Mas para compreender a nova legitimidade reflexiva que é concedida ao Poder Judiciário, é necessário compreender as pluralidades temporais da política, o que nos levará a compreender a democracia como um regime temporal.

Uma contribuição importante de Rosanvallon (2011) é a compreensão de que a obtenção da “vontade do povo” é possível de ser realizada em distintas escalas temporais: curto, médio e longo-prazo. Assim, o momento das eleições é uma forma instantânea de aferição da legitimidade. É como se o poder soberano do povo se manifestasse como um raio: uma descarga elétrica intensa, mas instantânea. As escalas temporais se reportam a uma pluralidade temporal da política. Assim, numa democracia coexistem a instantaneidade das eleições (curto-prazo), os mandatos parlamentares (médio-prazo) e a Constituição, sendo que esta última opera num horizonte de longo-prazo (ROSANVALON, 2011, p. 128-132). Portanto, a democracia pode ser compreendida como um regime temporal.

Condorcet parece ter sido o primeiro que não concordou com a ideia de um monismo político e entendia que a vontade do povo podia ser apreendida por diferentes instituições e em diversas temporalidades. Assim, Condorcet condenava a “Democracia Imediata”, aquela que fosse exclusivamente dada pelos procedimentos eleitorais. Há que se lembrar que Rousseau, em seu “Contrato Social”, demonstrava desconfiança em relação ao ato de deliberação, que era entendida como sintoma de que a vontade geral estaria sendo subjugada por vontades particulares:

Quanto maior a harmonia reinante nas assembleias, isto é, quanto mais as opiniões se aproximam da unanimidade, tanto mais a vontade geral se revela dominante; já os longos debates, as dissensões, o tumulto, anunciam o ascenso dos interesses particulares e o declínio do Estado (ROUSSEAU, 1975, p. 105).

⁵¹Para uma leitura do monismo político identitário como ameaça à Democracia, principalmente na visão de Carl Schmitt: Maus (2010, p. 53-54). Como ameaça pelo populismo, especialmente no cesarismo bonapartista: Rosanvallon (2000, p. 199-238).

A despeito do que falamos da transformação do mandato eleitoral, usada para evitar que a população realmente exercesse a democracia, foi justamente ela que permitiu o surgimento da deliberação parlamentar. Essa possibilidade de discussão e debate no âmbito do Legislativo foi um acréscimo importante para a Democracia: uma temporalidade mais alargada do que aquela momentânea decisão das urnas (ROSANVALLON, 2011, p. 128-129; URBINATI, 2006, p. 184-187).

Porém, a democracia representativa, aliada ao mandato fiduciário, isolou temporalmente a participação cidadã. Ou seja, a participação política do cidadão parece ter sido reduzida a uma participação instantânea, circunscrita apenas às eleições. Ou seja, se por um lado “todo o poder emana do povo”, esse mesmo povo só aparece episodicamente durante as eleições. As eleições são a epifania do povo que, logo após, parece ter que sumir para um Olimpo distante. Democracia representativa não é apenas uma democracia de participação indireta, mas também uma democracia de participação cidadã temporalmente limitada. Mesmo os mecanismos de democracia direta garantidos pela nossa Constituição – plebiscito, referendo e iniciativa popular – são, se bem observados, participações cidadãs instantâneas, ou seja, não há abertura para uma participação continuada da população brasileira⁵².

Com o surgimento da Contrademocracia, podemos dizer que a concepção de um cidadão passivo é um mito. Apatia política para Schumpeter seria explicada pelo fato de o cidadão tomar uma decisão racional em favor de dar mais importância aos seus interesses privados do que aos interesses públicos. Mas a apatia pode ser compreendida de outra forma: a percepção da população da falta de escolha real no marco da democracia representativa. A falta de escolha permite que forças sociais se organizem na sociedade civil, como associações e ONGs dos mais variados tipos. Não havendo a recepção dessas forças sociais pelas instituições da democracia representativa, abre-se um verdadeiro continente de atuação política não-institucionalizada que é o campo da Contrademocracia.

⁵²Poderíamos excepcionar aqui a prática das Audiências Públicas e, mais exemplarmente, as deliberações em Orçamento Participativo. São práticas que atuam no médio-prazo conjuntamente com os mandatos eleitorais.

Observe-se que essa atuação da Contrademocracia se dá no horizonte temporal do médio-prazo, justamente aquele que foi banido da população por força da concepção de uma democracia representativa que é episódica e circunscrita à instantaneidade das eleições. Houve um alargamento temporal da democracia sem que sua recepção ocorresse pelas instituições representativas. A deliberação política não é mais exclusividade de políticos profissionais eleitos, mas também pode ser realizada pela população nos espaços de participação cidadã abertos pela sociedade civil.

Outra questão são os limites temporais que o procedimento eleitoral parece trazer para a democracia. Como o político está sujeito à renovação de seus mandatos de forma periódica – as eleições –, dificilmente este assume posições que possam prejudicá-lo na eleição futura. Portanto, seu horizonte de decisão parece se circunscrever no médio-prazo, procurando fugir de decisões políticas cujas consequências possam demorar muito tempo para uma avaliação positiva dos eleitores. Tal é o caso de políticas públicas cujos efeitos – benéficos ou não – só poderão ser avaliados em período temporal bem superior aos dos mandatos eleitorais. Esse é o problema da “miopia da democracia”, pois parece que o político eleito “não enxerga à distância” (longo-prazo), procurando não se comprometer com decisões cujo resultado não seja previsível ao longo de seu mandato (ROSANVALLON, 2010). O fracasso da Rio+20 mostra que tal miopia não é um problema nacional, pois os líderes mundiais se recusaram a um compromisso mais firme em prol da defesa do meio-ambiente (GUIMARÃES; FONTOURA, 2012).

Mas é possível uma democracia temporalmente mais alargada, que é o ambiente das Constituições. Uma Constituição está associada à estabilidade de determinados valores cuja sociedade julga ser importante preservá-los. O problema da temporalidade do longo-prazo para a democracia é a imutabilidade da Constituição. Apesar da necessidade de proteção de “valores permanentes”, há a necessidade de inovações geracionais para se evitar o “governo dos vivos pelos mortos” como era a preocupação de Condorcet, Tom Paine e Thonas Jefferson (ROSANVALON, 2011, p. 128-132). A temporalidade do longo-prazo é o ambiente deliberativo das gerações não-contemporâneas: um diálogo entre os vivos, os mortos e os que ainda estão por vir.

Uma democracia *longue durée* pode ser prejudicada pelo problema da miopia da democracia que nasce do próprio fato da existência de cargos eletivos. Portanto, deve haver alguma instituição que atue na temporalidade de longo-prazo. Esse papel é exercido atualmente pelas cortes constitucionais onde o exercício da vigilância e da memória permite apreender a interpretação da Constituição como uma democracia vista a longo-prazo. Esta é a legitimidade reflexiva que as Cortes Constitucionais possuem e que é de natureza diferente da legitimidade eleitoral (ROSANVALLON, 2011, p. 138-145). Mais que guardião de um texto, uma Corte Constitucional deve ser guardião de uma temporalidade.

Dentro desta concepção de possibilidade de aferição da legitimidade em distintas escalas temporais, Rosanvallon entende que o “povo” pode ser percebido de três formas: como “povo eleitoral”, como “povo social” e o “povo como princípio”. O “povo eleitoral” é o mais fácil de ser compreendido, uma vez que se manifesta pela realidade das eleições, onde há uma separação entre maioria e minoria. Porém, as eleições não conseguem demonstrar a “opinião pública” como um todo, pois, ao mesmo tempo em que as eleições criam uma disputa, elas também resolvem o conflito pela regra da maioria. O “povo social” pode ser compreendido como uma ininterrupta sucessão de atividades de minorias. Seria a soma total dos mais diversos protestos e iniciativas que revelam realidades que afrontam a ordem estabelecida. O “povo social” é o reino natural onde se expressa a Contrademocracia. Finalmente, o “povo como princípio” não é uma entidade substantiva. É constituída por “direitos básicos” que podem ser compreendidos como bens públicos não-competitivos (*non-rivalrous public goods*), ou seja, que todos podem gozar sem prejudicar os demais (ROSANVALON, 2011, p. 130).

Cabe apresentar a teoria dos bens públicos (*theory of public goods*) do economista Paul A. Samuelson (1958), na qual é possível classificarmos qualquer tipo de bem em quatro categorias:

	Exclusivo (<i>excludable</i>)	Não Exclusivo (<i>non-excludable</i>)
Competitivo (<i>rivalrous</i>)	Bens particulares (<i>private goods</i>)	<i>Common-pool resources</i>
Não Competitivo	<i>Club good</i>	Bens públicos

<i>(non-rivalrous)</i>		<i>(public goods)</i>
------------------------	--	-----------------------

Há bens competitivos e não-competitivos. Um bem não-competitivo (*non-rivalrous*) é aquele cuja sua utilização por uma pessoa específica não exclui a possibilidade da sua utilização por uma pessoa diversa. Assim, uma fórmula matemática, como o teorema de Pitágoras ou a equação de segundo grau, são bens não-competitivos por que a minha utilização dessas “ferramentas matemáticas” não impedem a utilização das mesmas, inclusive simultaneamente, pelo leitor. A minha “posse” no manejo de uma “ferramenta matemática” nunca impedirá que você também a utilize: nunca haverá competição e o meu uso não “consume” esta ferramenta, não a danifica, nem deprecia de alguma forma o seu valor.

A ideia aqui é que os “direitos básicos” são bens não-competitivos de forma que a sua utilização por uma pessoa não exclui a de outra pessoa. Conforme Roger Guesnerie (2004), os bens não-competitivos podem ser compreendidos, parafraseando Victor Hugo, comentando sobre o amor de mãe pelos seus filhos, como aquele em que “cada um tem a sua parcela, mas todos compartilham do todo”.

Em relação aos modelos constitucionais, Rosanvallon nos recorda que a supremacia constitucional pode ser compreendida sob duas óticas. A mais tradicional, que sempre esteve ligada ao pensamento liberal, é a que podemos encontrar nas propostas de Sieyès, Constant e Kelsen, ou seja, uma limitação da soberania, essencialmente entendida como uma limitação à democracia. Daí a concepção das Cortes Constitucionais como instituições contra-majoritárias como sinônimas de antidemocráticas. Porém, é possível outro modelo, o da “democracia reflexiva” onde a supremacia constitucional não é antidemocrática, mas uma forma indireta de ampliar o poder dos cidadãos sobre as instituições. Essa era a visão de Thomas Jefferson onde o principal problema era a “tirania das legislaturas”. Assim, na sua visão, o *judicial review* era uma forma de resistência popular. Da mesma forma, o *Bill of Rights* norte-americano era compreendido como uma proteção do povo contra o governo federal, o que nos leva a observar que o *rule of law* pode ser compreendido como um equivalente da democracia direta. Assim, o papel do Constitucionalismo e da reflexividade é tratar do “povo como princípio”, ou seja, dentro de uma escala temporal de longo-prazo. Esse papel é exercido atualmente pelas Cortes Constitucionais onde o exercício da vigilância e da memória permitem apreender a interpretação da

Constituição como uma democracia *longue durée* (ROSANVALLON, 2011, p. 138-145). As Cortes Constitucionais “representam a memória coletiva que mantém vivo os valores da democracia e dá ao povo uma compreensão de sua herança” (ROSANVALLON, 2011, p. 141).

Portanto, o Poder Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, teriam sua clássica legitimidade da imparcialidade transformada na legitimidade reflexiva. Aliás, é preciso lembrar que a própria concepção de imparcialidade sofreu uma transformação, não sendo a mesma daquela do século XVIII e XIX e que foi atribuída ao Judiciário. Rosanvallon atribui a legitimidade da imparcialidade às “autoridades independentes” que, no caso brasileiro, poderia ser o nosso Ministério Público. Houve uma mudança da “imparcialidade passiva”, aquela mais tradicional e surgida no século XVIII, para uma nova “imparcialidade ativa”. A imparcialidade passiva está relacionado à visão liberal do constitucionalismo e da sua concepção de Estado, ou seja, uma forma de limitar ou frear o poder político: mais leis, menos democracia. A imparcialidade ativa, diferentemente, é responsável pela “Democracia da Imparcialidade”. Ela não gera um espectador passivo. Assim, como Tocqueville distinguia a democracia como regime (soberania do povo) da democracia como sociedade (igualdade de condições), a imparcialidade ativa não pode ser entendida como um *status*, mas como uma abertura de oportunidades para uma história promissora. Assim, a despeito das reais diferenças sociais e econômicas, cria-se uma “igualdade imaginária” que, por sua vez, busca ampliar iguais oportunidades que eliminem essas diferenças reais. Tal proposta foi encarnada pelo *Welfare State*, que buscou criar uma “sociedade de radical imparcialidade”. Assim, a imparcialidade não é um conceito que pertence apenas ao Judiciário, estabelecendo um vetor para a construção de um espaço público mais transparente e deliberativo. A Imparcialidade ativa não reflete uma judicialização da sociedade, mas estabelece um novo caminho na busca da emancipação, entendida como uma sociedade mais igualitária (ROSANVALLON, 2011, p. 104-107).

Retornando a legitimidade reflexiva, esta permite um aperfeiçoamento da qualidade da deliberação política o que dá origem a uma “democracia reflexiva” cujo ambiente de desenvolvimento se dá no interior do Poder Judiciário. Portanto, é de certa forma simplista compreender que as decisões judiciais sejam anti-democráticas pelo simples fato dos magistrados não serem eleitos.

É possível imaginar que o uso do vocábulo “reflexivo” em Rosanvallon, tenha correlação com o “juízo reflexivo” de Kant, já que para este a “faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido sob o universal” sendo que quando nos é dado o particular e devemos encontrar o universal, então utilizaremos a faculdade do juízo reflexivo. Assim, o juízo reflexivo não parte de um conceito, mas parte de um dado singular para se encontrar um conceito universal. Este parece ser o juízo das cortes constitucionais quando procuram “o povo como princípio” contido sob os casos concretos que lhe são apresentados, de forma que é possível lidar com a multiplicidade das experiências de forma a pensá-la como constituindo um todo (PERIN, 2008, p. 114-119).

Por outro lado, esse “povo como princípio” não é uma pura abstração da razão como estabelecido no pensamento kantiano. Os direitos humanos podem ser compreendidos como a “cidadania do indivíduo”, ou seja, como uma forma de filiação (*membership*) à coletividade e expressão da humanidade da pessoa, reconhecendo a irreduzível singularidade de cada ser humano, de forma que “o todo” e “as partes” da sociedade estão em perfeita integração. O sujeito portador de direitos é a figura principal do povo-princípio, havendo um deslocamento político do reino sociológico para o reino do Direito. Tal deslocamento decorre do fato de que a sociedade é composta, cada vez menos, por uma identidade estável, sendo que o povo-social se torna cada vez mais numa “nebulosa de heterogeneidade” marcada por concepções contraditórias, cujo liame entre elas é a própria contradição. Assim, longe de parecer pertencente ao mundo do numênico kantiano, pode-se dizer que o povo-princípio, compreendido como o “sujeito portador de direitos”, é hoje o mais concreto dos seres humanos, pois representa todos aqueles que são discriminados, excluídos ou esquecidos (ROSANVALLON, 2011, p. 131).

3.2 CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no direito, isso porque fez com que o Estado saísse de uma postura de abstenção para um enfoque prestacional. Portanto, a promoção de tais direitos sociais se dá por meio de uma política pública, o que nos traz para o problema da sua vinculatividade, ou seja, seu caráter cogente frente aos governos, de forma que estes direitos podem ser exigíveis via

ação judicial. É bom deixar assinalado que os direitos sociais são fundamentalmente anticapitalistas, isso porque a lógica capitalista consiste em dar uma maior prioridade ao capital em detrimento das questões sociais como alimentação, vestuário, moradia e saúde. Portanto, o surgimento destes direitos sociais só foram possíveis a medida que os donos do capital foram pressionados a cederem (COMPARATO, 2007, p. 54-55). E tal só se deu graças à progressividade e efetividade dos direitos políticos (de participação política). A ideia de um Estado Democrático era uma contradição com a pauta capitalista. Com a formação de uma grande massa trabalhadora, sem propriedade e apenas possuidora da força de trabalho, os capitalistas temiam que o sufrágio universal pudesse politizar a questão da redistribuição da riqueza no âmbito social e, simultaneamente, perverter a livre ação do mercado: “Muitos liberais concluíram que a democracia usurparia ou destruiria o mercado” (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 87).

Ressaltamos que para compreender os direitos sociais é necessário perceber o seu papel de “desmercadorização” ou de “antivalor”. O processo de desmercadorização da força de trabalho ocorre quando a prestação de um serviço é visto como um direito ou quando uma pessoa torna-se capaz de se sustentar (no aspecto econômico) sem depender do mercado (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 101). Ou seja, em uma determinada circunstância – situação em que o trabalhador é compreendido como sujeito de um direito social – o trabalhador não é mais tratado como uma mercadoria obrigada a vender sua força de trabalho no mercado. Neste aspecto, o direito social é um antivalor porque, dentro da lógica capitalista, não serve para produção de mais-valia, mas serve para desmercantilizar a força de trabalho:

“O fundo público desmercantiliza parcialmente a força de trabalho, isto é, seu caráter de mercadoria. Ao fazê-lo, põe a nu uma espécie de desnecessidade da exploração ou a virtualidade dessa desnecessidade e, também, simultaneamente, a finitude de uma das formas mercantis mais importantes: a forma mercadoria mais importante do capitalismo, sua específica mercadoria, a única criada realmente pelo capitalismo” (OLIVEIRA, 1997, p. 57).

O efeito social desta desmercadorização é evidente: “A desmercadorização fortalece o trabalhador e enfraquece a autoridade absoluta do empregador. É exatamente por esta razão que os empregadores sempre se opuseram à desmercadorização” (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 102).

O *Welfare State* encampou a necessidade de efetivação de direitos sociais. O que caracteriza sua atuação, além é claro da proteção destes direitos sociais, é justamente o fato de haver um financiamento público na esfera econômica. Ou seja, fundos públicos mantidos pelo Estado são utilizados para dar efetividade a estes direitos sociais, já que estes exigem uma atuação positiva por parte do Estado. Mas, por outro lado, o *Welfare State* também é caracterizado pela utilização deste mesmo fundo público para a reprodução do capital. Porém, é importante frisar que o papel deste fundo público para a reprodução do capital é algo estrutural e não conjuntural:

(...) o fundo público é agora um *ex-ante* das condições de reprodução de cada capital particular e das condições de vida, em lugar de seu caráter *ex-post*, típico do capitalismo concorrencial. Ele é a referência pressuposta principal, que no jargão de hoje sinaliza as possibilidades da reprodução. Ele existe “em abstrato” antes de existir de fato: essa “revolução copernicana” foi antecipada por Keynes, ainda que a teorização keynesiana se dirigisse à conjuntura. A per-equação da formação da taxa de lucro passa pelo fundo público, o que o torna um componente estrutural insubstituível (OLIVEIRA, 1997, p. 21).

O que se põe na contemporaneidade é que há uma disputa na utilização deste fundo público. A dita Crise do Estado Providência, preconizada pela corrente neoliberal, pode apresentar um caráter ideológico. Isso porque o neoliberalismo, apesar de pregar sua profissão de fé no mercado e em sua capacidade de autorregulação dos males sociais, ele próprio parece não pretender que o capital venha abrir mão da utilização deste fundo público. Ou seja, prega-se uma Economia Dirigente (confiança no mercado autorregulador) apenas quando se trata da força de trabalho e não quando se aborda a reprodução do capital:

Trata-se de verdadeira regressão, pois o que é tentado é a manutenção do fundo público como pressuposto apenas para o capital: não se trata, como o discurso da direita pretende difundir, de reduzir o Estado em todas as arenas, mas apenas naquelas onde a institucionalização da alteridade se opõe a uma progressão do tipo "mal infinito" do capital (OLIVEIRA, 1997, p. 44).

Note-se que, no aspecto jurídico, esta liberação da utilização do fundo público para a reprodução social, significa a perda de direitos: o fenômeno da desregulamentação ou “flexibilização” dos direitos sociais. Aqui parece haver uma conexão conflituosa entre a esfera econômica e a esfera jurídica. Tal conflito se torna mais evidente quando se leva em consideração a existência de Estados que adotam constituições dirigentes que é o caso do Brasil.

Uma Constituição Dirigente que modele um Estado Social significa entender que haverá políticas públicas (pelo menos objetivos finais claramente definidos) previamente estabelecidas e inseridas no corpo do texto constitucional. A questão que se coloca é que a Constituição Dirigente, ao adotar a tese da força normativa de seu texto, ou seja, de que suas normas vinculam juridicamente seus destinatários (incluindo aí os próprios governantes), está, em verdade, criando normas jurídicas que visam conformar a realidade social. Sabe-se que a realidade social presentemente não é aquela (por isso um objetivo a ser alcançado), mas exige-se que o Estado e a sociedade se dirijam para este fim determinado na Constituição.

Devemos levar em consideração que o Brasil adotou uma Constituição Dirigente. A Constituição brasileira de 1988 é uma constituição dirigente e também modeladora de um Estado Social que se caracteriza pela existência de políticas públicas de longo-prazo que procuram implementar ações governamentais no âmbito social. Sendo a Constituição de 1988 dirigente e modeladora de um Estado Social, haverá políticas públicas estabelecidas pelo constituinte originário e inseridas no corpo do texto constitucional (BERCOVICI, 1999, p. 35-36).

Uma crítica que se coloca é que a opção pela Constituição Dirigente significaria um dirigismo estatal de tal ordem que pretende substituir as decisões políticas. O que está por detrás da Constituição Dirigente é uma nítida opção pela primazia da esfera jurídica como conformadora da realidade social.

Mas o possível conflito entre as esferas política, jurídica e econômica podem tomar outras dimensões, pois é possível determinadas combinações, nem sempre perceptíveis. Por exemplo, há autores que defendem que no Brasil estaria ocorrendo uma simbiose entre o constitucionalismo dirigente com as teses neoliberais. Seria uma espécie de “constitucionalismo dirigente invertido”. Assim, haveria uma “constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal” cujo objetivo é vincular toda a política do Estado brasileiro com a finalidade de proteger o capital financeiro e garantir a acumulação de riqueza privada (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 19).

Ou seja, a proposta é a constitucionalização de pautas neoliberais e a desconstitucionalização ou, no mínimo, uma releitura visando uma não efetivação de direitos sociais. Como isso seria possível? Através do controle do fundo público já

mencionado. São estes recursos públicos que visam dar efetividade aos direitos sociais, sem os quais é impossível promover ações estatais para que os direitos sociais cheguem a se concretizar na realidade social. A Constituição Dirigente brasileira teria previsto, além dos direitos sociais, um mecanismo econômico para que estes fossem garantidos. Há um diálogo entre a “constituição política”, aquela que enuncia os direitos, e a “constituição econômica”, aquela que trata da ordem econômica dentro da ótica da justiça social. Algo muito similar ao realizado pelo texto da Constituição de Weimar.

O que a “constituição dirigente invertida” faz – e que pode ser entendida como uma constituição dirigente neoliberal – é entrincheirar a pauta neoliberal mediante uma releitura da Constituição brasileira de forma a blindar (juridicamente) suas diretrizes: “A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse ‘neutra’, meramente processual” (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 13). Essa mudança permite uma alteração na função do orçamento público que, da forma proposta pelo constituinte originário, serviria para lastrear os direitos sociais, passaria então a ser utilizado para garantir a remuneração do próprio capital. Assim, o orçamento público se volta para garantir o investimento privado, muitas vezes por intermédio de subsídios ou de empréstimos governamentais a fundo perdido. Remodela-se, portanto, o Estado para a criação de uma nova função estatal: a de proteção jurídica da renda do capital e dos ganhos financeiros (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 15).

Um exemplo da “constituição dirigente neoliberal” no caso brasileiro é a tentativa de alçar, ao patamar de norma constitucional, o princípio da subsidiariedade. Este princípio enuncia que se algo pode ser feito pelo indivíduo ou por associações menores, o Estado não deve fazê-lo. O princípio da subsidiariedade provém da doutrina social da Igreja Católica, mas tem sido utilizado pelo pensamento neoliberal para defender a menor intervenção estatal possível. Porém, há aqueles que querem alçá-lo a princípio da constituição brasileira que, se não sendo possível extraí-lo do princípio da dignidade da pessoa humana, adviria do art. 1º, inciso IV, que eleva o valor social da livre iniciativa à condição de princípio constitucional fundamental; ou do art. 173⁵³, que

⁵³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

permite o desempenho estatal de atividades econômicas apenas para atender à imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. A questão é que na expressão “relevante interesse coletivo” do art. 173, o que se compreende como “relevante” não deve ser lido como sinônimo de “último caso”, como se o Estado estivesse previamente proibido de intervir na esfera econômica. Portanto, não é possível afirmar que o princípio da subsidiariedade possui assento em nossa Constituição, o que vedaria a intervenção estatal na esfera privada (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p.709-742).

Esse “Constitucionalismo dirigente neoliberal” também é conhecido como Constitucionalismo Econômico como proposto por James M. Buchanan, Milton Friedman e Friederich Hayek.

Finn Kydland e Edward Prescott ganharam o Prêmio Nobel de Economia em 2004 por suas pesquisas em macroeconomia, especialmente por sua contribuição referente ao “problema da consistência temporal” (*time consistency problem*) apresentado no artigo “*Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans*” publicado em 1977. O referido “problema” identifica uma inabilidade dos *policymakers* (governantes) em manterem as políticas monetárias de longo-prazo. Suas pesquisas foram importantes para promoverem, a partir da década de 1990, reformas nas estruturas dos Bancos Centrais bem como as relações entre a tomada de decisão econômica e as instituições políticas (THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES, 2004).

Kydland e Prescott procuraram demonstrar que em muitos casos é mais “racional” limitar o poder de escolha do povo por causa de sua tendência a decisões de curto-prazo (como ganhos eleitorais). Ou seja, é melhor que haja regras claras e não liberdade de escolha política, tomando as políticas monetárias como o melhor exemplo para atuação de longo-prazo. A proposta do Constitucionalismo Econômico é reduzir os poderes econômicos, monetários e fiscais dos governos, com base na noção de que os governantes estão sempre prontos a sacrificar o longo-prazo em função de desejarem atender seus interesses de médio e curto-prazo. A receita do Constitucionalismo Econômico é criar restrições às ações governamentais por não saberem atuar numa visão de longo-prazo: orçamentos devem estar equilibrados, gastos públicos devem se

limitar a um percentual do PIB, a taxa de crescimento econômico deve ser fixada. No fundo é uma crítica a atuação estatal e uma apologia ao mercado.

É importante ressaltar que James Buchanan⁵⁴ critica a pretensão de uma “ciência econômica” capaz de regular o mundo. Defende ser impossível definir “bem comum” em termos dos clássicos teoremas de bem-estar, invocando a noção de ótimo de Pareto. Para Buchanan, a única forma é um consenso social que expressaria o interesse geral. Mas isso seria um retorno à política? Rosanvallon adverte que pode ser que não. Buchanan não acredita na política do cotidiano⁵⁵, dos partidos políticos, pois se trata apenas de uma arena de interesses “facciosos” e não de interesses gerais de forma que haverá interesses mais privilegiados do que outros. Buchanan acredita em uma política “não-discriminatória”, ou seja, princípios políticos que proíbam a possibilidade de discriminação presente e futura. Assim, não acredita num Estado que possa fazer prestações positivas, pois princípios unanimemente aceitos só são possíveis de forma negativa, ou seja, como princípios de precaução. No fundo, Buchanan prega uma dissolução do político⁵⁶ (ROSANVALLON, 2011, p. 152).

Hayek liga o Constitucionalismo Econômico com sua teoria da ordem catalática do mercado. Cunha o termo “*Demarquia*”⁵⁷ em substituição à Democracia. Para Hayek, na democracia, o interesse coletivo é obtido por meio de decisões específicas, enquanto na *demarquia*, o povo definiria apenas algumas regras gerais. Somente nessa circunstância de *demarquia* é que haveria uma verdadeira democracia como significando um verdadeiro reino da generalidade. Ocorre que, no final, para Hayek, apenas o mercado é capaz de satisfazer essa generalidade da *demarquia*,

⁵⁴ James M. Buchanan Jr, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1986 por sua pesquisa nas bases contratuais e constitucionais da Teoria Econômica e Política do Processo Decisório.

⁵⁵ Há que se compreender a distinção que Buchanan faz entre *politics* e *policy*. A *politics* se relaciona às regras do jogo, enquanto a *policy*, com as estratégias dos jogadores com base naquelas regras. Questões referentes se as regras são “boas” é o campo da filosofia social, enquanto das estratégias é o da economia. O Constitucionalismo Econômico é o campo das relações entre as regras (filosofia social) e as estratégias (economia). Portanto, em matéria de políticas públicas (*policy*), Buchanan vê como seara da Economia, enquanto o seu Constitucionalismo Econômico está acima da própria esfera política (*politics*) (BOETTKE *et al*, 2006, p. 311).

⁵⁶ Como visto anteriormente, há um esforço dos liberais em negar o social e dissolver a categoria do político e substituí-la por uma de “natureza” ou “razão” (ROSANVALLON, 1985, p. 83).

⁵⁷ A palavra grega *arché* se refere a ideia de uma ordem permanente, ideia que se opõe à de *kratos*.

promovendo a substituição do ordinário regime político da vontade pela abstrata e geral ordem natural (catalática) do mercado. No fundo, é um eco da “mão invisível” de Adam Smith sendo que o neologismo *demarquia* só esconde o fato que a democracia mesma foi abandonada (ROSANVALLON, 2011, p. 153).

Queremos destacar que as teorias neoliberais também perceberam a questão da temporalidade da política, inclusive acusando a democracia representativa-eleitoral de impedir políticas econômicas de longo-prazo. Há uma correlação direta entre a ideia de “miopia da democracia” e o problema da “consistência temporal” (*time consistency problem*). No fundo, as teses neoliberais apregoam que políticas econômicas e as regras de mercado devem atuar no longo-prazo motivo pelo qual defendem, entre outras coisas, a blindagem e independência dos Bancos Centrais. Há uma clara tentativa de substituir o aspecto político da temporalidade de longo-prazo por uma concepção puramente econômica. Mais do que nunca, a legitimidade reflexiva é essencial para a democracia de forma a gerar uma democracia reflexiva que atue no *longue durée*.

Portanto, parece haver duas opções: uma pela primazia da esfera jurídica, com a opção do constitucionalismo dirigente; outra pela esfera econômica apregoada pelos neoliberais mediante livre submissão às leis gerais do mercado. Mas pode haver uma terceira possibilidade: uma revalorização da esfera política.

O capitalismo, ao realizar a cisão entre a esfera econômica e política, conseguiu desvalorizar esta última. Na democracia da antiguidade era impossível uma cisão entre os “poderes econômicos” e “extra-econômicos”:

(...) a desvalorização dos bens políticos no capitalismo se baseia na separação entre o econômico e o político. O status dos bens políticos há de ser reduzido pela autonomia da esfera econômica, pela independência da exploração de uma esfera separada e puramente “política” distinta da “economia”, que torna possível pela primeira vez uma “democracia” apenas política, sem as implicações econômicas e sociais associadas à antiga democracia grega (WOOD, 2006, p. 235).

Ellen Wood chama a atenção para o fato que na democracia ateniense, aquela onde os cidadãos participavam ativamente (direta e constantemente) das tomadas de decisão do governo, o trabalhador livre gozava de um alto *status* político. Tal situação não ocorre no capitalismo, onde, apesar do trabalho livre ser a base do sistema econômico, não confere nenhum *status* político ao trabalhador (WOOD, 2006, p. 157).

A ideia seria uma nova compreensão da democracia que incluiria uma faceta econômica:

Quero agora sugerir que a democracia precisa ser repensada não apenas como categoria política, mas também como categoria econômica. Não estou sugerindo apenas uma “democracia econômica” entendida como maior igualdade na distribuição. Estou sugerindo democracia como um regulador econômico, o mecanismo acionador da economia (WOOD, 2006, p. 248).

Portanto, a proposta da autora passa pela revalorização da esfera política de forma que passe a dirigir a esfera econômica, tal como ocorria na democracia da antiguidade: uma primazia da esfera política na conformação da realidade social. Tal opção poderia ser implementada mediante uma retomada do controle do fundo público, um controle democrático de forma que as tomadas de decisões sobre a utilização do fundo público estivesse acessível aos cidadãos. O objetivo é ampliar o controle democrático sobre os recursos públicos visando eliminar a influência do poder econômico privado (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 19).

A legitimidade reflexiva pode ser útil no resgate do aspecto político ao permitir uma participação cidadã numa temporalidade de longo-prazo. A realização de audiência pública em sede de ação de controle de constitucionalidade, por exemplo, não deve ser vista como uma forma de suprir um déficit democrático por ausência de legitimidade (eleitoral). Deve ser compreendido como a oportunidade de participação cidadã numa temporalidade de longo-prazo, cujos parâmetros para debate estão assentados na própria Constituição. Há que se questionar de que forma uma política pública está contribuindo para se atingir as políticas sociais constitucionais como erradicação da pobreza, redução da desigualdade econômica e a promoção de uma sociedade justa e solidária. Tal participação permitiria rever a crítica de que o Constitucionalismo Dirigente está centrado exclusivamente no jurídico, uma vez que o povo-social ao interagir com a Corte Constitucional, promoveria uma maior concretude aos “direitos básicos” previstos na Constituição como direitos a serem realizados para o “povo como princípio”. E tal poderia ser realizado por intermédio do Direito.

3.3 JUDICIÁRIO, LEGITIMIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS.

Uma primeira dificuldade em lidar com as políticas públicas é justamente o que se entende por políticas públicas. Não existe um consenso geral ou uma definição única pela academia sobre o que são políticas públicas. Segundo Mead, seria um campo de estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Já Lynn entende como um conjunto de ações de governo para produzir efeitos específicos. Em Peters, políticas públicas seriam a soma das atividades dos governos. (SOUZA, 2006, p. 24). Segundo Dye (2012, p. 3), política pública é qualquer coisa que “os governos escolhem fazer ou não fazer”. Para Secchi (2012, p. 1), políticas públicas “tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção dessas decisões”. Por fim, trazemos o conceito de Laswell que tratar sobre políticas públicas implicam responder as seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. (SOUZA, 2006, p. 24). Aqui preferimos utilizar o conceito trazido por Dye em função de sua simplicidade e por nos parecer suficiente para atingirmos o objetivo do presente estudo.

Um outro ponto de suma importância está ligado a uma questão semântica. É que na língua inglesa existem duas palavras diferentes que normalmente são traduzidas como o mesmo vocábulo na língua portuguesa: *politics* e *policy*. Ambas palavras inglesas são traduzidas como “política”. Assim, a chamada *public policy* é traduzida como política pública, mas também temos o vocábulo *politics* que também é traduzido como “política”. O *politics* é apresentada por Secchi (2010, p. 1) como “atividade humana ligada a obtenção e manutenção dos recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem”. Este é uma visão que alimenta o imaginário dos falantes de língua portuguesa (pelo menos no Brasil). Já *politics* está ligada a uma dimensão mais concreta como as orientações para decisão e ação e é muito comumente utilizada em organizações como “política de qualidade total”, “política de recursos humanos” ou “política de atendimento ao consumidor”.

A distinção apresentada é importante quando tratamos do que Secchi (2010, p. 2-7) denomina de “nós conceituais” em políticas públicas. Para o autor, a pluralidade de conceitos de políticas públicas advém da disparidade de respostas que a comunidade acadêmica confere a questões básicas: 1) Políticas públicas são elaboradas exclusivamente por atores estatais ou podem ser elaboradas por atores não estatais?; 2)

políticas públicas se referem à omissão, à negligência ou a inação?; 3) Apenas diretrizes estruturantes (nível estratégico) são políticas públicas ou as diretrizes operacionais também podem ser consideradas? No presente estudo, não trataremos do terceiro questionamento.

Mas quando adotamos a definição de Dye sobre políticas públicas, entendemos que somente os atores estatais podem formular políticas públicas (o que não significa que não reconhecemos o papel de outros atores da sociedade civil na formação da política pública). Seguimos o entendimento de Dye justamente porque os atores estatais estão legitimados politicamente para fazerem tais escolhas, ou seja, os atores estatais estão diretamente ligados à esfera da *politics* à qual a *policy* estará sempre subordinada. Secchi (2010, p. 3) questiona a utilidade da distinção entre “esfera estatal” e “não estatal”, e opta pela distinção “esfera pública” e “esfera privada”, adotando a abordagem multicêntrica, porque “*são evidentes as mudanças no papel do Estado moderno e o rompimento das barreiras entre esferas estatais e não-estatais na solução de problemas coletivos*”. Diferentemente do autor, entendemos que o Estado é um protagonista na formulação de políticas públicas não só porque possui a capacidade de concentrar e controlar a maior parte dos recursos da sociedade, mas principalmente porque é no seu seio que se promove um espaço público privilegiado de discussão – a dimensão da *politics* – o que legitima a política pública governamental num patamar que não é possível atingir por entes privados, ainda que estes visem atingir interesses públicos. Se para Secchi (2010, p. 4) a questão das políticas públicas é essencialmente um “problema público”, entendemos que ele é eminentemente “político”. Tal visão segue a tradição de que políticas públicas são uma subárea da ciência política. Conforme explana Celina Souza (2006, p. 22), há três grandes áreas no estudo da ciência política segundo os norte-americanos: 1) o estudo das instituições políticas, seguindo a tradição de Madison; 2) o estudo das organizações locais e a virtude cívica para promoção do bom governo, seguindo Paine e Tocqueville; e 3) o estudo das políticas públicas para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Outra dificuldade é como lidar com as políticas públicas como uma categoria do Direito. A questão é que a política pública pode se apresentar sob diversos suportes jurídicos em sua exteriorização, desde normas constitucionais, passando por leis e incluindo normas infralegais como decretos, portarias e até contratos administrativos de concessão de serviço público (BUCCI, 2006, p. 11-22). Por isso, em termos jurídicos,

iremos usar a expressão “controle jurisdicional de políticas públicas” como a atuação do Poder Judiciário em verificar a conformidade de uma política pública com o Direito, ou seja, controlar a ação estatal, seja mediante o controle de constitucionalidade, seja mediante o controle judicial de atos administrativos. Ou seja, trata-se da típica função estatal concedida ao Poder Judiciário de exercício da jurisdição, ação essa que não só pode verificar se uma norma jurídica está em conformidade com todo o ordenamento jurídico como também, ao analisar um caso concreto, dizer se um autor no processo judicial possui ou não um direito subjetivo que afirma deter mediante uma petição ao Judiciário que, em caso afirmativo, deve garantir o direito invocado.

Um dos problemas é de ordem jurídico-institucional, ou seja, como as políticas públicas são uma expressão de um programa de ação governamental, assentada na discricionariedade administrativa, que por sua vez é amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder pela via eleitoral, como poderia o Judiciário apreciar uma política pública sem que isso se considere uma invasão na própria atividade política de governo? (BUCCI, 2006, p. 23).

Portanto, quando o assunto envolve políticas públicas, a questão da legitimidade toma relevância, uma vez que ao Poder Judiciário é atribuído um “déficit democrático” que não lhe permitira interferir no planejamento e execução originariamente concebido pelo Poder Executivo ou pelo Legislativo. Ora, interferir em algo já planejado e decidido pelos outros poderes seria também uma forma de formular a política pública, já que esta seria modificada por novos critérios decididos no âmbito do Judiciário. Abre-se uma porta para se questionar: O Judiciário teria alguma legitimidade democrática para intervir em políticas públicas? As perguntas fazem sentido na tese da “disfunção legislativa” de Waldron (2006), pois este seria o fato que autorizaria a intervenção do Judiciário. A “disfunção” do Legislativo é compreendida como situações que afetam o equilíbrio de oportunidades políticas no interior dos sistemas eleitorais, como a disparidade na proporcionalidade representantes/representados em cada distrito eleitoral, e procedimentos legislativos, como no caso do “*seniority system*”, privilégios institucionalizados para os políticos, como a possibilidade exclusiva de presidir determinadas comissões parlamentares serem atribuídas aos políticos com maior antiguidade em mandatos (WALDRON, 2006:1346-1406). Porém, segundo Rosanvallon (2011), o Legislativo e o Executivo gozam de tipos diferentes de legitimidade da do Judiciário, o que modifica a questão.

Recordando Dye (2012, p. 3), para quem política pública é qualquer coisa que “os governos escolhem fazer ou não fazer”, podemos imaginar se o Judiciário também poderia intervir numa política pública já elaborada pelo Legislativo ou Executivo a partir de um questionamento: o Judiciário compõe o “governo”?

Segundo Lucio Levi governo é o “conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade” e acrescenta que “por ‘governantes’ se entende o conjunto de pessoas que governam o Estado e pela de ‘governados’, o grupo de pessoas que estão sujeitas ao poder de Governo na esfera estatal” (LEVI, 1998, p. 553-555). Já para Nogueira Filho (2010, p.194), o conceito de governo pode comportar uma acepção ampla ou restrita. Na acepção ampla, governo inclui os “diferentes Poderes que o compõem – usualmente o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, na definição clássica de Montesquieu”. Já a acepção restritiva de governo se confunde com as atribuições do Poder Executivo mais ligado a ideia de *kubernao*⁵⁸, ou seja, a cana do leme das embarcações por meio do qual os pilotos davam direção aos barcos (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 194). De fato, esta concepção mais restrita de governo equivale aos vocábulos *administration* para os norte-americanos e *cabinet* para os ingleses (LEVI, 1998, p. 553).

Entendemos ser útil a distinção entre acepção ampla e restrita do conceito de governo, justamente porque se cabe ao governo a formulação de políticas públicas, então - utilizando-se a acepção ampla de governo- não haveria impedimento para que o Poder Judiciário fosse visto como um formulador de políticas públicas. Pode soar estranho, pelo menos aos juristas, pensar que o Poder Judiciário pode ser formulador de políticas públicas, isso porque pode parecer que haveria uma violação à tradicional imparcialidade que se exige dos magistrados, ao permitir que os mesmos venham a se imiscuir em assuntos tradicionalmente reservados à arena política. Ainda permanece no ideário dos estudiosos do Direito, o modelo de separação de poderes de Montesquieu: aquele do juiz “boca da lei”, onde o magistrado era apenas um subalterno do Legislativo, sendo o Judiciário visto como um poder nulo. Aliás, Cappelletti (1993, p.32) nos lembra que esta visão desce tradição no direito romano, onde o próprio

⁵⁸ Palavra grega de onde se origina a palavra “governo”.

imperador Justiniano proibira todo comentário jurídico ao seu *Corpus Juris*, de forma a impedir que os intérpretes causassem confusão à clareza de sua obra⁵⁹. Portanto, não há que se causar tanta estranheza conceber o Poder Judiciário como integrante do “Governo” e, portanto, habilitá-lo para a formulação de políticas públicas. No mesmo sentido, os magistrados brasileiros, ainda que não passem por um procedimento eleitoral, são considerados “agentes políticos” pela doutrina do Direito Administrativo.

Além disso, esta rigorosa e inflexível separação realizada entre direito e política tem sido paulatinamente revista, principalmente com o surgimento do *Welfare State* que promoveu uma intensa legislação e passou a empregar técnicas legislativas de textura aberta na redação dos textos legais, o que acarretou numa considerável discricionariedade do juiz no seu papel de interpretação das normas (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-42). Portanto, como indica Bucci (2006, p. 38) há uma “aragem” que promove uma abordagem mais articulada entre direito e política.

Há um temor já difundido em relação ao fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial. A questão parece ter sido colocada pelo trabalho seminal de Neal Tate e Trobjörn Vallinder na obra “The Global Expansion of Judicial Power”. A judicialização significaria essencialmente desviar algum procedimento para a forma de um processo judicial. Assim, haveria uma expansão da influência dos Tribunais as expensas dos políticos/administradores públicos, significando uma transferência do direito de tomada de decisão da legislatura, do governo ou da administração pública para o Judiciário. Haveria uma competição entre dois modelos de tomada de decisão: um judicial e outro político. O modelo de decisão judicial se relacionaria com a tomada de decisão por um terceiro imparcial que, através de um processo pré-regulado, procura uma resposta certa. Já o modelo de decisão política se baseia na barganha, em compromissos, nas alianças temporárias e se fundamenta na regra da maioria, procurando uma solução politicamente possível. A preocupação seria que as democracias estariam sofrendo uma transformação, ocorrendo uma expansão do Poder Judiciário, levando um domínio das decisões judiciais sobre as decisões políticas em

⁵⁹ Lembra Malberg (1974, p. 202), que na França da Revolução, cabia ao Poder Legislativo, mediante o recurso do *référé législatif*, a interpretação da lei em caso de dúvida e não ao Poder Judiciário.

detrimento de instituições majoritárias compostas por representantes eleitos (TATE; VALLINDER, 1985, p. 13-15).

Os autores tentam buscar as causas dessa judicialização da política, entendendo que o fenômeno ocorre apenas porque os juízes decidem que eles devem: 1) participar no processo decisório de políticas públicas (*participate in policy-making*) ao invés de deixá-lo a cargo das outras instituições; 2) substituir soluções em políticas públicas (*substitute policy solutions*) provenientes de outras instituições (TATE; VALLINDER, 1985, p. 33). Ou seja, haveria também uma questão de ordem subjetiva, uma postura por parte dos magistrados, uma preferência em substituir a decisão política pela decisão judicial.

Assim podemos sintetizar o problema da judicialização da política e do ativismo judicial como:

(...) a judicialização teria uma pré-condição necessária (democracia), algumas facilitadoras (separação de poderes, política de direitos – a mais relevante, instituições majoritárias pouco efetivas etc), e uma condição eficiente: o ativismo de juízes em oposição à tendência dominante nas instituições majoritárias. A judicialização seria um fenômeno raro, mas tornar-se-ia cada vez mais freqüente, pela expansão das pré-condições estipuladas, que permitem que juízes ativistas possam promover suas preferências políticas contra os representantes eleitos (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011, p. 153)

Mas gostaríamos de apresentar uma reflexão em relação à crítica que se coloca quanto a impossibilidade do Judiciário de tomar “decisões políticas”, incluindo aí qualquer tipo de intervenção em políticas públicas.

Segundo Souza (2010, 80-82) é possível pelo menos perceber quatro papéis principais do Poder Judiciário como protagonista de políticas públicas (*polycymaking roles*):

		Efeitos da decisão judicial	
		<i>Efeito inter partes</i>	<i>Efeito erga omnes</i>
<i>Influência na política pública</i>	<i>Mantém o status quo</i>	<i>Impartial referee</i>	<i>Veto player</i>
	<i>Altera o status quo</i>	<i>Societal representative</i>	<i>Policy Player</i>

Fonte: Adaptado de Souza (2010, p. 82).

Estes quatro papéis compõe o *framework* de análise de Souza (2010) e que advém do cruzamento entre os efeitos das decisões judiciais (efeitos *inter partes* ou *erga omnes*) e sua influência na política pública (mantém ou altera o *status quo*).

O primeiro papel do Judiciário é de *veto player*, o que é obtido mantendo o *status quo* (evitando uma nova política pública) numa decisão judicial de efeitos *erga omnes*. A denominação *veto player* está incluída no marco teórico de Tsebelis (2002, p. 17) que, ao estudar como políticas públicas são mudadas num determinado cenário institucional político, observa que é necessário que vários atores se concentrem para que tal objetivo seja atingido. Desta forma, é necessário que diversos atores – os *veto players* – concordem em alterar o *status quo*. O número e a localização destes *veto players* irão influenciar na dificuldade ou na facilidade da alteração do *status quo*, o que, invariavelmente, permitirá a estabilidade ou não de uma política pública. Arranjos institucionais onde haja certa dificuldade em alterar o *status quo*, pode ser visto como muito estável. Portanto, um determinado arranjo institucional, onde há diversos *veto points* (possibilidades concretas de utilização do veto), haverá dificuldade em alterar uma política pública. Assim, vendo o caso brasileiro de arranjo institucional, uma lei pode ser de iniciativa do Poder Legislativo, mas dependerá da sanção do Presidente para que entre em vigor. Porém, não podemos esquecer que o Judiciário também pode declarar esta lei inconstitucional, retirando-a do plano da eficácia normativa. É justamente este poder de declarar inconstitucional uma determinada lei que podemos chamar de *veto point*. Portanto, o Judiciário, nesta visão, deve ser visto como um *veto player* no processo de elaboração de uma política pública tanto quanto o Legislativo ou o Executivo.

Assim, a sua típica função de controle de constitucionalidade, pode ser vista como um dos papéis na formulação de políticas públicas. Ao “vetar” uma determinada proposta vinda do Executivo ou Legislativo, declarando-a inconstitucional, na verdade permite que a então vigente política pública (*status quo*) permaneça inalterada. Tal atuação pode ser vista como uma espécie de “formulação indireta” de uma política pública, uma vez que o Judiciário não tem iniciativa na sua formulação. Mas é importante observar que nesta sua atuação clássica de controle de constitucionalidade, o

Judiciário não permite que o Executivo implemente uma determinada política pública, mas acaba por promover a manutenção da política pública anterior (manutenção do *status quo*).

O segundo papel do Judiciário é como *policy player* ao alterar o *status quo* (conforma uma política pública) com efeitos *erga omnes*. Neste papel, exercendo sua típica função jurisdicional de interpretar a lei, o Judiciário acaba por redefinir políticas públicas que se originaram no Executivo ou no Legislativo. Ao interpretar uma lei, o Judiciário pode tanto ampliar como restringir o alcance concreto de uma política pública que tenha sido estabelecida pelos outros Poderes. Neste cenário, o Judiciário entra como um *player*, ou seja, mais um ator neste processo de formulação de políticas públicas (*polycymaking process* - PMP). Tal papel tem sido ampliado principalmente pela discricionariedade que é dada aos magistrados na interpretação da lei em virtude da aplicação de técnicas legislativas que utilizam textura aberta dos textos como os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios jurídicos e constitucionais.

O terceiro papel é de *impartial referee* que ocorre ao manter o *status quo* com uma decisão de efeitos *inter partes*. É a clássica visão do Judiciário como um “árbitro imparcial” da sociedade, onde o Judiciário aparece como um garantidor externo de acordos realizados por outros (inclusive pelas instituições públicas previstas na Constituição como o Executivo, as autarquias, as empresas públicas, etc). O Judiciário aparece como um garantidor imparcial de que as normas estabelecidas para a efetivação de uma determinada política pública sejam cumpridas. Ou seja, se no papel de *veto player* o Judiciário nulifica uma política pública, e no papel de *policy player* ele conforma e elabora uma política pública, no seu papel de *referee* ele reforça uma política pública já em curso.

O quarto papel é de *societal representative*, ou seja, o Judiciário como representante de setores marginais da população que não conseguem influenciar a formação das agendas na elaboração de políticas públicas. O Judiciário acaba por se tornar um canal alternativo de representação social, ao se tornar um fórum de debates das minorias que não são capazes de mobilizar maiorias parlamentares para se estabelecer políticas públicas, de forma que as novas arenas deliberativas auxiliam no sentido de se alterar o *status quo* das atuais políticas públicas.

Interessante observar que os quatro papéis propostos por Souza (2010) estão dentro da função típica do Poder Judiciário: o exercício da jurisdição. Portanto, o exercício da jurisdição, que é atribuição precípua e exclusiva do Judiciário, possui grande importância no processo de formulação de políticas públicas e, na verdade, acionam mecanismos de *accountability* horizontal (relação com os demais Poderes). É possível criticar esta visão, alegando-se que o Judiciário simplesmente interpreta o direito de forma imparcial, e não exerce uma “atividade política”. Mas, por outro lado, não se pode negar que o papel do Judiciário irá contribuir decisivamente para que uma política pública - ainda que de iniciativa originária de outro Poder - possa ou não atingir seus objetivos. Fato é que a atividade jurisdicional, independente de sua forma de atuação, acaba sendo essencial no processo de formulação das políticas públicas. Ou seja, o Judiciário sempre participou do processo de elaboração das políticas públicas, mas a radical separação entre direito e política acabou por obscurecer essa atuação.

Talvez o que se levanta como problema na contemporaneidade é o fato de que decisões judiciais estão indo em sentido diferente ou até mesmo oposto ao que se tinha sido estabelecido pelo Poder Executivo ou Legislativo. É nesse ponto que o Judiciário apareceria como um estranho invadindo seara alheia e não estaria cumprindo seu papel de *self-restraint* já que não teria legitimidade para agir além do que o direito lhe permitiria, não podendo adentrar em assuntos discricionariamente políticos.

Nesse ponto é que devemos levar em consideração que o Brasil adotou uma Constituição Dirigente, isto é, uma constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade. A Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente e também modeladora de um Estado Social que se caracteriza pela existência de políticas públicas de médio e longo prazo que procuram implementar ações governamentais no âmbito social. (BERCOVICI, 1999, p. 35-36).

É por isso que preferimos utilizar o conceito de políticas públicas trazido por Dye. A escolha não é só pela sua simplicidade, mas também por permitir abordar a questão das omissões legislativas e do Executivo na formulação de políticas públicas que possuem assento constitucional. Omissões também são “escolhas” que os poderes legislativo e executivo podem fazer, sendo que essas omissões, em termos de políticas públicas, podem ser consideradas partes do *agenda setting*, ou seja, a escolha de temas ou problemas que são considerados socialmente relevantes (SECCHI, 2012, p. 36).

Porém, o constituinte originário, na nossa constituição dirigente, já definiu agendas nas quais os governos futuros devem atuar. O *agenda setting* foi realizado pelo Constituinte originário e posto fora do alcance das legislaturas ordinárias. São agendas que se encontram constitucionalizadas e, portanto, devem ser concretizadas em algum momento futuro e não estão na esfera de conformação do Legislativo ou na disponibilidade do Executivo. Ainda que algumas agendas constitucionais tenham certo grau de indeterminação, elas deverão ser concretizadas em algum momento futuro.

A questão da omissão legislativa tomou corpo relevante nas discussões do constituinte brasileiro de 1988. Não bastava apenas uma concepção de Constituição Dirigente influenciado especialmente pela doutrina portuguesa. Havia que se propor algum mecanismo jurídico, um “remédio constitucional”, que garantisse a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais em caso de omissão. Nessa toada é que surgiu o Mandado de Injunção. Existem algumas teorias sobre a aplicação do Mandado de Injunção. Há visões distintas sobre o Mandado de Injunção (MI) que se relacionam com a questão da separação dos poderes e a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Moraes (2003, p. 185) apresenta sua classificação a partir de dois grandes grupos: *concretistas* e *não concretista*. A posição concretista defende que o Poder Judiciário, mediante decisão constitutiva, declara a existência de omissão inconstitucional e implementa o exercício do direito que se sobrevenha uma regulamentação. Esta corrente se subdivide em *concretista geral* e *concretista individual*.

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes* gerando uma norma geral até que sobrevenha a regulamentação pelo poder competente. Já na esteira da concretista individual, a decisão judicial só produziria efeitos para o impetrante do mandado de injunção, dando-lhe possibilidade de exercer livremente o seu direito que estava embaraçado pela omissão legislativa ou administrativa.

O STF ainda teria feito uma subdivisão entre *concretista individual direta* e *concretista individual intermediária*. Pela primeira, concretista individual direta, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente a injunção, implementa a eficácia da norma constitucional. Já na concretista individual intermediária, ao declarar a existência de mora na regulamentação, fixaria um prazo hábil para que o poder competente suprisse a omissão, findo o qual, e permanecendo a inércia, o Poder

Judiciário fixaria as condições necessárias para o exercício do direito por parte do impetrante (MORAES, 2001, p. 186).

O alcance do manejo do MI em casos de omissão legislativa foi grandemente esvaziado pelas interpretações iniciais concedidas pelo Supremo Tribunal Federal. Em grande resumo, podemos entender a evolução da Jurisprudência do STF⁶⁰ da seguinte forma:

- a) MI 107 - Relator Min. Moreira Alves – *Leading Case*. Adotou a tese não-concretista onde o MI é apenas declaratório. Equiparou o MI com a Omissão Inconstitucional. Argumentos utilizados: Separação dos Poderes e Princípio Democrático;
- b) MI 283 – e MI 232. – Filiou-se a tese “concretista individual intermediária”, fixando um prazo para o legislador atuar. Ao fim do prazo, permanecendo a omissão, ficava autorizada a liquidação da sentença pelo juízo ordinário;
- c) MI 721 e MI 284 – Relator Min. Marco Aurélio. Tratava-se de reiteração de casos anteriores onde o STF já havia declarado a mora do legislador sem que este houvesse sanado a omissão normativa. Teoria “concretista individual direta”, desde já resolveu a lide concretamente (O próprio STF criou a norma e a aplicou);
- d) MI 670 – Relator Min. Gilmar Mendes. Adoção da teoria “concretista geral”. Utilização da “sentença aditiva” para criar um regulamento provisório para a greve no serviço público.

Há certo questionamento quanto à possibilidade do STF criar um regulamento provisório em sede de Mandado de Injunção. Isso porque estaria se substituindo ao legislador ordinário, faltando-lhe legitimidade democrática e violando-se a separação dos poderes e da reserva legal. Ou seja, não seria bem aceita a teoria concretista. Em grande resumo, apresentamos os argumentos adotados pela nossa Corte Suprema no seu *leading case* MI 107. O ministro Moreira Alves analisa a utilidade do provimento jurisdicional que se poderia obter pelo manejo da injunção: a) obter sentença que declare a omissão ou marque prazo para que a omissão seja eliminada; b) obter sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando o exercício de seu direito, com a regulamentação da omissão (seja com efeitos *erga omnes* ou *inter partes*) (RTJ 133/31). O relator descarta a possibilidade de se obter sentença constitutiva em sede de mandado de injunção, isso porque teríamos o absurdo “do mandado de injunção esvaziar a ação

⁶⁰ Para uma análise mais profunda da evolução jurisprudencial do STF, e do MI 670 relativo à greve dos servidores públicos, recomendamos o artigo de Gilmar Mendes (2008).

de inconstitucionalidade por omissão” (RTJ 133/33), uma vez que o autor com legitimidade para a ação por omissão (que normalmente é órgão de alta cúpula ou entidade de classe) obteria apenas a declaração de mora na produção normativa, enquanto um simples particular, por meio da injunção, conseguiria “regulamentar o texto constitucional, objeto daquela ação direta, e regulamentá-lo com eficácia *erga omnes*” (RTJ 133/34). Soma-se a isso, na visão do ministro, o inconveniente de o STF apenas poder declarar a mora e informar o órgão competente em sede de ação direta de omissão constitucional, enquanto, adotando-se a tese concretista, seria possível “*obter do Juiz ou Tribunal inferior, por meio do mandado de injunção, a regulamentação visada com eficácia erga omnes*”. (RTJ 133/34). Por fim, Moreira Alves defende que o Constituinte não teria dado poderes ao STF - e, portanto muito menos para qualquer outro órgão judicante inferior-, a possibilidade de legislar, ainda que provisoriamente, isso em respeito ao princípio da separação dos poderes que, lembra o ministro, foi insculpido como cláusula pétrea (RTJ 133/34), bem como em consonância do direito fundamental de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar algo senão em virtude de lei (reserva legal) e do princípio democrático que estabelece o processo legislativo regular.

Porém, achamos que é possível lançar um novo (ou talvez o originário) olhar sobre o mandado de injunção. É que o remédio constitucional visava tratar a questão da omissão constitucional, ou seja, uma tentativa de que a Constituição não se tornasse apenas uma folha de papel ou letra morta. Dentro desta linha, segundo Mazzei (2008, p. 238-242), trata-se de questão de responsabilização da omissão do poder constituído. Assim, existe repressão à omissão no exercício da função administrativa e também na função jurisdicional. A pergunta que se coloca é: Por que não haveria responsabilização para a função legislativa?

Infelizmente, não foi possível ao constituinte deixar explícito a questão da responsabilização do legislador que não cumpre com suas funções constitucionais. É importante observar que chegou-se veicular expressamente tal proposta na constituinte de 1988, conforme analisado pelo próprio ministro Moreira Alves no julgamento do MI 107. Conforme assinalado, o atual dispositivo do art. 103, §2º, da Constituição nasceu da fusão de duas propostas das Comissões Temáticas. O primeiro texto dispunha:

§2º. Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal

§3º. Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigera supletivamente. (RTJ 133/34)

O texto foi mantido no Primeiro Substitutivo da Comissão Sistematizadora, mas foi alterado no Segundo Substitutivo daquela Comissão, retirando-se a referência à possibilidade do STF poder editar regulamentação bem como a responsabilização da autoridade omissa:

§2º. Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias (RTJ 133/34)

Por fim, acabou-se adotando o texto que hoje se encontra na Constituição que apenas trata da cientificação da omissão.

No nosso entender, o problema demonstra como um certo modelo de separação de poderes privilegia o legislador em detrimento dos demais poderes, que é justamente a visão clássica dos séculos XVIII e XIX da Supremacia do Legislador, ou seja, o mito do legislador como encarnação do próprio povo.

Ferraz (1986, p. 49-62) analisa a questão da inconstitucionalidade por omissão e trata da questão da sua responsabilização, seja por mecanismos políticos, seja por mecanismos jurídicos. Normalmente há sanção para a denegação de justiça (vedação ao *non liquet*) e para atuação do Executivo como crime de responsabilidade ou voto de desconfiança (parlamentarismo). A autora recomenda a necessidade de criar possibilidades para se obrigar o legislador a cumprir sua função típica. Infelizmente tal não foi adotado explicitamente no nosso texto constitucional.

Alguns defendem que a origem do Mandado de Injunção pode ser melhor compreendida pela análise da proposta original feita pelo senador constituinte Virgílio Távora que, nas Sugestões nº 155/4 e 156/2, remete a criação do instituto ao Direito Português, tendo-se baseado no arts. 283º c/c 281º da Constituição portuguesa (GUERRA FILHO, 2001, p. 102-103; MACIEL, 1989, p. 121-127). Nota importante é que o senador Virgílio Távora assinala que sua intenção era criar um instituto mais amplo do que o português de forma a controlar omissão normativa de qualquer órgão público. Ressalte-se que em Portugal, o instituto, denominado “inconstitucionalidade por omissão”, busca apenas que o Tribunal Constitucional declare a omissão normativa

e informe o órgão competente para que cumpra seu papel institucional. Essa competência originariamente cabia ao Conselho da Revolução (art. 279º), antes da reforma constitucional portuguesa de 1982, sendo que este tinha a faculdade de recomendar ao órgão legislativo que, em tempo razoável, suprisse a mora legislativa. (MACIEL, 1989, p. 123).

Saraiva (1990, p. 79) defendeu sua tese de doutorado sugerindo a criação de um “mandado de garantia social”, imaginando um mecanismo judicial para garantir os novos direitos sociais previstos pelas Constituições dos Estados Sociais, concretizando-se, assim, novos direitos como o *jus laborandi* e o *jus habitandi*. Saraiva (1990, p. 79-80) reclama da infeliz adoção do termo “Injunção” o que, inevitavelmente, faria os doutrinadores se filiarem a tese de origem do Mandado de Injunção ao direito anglo-americano. Entende que foi um infeliz “acidente vocabular”, inclusive sugerindo o termo “Mandado de Concretização”:

Sempre resistimos ao termo ‘injunção’, pois sabíamos que sua adoção conduziria os comentaristas para o direito anglo-saxônico. (...) Como estava previsto, há muitos autores desavisados gastando ‘seu inglês’ com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o *writ of injunctions*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome. Repetimos: a palavra ‘injunção’ é um ‘acidente vocabular’ (SARAIVA, 1990, p. 79-80).

De fato, foram sugeridos outros nomes para o mandado de injunção: “mandado de garantia constitucional” pelo senador mineiro Alfredo Campos e “mandado de garantia social” pelo senador Humberto Lucena (MACIEL, 1989, p. 127). Maciel (1989, p. 121) também defende a tese da origem imediata do Mandado de Injunção como proveniente do Direito Português e destaca as Sugestões nº 155-4 e 156-2 propostas pelo senador Virgílio Távora. Analisando a proposta original do constituinte, conclui que se tratava de um “único instituto com duas faces”. Ou seja, havendo as chamadas “inconstitucionalidades por omissão”, o particular estaria munido de algum instrumento para garantir a efetividade dos direitos advindos da nova Constituição. Vejamos a proposta original do senador Virgílio Távora:

Refletindo essa preocupação com a não-implementação da Constituição – o que revela um descumprimento dos mandamentos constitucionais – e inspirando-se no exemplo do Estatuto Maior português (art. 283º), conferindo-lhe, porém, uma abrangência maior, submetemos à apreciação da Assembléia Nacional Constituinte

sugestão de norma constitucional criando o instituto jurídico da **‘inconstitucionalidade por omissão’, voltado para a proteção dos direitos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inércia quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário.** Prevista a norma de proteção aos direitos públicos subjetivos, faz-se mister a criação de instituto jurídico-processual para a efetivação dessa norma. E esse instituto, de preferência, deve ter o status de garantia constitucional. (*apud* MACIEL, 1989, p. 122, grifo nosso).

Observando-se a proposta original, o mandado de injunção teria um caráter de remédio constitucional para defesa de direitos subjetivos, similar ao nosso mandado de segurança. É por isso, que em nosso entender, o senador Virgílio Távora se inspira na Carta Magna Lusitana, mas deseja dar “uma abrangência maior” ao seu novel instituto jurídico.

Porém, as Sugestões foram emendadas e modificadas a tal ponto que surgiram dois institutos jurídicos diferentes: a inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A cisão de certa forma era de se esperar, uma vez que no modelo português a inconstitucionalidade por omissão tem caráter de ação de defesa da ordem jurídica objetiva, inclusive restrita a uma mera recomendação ao legislador omissor.

A questão da omissão legislativa se relaciona diretamente com a da judicialização da política. Rosanvallon vê a judicialização da política como um fenômeno complexo com múltiplas causas. Porém ele destaca que uma das principais seria a questão da falta de responsabilização política, em função do declínio da responsividade por parte dos governantes diante das demandas sociais (ROSANVALLON, 2006, p. 231-234). É do desencantamento com a política eleitoral que nasceria a preferência pela decisão judicial como um *standard* ou um tipo-ideal de tomada de decisão - um método de decisão meta-política -, superior ao procedimento de responsabilização política e isso em função de suas próprias características: 1) as condições de justificação, com a necessidade de explicações minuciosas e a impossibilidade da esquiva na resposta aos questionamentos, o que é bem diferente do mundo político-eleitoral; 2) a obrigatoriedade de uma decisão em função da proibição ao *non liquet*, lembrando que no mundo político às vezes não se chega a nenhuma decisão final; 3) o julgador como um “espectador ativo”, ou seja, enquanto o julgamento político está voltado para uma promessa futura (prometer não repetir mais aquela ação reprovável), o julgamento judicial está voltado para o passado (as ações reprováveis do

político serão penalizadas); 4) uma forma de teatralização, com os seus rituais sociais específicos, onde cada um tem um papel e ocupa um espaço definido, sendo o do político o do banco dos réus; 5) a atenção ao caso particular, pois bem diferente do mundo legislativo dos casos gerais e abstratos, o julgamento se dedica a realçar as particularidades do caso e das pessoas em julgamento (ROSSANVALLON, 2006, p. 22, 235-250). Talvez se tivéssemos um mecanismo eficiente para lidar com a omissão legislativa, especialmente no terreno de uma Constituição dirigente tão repleta de direitos sociais, o fenômeno da judicialização da política teria uma dimensão diferente no Brasil.

Em relação ao *Welfare State* ou Estado Social, cabe destacar que estamos assumindo que as atividades prestacionais (ações estatais) serão realizadas por um conjunto específico de políticas públicas: as chamadas políticas sociais. Assim, no presente estudo, ao falarmos de políticas públicas, estamos nos dedicando às políticas sociais que também são *policies* (políticas de ação). Ou seja, a política social é uma espécie do gênero políticas públicas (PEREIRA, 2011, p. 173).

Por isso, a questão do controle jurisdicional de políticas públicas assume contornos importantes para a democracia, especialmente no caso brasileiro. A nossa Constituição Dirigente se choca frontalmente com a proposta de uma Constituição Econômica neoliberal. Há uma clara disputa pela temporalidade de longo-prazo: políticas sociais da Constituição Social ou políticas econômicas da Constituição Econômica? Tal escolha possui impactos diretos na concepção de Democracia.

Há que se perceber que o neoliberalismo não parece se preocupar mesmo com a concepção de Democracia. Isso pode ser afirmado ao compararmos as teorias propostas por Hayek, Buchanan e Friedmann com a aquela concebida pelos chamados Ordoliberais Alemães. A situação da Alemanha pode de certa forma explicar a proposta do movimento: primeiro, o fato do Nazismo ter assumido o poder na Alemanha pela via eleitoral; segundo, pelo processo hiperinflacionário que atingiu a Alemanha no entre-guerras. Portanto, parece ter ficado claro, por conta destes eventos traumáticos, que haveria alguns pré-requisitos para se concretizar uma sociedade democrática e que a democracia não poderia se pautar exclusivamente por um “contrato eleitoral”. As figuras expressivas desse movimento foram Wilhelm Röpke, Franz Böhm, Walter Fückel e Hans Grossman-Doerth, que foram posteriormente reduzidas ao silêncio por

Hitler. Os ordoliberais foram teóricos de uma economia social do mercado como uma alternativa a economia de livre-mercado, já que este último poderia ser uma ameaça a ordem pública. O objetivo é estruturar a atividade econômica de forma a garantir a estabilidade social. Sua concepção é uma extensão para a esfera econômica do papel das normas constitucionais na esfera política. Assim, a inflação é vista como um sinal de desconfiança no Poder Executivo e uma quebra na constituição política da sociedade de forma que o governo não é mais visto como legítimo. Assim, as políticas monetárias não são apenas instrumentos técnicos da economia, mas possuem importância para a durabilidade de um contrato social. A proposta passaria pela necessidade de criação de um Banco Central independente, capaz de conduzir essas políticas monetárias de longo-prazo sem estar sujeito às influências político-partidárias presas ao jogo eleitoral de médio-prazo. A proposta última do Ordoliberalismo seria muito menos uma celebração do livre-mercado, mas a de haver um garantidor dos pré-requisitos instituidores de uma verdadeira democracia. Na visão dos ordoliberais, essa independência do Banco Central possui um aspecto político, e não é uma visão simplista da independência como algo apolítico (ROSANVALLON, 2011, p. 115-118). Comparando com a visão dos neoliberais, percebe-se que mais do que nunca, a legitimidade reflexiva é essencial para a democracia.

Ao realizar o controle jurisdicional de políticas públicas, o Judiciário poderia inclusive adentrar no mérito administrativo toda vez que a temporalidade de longo-prazo não tenha sido levada em consideração, uma vez que está investido da legitimidade reflexiva. A realização de audiência pública em sede de ação de controle de constitucionalidade, por exemplo, não deve ser vista como uma forma de suprir um déficit democrático. Deve ser compreendido como a oportunidade de participação cidadã numa temporalidade de longo-prazo, cujos parâmetros para debate estão assentados na própria Constituição. Há que se questionar de que forma uma política pública está contribuindo para se atingir as políticas públicas constitucionais como erradicação da pobreza, redução da desigualdade econômica e a promoção de uma sociedade justa e solidária.

Novamente a questão da judicialização da política e do ativismo judicial parece nos assombrar. Talvez a advertência necessária que devemos fazer é recordar o que nos diz Rosanvallon em relação a possibilidade de conceber a imparcialidade como uma categoria apolítica, o que está muito presente no Direito. Há que se recordar a existência

de uma “Imparcialidade Utópica” fundada em três figuras: a do juiz-divindade, a do príncipe estrangeiro e a da “mão invisível” (ROSANVALLON, 2011, p. 107-113).

O juiz-divindade encarna a ideia de uma imparcialidade “que tudo vê” (ROSANVALLON, 2011, p. 107). A questão passa pela diferença entre *Themis* e *Dikai*: *Themis* não significa o mesmo que *diké*, já que este último seria apenas as regras de convivência de uma comunidade. Assim, *Themis*, de origem divina, influenciaria diretamente a consciência do juiz, lembrando que o direito é um conjunto de princípios e códigos inspirados, tornando o magistrado uma espécie de oráculo. Não podemos esquecer o esforço de Montesquieu em reduzir o juiz à “boca da lei”. Mas antes disso, a magistratura era vista como uma atividade divina, um *ministerium*. Aliás, Jean Domat, um dos mais respeitados juristas do *Ancien Régime*, entendia que mesmo o padre era inferior ao juiz em termos de proximidade com a Divindade: enquanto o padre intercedia junto a Deus - mostrando sua posição de sujeição e dependência-, o juiz julgava tal como Deus, o que demonstrava sua superioridade. Assim, o juiz-divindade se relaciona com a concepção de um “terceiro imparcial”, aquele que não tem nenhuma preferência pelas partes envolvidas, de forma que a sua intervenção no conflito não lhe afete. Ora, essa concepção guarda relação com a divindade, já que somente um deus poderia permanecer “fora do mundo” e ao mesmo tempo agir e intervir nele.

Há também a imparcialidade do distanciamento. Tal se baseia na ideia de alguém “estranho” ao conflito posto. Há vários exemplos históricos que falam dessa figura. Na Grécia Antiga, quando as cidades-estados estavam em conflito interno, era comum chamar um Legislador estrangeiro para resolver a questão. Na Itália medieval (séculos XII e XIII) era comum o regime de *podestà*. Quando as cidades encontravam-se tão divididas em fações rivais, comumente entre famílias poderosas, era costume se recorrer a líderes estrangeiros que procuravam resolver a questão e governar a cidade. Eram os *podestà*, o que acabou se tornando uma espécie de profissão. Além de jurarem imparcialidade perante toda a cidade, lhe era imposto uma série de proibições que visavam simplesmente que não se familiarizasse com a população e muito menos com as famílias poderosas da cidade.

Rosanvallon ainda nos recorda da “mão invisível” como outra imparcialidade utópica. A própria expressão, procurando significar a imparcialidade dos despersonalizados mecanismos do mercado, possui um sentido teológico como se fosse

a mão de Deus ou uma força obscura conduzindo as pessoas. Hayek, pai do neoliberalismo, foi o que estabeleceu a versão última da concepção de “mão invisível”. Enquanto Adam Smith entendia a troca econômica no mercado no sentido moral e psicológico, Hayek a concebe como parte de uma teoria da informação. Para Hayek, o mercado teria sido o único procedimento descoberto que lida com uma massa de informação proveniente de milhões de pessoas e as usa em benefício de todos. Essa perspectiva cognitivista de Hayek visa criticar a intervenção do Estado na Economia, dizendo que esse sempre seria ineficiente, pois seria incapaz de lidar com toda a gama de particularidades e tratá-las em benefício de todos. Para Hayek, o mercado seria um poder invisível, o único e verdadeiro governo da generalidade, tendo o mérito de negar que qualquer ser humano está apto a usar o poder (político) já que seria sempre arbitrário. No capitalismo utópico de Hayek, há uma radical despolitização do mundo. Não há nenhum poder coletivo capaz de conduzir bem a sociedade, que sempre será melhor conduzida por um imparcial e despersonalizado mecanismo: o mercado (ROSANVALLON, 2011, p. 112-113). O que talvez os neoliberais não percebam é que aqui o mercado já não é apenas um instrumento técnico para regular a atividade econômica, pois adquiriu um sentido sociológico e político. Ou seja, o mercado vira um modelo político alternativo: ao invés de figuras de hierarquia na tomada de decisão, temos uma organização anti-hierárquica e despersonalizada, que realiza ajustes automáticos (ROSANVALLON, 2002, p. 7-18). Não é por outro motivo que o próprio Hayek critica o uso do termo “mão”, por ser demasiada antropomórfica, remetendo à ideia de sujeito e de vontade. Para ele, não há sociedade: “Sociedade não é uma pessoa que age; é uma estrutura organizada cujos membros criaram ao observarem certas regras abstratas” (*apud* ROSANVALLON, 2001, p. 113). A imparcialidade utópica do mercado dinamiza a democracia como um governo de vontade popular. Não há vontade humana aqui. Só há uma ordem abstrata e imparcial: a *Demarké* de Hayek.

O perigo destas formas utópicas de imparcialidade é que elas assumem um aspecto quase religioso (ROSANVALLON, 2011, p. 119) e não levam em consideração as transformações que a legitimidade da imparcialidade já sofreu, uma transformação da imparcialidade passiva para a imparcialidade ativa.

Para além da imparcialidade utópica da “mão invisível” e do juiz-divindade, deve-se buscar a democracia reflexiva. Não se deve temer um possível “governo dos juízes”, receio este que também advém da concepção de que o Judiciário é o que toma a

decisão por último, remetendo-se a questão para judicialização da política e do ativismo judicial. Na verdade, não há decisão final, seja porque o texto constitucional pode ser emendado ou porque uma Corte Constitucional não se vincula às suas próprias decisões, podendo revê-las em momento posterior, havendo diversos exemplos históricos em diversos países. Mas há outra questão: as relações intergeracionais. Relembrando Condorcet, Thomas Paine e Thomas Jefferson, a Constituição não pode ser uma forma de gerações passadas subjugarem gerações futuras: “o governo dos vivos pelos mortos” (ROSANVALLON, 2011, p. 144).

A temporalidade do longo-prazo é tão larga que às vezes é confundida com a imutabilidade. Neste aspecto, o melhor argumento contra a suposta decisão final é o mais simples dos fatos: a finitude da vida humana. Uma geração será substituída por outra, o que inevitavelmente trará uma inovação geracional abrindo portas para que cada geração inove o futuro. Essa é a temporalidade de longo-prazo da democracia reflexiva.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente texto, com base na tese de T.H Marshall, revimos a concepção de evolução dos direitos desde o século XVIII até o século XX, desde os direitos civis até o direitos sociais, passando pelos direitos políticos no século XIX. Ao mesmo tempo, procuramos focalizar a atenção no papel do Judiciário como instituição no fortalecimento (ou não) destes respectivos direitos. Para T.H. Marshall, o papel do Judiciário ficou circunscrito ao aparecimento do direito civil no século XVIII, baseado na sua imparcialidade, de forma que serviu, com base no conceito de cidadania, para romper com a rígida estratificação social proveniente do Antigo Regime. O Judiciário teria sido essencial para proteger a liberdade e promover a igualdade jurídica (não substancial) que, como sabemos, foram essenciais para que o sistema capitalista pudesse se desenvolver.

Rosanvallon se dedica, em sua obra “Legitimidade Democrática”, em se aprofundar sobre a origem da legitimidade nos Estados democráticos. Seria apenas sinônimo de eleições? Somente as urnas poderiam conceder legitimidade? Se a resposta fosse positiva, então o problema ao qual nos dedicamos nessa dissertação – se o Judiciário está investido de alguma legitimidade – teria resposta simples: não possui legitimidade porque os magistrados não são eleitos. Revisitando a história da democracia moderna, Rosanvallon nos concede outra perspectiva, mostrando que houve transformações na própria legitimidade democrática, desde o século XVIII até a contemporaneidade. Apesar da importância das eleições e da universalização do voto – fatores mesmos que para teóricos como T.H. Marshall e MacPherson contribuíram para o desenvolvimento dos direitos políticos e sociais – houve um “desencanto” com a democracia representativa no final do século XIX e início do século XX, levando à dessacralização das eleições. Não houve grandes teorizações sobre a necessidade de uma nova legitimidade que complementasse a das urnas e que foi preenchida pelo Serviço Público.

A descrença no sistema representativo levou a busca de uma nova instituição que conseguisse apreender os anseios da população que não eram atendidos pela esfera política que havia se centrado em disputas eleitorais, criando alta rotatividade no preenchimento dos cargos públicos da Administração por serem estes muitas vezes

alvos de barganhas ou extensão dessas mesmas disputas. Como nos recorda Rosanvallon, com as teses de Léon Duguit e de Goodnow, procurou-se uma apreensão mais objetiva da vontade coletiva, o que pode ser realizado na concepção de “poder administrativo objetivo”, materializado pela criação de um corpo de servidores públicos identificados com a ideia de bem comum. Era uma “Corporação do Universal”, pois não representava uma ou outra tendência política-partidária, mas buscava uma unificação da vontade popular, não pelas urnas, mas pela implementação das leis e pela manutenção de um projeto de serviço público atuando na escala temporal de longo-prazo e não na de médio-prazo, temporalidade típica das disputas eleitorais.

Rosanvallon nos aponta para uma necessidade sociológica de busca por unidade ou “integralização” que a democracia representativa, com o procedimento eleitoral, não teria conseguido resolver. Daí surge as duas ficções fundantes da democracia representativa: 1) “que uma parte vale pelo todo”; e 2) “que o momento das eleições vale pela integralidade do mandato”. A democracia acaba confundindo um princípio de justificação (legitimidade) com uma técnica de tomada de decisão (regra da maioria). Durante o fim do século XIX até os anos 1980, e especialmente no pós-segunda guerra por meio do *Welfare State*, o serviço público parece ter conseguido apreender a “vontade geral” de forma monolítica ao criar um corpo de servidores que se identificassem com o “interesse público” ou “bem comum”.

Pierre Rosanvallon parece ter prosseguido de onde T.H. Marshall teria parado, seguindo o desenvolvimento dos direitos sociais no século XX: o surgimento do Estado-providência, o fortalecimento da Administração Pública, e a posterior “crise” a partir dos anos 1980, quando também ocorreu a ascensão das teses neoliberais. Rosanvallon entende que a “crise” do Estado-providência não é simplesmente de ordem econômica. A crise não ocorreu por conta de demasiados gastos públicos, desequilíbrio financeiro ou pelo alto custo dessa estrutura estatal. A verdadeira crise seria de ordem muito mais profunda, de natureza social, política e filosófica. O *Welfare State*, como um prolongamento do Estado-protetor, buscou introduzir, por meio dos direitos sociais, a proteção econômica do cidadão na pauta política e social da ordem mundial. Essa visão de um estado-protetor, que no fundo é um prolongamento das concepções de Estado proveniente dos contratualistas liberais, acabou por gerar uma solidariedade mecânica, ou seja, a solidariedade social foi absorvida pelos impessoais mecanismos estatais de redistribuição de renda e seguros para proteção do trabalhador em condições

pré-definidas de situações contingenciais adversas (desemprego, doença, velhice, etc.). Tal solidariedade mecânica encobriu as relações sociais por debaixo dos mecanismos estatais, rompendo o contrato social que servia como substrato para o próprio *Welfare State*.

Há que se perceber, também, que a partir dos anos 1980 se solidificou outras transformações de ordem social, o que muitas vezes aparece na literatura como condição pós-moderna e também capitalismo pós-fordista. São transformações que dão surgimento a uma nova “sociedade do particularismo” advinda de uma nova economia do particularismo, redefinindo o modo de produção, de consumo e de organização do trabalho. Tal transformação dinamita as legitimidades que sustentaram o *Welfare State*: a legitimidade eleitoral e a legitimidade de identificação com a generalidade, esta última atribuída ao serviço público responsável pela execução das políticas sociais.

Surgiu a necessidade do aparecimento de outras formas de legitimidade. Especificamente, surgiram três formas menos diretas de se obter a generalidade: 1) a legitimidade da imparcialidade; 2) a legitimidade reflexiva; 3) a legitimidade da proximidade. Como vimos, essas três novas legitimidades podem ser definidas pelas suas “qualidades”, enquanto as tradicionais formas de legitimidade (eleições e o concurso público) são caracterizadas por um *status*. Enquanto que nas três novas legitimidades são de certa forma “condições precárias”, as legitimidades tradicionais conferiam um *status* se sobrevivessem aos seus respectivos “testes” das eleições ou do concurso público. Assim, em contraposição as legitimidades tradicionais, que são eminentemente estáticas, as novas três legitimidades são eminentemente dinâmicas. Além disso, a legitimidade democrática existe quando os cidadãos acreditam no seu governo. Portanto se relacionam com a “confiança” o que nos permite compreender a legitimidade como um “indicador sensitivo”.

A visão tradicional do Judiciário como detentor de uma legitimidade baseada na imparcialidade não leva em consideração a própria transformação que essa legitimidade sofreu, especialmente em decorrência das políticas sociais do *Welfare State*. De uma “imparcialidade passiva”, uma espécie de terceiro desinteressado, um espectador passivo, passou-se para uma “imparcialidade ativa”, baseada na concepção democrática de “igualdade de condições”, o que exige das instituições uma atuação na promoção dessas igualdades. No caso brasileiro, parece-nos a situação do Ministério Público como autoridade independente. Para Rosanvallon, o Judiciário, ou melhor, as

Cortes Constitucionais, teriam adquirido a legitimidade reflexiva, permitindo-as atuarem na temporalidade do longo-prazo.

Aliás, uma das contribuições mais importantes de Rosanvallon é nos recordar que a democracia pode ser compreendida como um regime temporal. Há temporalidades distintas na vida democrática: a instantaneidade das eleições (curto-prazo), o período dos mandatos parlamentares entre as disputas eleitorais (médio-prazo) e o “reino da Constituição” com uma temporalidade de longo-prazo. Todas as temporalidades compõem a Democracia e são igualmente importantes.

Condorcet parece ter sido o primeiro a ter essa percepção, discordando da “Democracia Imediata” proveniente do pensamento de Jean-Jacques Rousseau. A base da teoria democrática, a concepção de soberania popular, está intrinsecamente fundada no imediatismo rousseauiano, pois para o pensador genebrino, a vontade geral era capaz de ser percebida “de pronto” pelos cidadãos da república. O espaço para debate e discussões, não significava uma maior reflexão para Rousseau. Debate não era indicação de uma genuína preocupação para a busca da melhor solução, mas sintoma de que a vontade geral estaria sendo subjugada por vontades particulares, cujos proponentes se esforçariam para convencerem os demais a votarem e transformarem esses interesses particulares em “lei”. Seria uma falsa lei baseada numa pseudo-vontade geral que só esconderia um interesse particular. A solução para Rousseau? Decisão imediata. Condorcet recorda que a democracia representativa nos agrega algo positivo, uma temporalidade mais alargada que nos permite a deliberação: uma decisão mais cuidadosa e refletida.

Porém, como era receio de Rousseau, a democracia representativa se desvincula de seus eleitores de forma que o processo legislativo quase nunca retratava os anseios da maioria da população, aliás, que estava alijada de participação pela não concessão dos direitos políticos. Por sua vez, vimos que o receio da expansão dos direitos políticos era o receio de uma “legislação classista” que impusesse a vontade da grande maioria – os trabalhadores depauperados – sobre a vontade das minorias, as elites enriquecidas. Nesse cenário surge o Constitucionalismo como bastião liberal na defesa das minorais contra a possível ditadura da maioria. Do outro lado, Karl Marx vê a situação como uma “luta de classes”, com base na sua filosofia da História, e concebe o Estado como instrumento de dominação da classe dominante (minorias burguesas ricas) sobre a classe dominada (maioria proletária depauperada). A grande contribuição teórica

marxista está na promoção de um amplo estudo do sistema capitalista e no desvelamento de suas mazelas. As teses de Marx são fruto mesmo da *questão social* que assolou o século XIX. Porém, para a teoria marxista, a solução é a revolução, a instituição da ditadura do proletariado e finalmente a abolição das classes sociais, o que provocaria o definhamento do Estado.

Foi o revisionismo das teorias marxistas, promovido por Kautsky e Bernstein, que deram a contribuição necessária para a social-democracia buscar um caminho para solução da *questão social*, usando a democracia representativa para conquistar direitos sociais e legiferar visando a proteção do trabalhador. Foi essa linhagem que permitiu o surgimento do *Welfare State*, utilizando-se da democracia eleitoral para promover mudanças na realidade social. O próprio T.H. Marshall é um dos elos essenciais nessa corrente. E é essa linhagem – a do Estado-providência – que desenvolveu, na teoria e na prática, os direitos sociais.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no direito, isso porque fez com que o Estado saísse de uma postura de abstenção para um enfoque prestacional. Foram esses mesmos direitos que promoveram uma mudança, tanto de ordem quantitativa quanto qualitativa. Houve uma intensa legiferação, buscando resolver os diversos problemas de ordem social que, por sua vez, demandaram uma alteração na técnica legislativa. Surgem textos legais de textura aberta e conceitos indeterminados, baseados em princípios e apontando finalidades. Tal situação promove uma transferência do centro decisório político do Legislativo para o Executivo, ou melhor, para a Administração Pública.

Portanto, a promoção de direitos sociais nos traz o problema da sua vinculatividade, ou seja, seu caráter cogente frente aos governos, de forma que estes direitos poderiam ser exigíveis via ação judicial. Aqui é que se delineia melhor o problema da legitimidade democrática da atuação do Judiciário. Ora, os direitos são de natureza cogente e, portanto, podem ser exigidos. Por outro lado, um direito social significa que o Estado deverá realizar alguma prestação. Poderia um agente público não-eleito impor-se sobre os políticos eleitos? Além disso, os direitos sociais, por sua natureza anticapitalista e desmercadorizante, trazem uma segunda problemática: a necessidade de recursos públicos para a sua concretização.

A contribuição de Pierre Rosanvallon para esses dois problemas são capitais. Para além de uma restrita concepção de legitimidade democrática como sinônima de procedimento eleitoral, o pensador francês nos abre um novo território para explorarmos, rompendo com uma visão restrita de legitimidade. Isso permite recolocar o problema, já que há “legitimidades democráticas”, cada uma com uma característica diferenciada. Assim, pode-se afirmar que o Poder Judiciário possui legitimidade democrática, uma delas pelo menos, que é a legitimidade reflexiva. Uma legitimidade tão importante para a Democracia quanto a legitimidade procedural das eleições. E, arriscamos afirmar, essencial para o caso dos direitos sociais.

Os direitos sociais só podem ser concretizados numa temporalidade de longo-prazo, justamente a temporalidade de atuação das Constituições e das Cortes Constitucionais. Ora, será que os direitos sociais não devem ser considerados verdadeiramente direitos porque não podem ser imediatamente implementados, tais como os direitos civis e políticos? Ou os direitos sociais não são direitos porque as concepções neoliberais, que definem um modelo de ser humano e de relações sociais (competidor no mercado) deve se impor na temporalidade de longo-prazo? Há uma espécie de competição ou luta por essa temporalidade. Inicialmente ocupada pelo Constitucionalismo liberal, visando frear o avanço social que abria espaço no médio-prazo dos mandatos eleitorais, seguida pela constitucionalização dos direitos sociais e, agora, um retorno ao liberalismo por intermédio do Constitucionalismo Econômico com suas políticas monetárias e fiscais buscando resolver o *time consistency problem*.

Esquece-se, por vezes, que os direitos civis e os políticos também foram resultados de um longo processo histórico. Nunca existiu direito que pudesse ou tivesse sido imediatamente implementado e que também não tivesse um custo. T.H. Marshall nos lembra da importância do Judiciário no século XVIII para a afirmação dos direitos civis, e do Legislativo para a afirmação dos direitos políticos no século XIX. Da parte dos liberais, o próprio John Rawls, ao explicar sua ideia de “consenso sobreposto” como pedra fundamental do constitucionalismo liberal, lembra que tal se deu como uma construção histórica. Usando o exemplo da liberdade religiosa, lembra que primeiro teria ocorrido apenas um *modus vivendi*, ou seja, um equilíbrio de forças no plano fático: protestantes e católicos se obrigariam a conviver pacificamente porque não conseguem suplantar o poderio um do outro. Num segundo momento, essa realidade

fática é incorporada ao texto constitucional como um “consenso constitucional”. Por fim, se daria o “consenso sobreposto”, ou seja, a liberdade religiosa compreendida como um valor constitucional não oriundo de uma concepção filosófica em particular (doutrina abrangente), mas proveniente de uma razão pública baseada na cidadania (RAWLS, 1987). Aliás, a família do *Common Law* percebeu claramente que os direitos civis e políticos são produtos de um processo histórico. Para Albert Venn Dicey (1835-1922), jurista e teórico constitucional britânico que se notabilizou por melhor fixar o conceito de *rule of law* para a tradição da *Common Law*, lembra que a Lei Constitucional não é a fonte dos direitos individuais, como acreditam os juristas da tradição romano-germânica, que os colocam de forma escrita e codificada. A positivação da lei na versão de Dicey não é a lei geral e abstrata do mundo romano-germânico, mas justamente a *judge-made law* dos Tribunais, ou seja, uma *Judicial Legislation* (STEWART, 2004, p. 205). Assim, a Constituição é a consequência dos direitos individuais conforme definido e reforçado pelos Tribunais.

Além disso, Rosanvallon, analisando a “crise” do *Welfare State*, põe a necessidade contemporânea de rever o conceito de direitos sociais. Os direitos sociais, como um prolongamento natural do Estado-protetor com seus direitos civis e políticos, acabou criando um Estado compensador, uma máquina indenizatória visando compensar os riscos sociais que afligiam o trabalhador. Foi essa concepção de um *Welfare State* passivo, baseada numa solidariedade mecânica, é que teria entrado em crise. Há que se erigir um novo *Welfare State*: um “Estado-providência ativo” que busque rever os direitos sociais como um direito de inserção social. É necessário refundar o Estado Social pela superação da antiga oposição entre direitos liberais (individualidade) e direitos sociais (coletividade), buscando uma redefinição de justiça e reinventando a solidariedade social (ROSANVALLON, 1995, p. 7-12).

Talvez o caminho, uma vez que o Constitucionalismo trabalha numa temporalidade específica – o longo-prazo -, seja a utilização de metodologias históricas para aplicação em hermenêutica constitucional. Aliás, o que já aparece ser apontado, sem muita clareza quanto ao aspecto da temporalidade na democracia, em teorias constitucionais como as de Bruce Ackerman, de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas. Ackerman fala de uma “democracia dualista”, onde em determinados momentos históricos - de grande mobilização revolucionária dos cidadãos - a Suprema Corte não poderia impedir a incorporação destes novos valores na história

constitucional. Dworkin, por sua vez, entende que os intérpretes constitucionais são partícipes de um “romance”, ou seja, que o direito é construído em cadeia ao longo de um processo histórico. Ao seu turno, Habermas se afasta da visão otimista de Dworkin da história constitucional, baseada numa confiança antropológica nas tradições, provavelmente pela experiência traumática do nazismo sofrida pela sociedade alemã. Habermas defende o “Patriotismo Constitucional” como forma de distanciamento reflexivo dessas tradições históricas: uma forma de ruptura e construção de uma nova sociedade alemã compromissada com o Estado de Direito e com a Democracia (CITTADINO, 1999, p. 27, 221-225). O que aparece em comum nesses teóricos é justamente a resolução de problemas atinentes à temporalidade de longo-prazo. Daí a importância da compreensão das temporalidades para o estudo da Democracia.

Para o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional Democrática é necessário levar em consideração o papel das temporalidades na Democracia, bem como a legitimidade reflexiva atribuída às Cortes Constitucionais com sua atuação no longo-prazo. Tal concepção será essencial na busca de uma nova compreensão e realização dos direitos sociais que exigem políticas sociais que atuam na temporalidade do longo-prazo para sua concretização que é, devemos insistir, a transformação da realidade socioeconômica. Esperamos, ainda que de forma bastante singela, ter auxiliado na abertura de novos caminhos, novas possibilidades para a compreensão do papel do Poder Judiciário num Constitucionalismo Democrático e Social.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2005.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Palblo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Joana El-Jaick. **O revisionismo de Eduard Bernstein e a negação da dialética.** Dissertação (Mestrado em Sociologia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. As origens da social-democracia alemã e seu processo de unificação. **Plural (USP)**, São Paulo, v. 14, p. 77-102, 2007.

_____. O processo de modernização conservadora na Alemanha e suas repercussões sociais na transição para o século XX. **Cadernos de História**, Ouro Preto, v. 2, p. 150-166, 2008.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico: uma abordagem introdutória.** São Paulo: Atlas, 1988.

ARENDT, Hannah. **Da revolução.** trad. Fernando Dídimo Vieira. rev. Caio Navarro de Toledo. Brasília: Editora da UNB, 1988.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico.** trad. Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Revolução industrial e capitalismo.** São Paulo: Brasiliense, 1984.

AYALA, Francisco. **El problema del liberalismo.** México, DF: Fondo de Cultura Economica, 1941.

BAKER, J.H. **Introduction to english legal history.** 4.ed. Edimburgo: Butterworths, 2002.

BALL, Terence. **Aonde vai a teoria política?** Revista Sociologia Política, Curitiba, n. 23, nov. 2004, p. 9-22. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arctext&pid=S0104-44782004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

BASTOS, Aurélio Wander. Prefácio. In: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.IX-XIX.

BAVARESCO, Agemir; SCHMIDT, Ernani; CHRISTINO, Sérgio B. Metamorfoses do Estado Constitucional e a Teoria Hegeliana da Constituição. **Síntese - Rev. de Filosofia**. v. 32, n. 103, 2005, p. 335-370.

BEARD, Charles A. **Economic origins of jeffersonian democracy**. New York: The MacMillan Company, 1915. Disponível em: <<http://archive.org/details/economicorigins000bearuoft>>. Acesso em: 04 jan 2013.

BEEMAN, Richard. **Plain, honest me: the making of the American Constitution**. New York: The Random House Publishing, 2009.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. **A separação de poderes da revolução americana à constituição dos Estados Unidos: O debate entre os projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 142, p. 35-51, 1999.

_____. **Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre Direito, Estado e Economia na República de Weimar**. Tese (Livre-Docência em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. **Constituição e Política: Uma Relação Difícil**. Lua Nova (Impresso), São Paulo - SP, v. 61, p. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, L. F. **A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Suplemento (Cessou em 1992. Cont. ISSN 0872-6043 Studia Jurídica), Coimbra, Portugal, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANQUI, Louis-Auguste. **For the Red Flag**. CopyLeft: Creative Commons (Attribute & ShareAlike) marxists.org, 2004. Disponível em: <<http://www.marxists.org/reference/archive/blanqui/1848/red-flag.htm>>. Acesso em 26 nov. 2013.

BOBBIO, Norberto. Despotismo. In: BOBBIO, Norberto; MATIEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaías e Renzo Dini. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998. p. 339-347, vol. I.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. trad.Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: UNB, 1997.

BOETTKE, Peter J. *et al.* Where economics and philosophy meet. **The Economic Journal**, n. 116, June, 2006, Royal Economic Society, p. 306–325.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v.133, p. 1 488, jul. 1990. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/133_1.pdf>. Acesso em: 19 dez 2012.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto Constitucional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 26 set. 1986. Suplemento especial ao n. 185. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 19 dez 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas**: de Maquiavel aos nossos dias. trad. Lídia Cristina. rev. André Praça de Souza Telles. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHEYNEY, Edward P. **The Court of Star Chamber**. *The American Historical Review*, v. 18, n. 4. jul. 1913, pp. 727-750.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justice distributive**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COGGIOLA, Osvaldo. Os inícios das organizações dos trabalhadores. **Revista Aurora**, Marília, v. 3, n. 2, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Les Constitutions de la France**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html>>. Acessado em: 02 jul. 2012.

CONSTANT, Benjamim. **Princípios Políticos Constitucionais** – Princípios Políticos Aplicáveis a todos os Governos Representativos e Particularmente à Constituição Atual

da França (1914). Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Líber Juris. 1989.

COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. **English legal system in context**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CROSSMAN, R.H.S. **Biografia do Estado Moderno**. trad. Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

DAHL, Robert Alan. **How democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. **Decision-making in a democracy: the policy-maker**. 6 J. Pub. L. 279, 1957. Disponível em: < <http://epstein.usc.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DEPARTMENT OF STATE (Estados Unidos). **Documentary history of the Constitution of the United States of America (1786-1870)**. v. 5. Washington, Department of State, 1905. Disponível em: <<http://archive.org/stream/documentaryhist06librgoog#page/n6/mode/1up>>. Acesso em: 10 jan 2013.

DILORRENZO, Thomas J. **Hamilton's Curse: how Jefferson's arch enemy betrayed the American Revolution and what it means for americans today**. New York: Crown Publishing Group, 2008.

DUNN, Susan. **Jefferson's second revolution: The election of 1800 and the triumph of republicanism**. Boston: Houghton Mifflin Company, 2004.

DURKHEIM, Émile. **Montesquieu e Rousseau: pioneiros da sociologia**. trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

DYE, Thomas. **Understanding public policy**. 14. ed. Boston: Perason, 2013.

ENGELS, Friederich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. trad. B. A. Schumann; edição José Paulo Netto. São Paulo: Boitempo, 2008.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do welfare state**. Lua Nova, São Paulo, n. 24, Sept. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 25 July 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451991000200006>.

FALCON, Francisco; MOURA, Gerson. **A formação do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Campus, 1981.

FERES JÚNIOR, João; EISENBERG, José. Dormindo com inimigo: uma crítica ao conceito de confiança. **Dados** (Rio de Janeiro. Impresso), v. 49, p. 457-481, 2006.

Disponível

em:<<http://gema.iesp.uerj.br/JFJ/wp-content/uploads/2011/05/Dormindo-com-o-inimigo-2006.pdf>>

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** In: Revista USP. Dossiê Judiciário. São Paulo, mar. abr. maio 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986.

GOUGH, J.W. **Introdução**. In: LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. trad. Dario Canali. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUESNERIE, Roger. Teoria econômica e organização social. **ECONOMIA**, Niterói (RJ), v.5, n. 1, p. 8-33, jan./jun. 2004.

GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+20 ou Rio-20?: crônica de um fracasso anunciado. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 15, n. 3, dez. 2012.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK. F.A. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e de economia política. trad.M.L.X.de A.Borges. São Paulo: Visão, 1985. 3v.

HEILBRONER, Robert. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOBBS, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25. ed. rev., 3. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

HOLLAND, T. Rubicão: o triunfo e a tragédia da república romana. trad. M. A. Máximo. Rio de Janeiro: Record, 2006.

INGLEHART, Ronald et al. Human Beliefs and Values: A Cross-Cultural Sourcebook. Mexico: Siglo XXI, 2004.

JACKSON, J. Hampden. **Marx, Proudhon e o socialismo europeu**. trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

JANINE, Renato Janine. Apresentação. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. XXXIII-XLI.

JANINE, Renato Janine. Apresentação. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. XXXIII-XLI.

JASMIN, Marcelo Gantus . **Despotismo e História na Obra de Alexis de Tocqueville**. Estudos Avançados. Coleção Documentos, Série Teoria Política, São Paulo, v. 18, p. 1-37, 1996.

JEFFERSON, Thomas. **Notes on the State of Virginia**. Richmond: J.W. Randolph, 1853. Disponível em: <<https://archive.org/details/notesonstateofvi01jeff>>. Acesso em: 17 nov 2013.

JURADO, Carlos Caballero. **The German Freikorps 1918-23**. Oxford: Osprey Publishing, 2001.

KENNEDY, Gavin. **Adam Smith and the invisible hand: from metaphor to myth**. Econ Journal Watch, v. 6, n. 2, maio 2009, p. 239-263.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; Mota, Maurício (Orgs.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LARSON, Edward J.; WINSHIP, Michael P. **The Constitutional Convention: A Narrative History from the Notes of James Madison**. New York: The Modern Library, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro político da burguesia. In: CAVALCANTI, Themistocles; SILVA, Carlos Medeiros; LEAL, Victor Nunes. **Cinco estudos: a federação, a divisão de poderes (2 estudos), os partidos políticos e a intervenção do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955. p. 93-113.

LERNER, Renée Lettow. **Enlightenment economics and the framing of the U.S. Constitution**. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 35, n. 1, winter 2012, p. 37-46.

LESSA, Sérgio. A Emancipação Política e a defesa de direitos. **Revista Serviço Social e Sociedade**, jun., 2007.

LEVI, Lucio. Governo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 553-555.

LOCKE, John. **The Works of John Locke in Nine Volumes**. 12. ed. v. 4. London: Rivington, 1824.

_____. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.). **Justiça e Democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005.

LONGO, Waldimir Pirró e. **Alguns impactos sociais do desenvolvimento científico e Tecnológico**. Revista Científica Digital da Faetec, ano I, v. 1, n. 1, 2008.

LÖWITH, Karl. **O sentido da história**. Lisboa: Edições 70, 1990.

LLOYD, Gordon. **The Constitutional Convention**. In: TeachingAmericanHistory.org, a project of the Ashbrook Center at Ashland University, 2006-2012. Disponível em: <http://www.teachingamericanhistory.org/convention/>. Acessado em: 10 nov. 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **As Liberdades dos Modernos**: Benjamin Constant e a teoria liberal dos direitos fundamentais. Revista de Ciências Sociais (UGF), v. 14, p. 45-72, 2008.

_____. **Do Direito à Política**: a Gênese da Jurisdição Constitucional Norte-Americana. Revista de Ciências Sociais (UGF), v. 20, p. 15-40, 2010.

_____. Entre o Leviatã e o Beemote: soberania, constituição e excepcionalidade no debate político dos séculos XVII e XVIII. **Dados** [online]. 2010, vol.53, n.1, pp. 55-90. ISSN 0011-5258

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 26, n. 101, p. 115-134, jan./mar. 1989.

_____. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006.

MACPHERSON, C.B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAIER, Pauline. **Ratification**: The People debate the Constitution, 1787-1788. New York: Simon & Schuster, 2010.

MALBERG, R. Carré de. A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1974, p. 195-209.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. As Lutas de Classes em França de 1848 a 1850. In: **Obras escolhidas**. BARATA-MOURA, José *et al* (org.). trad. Álvaro Pina e Fernando Silvestre. Lisboa: Avante, 1997. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1850/11/lutas_class/>. Acesso em: 26 nov. 2013.

_____. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. trad. e notas Nélio Schneider; prólogo Herbert Marcuse. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **Manifesto comunista**. org. introd. Osvaldo Coggiola. São Paulo: Boitempo, 2005.

MATIEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATIEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaías e Renzo Dini. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998. p. 1179-1188, vol. II.

MAUS, Ingeborg. Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodium, 2008.

McDONALD, Forrest. A constituição e o capitalismo hamiltoniano. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (org.). **A constituição norte-americana**. pref. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 78-111.

McGUIRE, Robert A.; OHSFELDT, Robert L. **An economic model of voting behavior over specific issues at the Constitutional Convention of 1787**. The Journal of Economic History, v. 46, n. 1, mar. 1986, p. 79-111.

McGUIRE, Robert. **Economic interests and the American Constitution**: a quantitative rehabilitation of Charles A. Beard. The Journal of Economic History, v. 44, n. 2, jun. 1984, p. 509-519.

_____. **Economic interests and the adoption of the United States Constitution**. EH.Net Encyclopedia, edited by Robert Whaples. 14 ago. 2001. Disponível em: <<http://eh.net/encyclopedia/article/mcguire.constitution.us.economic.interests>>

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. trad. Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006.

MILLER, Stephen. A constituição e o espírito do comércio. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (org.). **A constituição norte-americana**. pref. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 153-181.

MOISÉS, José Álvaro (Org.). **Democracia e Confiança**: Por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSCATELI, Renato. Política e história no pensamento de Montesquieu. **Revista Mediações** (UEL), Londrina, v. 9, n.1, p. 147-162, 2004.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. introd. Ralph Christensen. trad. Peter Naumann. rev. Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. **Vocabulário da política**. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010.

NÚÑEZ, C.F.A.M. #Vemprarua: A Contrademocracia no Brasil. In: 3º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito, 2013, Niterói. **Anais do 3º S&D**. Niterói: PPGSD-UFF, 2013. v. 13. p. 1-26.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **História do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Ática, 1998.

OLIVEIRA, Francisco de. **Os direitos do antivalor**: a economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1997.

PARTINGTON, Martin. **Introduction to the English legal system**. 8.ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PEASE, Edward. R. **The history of the Fabian Society**. New York: E.P. Dutton & Co, 1916. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/13715/13715-h/13715-h.htm>>. Acesso em 20 jan. 2014.

PECORARO, Rossano. **Filosofia da história**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Estado, regulação social e controle democrático**. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara. A.P. (Orgs.). Política social e democracia. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

_____. **Política social**: temas & questões. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PERIN, Adriano. **O problema da unidade da razão em Kant**: uma reconstrução sistemática a partir de três momentos do desenvolvimento do período crítico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

PIPES, R. **Propriedade e liberdade**. trad. L.G. B. Chaves, C.H. Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

POLÍBIO. **História**. Disponível em: < <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0234%3Abook%3D6%3Achapter%3D1>>.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil**: da colônia à 6ª república. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

PROVINCIA DI ROMA. **150 anni. La nostra storia**. Roma: Fondazione Rosselli, 2011.

RAPPORT, Mike. **1848**: Year of revolution. New York: Basic Books, 2009.

RAWLS, John. **The idea of overlapping Consensus**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 1, pp. 1-25, Spring, 1987.

_____. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta e Lenita M.T. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político**. Brasília: Ática, 2000.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI**. *Estud. av.* [online]. 2000, vol.14, n.38, pp. 291-306. ISSN 0103-4014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-4014200000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000100017>.

RICHTER, Melvin. **The political theory of Montesquieu**. New York: Cambridge University Press, 1977.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado providência**. Lisboa: Inquérito, 1985.

_____. **La nueva cuestión social**. Buenos Aires: Manantial, 1995.

_____. **O liberalismo econômico**: história da ideia de mercado. trad. Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.

_____. **La contre-démocratie**: la politique à l'âge de la défiance. Éditions du Seuil, 2006.

_____. **Democratic legitimacy**: impartiality, reflexivity, proximity. trad. Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1975.

SAMUELSON, Paul A. Aspects of Public Expenditure Theories. **The Review of Economics and Statistics**, v. 40, n. 4, nov. 1958, pp. 332-338. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1926336>>. Acesso em: 02 jan 2014.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos ; SANTOS, Leila Borges Dias. Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem-Estar Social. **Jurisvox** (Patos de Minas), v. 9, p. 9-23, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.27, nº 108, p. 77-92, out./dez. 1990.

SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento: da Grécia antiga ao neoliberalismo**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: AGE, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Routledge, 1994.

SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura geral: tudo o que se deve saber**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVIA, Joseph. **The Debate over an Economic Interpretation of the Constitution: Where has Beard taken us and where are we after McGuire's "New" Interpretation?**. 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/joseph_silvia/2>.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direitos dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUSA, Isabella Saldanha de. **Os limites para o ativismo judicial no estado democrático de direito: um estudo de caso sobre a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária regulamentada pela Resolução 22.610/07 do TSE**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 709-742.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n 16, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 fev. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>.

SOUZA, Mariana Magaldi de. **How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary.** In: SCARTASCINI, Carlos; STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano (Org.). *How democracy works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking.* Cambridge: Inter-American Development Bank, 2010. p. 77-117. Disponível em: <http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=IDB-BK-101>. Acesso em: nov 2012.

STEWART, Iain. **Men of class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on ‘separation of powers’ and ‘the rule of law’.** *Macquarie Law Journal*, v.4, 2004, p. 187-223.

_____. **From ‘rule of law’ to ‘legal state’: a time of reincarnation?** *Macquarie Law Working Paper Series*, Presented at Public Law Weekend, Australian National University, Canberra, nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1056401>>.

SWEENEY, Richard J. Appendix Chapters 2 and 6: Influences on the Founders and Framers. In: _____. **Building an European Union Constitution: Lessons from United States History.** *Richard Sweeney Working Papers*, 2004. Disponível em: <<http://faculty.msb.edu/sweeneyr/wp/Influences%20on%20The%20Founders%20and%20Frame rs.doc>>. Acesso em 11/07/2012.

TAMANAH, Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TATE, Neal; VALLINDER, Torborn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 109, jan./mar. 1991.

THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES. **Finn Kydland and Edward Prescott’s Contribution to Dynamic Macroeconomics: The Time Consistency of Economic Policy and the Driving Forces Behind Business Cycles.** 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Selected letters on politics and society.** Los Angeles: University of California Press, 1985.

_____. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** trad. Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work.** Princeton: Princeton University Press, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy: principles & genealogy.** Chicago: University of Chicago Press, 2006.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **Em torno do conceito de política social:** Notas introdutórias. Rio de Janeiro, dez. 2002. Disponível em:<<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fMariaLucia1.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law:** os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

VIEIRA, Evaldo. A social-democracia, longo caminho até a terceira via. **Currículo sem Fronteiras**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 182-203, maio/ago. 2013.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers.** Oxford: Clarendon press, 1967.

VILLERMÉ, Louis René. **Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie.** Paris: Union générale d'Éditions, 1971.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1346-1406.

WOOD, Ellen. **Democracia contra capitalismo:** a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo, 2003.