

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA CIDADANIA:  
a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de  
Direito.**

Moisés Mileib de Oliveira

Belo Horizonte

2011

MOISÉS MILEIB DE OLIVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA CIDADANIA:  
a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de  
Direito.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Teoria do Direito.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48a Oliveira, Moisés Mileib de  
O ativismo judicial e a tutela da cidadania: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. / Moisés Mileib de Oliveira. Belo Horizonte, 2011.  
163f.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Cidadania. 2. Democracia. 3. Poder judiciário e questões políticas. 4. Brasil. I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.11

MOISÉS MILEIB DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA CIDADANIA:  
a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Teoria do Direito.

---

Marcelo Campos Galuppo (Orientador) – PUC Minas

---

Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas

---

Guilherme Assis de Almeida - USP

Belo Horizonte, 07 de abril de 2011.

*Aos meus pais e aos meus professores que souberam  
inculcar em mim o desejo ardente pelo saber.*

*A todos àqueles, que com amor, souberam mitigar a dor  
que esta sede me causou.*

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo, exemplo de Docente e Profissional a ser seguido, que por sua cuidadosa e constante orientação tornou possível este trabalho.

À minha família que, com amor e carinho, sempre me apoiou em todos os desafios que enfrentei.

A Iara que, com amor e doçura, esteve comigo durante todo este período.

Aos amigos do CRON e CFC advocacia pelo estímulo e companheirismo.

Aos meus queridos colegas de mestrado, com os quais compartilhei dúvidas e agonias.

A todos vocês, meu muito obrigado.

“[...] - O Governo não pode dar satisfações a qualquer ralé que pretenda violar o princípio da autoridade!

- Da autoridade? Quem lhes deu autoridade? De onde tiraram sua autoridade? O que foi que mudou depois da República, que progresso houve, que horizonte se abriu para o povo? O que é que vocês sabem, além de matar, espezinhar, humilhar e negar a liberdade e a justiça? Quem jamais nos perguntou alguma coisa? Quem quis saber o que sofríamos, o que sonhávamos, o que desejávamos do mundo, o que podíamos e queríamos dar? Ninguém nos perguntou nada, até o dom da linguagem vocês querem nos tomar, pela ignorância e pela tirania da fala que empregam, e que é a única que consideram correta, embora não sirva senão para disfarçar a mentira com guisas de verdade e ocultar o nosso espírito.

- Se reconhece a ignorância de seu povo, então reconhece que aqueles que não são ignorantes têm o dever de conduzir o resto.

- E vocês não se acham ignorantes? Você sabe tecer o tecido que o veste? Sabe curtir, tratar e coser o couro que o calça? Sabe criar, matar e cozinhar o boi que o alimenta? Sabe forjar o ferro de que é feita sua arma? A sua ignorância é maior do que a nossa. Vocês não sabem o que é bom para nós, não sabem nem o que é bom para vocês. Vocês não sabem de nós. Chegará talvez o dia em que um de nós lhes parecerá mais estrangeiro do que qualquer dos estrangeiros a quem vocês dedicam vassalagem. O povo brasileiro somos nós, nós é que somos vocês, vocês não são nada sem nós. Vocês não podem nos ensinar nada, porque não querem ensinar, pois todo ensino requer que quem ensine também aprenda e vocês não querem aprender, vocês querem impor, vocês querem moldar, vocês só querem dominar [...]”

Viva o povo brasileiro - João Ubaldo Ribeiro

## RESUMO

O presente estudo propõe uma reflexão sobre os impactos incidentes no âmbito da cidadania e da democracia brasileira, decorrentes de práticas judiciais tidas como ativistas. Para que fosse possível empreender a análise dos impactos do fenômeno do ativismo judicial na cidadania e democracia brasileira mostrou-se necessário, de início, evidenciar a perspectiva de cidadania que viria a servir de substrato para as reflexões subjacentes. Em razão disso, o percurso se iniciou pela apresentação da cidadania como atributo não apenas jurídico, mas, sobretudo, um atributo político, como uma identidade historicamente construída. Com essas ponderações iniciais, coube lançar olhos sobre as nuances do percurso da cidadania no Brasil, demonstrando os principais entraves para a sua plena estruturação e desenvolvimento. Esse olhar sobre a cidadania no Brasil conduziu ao objetivo precípua da presente dissertação, qual seja, o de indagar se uma atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário poderia significar avanços ou retrocessos na construção e efetivação da cidadania e da democracia. Mais do que a análise dos aspectos morfológicos das decisões tidas como ativista, importou apresentar a falta de legitimidade democrática dessas decisões e, principalmente, o paradoxo histórico que tal posicionamento poderá acarretar. Assim, a ideia central deste trabalho lançou-se da compreensão dos pressupostos de uma cidadania democrática, da visualização de seus elementos mais precípuos, com a menção a elementos significativos do percurso da cidadania no Brasil. A partir desse percurso, foi feita a análise do rearranjo institucional que sofreu o Poder Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988, colocando-o como protagonista na cena democrática. Por fim, refletiu-se sobre as posturas ativistas por parte deste judiciário que foi ressignificado, evidenciando-as por meio de casos representativos na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, para se concluir que o ativismo judicial é um tipo disfarçado de paternalismo, logo, autoritarismo, que em descon sideração ao tempo histórico da cidadania e da democracia tenta adiantar o futuro lançando-nos, novamente, em nossas mais caras dificuldades históricas.

**PALAVRA-CHAVES: Cidadania; Democracia; Ativismo Judicial.**

## **ABSTRACT**

This paper presents a reflection about the impacts caused on Brazilian democracy and citizenship by judicial practices known as judicial activism. In order to duly analyze the impacts of the judicial activism in the Brazilian citizenship and democracy, citizenship was initially defined and put in a perspective that would be used as basis for further subjacent reflections. Therefore, at first citizenship was presented not just as an juridical attribute, but also as a political one with its identity formed throughout history. Once these initial considerations were made, focus was given to the nuances that citizenship in Brazil has faced throughout times highlighting the main obstacles to its full development and structuring. This particular perspective of the citizenship in Brazil led to the essential subject matter of this dissertation, which is to wonder whether a more active Judiciary Branch would result in enhancement or retrocession of the construction and effectuation of citizenship and democracy in Brazil. The judicial decisions known as activists were analyzed beyond their morphologic aspects, presenting their lack of democratic legitimacy and mainly the historical paradox that such decisions may lead to. Therefore, the subject matter of this dissertation derived from the comprehension of the requisites for a democratic citizenship, the identification of its essential elements, with references to the significant elements of the development of citizenship in Brazil. From this standpoint, the institutional rearrangement of the Judiciary Branch in Brazil as a main protagonist of the democratic scene after the enactment of the Brazilian Constitution of 1988 was analyzed. Lastly, a reflection over the activist role played by the redefined Judiciary Branch, based on significant case law and jurisprudence of the Brazilian superior courts was made and it was concluded that judicial activism is actually a disguised form of paternalism, and, therefore, authoritarianism, which by disregarding the historical timing of the citizenship and democracy aims to anticipate the future, puts the citizens back to face the most difficult historical times.

**KEY-WORDS: Citizenship; Democracy; Judicial Activism**

## **LISTA DE SIGLAS**

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF 1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC - Emenda Constitucional

FGV - Fundação Getúlio Vargas

ICJBrasil - Índice de Confiança na Justiça brasileira

PESB - Pesquisa Social Brasileira

RE - Recurso Extraordinário

RO - Recurso Ordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO .....                                                              | 10  |
| 1. A CIDADANIA ENTRE A INTITULAÇÃO DE DIREITOS E A IDENTIDADE.....            | 14  |
| 1.1. Alicerces da cidadania moderna.....                                      | 14  |
| 1.1.1. <i>A tradição liberal</i> .....                                        | 15  |
| 1.1.2. <i>A tradição republicana</i> .....                                    | 26  |
| 1.1.3. <i>A tradição socialista</i> .....                                     | 30  |
| 1.2. A concepção de cidadania como intitulação de direitos .....              | 33  |
| 1.3. A cidadania como identidade.....                                         | 38  |
| 1.4. A cidadania entre a identidade e a intitulação de direitos .....         | 40  |
| 2. O PERCURSO DA CIDADANIA NO BRASIL .....                                    | 45  |
| 2.1. A cidadania desvelada .....                                              | 46  |
| 2.1.1. <i>A supressão do indivíduo pela personalidade</i> .....               | 48  |
| 2.1.1.1. A igualdade entre o jeitinho e a hierarquia .....                    | 52  |
| 2.1.2. <i>O esvaziamento da esfera pública na ótica patrimonialista</i> ..... | 57  |
| 2.2. A antecedência dos direitos aos cidadãos.....                            | 66  |
| 3. ATIVISMO JUDICIAL: A DEMOCRACIA GOVERNADA PELO DIREITO.....                | 80  |
| 3.1 A fluidez da fronteira entre política e justiça.....                      | 81  |
| 3.1.1 <i>Causas e efeitos da ampliação da ação judicial</i> .....             | 84  |
| 3.2. O constitucionalismo democrático e a judicialização no Brasil .....      | 92  |
| 3.3. O ativismo judicial .....                                                | 104 |
| 3.3.1. <i>Conceituando ativismo judicial</i> .....                            | 105 |
| 3.3.2. <i>Casos representativos de ativismo judicial no STF</i> .....         | 111 |
| 3.3.2.1. <i>A perda de mandato político por desfiliação partidária</i> .....  | 112 |
| 3.3.2.2. Verticalização .....                                                 | 115 |
| 3.3.2.3. Lei “Ficha Limpa” .....                                              | 116 |
| 3.3.3. Principais fatores de promoção do ativismo judicial no Brasil.....     | 120 |
| 4. O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA QUE ANTECEDE OS CIDADÃOS ...            | 128 |
| 4.1. O ativismo judicial como forma de paternalismo estatal .....             | 128 |
| 4.2. A defesa do pacto democrático .....                                      | 139 |
| 5. CONCLUSÃO .....                                                            | 144 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....                                               | 146 |

## INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa pretendo analisar as implicações e as consequências de uma participação mais intensa do judiciário na conjuntura política nacional. Especificamente a análise recairá sobre os efeitos da intensificação da ação do judiciário para a cidadania e a democracia em construção no Brasil. Cabe, desde já, ressaltar que não se pretende com a pesquisa questionar a importância do Judiciário na defesa da democracia e na consecução das promessas traçadas pela Constituição de 1988. Muito ao contrário, como se verá, será ressaltada a necessidade da participação do Judiciário, em coerência com o texto constitucional, para promoção e efetivação da cidadania e da democracia. Dessa forma, o objeto precípuo da presente pesquisa é a análise da atuação desmedida, ou seja, para além dos limites e atribuições legais, do judiciário, que poderá impor, como se tentará comprovar, retrocessos à cidadania e riscos à efetividade democrática. Esse questionamento ganha relevo ao se constatar que, na contemporaneidade, o Supremo Tribunal Federal tem exercido competências e decidido questões de grande conotação política e social até então estranhas ao poder Judiciário.

Para a análise e desenvolvimento desse objeto, a presente pesquisa se inicia pela construção e aproximação de um conceito de cidadania. Inegavelmente, como ressalta o professor Marcelo Galuppo, “toda definição é uma limitação arbitrária de algo” (GALUPPO, 2009, p. 263). Por isso, não será apresentada uma concepção de cidadania fechada, estanque e que não aceita novas acepções. Muito ao contrário, será evidenciado o caráter dinâmico e histórico da cidadania que faz com que ela seja um atributo continuamente e historicamente figurado e refigurado. Para fornecer uma forma frutífera de compreensão do conceito, o primeiro capítulo dessa pesquisa se debruça sobre três dimensões em que a cidadania se manifesta: jurídica (cidadania como conjunto de direitos), política (*status*, pertencimento a comunidade) e a dimensão da identidade, ou seja, um atributo que ao mesmo tempo dá significado à comunidade política e permite aos indivíduos que se reconheçam e sejam reconhecidos em seus direitos.

Nessa perspectiva, são apresentados os alicerces da cidadania moderna, destacando-se às principais matrizes do pensamento político, liberalismo e republicanismo, e evidenciando os pressupostos do socialismo. Como se verá, tais alicerces modelaram, significativamente, os contornos da cidadania ao idealizarem a necessidade de proteção do indivíduo, como causa e fundamento da sociedade (GALUPPO, 2006), ao ressaltarem a importância e os significados

do bem comum, da coisa pública, para a união da comunidade (GALUPPO, 2007), e ao introduzirem o argumento da necessidade, para além dos arquétipos de liberdade (negativa para os Liberais e positiva para os Republicanos) de se garantir condições de igualdade material para os cidadãos (WEFFORT, 2006). A partir desses alicerces, passa-se, em seguida, a análise da tipologia de Marshall (1967) que apresenta uma concepção de cidadania ligada à uma cadeia crescente e histórica de aquisição de direitos. Admitindo-se que a cidadania possui outros âmbitos e atributos, para além da esfera jurídica, segue uma análise da dimensão identitária que reflete o âmbito político contido na ideia de cidadania. Com essas considerações, é proposta uma ideia de cidadania que se localiza entre as acepções jurídicas e as conotações identitárias que, no contexto democrático, possui conteúdos abertos, plurais que são historicamente construídos e servem como princípio articulatório entre a liberdade individual e o viver associativo (MOUFFE, 1997).

Partindo desse conceito dinâmico e aberto de cidadania, analisa-se no segundo capítulo desta pesquisa o percurso da cidadania no Brasil, demonstrando de que forma imposições ou criações teóricas, no campo da cidadania, em desarmonia com a experiência histórica e em detrimento da participação dos cidadãos, podem significar retrocessos consideráveis no âmbito da cidadania e, conseqüentemente, da democracia. Para a estruturação e aprofundamento destes argumentos, a análise evidenciará as características recorrentes apresentadas por importantes marcações teóricas, sobretudo autores como José Murilo de Carvalho, Sérgio Buarque de Holanda, Roberto DaMatta, Livia Barbosa e Marilena Chauí, que se voltaram para o objetivo de explicar a singularidade da nossa formação social, demonstrando as especificidades do percurso da cidadania construída no Brasil. Essa contextualização nos permitirá constatar que a atribuição de direitos por parte do Estado, por si só, e sem o seu corolário lógico, a participação política não traz avanços à esfera da cidadania. Será demonstrado que a visão do direito como um favor, e do Estado como um mero provedor, estão na base dos problemas nevrálgicos que assolam a cidadania no Brasil. Cabe, desde já, ponderar que esses problemas nevrálgicos não podem, como parecem querer alguns autores, ser utilizados como única explicação das mazelas nacionais, sob pena de incorrerem em um determinismo histórico que responsabiliza o passado e desonera o presente. É em atenção a isso, que atribuiremos ao passado o papel de referência que não pode determinar absolutamente o presente e não pode ser, inseqüentemente, abolido (REIS, 1999). Dessa forma, o segundo capítulo evidenciará os retrocessos e incongruências produzidas no campo da cidadania quando lhe é negado o ser caráter histórico e gradual.

A partir da perspectiva aberta pelos dois primeiros capítulos, ou seja, a ideia de cidadania, enquanto uma identidade jurídica e política de contornos abertos que necessita ser construída historicamente pelos próprios cidadãos, será analisado o fenômeno do ativismo judicial como um reflexo da tentativa do judiciário de corrigir problemas históricos e impulsionar a cidadania. Dessa forma, o objetivo precípua da presente pesquisa, é indagar se uma postura ativista e intervencionista, por parte do judiciário, principalmente por seus órgãos de cúpula (STF, TSE), no contexto democrático do pós-1988, significará avanços ou retrocessos à efetivação de uma cidadania verdadeiramente democrática, capaz de lidar com os problemas históricos, apresentados no segundo capítulo. Para que se analise tanto este problema quanto as hipóteses que dele subjazem, será estudado o contexto histórico, político e institucional que promoveram a amplificação da atuação judicial. Serão demonstradas as especificidades do fenômeno de expansão da atuação do judiciário no contexto brasileiro, evidenciando o rearranjo institucional produzido pela Constituição da República de 1988, que reordenou os papéis e atributos da justiça na nova cena democrática (CITTADINO, 2009). Após essa contextualização, passaremos à definição e conceituação do ativismo judicial, demonstrando que o fenômeno importa na extrapolação dos limites legais impostos à função jurisdicional, em especial detrimento da função legislativa do Estado (RAMOS, 2010). Para demonstrar como essa extrapolação ocorre, são apresentados três casos representativos de posturas ativistas na jurisprudência recente do STF e TSE. Depois de constatado uma tendência ativista nos órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro, serão analisados os fatores de propulsão deste ativismo.

O capítulo que encerra esta pesquisa objetiva demonstrar de que forma o ativismo judicial, conceituado e exemplificado, poderá acarretar malefícios ao percurso da cidadania, gerando exatamente os retrocessos que visa combater. Em outros termos, tentar-se-á demonstrar que uma postura ativista por parte do judiciário, imbuída de um censo de justiça estranho aos preceitos e princípios constitucionais, poderá significar mais uma modalidade de paternalismo estatal que de forma autoritária, porque não construída democraticamente, decide o que é e como deve ser o bem de determinada comunidade. Para Luiz Werneck Viana, o “direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente” (VIANA, 1999, p. 150). No entanto, não se pode inferir disso que o judiciário se torne, em detrimento dos cidadãos, o grande sujeito republicano, responsável por instaurar a democracia e resolver todos os problemas históricos. Dessa forma, questiona-se, terminantemente, à atribuição de um papel moral ao judiciário, como guardião absoluto dos

preceitos constitucionais, em detrimento dos cidadãos, verdadeiros guardiães da Constituição e de todo o pluralismo nela manifestado (GALUPPO, 2001). As ressalvas que serão feitas sobre a cidadania como uma identidade política em constante configuração, nos levarão a crer que a efetivação de “direitos” por meio de posturas ativistas, em detrimento da participação política, coloca em risco a ideia de uma identidade plural e de uma comunidade democrática. Dessa forma, concluiremos que as posturas ativistas, na tentativa de sanar o passado e adiantar o futuro almejado pelos juízes-intérpretes, nos remeterão diretamente aos percalços do nosso passado tortuoso no qual o sujeito cidadãos é desfragmentado em sujeito cliente.

## 1. A CIDADANIA ENTRE A INTITULAÇÃO DE DIREITOS E A IDENTIDADE

O conceito de cidadania, bem como a compreensão de seu conteúdo, têm se mostrado como temas recorrentes na tradição do pensamento político. Tendo em vista que a cidadania não é um conceito estanque, mas sim, um conceito histórico que varia no tempo e no espaço (PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla, 2008), o tema sofre, com frequência, uma reavaliação de seus pressupostos nos diferentes contextos históricos em que é analisado. Diante da riqueza polissêmica do termo e da ampla gama de possibilidades interpretativas sobre o assunto, é necessário reconstruir os pressupostos conceituais que servirão de alicerce para os problemas que serão apresentados.

Nesta perspectiva, serão trabalhadas algumas das formas pelas quais a cidadania pode ser representada: a dimensão jurídica (cidadania como conjunto de direitos), política (*status*, pertencimento a comunidade) e a dimensão da identidade que, como será evidenciado, parece cingir as duas outras dimensões – a política e a jurídica. Em outras palavras, pretende-se apresentar uma concepção de cidadania, ligada a ideia de uma identidade historicamente e continuamente construída, que abarcando tanto o âmbito político quanto jurídico, se manifeste para além destas concepções, ou seja, a ideia de identidade permitirá não apenas a confluência destes vetores como também a compreensão da cidadania como um fenômeno em contínua transformação. O que se busca, a princípio, é a construção de traços comuns que podem fornecer parâmetros para a compreensão da ideia de cidadania, que servirá de substrato para as análises que se seguirão.

### 1.1. Alicerces da cidadania moderna

As diferentes concepções de cidadania, construídas no âmbito da teoria política, fundam-se, via de regra, a partir dos desdobramentos históricos das três grandes tradições do pensamento político: a republicana, a liberal e a socialista. Qualquer tentativa, no âmbito político-jurídico, de conceituação da cidadania deve apresentar, mesmo que sucintamente, seus pressupostos teóricos básicos.

Dessa forma, antes de apresentar a concepção de cidadania que irá servir de substrato teórico ao presente trabalho é necessário esclarecer os pressupostos subjacentes à análise que

será construída. A reconstrução destes pressupostos é feita para demonstrar que a cidadania é mais que um mero processo estável de criação e ampliação de direitos. O que se pretende, a princípio, é evidenciar que, por mais que as conquistas de direitos no terreno da cidadania sejam benéficas, o seu conceito liga-se a estamentos muito mais amplos e complexos que lidam diretamente com o equilíbrio e coesão do próprio sistema sociopolítico.

### *1.1.1. A tradição liberal*

O liberalismo, mais do que uma simples corrente do pensamento político, é um fenômeno histórico que modelou grande parte do mundo moderno, apresentando aspectos diversos, o que dificulta muito a construção de uma definição precisa sobre o termo, sendo mais apropriado descrever o liberalismo do que defini-lo (MERQUIOR, 1991). Nesta tentativa de descrever os caminhos e proposições do liberalismo, a declaração de Ortega y Gasset, transcrita abaixo, parece uma síntese bem apropriada para o começo do percurso. Para o filósofo, a democracia liberal é a forma que na política representou a mais alta vontade de convivência humana (ORTEGA Y GASSET, 1962, p. 133), por ser o liberalismo um princípio de direito político por meio do qual o Poder público procura

Deixar espaço no Estado que ele impera para que possam viver os que nem pensam nem sentem como ele, quer dizer, como os mais fortes, como a maioria. O liberalismo - convém hoje recordar isto - é a suprema generosidade: é o direito que a maioria outorga à minoria e é, portanto, o mais nobre grito que soou no planeta. Proclama a decisão de conviver com o inimigo; mais ainda, com o inimigo débil. (ORTEGA Y GASSET, 1962, p. 133 - 134)

A visão de Ortega y Gasset é extremamente coerente, uma vez que o liberalismo nasce como protesto contra os abusos e violações impingidos pelo poder estatal aos indivíduos enquanto súditos vinculados a um estatuto que lhes impunham apenas deveres. O posicionamento liberal reflete, inicialmente, a superação deste regime de vassalagem por meio do reconhecimento e garantia de uma ordem de direitos (BOBBIO, 2004). O liberalismo, na sua formação original, representou a “reivindicação de direitos religiosos, políticos e econômicos e a tentativa de controlar o poder político” (MERQUIOR, 1991, p. 36). As reivindicações destes direitos representavam, e ainda representam, o impedimento da constrição, exercida por parte do Estado e dos indivíduos, nas escolhas dos cidadãos. É nesta

perspectiva que “a liberdade do indivíduo para concretizar suas capacidades humanas” (MACPHERSON, 1978, p. 10) se tornou o “princípio ético do liberalismo” (MACPHERSON, 1978, p. 10).

Essa suposição ou este princípio ético, presente na base do pensamento político liberal, deu, substancialmente, força a esta teoria, sobretudo no início de sua concretização, ou seja, no século XVII (MACPHERSON, 1979, p. 15). Pode-se dizer que a base de sustentação dos postulados liberais, formulados no século XVII, estava calcada numa ideia de individualismo possessivo, ou seja, na “concepção do indivíduo como sendo essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo a sociedade por elas” (MACPHERSON, 1979, p. 15). Nesta perspectiva, o “indivíduo não era visto nem como um todo moral, nem como parte de um todo social mais amplo, mas como proprietário de si mesmo” (MACPHERSON, 1979, p. 15). Essa relação de propriedade passou, com isso, a ser vista como inscrita na natureza do indivíduo por determinar a sua liberdade real e por possibilitar a realização de suas potencialidades (MACPHERSON, 1979, p. 15). Dessa forma, achava-se que o indivíduo era livre “na medida em que proprietário de sua pessoa e de suas capacidades” (MACPHERSON, 1979, p. 15), podendo-se dizer que:

A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício da posse. A sociedade torna-se uma porção de indivíduos livres e iguais, relacionados entre si como proprietários de suas próprias capacidades e do que adquirem mediante a prática dessas capacidades. A sociedade consiste de relações de troca entre proprietários. A sociedade política torna-se um artifício calculado para a proteção dessa propriedade e para a manutenção de um ordeiro relacionamento de trocas (MACPHERSON, 1979, p. 15).

Pode-se afirmar com isso, portanto, que não se trata o individualismo apenas de uma consequência extrema de um projeto histórico dentro do qual estaríamos ainda situados, mais do que isso, o individualismo “funciona como uma espécie de a priori como pressuposto maior” (BORNHEIM, 2007, p. 350) que oxigenou todo o projeto burguês que dele se apropriou para ratificar a concepção de destituição das formas de dependência a um suposto mundo superior (BORNHEIM, 2007, p. 349 - 350). Como será melhor esclarecido a seguir, o indivíduo que emerge desta concepção aparece principalmente como consciente de seu interesse, tomando parte no governo tão somente para pressionar a realização desse interesse, contribuindo apenas indiretamente para a atividade mediadora pela qual o governo consegue a reconciliação dos conflitos, fazendo disso, o único bem comum existente (CHAUI, 2007, p. 540). Essa concepção, conseqüentemente, engendra uma mudança significativa no campo político, marcada pela substituição do súdito medieval, subordinado ao rei e ao papa, que se

empenhava em construir as muralhas da cidade e mesmo as do império (BORNHEIM, 2007, p. 350 - 351), pelo burguês, que “emoldurando os seus procedimentos de auto-afirmação, despreocupa-se da cidade e limita-se à construção do muro que protege a sua própria casa” (BORNHEIM, 2007, p. 351).

Cabe esclarecer que a base individualista de fundamentação desse modelo de liberdade, que buscou destituir as formas exteriores de dependência, foi construída a partir do pensamento hobbesiano que edificou um novo modelo de relação entre sociedade/indivíduo (BOBBIO, 1986). O modelo hobbesiano idealiza um estado de natureza que é um “estado de indivíduos isolados, que vivem fora de qualquer organização social, é um estado de liberdade e de igualdade, ou de independência recíproca” (BOBBIO, 1986, p. 44). Entretanto, mesmo que possa parecer, a princípio, que este estado de igualdade e de liberdade sejam benefícios à convivência humana, Hobbes (2003) evidencia exatamente o contrário desta suposição inicial, demonstrando a tensão e a desarmonia existentes nesta convivência por serem os homens “iguais o bastante para que nenhum possa triunfar de maneira total sobre o outro.” (RIBEIRO, 2000a, p. 55), o que, inevitavelmente, acarretaria um estado de desconfiança e insegurança generalizada, no qual qualquer homem pode tornar-se um inimigo pelos interesses conflitantes (RIBEIRO, 2000a). Nas palavras de Hobbes:

Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos os nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para o seu fim (que é principalmente a sua própria conservação, e às vezes apenas o seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. [...] E por causa desta desconfiança de uns em relação aos outros nenhuma maneira de se garantir é tão razoável como a antecipação, isto é, pela força ou pela astúcia subjugar as pessoas de todos os homens que puder, durante o tempo necessário para chegar ao momento em que não veja nenhum outro poder suficientemente grande o ameaçar. [...] Além disso, os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de intimidar a todos. Porque cada um pretende que o seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreve (o que, entre os que não têm um poder comum capaz de manter a todos em respeito, vai suficientemente longe para levá-los a se destruírem uns aos outros), por arrancar dos seus contendores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e de outros também, pelo exemplo. [...] Com isto torna-se manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens (HOBBS, 2003, Cap. XIII, p. 107 – 109).

A partir desta visão incrédula em relação à essência da convivência humana, Hobbes conclui que, no estado de natureza, os homens teriam direito a tudo, ou seja:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *Jus Naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim (HOBBES, 2003, Cap. XIV, p. 112).

Dessa forma, o estado de natureza hobbesiano, baseado na liberdade e na igualdade, indica a antecedência do indivíduo em relação ao Estado, uma vez que este é instituído, como poder soberano e absoluto numa relação temerosa, para a contenção do terror do estado de natureza, no qual todos têm direito a tudo e podem se erigir a categoria de inimigos uns dos outros (RIBEIRO, 2000a). A obra de Hobbes (2003) exerce uma apologia ao poder do Estado que, monopolizando a força concentrada da comunidade, “torna-se fiador da vida, da paz e da segurança dos súditos” (MELLO, 2000, p. 82).

A construção teórica de Hobbes (2003), mesmo tendo inserido o indivíduo no cerne da origem estatal, pressupunha uma relação de submissão desse indivíduo com o Estado. Assim sendo, passa a ser necessária uma concepção, que não apenas coloque o indivíduo no início de tudo, mas que coloque no “indivíduo a prevalência das relações pós-contratuais protegendo-o das próprias ações despóticas do Estado” (MORDAINI, 2008, p. 129).

É contra uma visão absolutista, de certa forma ratificada por Hobbes (2003), que John Locke (LOCKE, 2001) desenvolve também uma teoria da formação da sociedade política partindo, também, da ideia de contrato social. Entretanto, o contrato social de Locke se assemelha apenas essencialmente ao contrato social hobbesiano. Para Locke o contrato social é um acordo livremente estabelecido pelos homens na formação da sociedade civil, buscando a preservação e a consolidação dos direitos originalmente advindos do estado de natureza. No estado de natureza apresentado por Locke, cada um deveria assegurar, por meio da punição dos transgressores, o direito natural que ordena a paz e a conservação da humanidade (LOCKE, 2001, Cap. II, p. 84 - 85). Segundo o Locke:

A esta estranha doutrina, ou seja, que no estado de natureza cada um tem o poder executivo da lei da natureza, espero que seja objetado o fato de que não é razoável que os homens sejam juízes em causa própria, pois a auto-estima os tornará parciais em relação a si e a seus amigos: e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros; e nesse caso só advirá a confusão e a desordem; e certamente foi por isso que Deus instituiu o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens. Eu asseguro tranqüilamente que o governo civil é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza, que devem certamente ser grandes quando os homens podem ser juízes em causa própria, pois é fácil imaginar que um homem tão injusto a ponto de lesar o irmão dificilmente será justo para condenar a si mesmo pela mesma ofensa. Mas eu

gostaria que aqueles que fizeram esta objeção lembrem-se de que os monarcas absolutos são apenas homens, e, admitindo-se que o governo é a única solução para estes males que necessariamente advêm dos homens julgarem em causa própria, e por isso o estado de natureza não deve ser tolerado, eu gostaria de saber que tipo de governo será esse, e quanto melhor ele é que o estado de natureza, onde um homem que comanda uma multidão tem a liberdade de julgar em causa própria e pode fazer com todos os seus súditos o que lhe aprouver, sem o menor questionamento ou controle daqueles que executam a sua vontade; e o que quer que ele faça, quer seja levado pela razão, quer pelo erro ou pela paixão, deve-se obedecê-lo? É muito melhor o estado de natureza, onde os homens não são obrigados a se submeter à vontade injusta de outro homem: e, onde aquele que julga, se julga mal em causa própria ou em qualquer outro caso, tem de responder por isso diante do resto da humanidade (LOCKE, 2001, Cap. II, p. 88 – 89).

Dessa maneira, preocupado em investigar quais as vantagens da superação do estado de natureza, que era regido por um direito natural erigido em respeito à razão e que se impunha a todos, e pelo qual se tinha conhecimento de que todos eram iguais e independentes, não podendo ninguém lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens, por serem todos os homens “obra de um único Criador” (LOCKE, 2001, Cap. II, p. 84), que “os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém” (LOCKE, 2001, Cap. II, p. 84). Locke opõe-se à monarquia absolutista, por não significar esta um avanço em relação ao estado de natureza, que seria, para o autor, superado apenas pela sociedade civil, livremente instituída, e que teria por finalidade “evitar e remediar aquelas inconveniências do estado de natureza que se tornam inevitáveis sempre que cada homem julga em causa própria” (LOCKE, 2001, Cap. VII, p. 134). Dessa forma, mesmo existindo privilégios e liberdades no estado de natureza, o homem desfrutaria neste estado de uma condição ruim pelas “inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros” (LOCKE, 2001, Cap. IX, p. 157), fazendo com que “eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade” (LOCKE, 2001, Cap. IX, p. 157). Para Locke, cada um dos homens renunciaria a seu poder de punir, ficando ele “inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas por ela autorizadas adotaram de comum acordo” (LOCKE, 2001, Cap. IX, p. 157).

Com o estabelecimento do estado civil, “os direitos naturais inalienáveis do ser humano, à vida, à liberdade e aos bens estão mais bem protegidos sob o amparo da lei, do arbítrio e da força comum de corpo político unitário” (MELLO, 2000, p. 86). O cerne do estado civil para Locke encontra-se, nesse contexto, nos direitos naturais inalienáveis do indivíduo, ou seja, na proteção da vida, da liberdade e da propriedade o que tornou o autor o grande precursor teórico do individualismo liberal (MELLO, 2000). Assim, por meio “dos

princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, de um poder limitado, de direito de resistência, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal” (BOBBIO, 1984, p. 41).

Pela exposição do pensamento de Hobbes (2003) e Locke (2001), já fica patente um elemento significativo da doutrina liberal, qual seja, a prevalência ou antecedência dos indivíduos em relação à sociedade. Pode-se constatar, dessa maneira, que na perspectiva liberal, aberta por estes dois pensadores “os indivíduos são tidos pela causa e fundamento da sociedade, cuja origem é explicada mediante a hipótese de um contrato voluntário realizado entre indivíduos livres” (GALUPPO, 2006, p. 516). Tal afirmativa leva a constatação de que o liberalismo é uma doutrina “que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica do indivíduo sobre a comunidade” (GALUPPO, 2006, p. 516).

Evidenciado este elemento essencial, cabe destacar que as diretrizes expostas por Locke (2001), do governo das leis que se inclinava a uma concepção constitucionalista de organização estatal, foram aperfeiçoadas por Montesquieu, que desenvolveu a base do constitucionalismo contemporâneo continental por meio do estabelecimento de um arcabouço institucional que garantia a distribuição e regulação da autoridade, visando a proteção dos direitos inalienáveis (MERQUIOR, 1991, p. 50).

Os teóricos do contrato social – Hobbes e Locke – que antecederam Montesquieu não discutiram a questão da estabilidade dos governos ou as formas de manutenção do poder, estes teóricos apenas se preocuparam em estabelecer a natureza do poder político sem definir os modos e meios de exercício deste poder (ALBUQUERQUE, 2000).

Diante da necessidade de se estabelecer, mais precisamente, formas do exercício e controle do poder político, Montesquieu realizou “uma ampla consideração de como distribuir a autoridade e de como lhe regular o exercício” (MERQUIOR, 1991, p. 50) por meio da divisão institucional do poder. Mais do que uma simples separação de poderes “Montesquieu mostra claramente que há uma imbricação de funções e uma interdependência entre o legislativo o executivo e o judiciário” (ALBUQUERQUE, 2000, p 119). O exercício do poder, por instituições diferentes, buscava “assegurar a existência de um poder capaz de contrariar outro poder” (ALBUQUERQUE, 2000, p 119). Neste sentido, são esclarecedoras as palavras de Montesquieu:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. 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 estivesse 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, 2000, Livro Décimo Primeiro, Cap. VI, p. 168).

Montesquieu evidenciou, a partir disso, a necessidade de se encontrar uma “instância independente capaz de moderar o poder do rei (executivo)” (ALBUQUERQUE, 2000, p 119-120). O problema enfrentado por Montesquieu é mais do que um problema jurídico administrativo de ordenação de funções, é “um problema político, de correlação de forças” (ALBUQUERQUE, 2000, p 120). Assim:

Para que haja moderação é preciso que a instância moderadora (isto é, a instituição que proporcionará os famosos freios e contrapesos da teoria liberal da separação dos poderes) encontre sua força política em outra *base social*. [...] Em outras palavras, a estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas. Isto é, seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder das demais (ALBUQUERQUE, 2000, p 120).

É marcante no pensamento político de Montesquieu a regulação recíproca exercida pelas diferentes forças sociais, numa tentativa de limitação de qualquer tipo de ingerência ou de sobreposição desmedida de um poder ou instituição na vida ou nas escolhas dos indivíduos. A teoria de Montesquieu (2000), mesmo abrindo-se a preceitos republicanos, deu ao liberalismo uma “profundidade institucional que lhe faltava no contratualismo” (MERQUIOR, 1991, p. 50), possibilitando um modelo de atuação e de distribuição das funções estatais que serviu de substrato para os Estados constitucionais modernos.

Dessa forma, a tradição liberal clássica tem como desafio inicial a luta contra o absolutismo por meio da “reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e na afirmação do princípio da separação dos poderes” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 702). O Estado liberal emergente desta teorização tem o objetivo de garantir os direitos do indivíduo contra o poder político. Para que fosse atingida esta finalidade, as formas de representação política necessitavam ser ampliadas (BOBBIO, 2004). Nessa perspectiva, o problema da participação no poder político “é resolvido através de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 324). Assim, a liberdade de exprimir a própria opinião, um dos direito

conquistados em face do Estado absoluto, foi expandida ao ponto de se tornar a possibilidade de influir na política do país por meio do direito de eleger representantes para o parlamento e de ser eleito (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 324).

A visão democrática só se associou ao liberalismo quando os teóricos “descobriram razões para acreditar que cada homem um voto não seria arriscado para a propriedade, ou para a continuidade das sociedades divididas em classes” (MACPHERSON, 1978, p. 17). Assim:

As razões em favor da democracia eram que ela dava a todos os cidadãos um interesse direto nas ações do governo, e um incentivo para participar ativamente, pelo menos ao ponto de votar a favor ou contra o governo, e, como se esperava, também de informar-se e construir seus modos de ver em discussões uns com outros. Em comparação com qualquer sistema oligárquico, por mais benevolente que fosse, a democracia trazia o povo para as atuações do governo dando a todos um interesse prático, um interesse que podia ser concreto dado que o voto popular podia derrubar um governo. A democracia tornaria assim o povo mais atuante, mais dinâmico; faria o povo progredir “em intelecto, virtude, atividade e eficiência” (MACPHERSON, 1978, p. 56).

É a partir desta vertente democrática, representada principalmente por John Stuart Mill (MILL, 1981; 1973), que o liberalismo abandona o conservadorismo do “voto censitário e da cidadania restrita, para incorporar em sua agenda todo um elenco de reformas que vão desde o voto universal até a emancipação da mulher” (BALBACHEVSKY, 2006, p. 195). O argumento democrático introduzido por Stuart Mill no liberalismo fica claro na passagem abaixo:

Não há nenhuma dificuldade em demonstrar que a forma ideal de governo é aquela em que a soberania, o poder supremo de controle em última instância, pertence à massa reunida da comunidade; aquela em que todo o cidadão não apenas tem uma voz no exercício do poder supremo, mas também é chamado, pelo menos ocasionalmente, a tomar parte ativa no governo pelo exercício de alguma função pública, local ou geral (MILL, 1981, p. 31)

A obra de Mill é perspicaz ao introduzir no campo da ciência política o elogio à diversidade e ao conflito “como forças matrizes por excelência da reforma e do desenvolvimento social” (BALBACHEVSKY, 2006, p. 198). Com Mill, a liberdade deixa de ser um direito natural para se tornar um substrato de desenvolvimento social que viabiliza a manifestação da diversidade (BALBACHEVSKY, 2006). A defesa das liberdades individuais aparece claramente já na introdução da obra mais célebre de Mill, “Ensaio sobre a Liberdade” (1973), nela o autor pondera:

O único fim para o qual a humanidade é autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer dos seus membros constitui a proteção de si mesma: só em caso de necessidade de obstar a que um membro duma sociedade civilizada prejudique os outros, é que legitimamente pode empregar-se a força contra ele. (MILL, 1973, p. 69)

Dessa forma, estão presentes na obra de Mill tanto “a defesa do pluralismo e da diversidade societal contra as interferências do Estado e da opinião pública” (BALBACHEVSKY, 2006, p. 198), quanto “a perspectiva de sistemas abertos, multipolares, onde a administração do dissenso predomine sobre a imposição de consensos amplos.” (BALBACHEVSKY, 2006, p. 198). É nesta perspectiva que Mill destaca os perigos iminentes a tendência de dilatação indevida dos poderes da sociedade sobre o indivíduo (MILL, 1981; 1973). Para o autor:

[...] por vontade do povo praticamente entende-se a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa dele, a maioria, ou aqueles que conseguiram fazer-se aceitar como tal; pelo que o povo pode desejar oprimir uma parte de si mesmo; e contra esse abuso do poder é tão preciso usar de precauções como contra outro qualquer (MILL, 1963, p. 60).

Entretanto, mesmo tendo trazido avanços significativos a teoria liberal, por introduzir de forma marcante o argumento em prol da democracia e por se posicionar definitivamente contrário a qualquer tipo de totalitarismo, o pensamento de Mill (MILL, 1981; 1973) mostra-se ainda impregnado de uma concepção utilitarista, que mesmo vendo na democracia um valor, ainda a concebe como um mero mecanismo. Por isso, se pode afirmar que o processo democrático acontece para o Liberalismo apenas como meio de organização entre interesses divergentes, ou, nas palavras de Habermas:

Na interpretação liberal, a política é essencialmente uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo. O processo de formação da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado através da concorrência de atores coletivos que agem, estrategicamente, a fim de obter ou manter posições de poder (HABERMAS, 1997, p. 337).

É contra esta perspectiva utilitarista da cidadania e da democracia, até então dominante, que se insere o liberalismo político de John Rawls (2000), que busca uma “outra fundamentação da vida política do cidadão em termos de princípios equitativos de justiça” (RAMOS, 2006, p. 82). Rawls, sem abandonar a perspectiva do contratualismo e do individualismo, amplia a abrangência da concepção liberal por meio da ideia do consenso social acerca de determinadas questões fundamentais. O autor formula, nesta perspectiva, sua

concepção de “consenso sobreposto”, ou seja, um consenso que compatibiliza as ideias intuitivas dos cidadãos sobre a forma política de vida mais equitativa possível, de modo a dar unidade e a estabilidade da sociedade, sem que seja necessário construir uma concepção de bem abrangente compartilhado por todos os cidadãos (RAMOS, 2006). O ponto fundamental que o liberalismo político procura resolver é formulado por Rawls nos seguintes termos:

[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis. Em outras palavras: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política de um regime constitucional? Qual é a estrutura e o teor de uma concepção política que conquista o apoio de um tal consenso sobreposto? (RAWLS, 2000, p. 25 – 26)

Destaca-se nesta passagem, a importância do princípio liberal do pluralismo que passa a ser visto como característica essencial para uma sociedade democrática moderna (RAMOS, 2006). Para Rawls o problema do liberalismo político consistiria, portanto, “em formular uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que a pluralidade de doutrinas razoáveis [...] possa endossar.” (RAWLS, 2000, p. 26). Pode-se dizer que basicamente o pluralismo destacado por Rawls consiste na ideia de que os “indivíduos, a partir das suas convicções, têm a liberdade de criarem concepções do que é melhor para eles, sem a imposição de terceiros ou do Estado” (RAMOS, 2006, p. 83). Tudo isso leva a crer que na perspectiva liberal inexistem um bem comum substantivo - por exemplo, a própria ideia de cidadania - o que, inegavelmente, mostra-se como essencial para uma democracia pluralista e multicultural, na medida em que as convicções e opiniões, em matéria de religião ou moral, por exemplo, não são impostas pelo Estado e sim construídas pelos próprios cidadãos. É justamente por ser neutral, não impondo aos cidadãos que sejam virtuosos ou que dêem provas de uma ou outra qualidade moral, que o Estado possibilita a manifestação do pluralismo (MASURE; RENAUT, 2002, p. 259). Disso decorre uma das teses básicas do liberalismo, ou seja, a tese da prioridade do justo sobre o bem que revela que o existir social só é plausível “enquanto permita a realização, em grau máximo, da liberdade, entendida como livre-arbítrio, razão pela qual os direitos individuais produzidos racionalmente são superiores a todos os demais interesses coletivos, na medida em que servem de fundamento a estes” (GALUPPO, 2006, p. 516). Dessa forma:

O único valor possível, através do qual é possível constituir as condições essenciais mínimas para a cidadania, consiste na construção procedimental (equivalência de procedimentos) de princípios de justiça que interessam a todos. Os bens primários -

os mesmos direitos básicos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza e as bases do sentimento de dignidade – são definidos e estabelecidos a partir dos princípios de justiça compatíveis com a pluralidade das concepções de bem dos cidadãos que, sendo pessoas livres e iguais, formulam e seguem livremente essas concepções (RAMOS, 2006, p. 83).

Nesta perspectiva, fica evidente a defesa intransigente não apenas da democracia, mas, sobretudo, do pluralismo como princípio determinante a este regime de governo e como elemento essencial do pensamento liberal. Tendo em vista que as teorias de Rawls não são o objeto precípua do presente trabalho, apresentamos seu pensamento de forma sucinta e superficial, apenas para que fosse possível compreender o percurso trilhado pelo pensamento liberal. A partir destes precursores da teoria liberal apresentados acima, pode-se constatar que o liberalismo contribuiu, sobremaneira, para a constituição da dimensão política do homem na modernidade, consolidando-se, contemporaneamente, como repositório das liberdades individuais, da propriedade privada, do governo constitucional limitado, do pluralismo e dos direitos humanos como pertencentes a todos os indivíduos (RAMOS, 2006). É nessa perspectiva que se pode afirmar que a “plataforma liberal”, ou seja, “as principais conquistas da razão política moderna” (MESURE; RENAUT, 2002, p. 256), instituídas pelo pensamento liberal, é constituída por quatro princípios fundamentais, que são os elos entre os diferentes teóricos do liberalismo político (MESURE; RENAUT, 2002):

1. O princípio de uma limitação do Estado: com efeito, é por surgir como uma teoria dos limites do Estado ou da sua ação [...] que o liberalismo político é colocado numa relação de antítese com o absolutismo político. [...]. 2. O segundo princípio da plataforma liberal pode ser identificado como o da soberania do povo, exercida por intermédio de representantes [...]. 3. Um terceiro princípio do ideal-tipo liberal é o da valorização do indivíduo e das suas liberdades. Trata-se de um princípio que se deduz evidentemente do primeiro, pois a sociedade cuja autonomia em relação ao Estado o liberalismo reconhece define-se como o conjunto dos indivíduos e dos grupos de indivíduos e, nesse sentido, reconhecer a limitação do Estado é também reconhecer o indivíduo como princípio e como valor. [...] 4. O último grande princípio constitutivo da plataforma liberal que merece ser mencionado aqui [...] corresponde ao tema da neutralidade do Estado relativamente às convicções e opiniões em matéria de religião e de moral (MESURE; RENAUT, 2002, p. 257-259).

Assim, pode ser constatado que os princípios norteadores da tradição liberal influenciaram, decisivamente, o pensamento político moderno, ao instituírem as diretrizes do Estado baseado na limitação do poder, no exercício da soberania pelo povo, na proteção da liberdade individual. Sob esta perspectiva, os princípios liberais viabilizaram a constituição e afirmação do indivíduo enquanto sujeito de direitos. Portanto, o percurso da tradição liberal, ao revalorizar o indivíduo e ao lhe garantir um estatuto legal de proteção, inseriu, no caminho

trilhado pela cidadania, a necessidade do reconhecimento e preservação não só da liberdade abstratamente pensada, mas da diferença, da individualidade dos sujeitos.

### *1.1.2. A tradição republicana*

O conceito de cidadania remonta à Antiga República Romana na qual a cidadania é concebida tanto como “um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos” (VIEIRA, 2002, p. 27) quanto a possibilidade de participação política entendida como a capacidade do cidadão em participar dos negócios da cidade (VIEIRA, 2002). Dessa maneira, a cidadania antiga estava fundada sob dois elementos: igualdade entre os que eram considerados cidadãos e a possibilidade de acesso ao poder (VIEIRA, 2002).

O ideal republicano da Antiguidade é resgatado pelo Renascimento, abrindo caminho para a afirmação da “cidadania moderna no século XVIII, durante as Revoluções Americana<sup>1</sup> (1776) e Francesa<sup>2</sup> (1789).” (VIEIRA, 2002, p. 28). Em conformidade com estas revoluções e, a partir do deslocamento da soberania da mão do monarca para o direito do povo, como foi proposto por Rousseau, a ideia republicana de cidadania é construída com base na liberdade de opinião, de associação e também de decisão política (VIEIRA, 2002).

Com Rousseau, o republicanismo é resgatado por meio da reinserção da participação política na vida dos indivíduos. Rousseau inovou significativamente a forma de pensar a política ao propor o exercício da soberania pelo povo, como primeira condição para sua libertação (NASCIMENTO, 2000, p. 194). O que Rousseau estabelece no “Contrato Social”, uma das suas obras mais importantes, são as “condições de possibilidade de um pacto legítimo, por meio do qual os homens abandonam sua liberdade natural em troca da liberdade

---

<sup>1</sup> Leandro Karnal, em estudo sobre a Revolução Americana e seus impactos para a cidadania moderna, afirma que: “cidadania e liberdade nos EUA são inseparáveis e foram construídas de forma clara a partir da experiência colonial e da Guerra de Independência. O conceito limitado de 1776 foi sendo ampliado, ou, melhor dizendo, seu princípio de igualdade foi se ampliando de forma muito decidida ao longo do período independente. Para assegurar unidade e limitar os efeitos negativos do individualismo que a própria cidadania impunha, constituíram-se sólidos pontos culturais de referência e de valorização. O equilíbrio notado por Tocqueville entre individualismo e vida em sociedade – o velho dilema que os iluministas tinham apontado – foi resolvido de alguma forma, pois, em quase 230 anos de vida independente, os EUA nunca sofreram um golpe de Estado.” (KARNAL, 2008, p. 150).

<sup>2</sup> Para Nilo Odalia: “Tanto quanto a Americana, a Revolução Francesa tem como apogeu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O primeiro traço que distingue a Declaração francesa da americana é o fato de a primeira pretender ser universal, isto é, uma declaração dos direitos civis dos homens, repetimos e enfatizamos, sem qualquer tipo de distinção, pertençam não importa a que país, a que povo, a que etnia. É uma declaração que pretende alcançar a humanidade como um todo. É universal e por isso sensibiliza a seus beneficiados e faz tremer, em contrapartida, em toda a Europa, as monarquias que circundavam a França.” (ODALIA, 2008, p. 164)

civil. Rousseau estabelece que a “passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhes faltava.” (ROUSSEAU, 1999, Livro I, Cap. VIII, p. 25). O apreço pela vida comunitária, pela sobreposição do todo em relação a parte, uma das teses fundamentais do pensamento republicano (GALUPPO, 2006), fica evidente quando Rousseau define e defende as cláusulas do pacto social, segundo o autor:

Bem compreendidas, essas cláusulas [do pacto social] se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. [...] Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem. [...] Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo (ROUSSEAU, 1999, Livro I, Cap. VI, p. 20 - 22).

Se com Rousseau o republicanismo é reestruturado com base na discussão do problema da participação política e da força da coletividade, com Montesquieu a ideia de pertencimento, de vínculo com a comunidade política é redefinida como “o amor pelas leis e pela pátria” (MONTESQUIEU, 2000, Livro Quarto, Cap. V, p. 46). Preocupado em identificar o funcionamento dos governos, ou seja, a maneira como o poder é exercido, Montesquieu apresenta a “paixão que move” cada um dos diferentes sistemas de poder (ALBUQUERQUE, 2000, p. 117). Enquanto o princípio da monarquia é a honra, o do despotismo é o medo e o da república é a virtude (ALBUQUERQUE, 2000, p. 117). Entretanto, dessas três paixões, somente a virtude é “uma paixão propriamente política: ela nada mais é do que o espírito cívico, a supremacia do bem público sobre os interesses particulares” (ALBUQUERQUE, 2000, p. 117).

A temática republicana se diferencia, assim, no cerne de sua definição, consideravelmente da tradição liberal, o republicanismo é nitidamente marcado pela renúncia às vantagens privadas em favor do bem comum e da coisa pública (RIBEIRO, 2000b, p. 18), renúncia esta a que “Montesquieu dá o nome de *vertu*, e que parece adequado traduzir por *abnegação*” (RIBEIRO, 2000b, p. 18). Assim, de forma sucinta, pode-se dizer que a “*república* tem no seu âmago uma disposição ao sacrifício, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular” (RIBEIRO, 2000b, p. 18). Neste sentido, o bem comum aparece como o cerne do convívio social que deverá ser respeitado mesmo à custa dos interesses particulares, por representar “a finalidade, o *telos* que informa a existência da

comunidade” (GALUPPO, 2007, p. 42), dando significado e meios para que ela se mantenha unida (GALUPPO, 2007).

O bem comum, erigido como superior aos interesses individuais, é fruto de uma comunidade que se estabelece não por um acordo de vontades, e sim, por meio de uma tradição (GALUPPO, 2007), consubstanciada numa história de vida comum, no “fato de se ter uma mesma origem, calcada não apenas nos mesmos pais, mas principalmente nos mesmos valores, que produz interesses comuns, leis comuns” (GALUPPO, 2007, p. 40). É por meio da compreensão desta ideia que se pode afirmar que a “República é um povo que existe sob a lei (comum), que constitui própria identidade desse povo” (GALUPPO, 2007, p. 40). É por isso que se pode também sustentar que a República “implica a ideia de comunitarismo, a concepção segundo a qual o bem-comum prevalece sobre cada indivíduo, ou, mais precisamente, sobre seus interesses e direitos, porque seus interesses e direitos não têm existência objetiva fora da tradição que os constitui” (GALUPPO, 2007, p. 41).

A abnegação, colocada por Renato Janine Ribeiro no âmago da discussão republicana (RIBEIRO, 2000b), mais do que um ato de em benefício da coletividade é, sobretudo, um ato de resignação do sujeito que encontra, no respeito ao bem da tradição que o concebeu, a orientação do seu viver. Assim, na ótica do Republicanismo:

"Política" é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético - como o *médium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade é submetida a uma modificação importante: ao lado da instância reguladora hierárquica do poder supremo do Estado e da instância reguladora descentralizada do mercado, portanto, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio individual, entram a *solidariedade* e a orientação do bem comum como uma *terceira fonte* da integração social (HABERMAS, 1997, p. 333).

Dessa forma, diferentemente da tradição liberal que está embasada na ausência de interferência externa nas escolhas dos indivíduos, o republicanismo “prioriza a comunidade, sociedade ou nação, invocando a solidariedade e o senso de um destino comum como pedra de toque da coesão social” (VIEIRA, 2001, p. 39). A sociedade, na ótica republicana, sustenta-se e justifica-se com base nas ações dos grupos, diferentemente da fundamentação liberal, baseada no sujeito solipsista (VIEIRA, 2001). Nessa perspectiva, o objetivo central da tradição republicana é “construir uma comunidade baseada em valores centrais, como identidade comum, solidariedade, participação e integração” (VIEIRA, 2001, p. 39).

Assim, a reconstrução do pensamento republicano, como pressuposto da cidadania moderna, pode ser feito a partir da oposição histórica do republicanismo ao conceito de liberdade negativa defendida pelos adeptos do liberalismo. A liberdade, na perspectiva dos republicanos, é concebida não como ausência de constrangimentos externos ou obstáculos ao exercício das vontades. Entre os republicanos (Rousseau; Quentin Skinner; Maurizio Viroli), a liberdade tem conotação positiva, significando a possibilidade de os indivíduos, cidadãos, decidirem seus próprios destinos por meio do envolvimento direto nas tarefas do governo, da coletividade (CARVALHO, 2000). A liberdade, para os republicanos, está ligada, primordialmente, na relação política do indivíduo com a comunidade política. Na tradição republicana, a essência da liberdade é encontrada na participação na vida política<sup>3</sup>.

É por meio do exercício da política, na participação dos assuntos públicos, que os cidadãos encontrarão e ratificarão a sua liberdade. Cabe evidenciar, neste sentido, que mesmo que a obra e o pensamento de Tocqueville estejam, em uma análise inicial, sob o enfoque da perspectiva liberal, suas ponderações sobre a liberdade e a igualdade, dentro do contexto de participação política, parecem adequadas, em alguma medida, aos pressupostos teóricos da liberdade na concepção do republicanismo. Afrontado o liberalismo clássico, Tocqueville procura evidenciar que os cidadãos, presos aos seus afazeres enriquecedores, abandonam o seu interesse pela coisa pública deixando-se conduzir por um Estado que poderá tomar para si todas as atividades, decidindo sozinho, sobre os assuntos públicos, vindo, conseqüentemente, a intervir também nas liberdades fundamentais (QUIRINO, 2001, p. 156). O exercício amorfo da cidadania na democracia permitiria uma aceitação da centralização administrativa e, conseqüentemente, uma maior concentração no poder do Estado. Assim, Tocqueville acredita que “se a cidadania que não se ocupa de coisas públicas se aliar a um crescente aumento do poder do Estado, chegar-se-á facilmente a um Estado despótico” (QUIRINO, 2001, p. 156). Interessa aqui evidenciar apenas que, mesmo reconhecendo a importância das instituições de caráter liberal para a manutenção das liberdades fundamentais, Tocqueville acredita que

---

<sup>3</sup> Quentin Skinner, ao analisar a questão da diferença da concepção de liberdade e dos papéis do Estado na tradição liberal e republicana, afirma que: “Ambas as facções em polêmica concordam em que uma das metas primeiras do Estado deveria ser respeitar e preservar a liberdade de seus cidadãos individuais. Um lado argumenta que o Estado pode esperar cumprir esta promessa simplesmente assegurando que seus cidadãos não sofram nenhuma interferência injusta ou desnecessária na busca dos objetivos que escolheu. Mas o outro lado afirma que isso nunca será suficiente, pois será sempre necessário que o Estado assegure, ao mesmo tempo, que seus cidadãos não caiam na condição de dependência evitável da boa vontade de outros. O Estado tem o dever não só de liberar seus cidadãos dessa exploração e dependência pessoais, como de impedir que seus próprios agentes, investidos de uma pequena e breve autoridade, ajam arbitrariamente no decorrer da imposição das regras que governam nossa vida comum.” (SKINNER, 1999, p. 95)

somente por meio da ação política dos cidadãos é que estas podem ser inegavelmente garantidas (QUIRINO, 2001).

Sob esse enfoque, a tradição republicana está centrada na ideia de civismo, de participação política como obrigação do cidadão na garantia de sua própria liberdade. O exercício do dever cívico é considerado expressão máxima da liberdade por impedir a dominação por meio da monopolização das leis e das instituições (RAMOS, 2006). Tendo em vista que esta concepção de liberdade possui um âmbito puramente político, a sua efetivação e proteção dependem tanto da existência de instituições que valorizem a participação quanto do exercício da virtude cívica por parte dos cidadãos (RAMOS, 2006).

Nesse sentido, o “termo virtude (*virtus, virtù*) cívica ou civil é usado para denotar um conjunto de capacidades que cada cidadão deve possuir para servir ao bem comum, assegurar a liberdade individual e da comunidade” (RAMOS, 2006, p. 87). A dedicação ao bem comum, a participação cívica e a vontade em defender a forma política que garante “a liberdade e a independência de todos” (RAMOS, 2006, p. 87) é o que permite ao cidadão não ser prisioneiro de interesses estranhos a si e a comunidade, livrando-se da submissão a uma relação de poder da qual não faz parte. (RAMOS, 2006, p. 87). Esses ideais cívicos do republicanismo foram assim retratados por Maurizio Viroli:

Para mim, a virtude civil não é a vontade de imolar-se pela pátria. Trata-se de uma virtude civil para homens e mulheres que desejam viver com dignidade e, porque sabem que não podem viver com dignidade em uma comunidade corrupta, fazem o que podem, quando podem, para servir à liberdade comum [...]; assumem os seus deveres civis, mas não são em absoluto dóceis; são capazes de mobilizar-se para impedir que seja aprovada uma lei injusta ou para pressionar quem governa a enfrentar os problemas pelo interesse comum; são ativos em associações de vários tipos (profissionais, esportivas, culturais, políticas, religiosas); acompanham os acontecimentos da política nacional e internacional; querem compreender e não querem ser guiados ou doutrinados; desejam conhecer e discutir a história da república, e refletir sobre as memórias históricas. (BOBBIO; VIROLI, 2002, p. 17).

Assim, o republicanismo, a partir da ideia de virtude cívica, ao reinserir a vida política como âmbito por excelência do cidadão, destaca a importância de se opor tanto à interferência e à coerção como limitação da liberdade, quanto a necessidade de se opor à dependência, uma vez que a condição de dependência e de subordinação, quando se nega a participação, é também um constrangimento da vontade e, conseqüentemente, uma violação da liberdade (BOBBIO; VIROLI, 2002).

### ***1.1.3. A tradição socialista***

Diferentemente das correntes do pensamento político anteriormente apresentadas, a tradição socialista não está embasada numa concepção específica de liberdade. Em geral, o socialismo é, historicamente, definido como “programa político das classes trabalhadoras que se foram formando durante a Revolução Industrial” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 1196). Apesar de se diferenciar significativamente das duas tradições acima descritas – Liberalismo e Republicanismo – a experiência teórica e prática dessas correntes foi muito significativa para o socialismo moderno em sua origem (KONDER, 2008).

O socialismo, a partir das lições extraídas tanto da Revolução Americana quanto da Revolução Francesa, emerge das lutas dos trabalhadores na tentativa de incorporação de novos direitos. Em evidente contradição ao posicionamento liberal, o socialismo busca a efetivação de uma reforma socioeconômica como meio de sanar as desigualdades geradas pela fomentação do individualismo. A proposta socialista, em sua origem, visava a incorporação de direitos que estavam para além, e, em certa medida até mesmo contra, os direitos civis petrificados pela tradição liberal.

O desenvolvimento da burguesia e, conseqüentemente, do capitalismo engendrou a consolidação do mercado o que, juntamente com os apanágios da liberdade difundida pelo liberalismo, gerou distorções e desigualdades, que não podiam mais ser resolvidas pelas leis de mercado, sendo cobrado por grupos e setores que desenvolveram a capacidade de organização e reivindicação – sindicatos – intervenções que garantissem elementos de cidadania que lhe faltavam (KONDER, 2008). Assim, as revoluções burguesas que implementaram os direitos subjetivos e liberdade individuais, por meio do advento da burguesia, também fizeram eclodir as desigualdades sociais e o proletariado como classe social reivindicante.

Dessa forma, a burguesia enquanto classe social, ao se insurgir revolucionariamente contra os regimes absolutistas, restabeleceu uma nova ordem, que formou, desde o seu início, o proletariado como força contraposta ao sistema instituído (WEFFORT, 2006). Desse modo, sobre a crítica das revoluções políticas burguesas, Karl Max desenvolve sua teoria sobre o Estado e a revolução socialista (WEFFORT, 2006).

A teoria marxista está baseada na crítica às revoluções burguesas, que por meio da concepção abstrata da universalidade dos direitos – “direitos do homem”, não foram capazes de estabelecer a “emancipação política” dos indivíduos (WEFFORT, 2006). A liberdade e a

igualdade, duas das principais promessas das revoluções burguesas, revelaram-se uma ilusão a época dos questionamentos, por parte do proletariado, sobre a questão social (WEFFORT, 2006). Sob este ponto de vista, “os “direitos do homem” – ou os direitos gerais assegurados pelo Estado – não definem uma igualdade que se deva realizar na sociedade” (WEFFORT, 2006, p. 239 - 240).

Somente por meio da “emancipação social”, ou seja, somente se apropriando dos bens socialmente criados e se atualizando de “todas as potencialidade da realização humana” (COUTINHO, 1999, p. 42), é que os indivíduos encontrariam sua “emancipação política” (WEFFORT, 2006). Dessa maneira:

A “emancipação geral” ou “universal” não é entendida por Marx como abstrata e sim como concreta: a emancipação desta parte especial da sociedade que é o proletariado só é possível com emancipação (geral, universal) do homem. A perspectiva da revolução proletária envolve, portanto, a perspectiva de realizar, no plano social, uma igualdade que a revolução da burguesia só é capaz de realizar no plano das ilusões e das formas de Estado e da ideologia. (WEFFORT, 2006, p. 240).

Assim, "emancipação humana" ou a cidadania plena, na ótica socialista, “não é dada aos indivíduos de uma vez para sempre, não é algo que vem de cima para baixo, mas é resultado de uma luta permanente, travada quase sempre a partir de baixo, das classes subalternas, implicando um processo histórico de longa duração” (COUTINHO, 1999, p. 42).

Esses princípios igualitários, que se baseavam na supressão da propriedade privada e na redefinição das relações sociais, foram experimentados como modelo político por alguns países durante o século XX, tendo, tanto o sistema quanto a doutrina socialista entrado em colapso no final do mesmo século. O socialismo e, mais precisamente a democracia socialista, foi suplantada, entre outros problemas, por não conseguir sua realização no método democrático e, nos casos de implantação por vias não democráticas, o socialismo não atingia os caminhos da transição de um regime de ditadura para um regime de democracia (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000).

Mesmo diante do colapso enfrentado nas últimas décadas, o socialismo demonstrou de maneira significativa, a necessidade da inclusão e efetivação de um rol amplo de direitos sociais que possibilitassem a diminuição dos efeitos das desigualdades materiais instituídas pelo livre mercado.

Assim, tanto a substância do socialismo, quanto as técnicas e os princípios jurídicos-políticos derivantes da tradição liberal e republicana, mostram-se preponderantes para a construção de uma teoria da cidadania, vista não apenas como um âmbito estritamente formal,

mas, como um conceito historicamente construído, no qual o conteúdo não é antecipadamente formulado, mas, preponderantemente, conquistado.

A partir da análise do percurso das três importantes correntes do pensamento político moderno, que possibilitaram evidenciar seus principais pressupostos e contribuições, analisaremos a seguir a juridificação destes pressupostos, que representam um dos âmbitos essenciais da ideia de cidadania que será aqui trabalhada.

## **1.2. A concepção de cidadania como intitulação de direitos**

Das diferentes interpretações sobre a cidadania que emergiram no campo da teoria política, a que se tornou usual e merece uma reflexão mais detida é a concepção que vincula o conceito de cidadania a um processo lento e linear, de construção gradual de direitos. Na base desta concepção está a ideia moderna de Estado<sup>4</sup>, fundado como defensor da vida, da integridade e da propriedade de seus membros (MABBOTT, 1968). O conceito de “Estado” moderno refere-se uma forma de organização política que se configurou na Europa durante o século XIII até o início do século XIX (CORTINA, 2005), que possibilitou a passagem de uma ordem social em que inexistia um direito objetivo universalmente válido, sustentado por uma força comum, para uma ordem jurídica exercida por um soberano (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000).

Para os teóricos do liberalismo, o advento do Estado moderno possibilitou aos indivíduos uma identidade jurídica, definida por um conjunto de direitos subjetivos positivados como fundamentais oponíveis contra o próprio Estado e contra outros indivíduos (MERQUIOR, 1991). A partir desse conjunto de prerrogativas fundamentais, a cidadania foi concebida como um processo de intitulação de direitos, no qual o indivíduo tem, simplesmente “direito a ter direitos” (RAMOS, 2006).

Nessa perspectiva teórica, ficou notadamente marcada a tipologia construída por T. H. Marshall (MARSHALL, 1967) que, a partir da análise do desenvolvimento da sociedade inglesa, vinculou o conceito de cidadania a uma sequência histórica de desenvolvimento dos direitos em diferentes gerações. A teoria desenvolvida por Marshall incide precisamente na

---

<sup>4</sup> Segundo Bobbio “a filosofia política de Hobbes é um momento exemplar da convergência entre ordenamento jurídico e poder estatal. Ela pode ser considerada também por boas razões a primeira e a mais significativa teoria do Estado moderno.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 350).

apresentação da cidadania como substrato tanto do moderno Estado Nação, quanto da ascensão do capitalismo (BARBALET, 1989). Na teoria de Marshall, “a cidadania moderna passa de um sistema de direitos que nascem das relações de mercado, para um sistema de direitos que existem num relacionamento antagônico com os sistemas de mercado e de classe” (BARBALET, 1989, p. 17).

Para Marshall, a cidadania, em primeiro lugar, “é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade” (MARSHALL, 1967, p. 76), sendo que todos que possuem este status gozam de igualdade no que diz respeito aos direitos e deveres que lhes são associados (MARSHALL, 1967). Segundo Marshall, cada sociedade atribuirá diferentes direitos e deveres ao status de cidadão, uma vez que inexistente qualquer princípio universal que estabeleça direitos e deveres inalienáveis da cidadania em geral (MARSHALL, 1967, p. 76).

Diante da impossibilidade do preenchimento antecipado dos conteúdos da cidadania, Marshall (MARSHALL, 1967) apresenta três partes ou elementos distintos de cidadania – civil, político e social – através dos quais a cidadania pode ser compreendida como o exercício de direitos. Segundo o autor, o elemento civil seria composto dos direitos necessários à liberdade individual, os chamados direitos civis relativos à vida, à liberdade e à propriedade (MARSHALL, 1967). O elemento político corresponderia ao direito de participar no exercício do poder político e o elemento social estaria ligado a um mínimo de bem estar material e cultural (MARSHALL, 1967).

Segundo Marshall, cada um destes elementos depende, para o seu desenvolvimento, de um tipo de instituição diferente. Marshall explica que na sociedade feudal estes três direitos estavam fundidos num só, uma vez que não havia separação das instituições e o critério de reconhecimento dos direitos se dava, única e exclusivamente, por meio do status que era “a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade” (MARSHALL, 1967, p 64).

A implementação do Estado moderno, com a conseqüente separação dos poderes e das instituições, permitiu também que estes três elementos, constitutivos da cidadania, anteriormente fundidos, se separassem e seguissem caminhos próprios, desenvolvendo-se numa velocidade própria e sob a direção de seus próprios princípios (MARSHALL, 1967, p 65). O distanciamento dos três elementos – civil, político e social – fez com que estes parecessem elementos estranhos entre si, uma vez que cada um destes conjuntos de direitos tem “efeitos muito diferentes sobre as relações sociais e sobre a organização econômica e política da sociedade” (BARBALET, 1989, p.31).

Segundo Marshall, a cisão implementada pelas benesses do Estado moderno, foi tão abrupta que seria possível, sem distorções históricas, atribuir o “período de formação da vida

de cada um a um século diferente – os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX.” (MARSHALL, 1967, p 66).

Para Marshall, os direitos civis surgem como substrato da universalização da liberdade que passa a ser garantida pelo Estado por meio dos tribunais que visavam a proteção contra quaisquer interferências na vida privada dos cidadãos (MARSHALL, 1967, p 67-69). Entretanto, a cidadania nesta forma inicial, mesmo sendo uma instituição em desenvolvimento que constitui um princípio de igualdade, não afrontava ou não representava direitos que estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista uma vez que “o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis” (MARSHALL, 1967, p. 79), que eram indispensáveis a uma economia de mercado.

A efetivação de tais direitos conferiu a cada homem “o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.” (MARSHALL, 1967, p. 79). Dessa forma, o núcleo básico dos direitos civis assegurados conferia aos indivíduos a capacidade legal de lutar pelos objetos que este gostaria de possuir sem, como parece evidente, garantir a posse de nenhum deles (MARSHALL, 1967).

Assim, seria “absurdo afirmar que os direitos civis em vigor nos séculos XVIII e XIX estavam livres de falhas ou que fossem tão equitativos na prática quanto professavam ser em princípio” (MARSHALL, 1967, p. 80). As barreiras entre os direitos e os remédios jurídicos eram ainda acentuadas pelos preconceitos de classe e pelas distorções de renda (MARSHALL, 1967).

Marshall acredita que a história de formação e efetivação dos direitos políticos difere da história dos direitos civis tanto no caráter quanto no tempo (MARSHALL, 1967, p 69). A expansão dos direitos civis, com a equiparação da liberdade dos indivíduos, possibilitou, no início do século XIX, a efetivação de um status geral de cidadania, ou seja, o compartilhamento de uma mesma ideia de liberdade permitiu a solidificação da própria ideia de uma cidadania (MARSHALL, 1967). A partir deste compartilhamento, os direitos políticos já existentes foram expandidos para outros setores da população (MARSHALL, 1967). Segundo Marshall, “no século XVIII, os direitos políticos eram deficientes não em conteúdo, mas na distribuição” (MARSHALL, 1967, p. 69). Entretanto, mesmo com o maior acesso a estes direitos, somente no início do século XX é que os direitos políticos foram universalizados e alçados à categoria de direitos autônomos em relação aos direitos civis (MARSHALL, 1967, p. 75).

Ao contrário dos direitos civis, os direitos políticos da cidadania representavam uma ameaça potencial ao sistema capitalista. Entretanto, esta ameaça não foi imediatamente percebida por aqueles que estendiam estes direitos às classes menos favorecidas (MARSHALL, 1967). Com a expansão dos direitos políticos, a pressão por certas garantias sociais cresceu dentro das classes trabalhadoras. Dessa forma, estas aspirações se tornaram realidade “pela incorporação dos direitos sociais ao status da cidadania e pela consequente criação de um direito universal a uma renda real que não é proporcional ao valor de mercado do reivindicador” (MARSHALL, 1967, p. 88). Sob esta ótica, os direitos sociais surgem para possibilitar a redução das diferenças de classe, entretanto, acabam adquirindo um novo sentido que é o da ação que visa modificar o “padrão total da desigualdade social” (MARSHALL, 1967, p. 88).

Assim, cada um destes elementos da cidadania apresentados por Marshall, possui bases institucionais diferentes e aspectos históricos significativos totalmente diversos uns dos outros. Essa diferenciação apresentada significa que os elementos componentes da cidadania não têm a mesma origem e se relacionam de modo diferente com os diferentes setores sociais (BARBALET, 1989), o que possibilita que a cidadania seja analisada, estritamente, do âmbito da concessão de direitos.

A cidadania, assim definida, foi secularmente ampliada por meio do reconhecimento de novos direitos a novos setores da população que foram, gradativamente, investidos com capacidade legal de usufruí-los. Em outros termos, os elementos expostos por Marshall (1967) criam uma síntese descritiva dos caminhos percorridos na construção do status moderno da cidadania, sem, no entanto, evidenciar os aspectos mais importantes do seu conteúdo ou dever ser da cidadania.

Dessa forma, Marshall (1967) apresenta uma definição sintética de cidadania - como vinculação do indivíduo à comunidade política - sem apresentar os desdobramentos e implicações desta participação. Interessa a Marshall, tão somente, descrever os diferentes meios pelos quais estes indivíduos integram esta comunidade política. Os direitos reconhecidos pelo Estado a todos os indivíduos são, na perspectiva de Marshall, a corporificação deste vínculo.

Segundo Marshall, a concretização destes direitos não ocorre simplesmente por sua declaração em um texto legal, uma vez que cada um dos tipos de direito apresentados depende de quadros institucionais específicos, ou seja, o desenvolvimento dos direitos civis, políticos e sociais estão diretamente ligados ao desenvolvimento e manutenção de instituições que os fomentam e os garantam. Defende ainda que o desenvolvimento dos direitos civis só é

viabilizado por meio de um judiciário autônomo e independente ao qual qualquer cidadão tenha acesso. Já o exercício dos direitos políticos dependeria da manutenção das condições de lisura e probidade garantidas por meio da justiça e da polícia (MARSHALL, 1967). Por fim, os direitos sociais dependeriam de um aparato administrativo estatal amplamente forte que garantiria o acesso universal ao mínimo de bem estar (SAES, 2003).

Marshall vincula a construção da cidadania tanto a um processo de evolução institucional (SAES, 2003), quanto a um processo de evolução interna, no qual cada conquista de um elenco de direito seria, evidentemente, o substrato para a afirmação do elenco subsequente de direitos (BARBALET, 1989).

Portanto, a teoria marshalliana, apesar de evidenciar um importante componente da cidadania – os direitos historicamente construídos –, parece “ocultar as dificuldades e tensões inerentes a este processo evolutivo” (SAES, 2003, p. 18), subestimando o papel central das lutas populares neste processo (BARBALET, 1989), ao apresentar uma concepção de cidadania na qual o estatuto jurídico é condição necessária e suficiente (SAES, 2003).

A abordagem de Marshall (MARSHALL, 1967) ignora os limites impostos à “extensão do pluralismo pelo fato de alguns dos direitos existentes terem sido constituídos à custa da própria exclusão ou subordinação de direitos de outras categorias” (MOUFFE, 1996, p. 97).

A cidadania, vista como mera intitulação de direitos, torna-se apenas um meio para que o indivíduo faça valer os bens jurídicos que lhe foram instituídos (RAMOS, 2006), eliminando-se, do conceito de cidadania, toda a contingência histórica que a ele se liga. Mais do que uma trajetória linear de intitulação de direitos, a cidadania está vinculada também a ideia de reconhecimento, de identidade e de afirmação dos que são ditos cidadãos.

Assim, a contingencialidade do termo cidadania, ou seja, a sua acepção aberta que permite novas definições e conteúdos, inviabiliza que a mesma seja tida apenas como um rol de direitos garantidos. Mais do que uma definição do que seja cidadania, busca-se aqui percorrer um caminho que vincule à cidadania também à ideia de identidade para que assim, mais do que “um direito a ter direitos”, a cidadania possa ser vista como um sentir-se parte não só no direito que é construído, mas, também, na sociedade que é edificada.

Dessa forma, após a compreensão do âmbito jurídico da cidadania, a partir da análise aqui empreendida da tipologia de Marshall, mostra-se necessário evidenciar o âmbito supra jurídico inerente à cidadania que a liga à ideia de identidade.

### 1.3. A cidadania como identidade

Não pode ser negado que a cidadania possui como reflexo a atribuição e o exercício de direitos, entretanto, como afirmado acima, a cidadania deve ser vista como conceito aberto e em constante construção, que possibilita acepções e interpretações diversas em conformidade com os diferentes pressupostos e contextos nos quais é analisada. É sob esta perspectiva de um conceito aberto que a cidadania será aqui apresentada, ressaltando-a mais como um conceito político do que jurídico. O argumento que se pretende defender é que no percurso da cidadania a juridicidade e o reconhecimento de direitos talvez não sejam apenas um ponto de chegada, mas sim, ao mesmo tempo, um ponto de chegada e um ponto de partida, na medida em que mais do que um estatuto jurídico, está em jogo a busca por reconhecimento, por autonomia e pela construção de uma identidade. Assim, mais do que os desígnios de um estatuto jurídico estéril, a cidadania possui um âmbito estritamente político, por meio do qual os conflitos sociais são representados e através do qual é construída uma ideia de identidade entre os que são designados como cidadãos.

A cidadania cria sentidos para as representações e práticas dos sujeitos na dimensão política e sociocultural, dando significado à vida gregária, ao possibilitar aos sujeitos que identifiquem e compartilhem suas trajetórias e seus projetos de futuro. A identidade, na concepção sociológica<sup>5</sup>,

preenche o espaço entre o “interior” e o “exterior” – entre o mundo pessoal e o mundo público. O fato de que projetamos a “nós próprios” nessas identidades culturais, ao mesmo tempo em que internalizamos seus significados e valores, tornando-os “parte de nós”, contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural. A identidade, então costura [...] o sujeito à estrutura. (HALL, 2002, p. 11-12).

Entretanto, a identidade, criada no solo da cidadania, não é apenas um meio de estabilização e unificação entre os sujeitos e os mundos culturais por eles habitados (HALL, 2002). A identidade é também a “capacidade de elaborar um projeto de sociedade, tirando

---

<sup>5</sup> Segundo Stuart Hall a própria definição sociológica de identidade tem enfrentado, após a globalização, algumas revisões. Nas palavras do autor: “O sujeito previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas. Correspondentemente, as identidades, que compunham as paisagens sociais “lá fora” e que asseguravam nossa conformidade subjetiva com as “necessidades” objetivas da cultura, estão entrando em colapso, como resultado de mudanças estruturais e institucionais. O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático.” (HALL, 2002, p. 12).

partido da riqueza e da particularidade das experiências históricas” (FOLLMANN, 2001, p. 51). É nesse sentido que a identidade, produzida por meio da cidadania, pode ser concebida como um processo socialmente construído, no qual há interação do nível pessoal – indivíduo – com o social – coletividade – sendo, assim, algo ao mesmo tempo “proposto socialmente e algo reivindicado pessoalmente” (FOLLMANN, 2001, p. 59).

A identidade é aqui abordada como “uma construção realizada tanto para outrem como para si mesmo, tendo por resultado sempre uma “costura”, de uma parte, entre o que é “herdado” e o que é “almejado” e, de outra parte, entre o que é atribuído e o que é “assumido”.” (FOLLMANN, 2001, p. 59). Dessa forma, a identidade que subjaz da cidadania, enquanto conceito múltiplo e dinâmico, pode ser descrita como

o conjunto, em processo, de traços resultantes da interação entre os sujeitos, diferenciando-se e considerados diferentes uns dos outros ou assemelhando-se e considerados semelhantes uns aos outros, e carregando em si as trajetórias vividas por estes sujeitos, em nível individual e coletivo e na interação entre os dois, os motivos pelos quais eles são movidos (as suas maneiras de agir, a intensidade da adesão e o senso estratégico de que são portadores) em função de seus diferentes projetos, individuais e coletivos. (FOLLMANN, 2001, p. 59).

Dentro desta definição pode ser encontrada uma característica que está diretamente imbricada ao conceito de cidadania, aqui proposto: o processo de construção. A identidade, juntamente com a visão de cidadania aqui elaborada, “nunca é dada, ela é sempre construída e deverá ser (re)construída em uma incerteza maior ou menor e mais ou menos duradoura” (DUBAR, 2005, p. 135).

O modo como a cidadania e a identidade são construídas e afirmadas estão intimamente ligados ao tipo de sociedade e de comunidade política que os indivíduos querem para si. O conceito de cidadania é frequentemente vinculado à ideia ou de autonomia<sup>6</sup> – no sentido de liberdade, não impedimento – ou à ideia de pertencimento a um Estado. O que está sendo aqui proposto é que a ideia de identidade, de construção compartilhada, reinsere o sujeito no âmbito político, sem que lhe seja negado a diferença, a alteridade, o pluralismo.

A reinserção do sujeito na dimensão política é viabilizada pelo reconhecimento, pelo compartilhamento desta identidade comum, construída não pela unidade, mas pela diversidade, pelo confronto num ambiente de incerteza (DUBAR, 2005). A identidade da

---

<sup>6</sup> Para Giddens: “A emancipação significa que a vida coletiva é organizada de tal maneira que o indivíduo seja capaz – num ou noutro sentido – de ação livre e independente nos ambientes de sua vida social. Liberdade e responsabilidade permanecem em uma espécie de equilíbrio. O indivíduo é libertado de limitações impostas ao seu comportamento como resultado de condições exploradoras, desiguais ou opressivas; mas ele não é libertado em termos absolutos. A liberdade supõe agir responsavelmente em relação aos outros e reconhecer as obrigações coletivas.” (GIDDENS, 2002, p.196).

comunidade política compartilhada pelos sujeitos não é construída pela junção das identidades particulares, mas pelo embate constante e interminável entre as diversas identidades que cunham a identidade do cidadão. Assim, a cidadania é notoriamente marcada pelo antagonismo, pelo embate que constroi uma identidade que, mesmo fragmentariamente formulada, é compartilhada pelos cidadãos.

Dessa forma, a dimensão identitária da cidadania reflete o âmbito político de sua construção, o que evidencia também que seu desenvolvimento e aperfeiçoamento se darão, em grande medida, num contexto democrático no qual as identidades não são tolhidas ou negadas. Portanto, a democracia é, por excelência, o solo de crescimento da cidadania, na medida em que reconhece os antagonismos e legitima os embates identitários. Segundo Chantal Mouffe:

Somente quando reconhecemos essa dimensão de “o político” [o antagonismo que é inerente a toda sociedade humana] e compreendemos que “a política” consiste em domesticar hostilidades e tentar desarmar o antagonismo potencial que existe nas relações humanas, podemos formular a questão fundamental para a política democrática. Essa questão, dizem os racionalistas, não equivale a chegar a um consenso racional alcançado sem exclusão. Na verdade, isso significaria estabelecer um “nós” que não teria um “eles” correspondente, o que, como já debati, é impossível. O que está em risco é como estabelecer a discriminação nós/eles de um modo que seja compatível com a democracia pluralista. No âmbito da política, isso pressupõe que o “outro” não é mais visto como um inimigo a ser destruído, mas como um “adversário”, isto é, alguém cujas ideias vamos enfrentar, mas cujo direito para defender essas ideias não colocamos em dúvida. Poderíamos dizer que a meta da política democrática é transformar “antagonismos” em “agonismo”<sup>7</sup>. A principal tarefa da política democrática não é eliminar paixões, nem relegá-las à esfera particular para tornar o consenso racional possível, mas mobilizar essas paixões para promover *designs* democráticos. Longe de prejudicar a democracia, o confronto agonístico é, na verdade, condição essencial para sua existência. (MOUFFE, 2001, p. 418-419).

Portanto, a concepção aqui abordada, baseada na ideia de um projeto comum, de uma identidade que é afirmada pela interação e diferenciação dos sujeitos num processo histórico, faz com que o conceito de cidadania deixe de ser um ideal abstrato para se tornar um desígnio, um elemento indispensável à construção e afirmação do projeto democrático. É em meio à cidadania que o projeto democrático, nitidamente marcado por um “equilíbrio instável” (SARTORI, 1994, p. 171), encontra sua fonte de alimentação e amplificação.

<sup>7</sup> A lógica democrática incentiva a manifestação de diferentes concepções de bem, acentua o pluralismo e a diversidade. No entanto, para que estas manifestações se perpetuem é necessário que nenhuma concepção de bem, ou nenhum tipo de identidade aniquile, terminantemente, posicionamentos diferentes ou divergentes. É por isso, que Chantal Mouffe (2001) diz ser necessário transformar “antagonismos” em “agonismos”, ou seja, é necessário que as diferenças, a diversidade, se manifestem dentro das regras do jogo político democrático. Em outras palavras, a diversidade, ou os antagonismos, não podem levar a derrocada da democracia. Portanto, o “agonismo” é a tentação que os que estão no poder sentem de nele se perpetuarem e é, também, a tentação daqueles, que estando excluídos do poder, almejam se apossarem dele por meios ilegais (ROUQUIÉ, 1985).

#### 1.4. A cidadania entre a identidade e a intitulação de direitos

Mais do que destacar as características da cidadania, buscou-se aqui compreender como é formado e qual a finalidade de seu conteúdo. Partindo-se, então, dos pressupostos historicamente construídos pelas ciências humanas, foram elencadas as características morfológicas da ideia de cidadania, podendo-se dizer que o conceito de cidadania pode ser definido, nesta perspectiva, como:

a qualidade ou o direito do cidadão; e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A ideia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu Estado. (GORCZEVSKI, 2007, p. 13)

Entretanto, o problema que se colocou em questão foi o de trilhar um caminho de reconciliação entre a cidadania formal, instituída como um “direito a ter direitos” e a esfera material na qual a cidadania é gradativamente construída, considerando sempre as perspectivas das experiências de vida dos próprios cidadãos.

Assim, foi demonstrado que a construção de uma ideia de cidadania não pode estar restrita apenas à perspectiva aberta por Marshall (MARSHALL, 1967) como sendo uma mera atribuição gradual de direitos, um status do indivíduo junto ao Estado. A cidadania não é um catálogo de direitos dissociados da história de vida dos indivíduos que fruem estes direitos. Ela não é exterior ao homem, não está para além dele, ela é, portanto, construída a partir da experiência do vivido. É por meio da experimentação que o homem constroi, internaliza, e manifesta a cidadania que garantirá conquistas substantivas no terreno dos direitos. Nesse aspecto, foi afirmado que a cidadania não é um dado apriorístico, que começa a partir da formalização do direito. O direito instituído é, nesta perspectiva, ao mesmo tempo, um ponto de partida e de chegada do percurso trilhado pelo próprio agente em busca da materialização de sua condição de cidadão.

Na dinâmica da cidadania o “direito” é, inegavelmente, um objetivo a ser atingido e continuamente construído, mas não é, como já afirmado, o único objetivo em jogo. Posto de outro modo, o direito é um dos âmbitos essenciais a compreensão e efetivação da cidadania. Sem ele, tornam-se inócuos e inoperantes seus significados, entretanto, no campo da

cidadania, não se objetiva apenas um mero conjunto de regras obrigatórias, mas, sobretudo, que estas regras, ou o direito, possam ser também meio para a viabilização e afirmação da identidade dos cidadãos continuamente construída. Esta singularidade da cidadania, ou seja, o fato dela encontrar no direito ao mesmo tempo um objetivo e um meio para a expansão dos seus conteúdos, evidencia sua contingencialidade, seu caráter aberto e indeterminado, que continuamente construída, também depende, ininterruptamente, do reconhecimento jurídico como meio de garantia e efetivação das aspirações e desejos sociais produzidos. É a partir do reconhecimento jurídico, viabilizado pelo âmbito do direito, que o indivíduo ou cidadão, se “reconhece e reconhece aos outros como alguém que pode efetivamente exercer seus direitos e se colocar como sujeito autônomo no debate público da sociedade em que vive” (MATTOS, 2008, p. 64). É por isso que se diz, no contexto desta pesquisa, que o direito é também um meio essencial de garantia e manifestação dos pressupostos da cidadania, pois, é por meio do reconhecimento jurídico que os conteúdos da cidadania, e o cidadão no seu gozo, passam a ser respeitados por todos, ou, nas palavras de Honneth:

É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhe confere a força de possibilitar a constituição do autorespeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstra-lhe reiteradamente que encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável (HONNETH, 2009, p. 197).

É nesse sentido, que o reconhecimento jurídico se mostra essencial à cidadania, por permitir ao cidadão ser reconhecido por parte de outros cidadãos e, “conseqüentemente em comunhão com estes, possibilitando sua disposição de também reconhecer o outro em sua originalidade e singularidade” (SOUZA, 2000, p. 135). O direito, como afirmador deste respeito mútuo dos cidadãos, ou seja, “a consciência de poder respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros” (HONNETH, 2009, p. 195), emerge como princípio primordial para a consecução e preservação das expectativas emergentes no campo da cidadania. Tudo isso vai de encontro ao que foi dito, ou seja, a esfera jurídica mostra-se ao mesmo tempo como precursora do reconhecimento dos cidadãos e como mecanismo de surgimento de novas demandas que necessitam ser juridicamente reconhecidas para serem respeitadas, sendo que “os confrontos práticos, que se seguem por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do *status* de uma pessoa de direito.” (HONNETH, 2009, p. 194).

Nessa perspectiva, a cidadania deve ser definida não de forma estanque, pronta e acabada, mas como um conceito histórico, que demonstra a capacidade dos indivíduos, ditos cidadãos, de construir e instituir para si direitos que se liguem aos seus trajetos e a suas experiências vivenciadas. É esse percurso que faz da cidadania um conceito aberto, inacabado que está em constante construção. Assim, o termo cidadania carece de um conceito pré-fixado, restando-nos apenas a possibilidade de falar em concepções (BARRERO, 2001, p. 7). É em conformidade com este entendimento que a cidadania deixa de ser pensada exclusivamente em

termos da vigência de direitos reconhecidos pelo Estado e passa a compor um “catálogo” de demandas e atitudes que cobram reconhecimento e respeito para si [...]. Em outros termos, a cidadania passa a se orientar num terreno em que sua definição não está dada a priori, nem de uma vez por todas, nem tampouco se expressa uniformemente. É preciso construir a cidadania, como se ouve com frequência, e isso quer dizer não somente que sentir-se cidadão e ser reconhecido como cidadão não é exatamente uma característica de boa parte dos que são chamados cidadãos, mas ainda que o conteúdo da cidadania mantém-se em aberto, relativamente indeterminado, passível de práticas de nomeação, incorporação e articulação de distintas demandas. (BURITY, 1999, p. 248)

Tal caráter aberto da cidadania, que faz com que esta necessite ser constantemente construída e redefinida, liga-se à visão de que o termo não designa tão somente um processo de criação e ampliação de direitos, mas reflete os desafios e as aspirações históricas dos sujeitos na luta por reconhecimento.

Por isso, mais do que referenciar a efetivação de direitos, a cidadania tende a fazer parte de uma história maior, contínua, que cria, por meio da experiência vivida, a identidade daquele que se diz cidadão. Para além de direitos institucionalizados dentro de uma esfera estatal estranha aos sujeitos, a cidadania reflete o tipo de sociedade e de comunidade política construída e desejada pelos cidadãos (MOUFFE, 1996).

Nesse sentido, o diálogo delineado entre cidadania e direito apresenta, intrinsecamente, situações controversas e, ao mesmo tempo, complementares. Se, por um lado, é preciso que se confira aos indivíduos uma maior efetivação de direitos fundamentais, abrindo-se espaço para a superação de dilemas históricos de exclusão e marginalização (SORJ, 2004), por outro é necessário e urgente que o cidadão fale em nome próprio, que busque, ele mesmo, a construção de sua identidade e a efetivação de sua emancipação. A condição da cidadania é, portanto, dupla: exige a prestação do Estado no sentido de permitir condições jurídicas mínimas para que o sujeito se autodetermine enquanto sujeito de direitos e, ao mesmo tempo, é justamente essa condição de cidadão autônomo atribuída pelo direito

que assegura, por sua vez, que as exigências de sua vida, juntamente com sua identidade, sejam reconhecidas institucionalmente. É nessa perspectiva que Chantal Mouffe afirma que:

Estamos agora lidando com um tipo de identidade política, uma forma de identificação, não mais simplesmente com um status legal. O cidadão não é, como no liberalismo, alguém que é o recipiente passivo de direitos específicos e que goza da proteção da lei. Não é que aqueles elementos tornem-se irrelevantes, mas a definição de cidadão muda, porque a ênfase é colocada na identificação com a *respublica*. É uma identidade política comum de pessoas que poderiam estar engajadas em muitos e diferentes empreendimentos de fins e com diversas concepções do bem, mas que aceitam se submeter às regras prescritas pela *respublica*, na busca de suas satisfações e no desempenho de suas ações. O que os mantém unidos é seu reconhecimento comum de um conjunto de valores ético-políticos. Neste caso, a cidadania não é apenas uma identidade entre outras - como no liberalismo - ou a identidade dominante que se sobrepõe as demais - como no republicanismo cívico. É um princípio articulatório que afeta as diferentes posições de sujeito do agente social [...], enquanto dá espaço a uma pluralidade de lealdades específicas e ao respeito pela liberdade individual (MOUFFE, 1997, p. 65).

Assim, o instrumental jurídico político necessário ao exercício da cidadania já tem sido edificado. Entretanto, é ainda necessário para a afirmação desta cidadania que os indivíduos sintam-se, ao mesmo tempo, pertencentes e construtores desta história, ou seja, a cidadania é a expressão da luta pelos direitos, mas é também a manifestação da identidade que continua sendo refigurada na escrita da história. Isto abre caminho para se pensar num conceito aberto de cidadania, o que implica considerá-la não como reflexo de uma identidade fixa, mas como um percurso inacabado na busca do reconhecimento de si, do outro, da história.

Na esteira do que foi dito neste primeiro capítulo, se buscará, no capítulo seguinte, a partir da análise do percurso da cidadania no Brasil, evidenciar não uma ideia fixa sobre a cidadania e a identidade que dela emerge, muito ao contrário, tentar-se-á mostrar que imposições ou criações teóricas, no campo da cidadania, em desarmonia com a experiência histórica e em detrimento da participação dos cidadãos, podem significar retrocessos consideráveis no âmbito da cidadania e, conseqüentemente, da democracia. É a partir da concepção de cidadania aqui trabalhada, que se evidenciará os principais percalços da tradição brasileira para a construção do cidadão não apenas como sujeito de direitos mas, sobretudo, como sujeito identificado com, e pela, cultura política nacional na edificação da democracia.

## 2. O PERCURSO DA CIDADANIA NO BRASIL

Para a reflexão e o questionamento sobre os aspectos norteadores do cidadão e da cidadania no Brasil, em coerência com a ideia de cidadania enquanto processo de construção e efetivação não apenas de direitos, mas, também, da própria identidade dos indivíduos, apresentada no capítulo anterior, é necessário refazer o itinerário, mesmo que de forma sucinta, das autorrepresentações (REIS, 2006) desta cidadania que buscaremos compreender.

O que se pretende é a compreensão da cidadania construída no Brasil por meio da articulação dos diversos discursos feitos sobre ela. Partindo do pressuposto da cidadania enquanto uma construção contínua, busca-se apresentar uma visão não cristalizada e definitiva sobre o fenômeno, muito ao contrário; tentaremos vê-lo sob ângulos diferentes a fim de compreendê-lo como unidade complexa, com múltiplas manifestações e implicações.

A ideia de unidade defendida aqui se refere, sobretudo, à unidade histórica, ou seja, a análise que será proposta buscará reconhecer o presente como continuidade do passado. O que se objetiva não é construir um determinismo histórico, como se o nosso presente já houvesse sido todo construído e definido pelo passado, a realidade não é um dado apriorístico, em que os indivíduos, presos ao determinismo, não possuem responsabilidade pela própria construção. O que se almeja é evitar as descontinuidades históricas que negam nossas raízes, que impossibilitam o ajuste de contas com as mazelas nacionais, que torna possível “brincar de realidade” por meio da ilusão do eterno recomeço descartando todo nosso passado e, com isso, superando, aparentemente, todos os problemas (RIBEIRO, 2000c, p. 97).

O passado é, nesse sentido, “uma referência de realidade, sem o qual o presente é pura irreflexão” (REIS, 1999, p. 8). É dentro desse reconhecimento do passado que poderemos orientar nosso presente e, sobretudo, idealizarmos nosso futuro. Assim, é importante ter em mente que:

A representação da história se dá na direção do futuro para o passado: um presente que quer viver no futuro, que sonha e faz planos, retraça e repensa o seu passado. O passado nunca é visto da mesma forma, mas sempre reescrito em função do sonho-expectativa do presente. A história, assim, como ciência, percepção e sonho, serve à vida, orienta nas escolhas e decisões, sem se reduzir a um “controle do passado” e a uma “tecnologia da ação” (REIS, 2006, p. 25).

Dessa maneira, os discursos sobre o cidadão brasileiro, criados pelos intérpretes aqui apresentados, não cristalizaram uma forma sobre o exercício da cidadania no Brasil. Na

verdade, os autores que serão trabalhados ampliam e intensificam o argumento segundo o qual o âmbito da cidadania é também o terreno da identidade, do reconhecimento, não podendo estar desatrelado da experiência da história que foi vivida. É nesse sentido, que estes autores nos ajudarão a repensar nossa história vivida e a refazer nossos projetos de futuro em relação a cidadania.

## 2.1. A cidadania desvelada

Os obstáculos que o Brasil enfrenta presentemente no campo da cidadania política, comumente manifestados na dificuldade de mediação entre Estado e sociedade, na ingerência crescente do judiciário, nas ondas generalizadas de corrupção social e institucional, propiciam a discussão sobre a influência desses elementos na estruturação da cultura política do país e a reflexão sobre o processo de construção da cidadania e da democracia (BAQUERO, 2001).

As pesquisas de opinião pública produzidas nos últimos anos revelam uma enorme desconfiança<sup>8</sup> dos brasileiros em relação às instituições políticas e particularmente em relação à classe política. Em contrapartida, ainda é percebido, em setores específicos da população brasileira, uma aceitação velada de práticas patrimonialistas<sup>9</sup> e a institucionalização do individualismo, com a sobreposição do interesse privado ao interesse coletivo.

---

<sup>8</sup>A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas publica trimestralmente, sob a coordenação da Prof. Luciana Gross Cunha, o Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJBrasil – que é um levantamento estatístico de natureza qualitativa, com o objetivo de acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro apresentando, também, o grau de confiança da população nas principais instituições do país. O levantamento realizado no 3º trimestre de 2010 é aterrador para a classe política e para o judiciário. A pesquisa divulgada pela FGV mostra que as instituições mais mal avaliadas pelos brasileiros são os partidos políticos, o congresso nacional, a polícia e o judiciário. Apenas 8 % da população amostrada disse confiar nos partidos políticos, 20 % somente disse confiar no Congresso nacional e 33% desta população de amostra disse confiar na polícia e no judiciário. Encabeçam a lista das instituições mais confiáveis, respectivamente com 66% e 54% de respostas favoráveis entre os entrevistados, as Forças Armadas e a Igreja Católica (CUNHA et al., 2010).

<sup>9</sup> As pesquisas de opinião, realizadas com base em amostras e probabilidades, apesar de poderem ser consideradas limitadas, por não representarem com exatidão o perfil da sociedade brasileira, não podem ser desconsideradas ou desqualificadas. Em estudo recente intitulado “A cabeça do Brasileiro” (ALMEIDA, 2007), Alberto Carlos Almeida destaca que o “Brasil, na verdade, são dois países muito distintos em mentalidade. Dois países separados, num verdadeiro *apartheid* cultural.” (ALMEIDA, 2007, p. 25). O autor ainda observa que o “que está em jogo são valores em conflito, e, por conseguinte, uma sociedade em conflito. Enquanto a classe baixa defende valores que tendem lentamente a morrer ou enfraquecer, a classe alta mantém-se alinhada a muitos dos princípios sociais dominantes nos países já desenvolvidos.” (ALMEIDA, 2007, p. 25). Após esta incursão introdutória o autor apresenta uma análise de dados que evidencia que mesmo práticas como a patrimonialista, que apresentam uma tendência de diminuição, ainda possuem uma significativa aceitação social. Por meio do estudo foi constatado que o caso mais extremo de patrimonialismo, a utilização de cargo público como propriedade particular, é tolerada por 17% da população brasileira (ALMEIDA, 2007, p. 102).

Poder-se-ia argumentar, como já exposto, que esses problemas que assolam a sociedade brasileira são frutos de um passado que não influenciará os avanços conquistados no campo da democratização e da cidadania das últimas décadas (BAQUERO, 2001). Entretanto, como já afirmado, os problemas endêmicos que marcam a sociedade brasileira não serão aqui extirpados ou vistos como insuperáveis; o que será questionado é se, de fato, os avanços formais da política e a nítida intensificação da participação do judiciário em questões políticas serão suficientes para desenvolver uma cidadania efetivamente democrática.

Nesse sentido, a questão a ser debatida parte do reconhecimento de que a ordem jurídica instituída pela Constituição da República de 1988, bem como as práticas democráticas instituídas nas últimas décadas, possibilitaram uma alteração nas atitudes e no comportamento dos brasileiros em relação à política e a cidadania. Porém, no momento em que a palavra *crise* ganha relevo e as notícias sobre o uso indevido da coisa pública caem na trivialidade, comprova-se que, na essência, os brasileiros continuam a desacreditar tanto nas instituições quanto na própria ideia de cidadania que constituem, conjuntamente, os pilares da democracia representativa.

Assim, os pontos nevrálgicos dos problemas que assolam o Estado dissolvem-se na indiferença dos próprios cidadãos acerca dos valores éticos que deveriam nortear o exercício da atividade política. Constata-se, dentro desta ótica, a convivência de instituições democráticas com práticas e procedimentos antidemocráticos que pervertem a representação política, gerando dúvidas e incertezas quanto à manutenção e consolidação da democracia.

É dentro desta perspectiva que a cidadania deve ser concebida mais do que intitulação de direitos. Como já descrito no capítulo anterior, é necessário resgatar, por meio do reconhecimento e da identidade, o âmbito político da cidadania, a fim de que atitudes extremamente prejudiciais à democracia, como a apatia política, a institucionalização da indiferença e a crença na impossibilidade de mudar o atual estado das coisas, sejam impossibilitadas de prosperarem.

Para a melhor estruturação destes argumentos, a análise a ser empreendida evidenciará as características recorrentes apresentadas por importantes marcações teóricas que se voltaram para o objetivo de explicar a singularidade da nossa formação social, demonstrando às especificidades do percurso da cidadania construída no Brasil.

Assim sendo, mais do que demonstrar os infortúnios políticos como consequência de um suposto “vício de origem”, responsável por determinantes que condicionaram o sistema político e as relações entre os indivíduos e o Estado, busca-se recolocar o cidadão no cerne da

discussão e da responsabilidade acerca dos caminhos “tortuosos que a cidadania tem seguido no Brasil” (CARVALHO, 2009, p. 13).

Para tanto, foram escolhidos dois pontos nevrálgicos, em razão da frequência em que são assim tratados por importantes interpretes da realidade brasileira, que se contrapõem, em muitos aspectos, aos alicerces da cidadania moderna apresentada no capítulo anterior, elucidando os desafios históricos de construção de uma cidadania emancipadora e efetivamente democrática no Brasil.

### *2.1.1. A supressão do indivíduo pela personalidade*

Dentre os diferentes aspectos trabalhados pelas mais diferentes correntes de interpretação da realidade brasileira, o primeiro que aqui nos interessa e merece destaque pela significativa notoriedade e fulgor do pensamento dos intérpretes que se dedicaram a ele é a questão da personalidade nas relações sociais e institucionais.

Diferentemente de outros povos e Estados (Ingleses, Norte Americanos), constituídos sobre os valores do individualismo e da impessoalidade, preceitos estes ligados à matriz das aspirações liberais e entronizados na moderna noção de democracia, o brasileiro, surgido da confluência<sup>10</sup>, do entrechoque e do caldeamento de diferentes etnias (RIBEIRO, 2006), constituiu-se calcado nos laços familiares, ligado a estamentos de intimidade, fortemente marcado por relações pessoais (HOLANDA, 1997).

Este atributo constitutivo da vida social brasileira foi bem definido por Sérgio Buarque de Holanda (HOLANDA, 1997), na construção teórica que o mesmo desenvolve sobre a cordialidade brasileira, definida sinteticamente pelo tipo do “homem cordial” (HOLANDA, 1997). O homem cordial aparece nos escritos de Buarque de Holanda como síntese de todo o

---

<sup>10</sup> Segundo Darcy Ribeiro nessa confluência “que se dá sob a regência dos portugueses, matrizes sociais díspares, tradições culturais distintas, formações sociais defasadas se enfrentam e se fundem para dar lugar a um povo novo, num novo modelo de estruturação societária. Novo porque surge como uma etnia nacional, diferenciada culturalmente de suas matrizes formadoras, fortemente mestiçada, dinamizada por uma cultura sincrética e singularizada pela redefinição de traços culturais delas oriundos. Também novo porque se vê a si mesmo e é visto como uma gente nova, um novo gênero humano diferente de quantos existam. Povo novo, ainda, porque é um novo modelo de estruturação societária, que inaugura uma forma singular de organização socioeconômica, fundada num tipo renovado de escravismo e numa servidão continuada ao mercado mundial. Novo, inclusive, pela inverossímil alegria e espantosa vontade de felicidade, num povo tão sacrificado, que alenta e comove a todos os brasileiros” (RIBEIRO, 2006, p. 17).

processo desencadeado pela colonização ibérica; entretanto, a cordialidade não é uma “essência” imutável característica do povo brasileiro (AVELINO, 1990).

O “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda é fruto de uma socialização implementada pela família patriarcal, na qual o espaço doméstico, pessoal, era sobrevalorizado numa dimensão quase ilimitada (AVELINO, 1990). Nas palavras do autor:

Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o “homem cordial”. A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral de padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar “boas maneiras”, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante (HOLANDA, 1997, p. 146 - 147).

Como afirmado pelo autor, a cordialidade não se confunde com a polidez, com a civilidade ou mesmo com a etiqueta; ela é, justamente o contrário de tudo isso, ou seja, diferentemente da polidez, da civilidade ou da etiqueta, a cordialidade não é marcada por fórmulas ou regras exteriores de convívio, que permitem aos indivíduos que escondam suas emoções protegendo-os. O homem da etiqueta, mais do que uma pessoa educada, é alguém preocupado em expressar “seus costumes de modo a tributar e obter prestígios” (RIBEIRO, 1990, p.23). Já, o homem cordial, baseia-se na espontaneidade, no afeto e no sentimento manifesto (HOLANDA, 1997). Enquanto as maneiras servem à circulação, à tributação do respeito transformando a etiqueta numa estratégia política (RIBEIRO, 1990, p.23), a cordialidade é o afeto transbordante que desconsidera estes mecanismos de segregação social<sup>11</sup>.

Dessa forma, a cultura da personalidade, a lógica da esfera familiar, é contraposta pela civilidade<sup>12</sup> calcada na impessoalidade, na generalidade, que viabilizam a separação do

---

<sup>11</sup> É importante observar que as boas maneiras “são eficientes na relação com os outros, na criação de um mundo agradável” (RIBEIRO, 1990, p. 18). A *etiqueta*, típica da sociedade de corte, na qual cada pessoa, cada classe conhece o seu lugar e respeita o dos outros, produz uma “pequena ética”, repleta de conteúdos e maneiras, na qual os gestos significam educação e riqueza (RIBEIRO, 1990, p. 9 - 10). Porém, como pontua Renato Janine Ribeiro, “na sociedade de consumo e (ainda mais) num país como o nosso, em que é pequena a tradição cultural dos membros da classe dominante, o teatro das boas maneiras e da fineza que se pretende aristocrática pode facilmente descambar para o oco do ridículo. [...] No Brasil, o aprendizado das roupas e comidas adequadas funciona mais como maneira de discriminar quem não conhece as regras (muitas vezes descabidas), como instrumento de prepotência, do que para tornar agradável o convívio social.” (RIBEIRO, 1990, p. 10).

<sup>12</sup> Segundo George Avelino Filho o refreamento dos impulsos pessoais leva à instituição de meios artificiais de relacionamento social, que são reconhecidos pelos agentes, o que possibilita ao indivíduo lidar com seu exterior de forma mais neutra do ponto de vista afetivo. Para o autor isso forjaria o indivíduo civilizado, capaz de determinar, independentemente, seus próprios interesses e capaz de reconhecer um espaço público para além destes interesses (AVELINO, 1990).

privado com o público. O Estado que emerge na lógica da civilidade não é um prolongamento da família, mas descontinuidade nitidamente marcada pela diferença (REIS, 1999). O Estado é o âmbito do cidadão, “indivíduo público, com deveres e direitos, submetido a leis abstratas, impessoais, racionais, gerais” (REIS, 1999, p. 133). A família é habitada pelo “indivíduo privado, corpóreo, afetivo, concreto, pessoal” (REIS, 1999, p. 133). O Estado, na lógica implementada pela civilidade, transcende a família representando “a vitória do universal e abstrato sobre o particular e concreto” (REIS, 1999, p. 133).

Entretanto, no Brasil “neoportuguês,” apresentado por Holanda, a família é mais forte que o próprio Estado, exercendo sobre ele um controle despótico, usando-o para interesses pessoais, proteção e favorecimento da rede de amigos e clientes numa lógica que inviabiliza qualquer separação das esferas pública e privada (HOLANDA, 1997).

Decorre do quadro apresentado por Sérgio Buarque de Holanda que a primazia inquestionável dos laços afetivos deixou vestígios evidentes em nossa sociedade, em nossa vida política, em todas as nossas atividades (HOLANDA, 1997). Para Sérgio Buarque de Holanda são inegáveis as consequências dessa cultura para a vida social e política do país:

O trágico da situação está justamente em que o quadro formado pela monarquia ainda guarda seu prestígio, tendo perdido sua razão de ser, e trata de manter-se como pode, não sem grande artifício. O Estado brasileiro preserva como relíquias respeitáveis algumas das formas exteriores do sistema tradicional, depois de desaparecida a base que as sustentava: uma periferia sem um centro. A maturidade precoce, o estranho requinte de nosso aparelhamento de Estado, é uma das consequências mais típicas dessa situação (HOLANDA, 1997, p. 176).

Entretanto, ainda na visão de Sérgio Buarque de Holanda, é importante destacar que estas são características difundidas pela colonização ibérica que merecem ser conhecidas e podem ser superadas por uma ordem democrática e liberal. É inegável que esta nova ordem só poderia emergir por meio de uma cultura democrática correlata, que aspire seus preceitos e ideais. Como afirmado, a cordialidade contrapõe-se, em muito, à essa cultura, segundo Sérgio Buarque de Holanda:

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas (HOLANDA, 1997, p. 160).

No entanto, mesmo reconhecendo que com a cordialidade não se pode fundar um mundo essencialmente democrático, Sérgio Buarque de Holanda parece acreditar na modificação, engendrada na estrutura social e política brasileira, desencadeada pela modernização (urbanização, capitalismo de mercado) e solidificação das instituições (HOLANDA, 1997).

É de se reconhecer, na esteira deste pensamento, que “um mundo democrático não exclui totalmente valores cordiais” (REIS, 1999, p. 138). A cordialidade não é, em todo, condenável, devendo ser reconhecida como constitutiva de nossas raízes ibéricas para que possa “haver uma articulação entre os sentimentos do homem cordial e as ideias da democracia liberal” (REIS, 1999, p. 138). A cordialidade não pode ser integralmente extirpada da nossa identidade, “não podemos trocar simplesmente o nosso ser cordial por esquematismos rígidos e impessoais” (REIS, 1999, p. 138).

O espírito democrático, os preceitos liberais e republicanos não podem ser impostos, ignorando o ritmo espontâneo e próprio da sociedade. Indiscutivelmente, não se pode sustentar a primazia da lógica da pessoalidade, entregando-se a um discurso de favorecimento, que é, no mínimo, cínico.

A organização e desenvolvimento social devem respeitar à sua feição (REIS, 1999), ou seja, as “formas superiores da sociedade devem ser como um contorno congênito a ela e dela inseparável” (HOLANDA, 1997, p.188) que emergem ininterruptamente das suas necessidades particulares e nunca de escolhas inconstantes (HOLANDA, 1997, p.188).

Se os princípios do liberalismo se mostraram, no campo político e social, de início inadequados à nossa feição, “não será pela experiência de outras elaborações engenhosas que nos encontraremos um dia com a nossa realidade” (HOLANDA, 1997, p. 187 - 188). Podemos preparar a organização da desordem constitutiva de nossa sociedade por meio de esquemas eruditos e de virtude provada, “mas há de restar um mundo de essências mais íntimas” (HOLANDA, 1997, p. 188) que permanecerá “sempre inato, irreduzível e desdenhoso das invenções humanas” (HOLANDA, 1997, p.188). Esse mundo de essências não pode ser ignorado, sob pena de renunciar-se a um ciclo espontâneo em troca de um “compasso mecânico e uma harmonia falsa” (HOLANDA, 1997, p.188).

Dessa maneira, não se pode fazer “uma sociedade democrática com uma engenharia social, de fora para dentro, reprimindo a nossa espontaneidade cordial. Nossa realidade contraditória precisa ser incluída de alguma forma na construção de nossa sociedade democrática” (REIS, 1999, p. 138). E é na trilha do reconhecimento da nossa realidade contraditória que será analisado a seguir alguns aspectos e modos de interação social que

evidenciam a articulação e o confronto, presente na sociedade brasileira, entre os ditames da personalidade e os preceitos universais e gerais das normas.

#### **2.1.1.1. A igualdade entre o jeitinho e a hierarquia**

Ainda dentro deste quadro teórico, mas com um viés interpretativo mais contemporâneo, inscreve-se o pensamento de Roberto DaMatta (1986; 1997 a; 1997 b), para quem foi produzido no Brasil uma “articulação entre a sociedade e a nação com os brasileiros interpretando e vivenciando a realidade nacional” (SOUZA, 1999, p. 74), orientados tanto pelo arcaico código da personalidade quanto pelo moderno código da civilidade, individualidade, ou seja, no Brasil adotou-se simultaneamente o “código individualista e igualitário da nação moderna e o código dos valores holistas e hierárquicos das sociedades tradicionais” (SOUZA, 1999, p. 74).

Para Roberto DaMatta, o resultado dessa articulação é um “sistema social dividido e até mesmo equilibrado entre duas unidades sociais básicas: o indivíduo (o sujeito das leis universais que modernizaram a sociedade) e a pessoa (o sujeito das relações sociais, que conduz ao pólo tradicional do sistema)” (DaMatta, 1986, p. 64). Por esse viés interpretativo, a sociedade nacional é entendida “como um misto de moderna e patrimonialista, produto da articulação de um sistema liberal e patrimonial, onde a concepção de indivíduo e seus pressupostos liberais encontram-se vinculada às concepções do patriarcalismo<sup>13</sup>” (SOUZA, 1999, p. 74).

É nessa perspectiva que, para Roberto DaMatta, no Brasil o “indivíduo isolado sem relações, a entidade política indivisa, é algo considerado altamente negativo, revelando apenas a solidão de um ser humano marginal em relação aos outros membros da comunidade” (DaMatta, 1997 a, p. 55). Segundo ele, aqueles que possuem ligações com pessoas ou instituições de prestígio na sociedade são tratados com privilégios (DaMatta, 1997). Neste aspecto, o caso brasileiro inegavelmente revela que “a noção de cidadania sofre uma espécie

---

<sup>13</sup> O modelo social hierárquico existente no Brasil, no qual se insere a concepção de patriarcalismo, foi compilado por Gilberto Freyre (FREYRE, 2001). Segundo Durval Muniz, o conceito formulado por Freyre “não pretende apenas descrever um modelo de família ou a forma de relação entre os gêneros. Ele tem a pretensão de descrever toda uma ordem social da qual o poder patriarcal e a família seriam os elementos nucleares. É um conceito pensado a partir do contraste que Freyre observa entre a ordem social prevalecente até o final do século XIX e aquela que começava a se tornar dominante no início do século XX” (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2003, p. 139).

de desvio, seja para baixo, seja para cima, que impede de assumir integralmente seu significado político universalista e nivelador” (DaMATTA, 1997 a, p. 53-54). Para DaMatta:

Temos uma oposição entre duas éticas. Uma delas é a “ética burocrática”; a outra, uma “ética pessoal”. [...] De fato, quando uma regra burocrática, universalizante e impessoal perde sua racionalidade diante de alguém que alega um laço de filiação, casamento, amizade ou compadrio com outra pessoa considerada poderosa dentro do sistema, estamos efetivamente operando com uma situação muito complexa. Pois de um lado temos uma moral rígida e universal das leis ou regras impessoais que surgem com uma feição modernizadora e individualista e são postas em prática para submeter a todos os membros da sociedade. E, de outro, temos a moralidade mais complicada das relações totais impostas pelos laços de família e teias de relações sociais imperativas, em que a relação pessoal e a ligação substantiva permitem pular a regra ou, o que dá no mesmo, aplicá-la rigidamente (DaMATTA, 1997 b, p. 216-217).

Dessa maneira, o pensamento sociológico do autor é marcado, como expõe Jessé de Souza, por um dualismo (SOUZA, 2001), entre indivíduo e pessoa, casa e a rua, que seriam elementos representativos de ideologias, ações e objetivos destinados, especialmente, àquela região do mundo social (DaMATTA, 1997 b), ou seja, a dicotomia é evidenciada pela incomunicabilidade entre os atributos específicos de cada um destes elementos.

Analisando os atributos da dicotomia entre vida privada e pública no Brasil, com base nas formulações teóricas tanto de DaMatta (1986; 1997 a; 1997 b) quanto de Holanda (1997), José Murilo de Carvalho define bem o problema a ser enfrentado pela sociedade brasileira:

A virtude da ‘casa’ não se transfere para a sociedade civil nem para o Estado e a virtude do Estado não se transfere para a sociedade civil. Não há, em outras palavras, uma construção social do político. Quando a virtude privada estabelece contato com o Estado, gera o aborto da cidadania e do clientelismo, quando a virtude do Estado se comunica com a sociedade, gera o aborto do corporativismo (CARVALHO, 2000, p. 123).

Isso leva a constatação de que é necessário construir um novo caminho que possibilite a articulação do “pessoal com o social, o privado com o público, o interesse com a política” (RIBEIRO, 2000c, p. 161), que permita abandonar o “movimento pendular, entre vícios e virtudes, pessimismo e otimismo, desalento e ilusão” (RIBEIRO, 2000c, p. 161) vivenciados pela sociedade brasileira a cada novo escândalo de corrupção, a cada nova eleição de um possível salvador da pátria.

Entretanto, é importante ainda ponderar, que no caso brasileiro, este movimento pendular é permeado por práticas sociais, consideradas paradigmáticas da identidade social brasileira, que intensificam este dualismo. Dentre estas práticas ilustrativas da sociedade brasileira, merecem um breve comentário, pela relevância dos estudos realizados e pela

adequação aos problemas aqui trabalhados, os ritos, comumente vivenciados na sociedade brasileira, do “você sabe com quem está falando?” (DaMATTA, 1997 b) e do “jeitinho” (BARBOSA, 1992).

A prática social compilada na frase “você sabe com quem está falando?” representa, pela carga antipática e pernóstica da expressão, uma negação da cordialidade. A expressão desvela a dimensão conflituosa e hierárquica da sociedade brasileira uma vez que o seu uso remete à busca da diferenciação dos interlocutores por meio do reconhecimento da “superioridade” do inquisidor (DaMATTA, 1997 b).

A expressão é utilizada, num jogo de hierarquização das relações sociais, no qual o indagador busca uma escala de respeito, deferências e exclusividade que lhe permita evitar a igualdade perante os ditames da lei geral, impessoal e universal (DaMATTA, 1997 b, 217).

A indagação, então, chama a atenção para o domínio básico da pessoa em contraposição ao domínio das relações impessoais fomentadas pelas leis abstratas e gerais. Assim, a expressão permite e legitima, calcada no autoritarismo e na hierarquia, “a existência de um nível de relações sociais com foco na pessoa e nos eixos e dimensões deixados necessariamente de lado pela universalidade classificatória da economia, dos decretos e dos regulamentos” (DaMATTA, 1997b, 195). Dessa forma, o “sabe com quem está falando?” é um:

instrumento de uma sociedade em que as relações pessoais formam o núcleo daquilo que chamamos de “moralidade” (ou “esfera moral”), e tem um enorme peso no jogo vivo do sistema, sempre ocupando os espaços que as leis do Estado e da economia não penetram. A fórmula “sabe com quem está falando?” é, assim, uma função da dimensão hierarquizadora e da patronagem que permeia nossas relações diferenciais e permite, em consequência, o estabelecimento de elos personalizados em atividades basicamente impessoais (DaMATTA, 1997 b, 195).

Diferentemente da cordialidade, vista como um atributo, em vários aspectos, virtuoso, os valores hierárquicos, por engendrarem uma oposição aos valores igualitários, mesmo sendo conhecidos, não são reconhecidos como característicos de nossa sociedade, ou seja, mesmo sendo as interações sociais pautadas, muitas das vezes, a partir da desigualdade construída na hierarquia e não na igualdade fundada na lei, estas práticas, pela torpeza e conflituosidade que trazem, são negadas.

Entretanto, o “Brasil é uma sociedade regida predominantemente por uma lógica hierárquica” (ALMEIDA, 2007, p. 92), e mesmo que a expressão “você sabe com quem está

falando?” não esteja mais no uso frequente das interações sociais, “sua lógica e seu conteúdo são importantes e estão muito presentes no país<sup>14</sup>” (ALMEIDA, 2007, p. 92).

Em contraposição a antipatia da lógica hierarquizante do “você sabe com quem está falando?”, situa-se o famigerado “jeitinho”, prática social comumente utilizada<sup>15</sup>, que possibilita, assim como os preceitos hierarquizantes, a negação da universalidade e generalidade da lei. Entretanto, o “jeitinho”, diferentemente do caráter pernóstico e autoritário das expressões hierarquizantes, efetiva-se por meio da cordialidade, barganha e argumentação, que permite ao indivíduo que se transmute em pessoa, merecedora de um tratamento diferenciado (BARBOSA, 1992). Tanto a prática compilada na expressão do “você sabe” quanto o “jeitinho” evidenciam um drama social:

em que a existência de uma lei ou norma universalizante exige o desempenho de um papel específico, o de indivíduo-cidadão, sujeito à impessoalidade da lei, mas em que o agente deseja ser percebido e julgado por um outro tipo de conduta e papel, que vai justamente de encontro ao designado pela lei (BARBOSA, 1992, p. 80).

Nesta perspectiva, o cidadão que lança mão do “jeitinho,” o faz com o mesmo objetivo do que se utiliza o “você sabe com quem está falando?”, ou seja, os dois buscam a relativização e adequação dos imperativos gerais e abstratos das normas (jurídicas ou sociais) às suas necessidades e vontades. Entretanto, enquanto a adequação ou supressão da norma na locução “você sabe com quem está falando?” se dá na dimensão da hierarquia, da diferença, o tratamento privativo, concedido ao usuário do “jeitinho”, se baseia no afeto, na igualdade estabelecida entre quem pede e quem concede o “jeito” (BARBOSA, 1992).

Dessa forma, diferentemente do “você sabe com quem esta falando?” o “jeito” é um rito que parte de uma situação de igualdade, determinada pelo “estilo usado na argumentação e no fato de que todos podem lançar mão do jeitinho, ao mesmo tempo que é uma questão de escolha individual concede-lo ou não” (BARBOSA, 1992, p. 77), que leva à uma situação de desigualdade uma vez que possibilita a adequação da norma geral às necessidades específicas do cidadão, ou seja, “ao se conceder o jeitinho, a pessoa que recebe é separada do grupo das demais na mesma situação” (BARBOSA, 1992, p. 77).

---

<sup>14</sup> Por meio da pesquisa desenvolvida pela PESB (Pesquisa Social Brasileira), Alberto Carlos Almeida, esclarece que ser hierárquico “está associado a uma menor modernização da sociedade. À medida que aumentar a escolaridade média dos brasileiros haverá uma diminuição deste tipo de mentalidade. É mais uma qualificação importante mostrada pela antropologia: a concepção hierarquizante de sociedade tende mais a ser uma variável sociológica do que um atributo antropológico da população brasileira” (ALMEIDA, 2007, p. 80).

<sup>15</sup> Pelo trabalho de campo realizado pela Pesquisa Social Brasileira (PESB) Alberto Carlos Almeida constata que pelo menos 2/3 da população brasileira (com bases nas amostras) já se utilizou o “jeito” como recurso, seja concedendo um “favor” seja pedindo um “favor” (ALMEIDA, 2007, p. 48).

Nesta perspectiva, pode ser dito que são construídas, por meio destes mecanismos de interação social, tanto representações igualitárias quanto são cultivadas práticas hierárquicas (SOUZA, 1999). Dessa constatação, pode-se auferir a confluência paradoxal entre uma cultura representacional que cultua a igualdade e discrimina a hierarquia e práticas sociais que tanto implementam essa representação, quanto mantêm a hierarquia (SOUZA, 1999, p. 86).

A prática do “jeitinho” evidencia a busca pelos preceitos liberais da igualdade; entretanto, entre nós, estes preceitos não estão calcados na igualdade perante a lei, mas na equivalência moral e substantiva das pessoas, ou seja, igualdade de fato e não de direito (BARBOSA, 1992).

A sobreposição da igualdade de fato em detrimento da igualdade de direito, engendrou um paradoxo no nosso estilo social, ou seja, a ideologia da igualdade radical, desenvolvida como princípio jurídico de proteção e valorização do indivíduo, não foi estabelecida entre nós em decorrência da ênfase na igualdade de fato, o que acarretou a anulação da proposta igualitária, uma vez que igualdade deixa de ser universal para ser relacional e adstrita a preceitos de pessoalidade.

Em outras palavras, ao tentar estabelecer uma maior correspondência entre os indivíduos por meio da igualdade de fato, e não da jurídica, permitiu-se “que o sistema continue funcionando nos moldes hierárquicos, como se o individualismo tivesse sido cooptado pela totalidade, acarretando a falta de espaço social para o indivíduo” (SOUZA, 1999, p. 88). Nesse quadro, segundo Livia Barbosa:

Queremos, sem dúvida alguma, a eficácia de um sistema individualista nas bases norte-americanas, onde todos têm acesso a tudo, mas o queremos seletivamente. Queremos todos os benefícios de um sistema como o norte-americano, sem a sua contrapartida negativa que é a impessoalidade [...] Queremos dar um tratamento personalizado a todos os cidadãos brasileiros e nos manter, ao mesmo tempo, sob o império de leis universalizantes. Teoricamente, decretos universalizantes não combinam com tratamentos pessoais, mas é justamente isso que na sociedade brasileira tentamos compatibilizar, através de uma prática social que incorpora uma noção de indivíduo que tem suas raízes em duas totalidades distintas: uma legal e a outra moral, que permite, conforme o plano (nível ou domínio) em que se estiver referindo, que ele seja o sujeito normativo das instituições e das situações (BARBOSA, 1992, p. 123).

Dessa maneira, enquadrando-se na esteira de pensamento de Roberto DaMatta, a autora parece acreditar numa dualidade que ora nos separa ora nos integra, trazendo benefícios e malefícios para as instituições e para a vivência democrática.

Através de tudo que foi apresentado sobre a cordialidade, a pessoalidade, a hierarquia e o jeitinho, buscou-se construir um quadro teórico, um pano de fundo compartilhado entre os

autores, que, mesmo sintético, possibilite o reconhecimento de elementos significativos para a cidadania no Brasil.

As dicotomias aqui apresentadas refletem, em muito, o paradoxo do que é cotidianamente experimentado e o que é institucionalmente criado. O que se constata, a partir deste pequeno recorte epistemológico, é que a busca por uma identidade fixa, pronta e acabada para o cidadão brasileiro, dissociada ou calcada apenas nos atributos aqui evidenciados, nega a subjetividade e o caráter múltiplo e disforme da identidade do cidadão.

Para que continuemos na trilha do reconhecimento de traços definidores da cidadania no Brasil, passaremos a análise dos impasses trazidos pela junção entre esfera pública e privada na lógica patrimonialista.

### ***2.1.2. O esvaziamento da esfera pública na ótica patrimonialista***

Dentre estas questões determinantes para a compreensão da cidadania, também merece destaque a estruturação da esfera pública no Brasil. Tendo como pressuposto que o exercício da cidadania se dá, efetivamente, na arena pública das relações sociais e das relações com o Estado, qualquer deturpação dentro deste âmbito acarreta, inevitavelmente, consequências aos cidadãos.

O estudo das relações entre o espaço público e o privado no Brasil passa pela contextualização histórica da formação do Estado e da sociedade brasileira. Considerando o entendimento sobre a singularidade do processo colonizatório brasileiro, no qual o Estado foi fundado sob as bases da matriz do Império Português, é possível constatar que há no Brasil uma ingerência desmedida da esfera privada na esfera pública, criando, uma zona grise que desconstitui, entre nós, a ideia de público.

As peculiaridades do Estado brasileiro, constantemente evidenciadas pelo hibridismo do espaço público, geraram um paradoxo estrutural que permitiu a coexistência de relações de personalidade em domínios eminentemente impessoais. Tal distorção está na base de sustentação das promíscuas relações entre o público e o privado no Brasil (FAORO, 2001; HOLANDA, 1997; BARBOSA, 1992; FAUSTO, 2004).

O surgimento de espaços híbridos, nos quais a ideia de público e a ideia de privado não podem ser nitidamente separadas, remonta à concepção weberiana<sup>16</sup> de patrimonialismo<sup>17</sup> no qual a dominação política é exercida com base em um direito pessoal legitimado pela tradição que garantiria ao governante o exercício do poder sob determinado território.

A estrutura patrimonialista portuguesa, no qual o Império nada mais era do que propriedade exclusiva do rei (FAUSTO, 2004), foi transplantada para o Brasil colonial, impossibilitando a construção gradual e contínua das diferentes esferas da vida privada e pública. Em outras palavras, o processo colonizatório impediu a nítida separação entre o espaço público e o privado, uma vez que implantou um sistema de dominação baseado na junção desses dois elementos e no qual os bens públicos não se dissociavam da esfera de bens do governante.

Esse patrimonialismo de origem imperial remonta à ideia e a imagem da família presentes no discurso social e político da sociedade do Antigo Regime. A família era concebida, durante o Regime Absolutista Português, como uma “sociedade naturalmente auto organizada” (HESPANHA, 2006, p. 150), um modelo experimentado por todos que possuía “contornos muito vastos, nela se incluindo agnados e cognados, mas ainda criados, escravos e, até, os bens.” (HESPANHA, 2006, p. 175). Em relação a toda esta universalidade, valia inequivocamente o princípio da “unidade sob a hegemonia do *pater*, ao qual incumbiam direitos deveres sobre os membros e as coisas da família” (HESPANHA, 2006, p. 175). Muito do imaginário e dos esquemas de pensamento do modelo doméstico trasvasavam este âmbito, aplicando-se, nomeadamente, ao âmbito da república (HESPANHA, 2006, p. 177). A família,

---

<sup>16</sup> Weber, ao construir o tipo ideal referente as formas de dominação, “abrange o problema da continuidade das relações sociais, isto é, qual é a base de sustentação e manutenção da legitimidade destas relações, considerando que o social se origina no indivíduo e é manifestado pela ação individual. A resposta para esta questão encontra-se na base da organização social, estritamente ligada ao poder e à dominação, estudados por Weber em diferentes aspectos. Para ele, enquanto o conceito de poder é socialmente amorfo (não se limita a nenhuma circunstância social específica), a dominação está baseada numa probabilidade de obediência a um certo mandato. A dominação pode ser identificada por dois tipos de representação: (1) numa situação de monopólio, mediante uma constelação de interesses, como é o caso do mercado monopolista; (2) por meio da autoridade (poder de mando e dever de obediência), como é o caso do poder exercido pelo pai de família, pelo funcionário ou pelo príncipe” (MORAES; MAESTRO FILHO; DIAS, 2003, p. 65). Nesta perspectiva, são evidenciados três tipos de dominações legítimas: Legal, Tradicional e Carismática (WEBER, 1999).

<sup>17</sup> A estrutura patriarcal de dominação, um dos princípios estruturais pré-burocráticos, estava baseada, em sua essência, no dever de servir rigorosamente a relações pessoais (WEBER, 1999, p. 234). O germe desse tipo de dominação estava calçado na autoridade exercida cotidianamente pelo chefe da comunidade doméstica. “As normas, fruto desta relação, apoiavam-se no respeito à “tradição”, na crença da inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre.” (WEBER, 1999, p. 234). Estas normas significavam a submissão pessoal ao senhor que garantia a legitimidade das regras por ele estatuídas, sendo que o seu poder de determinação era sagrado pela tradição (WEBER, 1999, p. 234). Nessa estrutura patriarcal de dominação, os dependentes prestam serviços, regulares e extraordinários, presenteiam e pagam tributos segundo as vontades do senhor, o qual possuía o direito sobre a vida e a propriedade das pessoas. Esse “poder doméstico descentralizado mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica” (WEBER, 1999, p. 238) foi chamado por Max Weber de “dominação *patrimonial*” (WEBER, 1999, p. 238).

além de concebida como primeira comunidade, era também tida como “fundamento da república, o regime (ou governo) da casa é também o fundamento do regime da cidade.” (HESPANHA, 2006, p. 177). Os contatos entre a “casa” e a “república” e, conseqüentemente, entre a disciplina das coisas da família e a política, ou disciplina das coisas públicas (HESPANHA, 2006, p. 177), podem explicar “a legitimação patriarcal do governo da república, em vigor durante quase todo o Antigo Regime, bem como o uso da metáfora do casamento e da filiação para descrever e dar conteúdos às relações entre príncipe e a república e entre o rei e seus súditos” (HESPANHA, 2006, p. 178).

Tudo isso é bastante para mostrar a gênese do patrimonialismo do Estado brasileiro, que, a partir dos contornos desenvolvidos no modelo familiar, pode ser caracterizado pela indistinção da esfera pública e privada na qual o âmbito político está cingido aos assuntos da vida pessoal, ou seja:

No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles [...] Os funcionários, por sua vez, tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e os interesses do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos (BENDIX, 1986, p. 270 – 271).

A estrutura do Brasil Colonial<sup>18</sup>, fortemente marcada pelo modelo patrimonialista, manteve-se enraizada na sociedade, perpetuando a perversa relação entre os indivíduos – cidadãos – e o Estado brasileiro, concebido como mero aditamento do próprio patrimônio dos governantes<sup>19</sup>.

Dessa forma, a abordagem histórica enuncia que ao longo do processo de formação do Estado brasileiro não houve um sistema administrativo dedicado, exclusivamente, a interesses

<sup>18</sup> A estrutura do Brasil colonial desenvolveu um cenário contraditório de dominação política, como pontua Antônio Celso Mendes: “configura-se um quadro paradoxal guiando as forças de domínio político e jurídico: de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa impunha, através dos governadores-gerais e da administração regalista. A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando a estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal.” (MENDES, 1992, p. 20).

<sup>19</sup> Segundo Max Weber o “cargo patrimonial falta, sobretudo a distinção burocrática entre a esfera “privada” e a “oficial”. Pois também a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político” (WEBER, 1999, p. 253).

objetivos. O que de fato ocorreu foi que, no decorrer da nossa história, as vontades particulares, tipicamente relacionadas aos círculos familiares onde a personalidade é a característica fundamental, predominaram sobre as normas gerais e abstratas; o modelo de composição social foi pautado pelos laços afetivos da vida doméstica, impingindo a personalidade até às instituições democráticas fundadas em princípios neutros e abstratos (HOLANDA, 1997). Nelson Saldanha expõe de forma sucinta o problema enunciado:

O privatismo brasileiro, um privatismo sem jardins – pela pobreza em certos casos, em outros pela falta de influências neste sentido - é reflexo de um tempo colonial onde pouco contava o sentido da comunidade, onde o espírito burguês do espaço público demorou a chegar, e onde a precariedade da dinâmica cultural ajudou a consagrar com demasiado peso certos arquétipos tradicionais. Ainda hoje perdura o personalismo em nossa política, onde as imagens pessoais preponderam sobre os princípios e os programas (SALDANHA, 1986, p. 45).

A obscura distinção entre as esferas pública e a privada decorre da própria criação do Estado brasileiro a partir da herança ibérica (FAUSTO, 2004) e do desenvolvimento do patrimonialismo, tendo-se, com isso, a proveniência de uma estrutura híbrida permissiva da apropriação da coisa pública, na qual normas antiparticularistas, fundadas em princípios gerais, são comumente relegadas em detrimento de normas sociais pautadas na personalidade (BARBOSA, 1992).

Em outros termos, a privatização do espaço público, enquanto perda de sentido e de poder das instituições políticas capazes de mediar as relações entre Estado e a sociedade (CHAUI, 2007, p. 551), teve como consequência, no âmbito da vida política, o predomínio das relações pessoais, nitidamente marcadas pela concessão de vantagens aos apoiadores e pelo clientelismo<sup>20</sup>, com toda sua complexa rede de distribuição de favores e privilégios (CITTADINO, 1995).

Esse “patrimonialismo à brasileira”, visto como “crise moral que acompanha a crise política, econômica e social” (COSTA, 1988), teria impossibilitado, e de certa forma ainda impossibilitaria ao cidadão cultivar a confiança tanto na probidade das instituições estatais quanto nos princípios éticos norteadores do exercício da atividade política.

---

<sup>20</sup> Para Carvalho o “clientelismo seria um atributo variável de grandes sistemas políticos. Tais sistemas podem conter maior ou menor dose de clientelismo nas relações entre atores políticos. Não há dúvida que o coronelismo, no sentido sistêmico aqui proposto, envolve relações de troca de natureza clientelística. Mas, de novo, ele não pode ser identificado ao clientelismo, que é um fenômeno muito mais amplo. Clientelismo assemelha-se, na amplitude de seu uso, ao conceito de mandonismo. Ele é o mandonismo visto do ponto de vista bilateral. Seu conteúdo também varia ao longo do tempo, de acordo com os recursos controlados pelos atores políticos, em nosso caso pelos mandões e pelo governo. (CARVALHO, 1998, p. 134)

No entanto, esse diagnóstico deve ser visto com ressalvas, uma vez que tal estrutura de “organização social” (FAORO, 2001) ancorada na dominação política (WEBER, 2004) e na relação complexa, e quase indistinta, entre o público e o privado no Brasil, não mais conserva sua condição de validade na máscara e no desconhecimento constitutivo, ou seja, de muitas formas a institucionalização e aceitação do discurso patrimonialista, por meio da convivência permissiva que o reconhecia como integrante da estrutura do Estado brasileiro, retirou dos cidadãos a responsabilidade por tais práticas perniciosas.

O que se está aqui pontuando é que o patrimonialismo não pode mais ser visto como um atributo do Estado, ou como uma prática historicamente comum, sob pena de nos enquadrarmos naquilo que Sloterdijk (1989) chamou de “falsa consciência esclarecida”. Isso significaria dizer que tanto os nossos políticos quanto a própria sociedade civil no Brasil sabem muito bem da corrupção, do patrimonialismo, da ilegalidade do jeitinho, mas ainda assim, não são capazes de renunciar a eles.

É dentro desta perspectiva que se nutre na população a “certeza de que tudo há de “acabar em pizza” – isto é, na confraternização dos espertos com a exclusão dos lesos –, por exemplo,” (GOLDENBERG, 2002, p. 14) sendo que tal fenômeno “provaria menos o relaxamento dos costumes que a existência de uma discursividade que ordena nossas relações mútuas num verdadeiro círculo cínico” (GOLDENBERG, 2002, p.14)

Assim, também, se a ideologia aparece como um erro, uma “equivocação mecânica que não compromete a boa-fé do sujeito” (GOLDENBERG, 2002, p.64), o discurso patrimonialista se distanciaria desse erro obstinado, desse sonho consentido, podendo-se afirmar que o paradoxo do brasileiro, como elucidado por Eduardo Giannetti da Fonseca, é o seguinte:

Cada um de nós isoladamente tem o sentimento e a crença sincera de estar muito acima de tudo isso que aí está. Ninguém aceita, ninguém agüenta mais: nenhum de nós pactua com o mar de lama, o deboche e a vergonha da nossa vida pública e comunitária. O problema é que, ao mesmo tempo, o resultado final de todos nós juntos é precisamente tudo isso que aí está. A auto-imagem de cada uma das partes – a ideia que cada brasileiro gosta de nutrir de si mesmo – não bate com a realidade do todo melancólico e exasperador chamado Brasil (FONSECA, 1993, p. 12).

Toda a crítica ao patrimonialismo empreendida por autores como Fausto (2004), Faoro (2001) e Holanda (1997), no sentido de mostrar como as relações entre o público e o privado se desenvolveram no Brasil, não foram capazes de inverter a lógica opressora dessas relações.

O acesso a uma consciência iluminada não possibilitou a reviravolta ideológica, até porque a sociedade brasileira conheceu e continua conhecendo a perversão de um espaço

explorado pela privatização da coisa pública. A maior parte das teorias “esclarecedoras” do funcionamento da esfera pública brasileira, especialmente em sua abordagem historicista, caminhou no sentido contrário, apresentando argumentos que nos levam a crer na existência de uma sociedade que sempre preservou o seu patrimonialismo, sendo que as relações que temos hoje seriam meramente frutos do nosso passado que continuam a se reproduzir no presente<sup>21</sup>.

A abordagem histórica, como já dito, anteriormente, não é em si execrável, até porque possibilita que compreendamos melhor a estrutura das relações entre público e privado que estiveram na origem da nossa forma de conceber o exercício da política. O problema que identificamos nesse recorte epistemológico é a análise superficial que tem sido dada ao tema: como se o deficit de participação política<sup>22</sup>, o vazio e apropriação do espaço público, constantemente anunciados, fossem meros produtos da gênese do Estado brasileiro.

Em sentido bem oposto, é necessário instaurar um novo rumo para a discussão, retirando do problema uma ingenuidade constitutiva, que vela a realidade por meio da reafirmação do passado que só poderá, nessa visão, ser superado por um futuro messiânico. Sobre a consagração do passado, e as mascaras por ela engendradas na política brasileira, Marilena Chauí, em estudo sobre o mito<sup>23</sup> de fundação do Brasil, esclarece:

---

<sup>21</sup> “O Weber da versão hoje hegemônica nas ciências sociais e na opinião pública sobre a interpretação do Brasil tem sido aquele dos que apontam o nosso atraso como resultante de um vício de origem, em razão do tipo de colonização a que fomos submetidos – a chamada herança do patrimonialismo ibérico – cujas estruturas teriam sido reforçadas ainda mais, com o transplante, no começo do século XIX, do Estado português para o solo americano. Desse legado, continuamente reiterado ao longo do tempo, adviria a marca de uma certa forma de Estado duramente autônomo em relação à sociedade civil, que ao abafar o mundo dos interesses privados e inibir a livre iniciativa, teria comprometido a história das instituições com concepções organicistas da vida social, e levado à afirmação da racionalidade burocrática em detrimento da racional legal. Ainda segundo essa versão, a ausência do feudalismo na experiência ibérica, inclusive no Brasil, aproximaria a forma patrimonial do nosso Estado à tradição política do oriente, onde não se observariam fronteiras nítidas a demarcar as atividades das esferas pública e privada.” (VIANNA, 1999, p. 175).

<sup>22</sup> “O índice de abstenção eleitoral é calculado como o percentual de eleitores que, tendo direito, não se apresentam às urnas. É diferente dos casos em que o eleitor, apresentando-se, vota em branco ou anula o voto.” (TSE, 2010). No segundo turno da eleição presidencial de 2010, mesmo sendo o voto obrigatório, 21,5 % dos eleitores não votaram, o que implica 29,1 milhões de pessoas fora do processo de escolha do novo presidente da República (TORRES; RIZZO; ABREU, 2010).

<sup>23</sup> Para Marilena Chauí o mito “é entendido não só no sentido etimológico do termo (*mythos* – narração pública de feitos lendários de uma comunidade), mas também em sentido antropológico, como uma espécie de narrativa utilizada para explicar, entender, ou ainda justificar determinada realidade, solução imaginária para tensões, conflitos e contradições” (KNOX, 2007, p. 2) que não conseguem ser resolvidos no nível da realidade (CHAUÍ, 2000). Segundo Jacyntho José Lins Brandão os mitos, ou a mitologia, encarnariam um dos tipos de “mentira” (*pseúdos*), que possui utilidade (BRANDÃO, 2005, p. 131), e cujo estatuto pode ser assim definido: “não sei e por isso efabulo, não sabendo se minto sabendo que minto. Isso porque esse tipo de *pseúdos* se aplica sobretudo ao passado distante, do qual não se têm notícias, sendo lícito que se preencha o desconhecimento com *pseúdea* [narrativas ficcionais]. O fato que se desconheça efetivamente o que se passou faz com que, assemelhando-se os *pseúdea* o mais possível à verdade, possam eventualmente expressar essa verdade desconhecida, mas possível. Isso significa que, assemelhando-se o máximo à verdade (não falarei dos deuses algo que seja incompatível com a natureza divina), ou seja, sendo ao máximo *verossímil*, poderá ele, sem deixar de ser *pseúdos*, atinar com algo

Um outro efeito pode ser observado se reunirmos a sagração da história e a sagração do governante. Ao articulá-las, notaremos que o mito fundador opera de modo socialmente diferenciado: do lado dos dominantes, ele opera na produção da visão de seu direito natural ao poder e na legitimação desse pretensão direito natural por meio das redes de favor e clientela, do ufanismo nacionalista, da ideologia desenvolvimentista e da ideologia da modernização, que são expressões laicizadas da teologia da história providencialista e do governo pela graça de Deus; do lado dos dominados, ele se realiza pela via milenarista com a visão do governante como salvador, e a sacralização-satanização da política. Em outras palavras, o mito engendra uma visão messiânica da política que possui como parâmetro o núcleo milenarista como embate cósmico final entre a luz e a treva, o bem e o mal, de sorte que o governante ou é sacralizado (luz e bem) ou satanizado (treva e mal). A sagração do governante tem ainda como efeito a maneira como se realiza a prática da representação política no Brasil. De fato, como vimos, o rei representa Deus e não os governados e os que recebem o favor régio representam o rei e não os súditos. Essa concepção aparece na política brasileira, na qual os representantes, embora eleitos, não são percebidos pelos representados como seus representantes e sim como representantes do Estado em face do povo, o qual se dirige aos representantes para solicitar favores ou obter privilégios. Justamente porque a prática democrática da representação não se realiza, a relação entre o representante e a população é de favor, clientela e tutela<sup>24</sup>. E é exatamente isso que se manifesta na força do populismo na política brasileira. (CHAUI, 2000, p. 91).

Assim, não estamos diante da mera repetição dos erros de um tempo pretérito numa compreensão de um passado que se torna presente, mas da própria produção do discurso dominador que instrumentaliza a razão para fundar novas formas de usurpação da coisa pública.

O que esta discursividade revela, e aqui especificamente nos importa, é um tecido social marcado por um individualismo desligado da ideia de comunidade (CARVALHO, 1998), atrelado a estamentos de pessoalidade e intimidade (HOLANDA, 1997), no qual a “*res publica*”<sup>25</sup> (RIBEIRO, 2000c) é constantemente relativizada.

---

da verdade” (BRANDÃO, 2005, p. 132). Dito isso, observa-se que o mito é um processo figurativo e retórico utilizado para explicar aquilo que se desconhece.

<sup>24</sup> Durante o ano de 2010 o governo do presidente “Lula” foi avaliado de forma positiva pela grande maioria da população brasileira (GUERREIRO, 2010). Diante da popularidade deste legado, a candidata governista a sucessão presidencial, Dilma Rousseff, em discurso na cidade de Natal – RN evidenciou a visão tutelar dos políticos brasileiros. Ao final do discurso, Dilma pregou a continuidade do governo “Lula” no seu eventual governo, com os seguintes dizeres: “O presidente Lula me deixou um legado, que é cuidar do povo brasileiro. Eu vou ser a mãe do povo brasileiro”. (ALVARES, 2010).

<sup>25</sup> Aqui, não estamos a realizar uma defesa intransigente da *res publica*. Busca-se apenas evidenciar fatores que se mostraram preponderantes para a compreensão da cidadania no Brasil. É importante que se tenha em mente que a discursividade patrimonialista diferencia-se do avanço do privado sobre o público engendrado pelas diretrizes liberais. Renato Janine Ribeiro faz uma importante elucidação sobre esta questão, segundo o autor: “mais importante do que o avanço do privado sobre o público, é a perda de uma comunidade de valores acentuada, como as que antigamente existiu. Perda, dissemos, mas talvez aqui coubesse outro nome: um ganho. Ganhou-se o direito à diferença. Os antigos, para terem sua vida social, precisavam compartilhar um espaço territorial pequeno e, mais que isso, necessitavam ter, com seus próximos, uma comunidade bastante grande de crenças e valores.” (RIBEIRO, 2000c, p. 182)

Nestes termos, é necessário e urgente que esta discursividade seja desconstruída ou, pelo menos, reconhecida como desculpa ou justificativa da dificuldade em lidar com a coisa pública que exige compromisso, envolvimento.

Creemos, dentro desta ótica, que a relação com o passado diz muito sobre os atributos e contornos da cidadania construída por uma determinada sociedade. O passado pode ser constantemente revivido e reafirmado como um véu, que quer encobrir a realidade ou, pode, simplesmente, ser reconhecido e redesignado de modo que gerações futuras possam romper com todo o determinismo que lhe é intrínseco. Evidentemente, o “futuro não é o resultado puro e simples do passado. Mas o tempo traz conselhos, e experiências já feitas podem se modificar com o tempo” (REIS, 2006, p. 25). Nesse sentido, pode-se afirmar que:

À medida que o tempo passa, novas experiências são acrescentadas às precedentes, e novas esperas são desenhadas. O passado é assaltado por interrogações novas, que oferecem respostas diferentes das anteriores. Em cada presente há um esforço de compreensão: de autolocalização pela rearticulação de passado e futuro. São essas autolocalização e organizações temporais, originais em cada presente, que possibilitam as estratégias de ação (REIS, 1999, p. 11).

Dessa forma, cabe ao cidadão, no momento presente e a partir das experiências históricas já vivenciadas, romper com a visão da política e, por conseguinte da coisa pública, como mero predicado da propriedade privada de quem é autorizado para governar, assumindo as responsabilidades que lhe são devidas.

A cidadania, vista como conquista, como instituto em constante construção exige o enfrentamento das questões que impossibilitam seu aperfeiçoamento. Dissemos que a cidadania é conquista para significar que é um processo, no sentido próprio do termo: infundável, sempre sendo feita em um constante “vir-a-ser” (DEMO, 1996, p. 18) no qual os desígnios do passado e os desejos do futuro se articulam (REIS, 1999), evidenciando a identidade dos ditos cidadãos.

Por meio dessa noção, elucida-se outra questão, de que a cidadania não pode ser entendida como dádiva, como favor, concedido pelo Estado ou pelo governante magnânimo, como comumente praticado no âmbito político brasileiro, sob pena de relegarmos a construção da nossa história e da nossa identidade ao Estado, ao governo e não o contrário.

Por meio da ótica privatista do patrimonialismo, o Estado tornou-se o grande interventor e construtor da realidade<sup>26</sup>, assumindo, mais do que a sociedade, o papel de sujeito

---

<sup>26</sup> Segundo Raimundo Faoro (FAORO, 2001) desde os primeiros séculos da história brasileira, a realidade é construída pelo Estado por meio de leis e decretos. Comumente ainda nos deparamos com situações em que se busca a instauração de uma realidade por meio de leis. Quando, esperadamente, estas leis não conseguem a

republicano, capaz de instituir uma ordem pública e um projeto de democracia que passasse pela transformação da sociedade (VIANNA, 1999).

Entretanto, a cidadania no Brasil, compreendida como parte do projeto democrático reificado pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2010), passa a exigir mais do que a concessão de direitos<sup>27</sup>, como já afirmado acima, torna-se um processo, no qual inexistente uma “identidade fixa ou estática, mas sim o emblema da autotransformação e do amadurecimento, da aspiração ao autogoverno que continua sempre sendo uma tarefa e um desafio” (DALLMAYR, 2001, p. 33-34).

A cidadania, vista como um processo ininterrupto, com conteúdos sempre por serem preenchidos, ganha ímpeto no contexto democrático, servindo, democracia e cidadania, ao mesmo tempo, como substrato e fonte de alimentação positiva e amplificadora uma da outra.

Em outras palavras, tanto a democracia quanto a cidadania possuem um equilíbrio instável, que varia de acordo com as intensificações ou retrações de uma ou de outra. Para que “um sistema sociopolítico se mantenha coeso, é preciso obter algum tipo de rebalanceamento do equilíbrio a cada momento” (SARTORI, 1994, p. 171).

O que a princípio parece uma tautologia desdobra-se, talvez, na própria essência do sistema, que se auto-alimenta, ou seja, o reconhecimento da abertura e diversidade dos conteúdos da cidadania só se dá numa ordem democrática, marcada pela instabilidade e pela agonia da incerteza, na qual estes conteúdos não são pré-estabelecidos ou tolhidos pela escolha do Estado. Em contrapartida, a ordem e a forma democrática são fortalecidas por meio do embate, do confronto, do “agonismo” (MOUFFE, 1996), gerado pela diversidade, sendo a democracia, dentro de todos os regimes políticos, o que mais exige dos cidadãos (RIBEIRO, 2000c).

Nesta perspectiva, passaremos à análise do percurso dos direitos da cidadania no Brasil, seus avanços e seus retrocessos. A análise deste percurso não objetiva instituir um caminho ou modelo de desenvolvimento dos diferentes direitos ligados à ideia de cidadania, muito ao contrário, se busca com isso demonstrar de que modo a forma e o conteúdo da cidadania desenvolvida no Brasil estiveram, muitas das vezes, dissociados um do outro.

---

eficácia que se destinavam, são elas taxadas, por movimentos reformistas de diferentes espécies, como retrógradas, antigas.

<sup>27</sup> Fato comprobatório que os diferentes direitos podem ser garantidos em diversas formas de governo é o primeiro grande momento da legislação social no Brasil - 1930 a 1945 – uma vez que de 1937 a 1945 o “país viveu sob um regime ditatorial civil, garantido pelas forças armadas, em que as manifestações políticas eram proibidas, o governo legislava por decreto, a censura controlava a imprensa, os cárceres se enchiam de inimigos do regime” (CARVALHO, 2009, p. 109).

## 2.2. A antecedência dos direitos aos cidadãos

Como explanado nos tópicos anteriores, o Brasil herdou uma tradição cívica pouco encorajadora, decisivamente influenciada pela doutrina política dominante dos séculos XVI e XVII, segundo a qual a *respublica*, “como corpo político, não era o produto das vontades de governantes e governados, expressas num qualquer pacto político ou contrato social, mas uma ordem natural pré-estabelecida” (HESPANHA, 2006, p. 467).

Nos três séculos de colonização (1500 – 1822), mesmo tendo os portugueses construído um país com unidade territorial, linguística e cultural (CARVALHO, 2009, p. 18), a transposição e adequação do direito escrito europeu, com a obstrução do reconhecimento e da incorporação de práticas legais nativas da colônia, resultou numa cultura jurídica que permitia, contraditoriamente, a “convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal” (WOLKMER, 2009, p. 9). Como também já afirmado, emerge deste sistema uma estrutura política instaurada no aparato profissional e burocrático lusitano, sem qualquer identidade nacional e totalmente desvinculada dos objetivos da população (WOLKMER, 2009, p. 51).

Ao se tornar independente<sup>28</sup>, o Brasil dispunha de uma “elite ideologicamente homogênea devido à sua formação jurídica em Portugal, a seu treinamento no funcionalismo público e ao isolamento ideológico em relação a doutrinas revolucionárias” (CARVALHO, 2003, p. 39). Tudo isso permitiu a essa elite, após a independência do país, enfrentar com êxito a tarefa de construir um novo Estado. Entretanto, tais condições trouxeram consequências em relação ao tipo de dominação que se instalou, ou seja, a continuidade da situação anterior à independência “levou à manutenção de um aparato estatal mais organizado, mais coeso, e talvez mesmo mais poderoso” (CARVALHO, 2003, p. 40).

Esta coesão das elites reduziu, significativamente, os conflitos internos aos grupos dominantes, reduzindo, conseqüentemente, as possibilidades ou a gravidade de conflitos mais intensos na sociedade (CARVALHO, 2003, p. 40). O Estado, criado por meio dessa coesão e à revelia do amadurecimento histórico-político da nação, instaura uma tradição de

---

<sup>28</sup> Para José Murilo de Carvalho na independência do Brasil não houve grandes guerras de libertação com a mobilização de grandes exércitos, o que houve foi uma negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra. Apesar da independência não ter se dado à revelia do povo, uma vez que existiram, nas cidades costeiras, movimentos populares de apoio à independência, ela não foi fruto de uma luta popular pela liberdade. (CARVALHO, 2009, p. 26 – 28).

intervencionismo no âmbito das instituições e na própria dinâmica de desenvolvimento econômico e social (WOLKMER, 2009).

A ausência de conflitos políticos, que pudessem levar a mudanças significativas de poder, reduziu a possibilidade de mobilidade social, tornando o Estado o mais importante meio de ascensão social. Dessa forma, ao mesmo tempo em que o Estado dependia do apoio das elites para a sua manutenção (CARVALHO, 2003, p. 40), as classes menos abastadas, ou em declínio social, passaram a depender do Estado, o que fomentou o interesse material e concreto dessas classes na manutenção e expansão da burocracia (CARVALHO, 2003, p. 113).

A organização, construída com a independência, visava costurar “politicamente o imenso arquipélago social e econômico em que consistia a ex-colônia portuguesa” (CARVALHO, 2003, p. 393). No entanto, a construção de um sistema político que visava dar sistematicidade e organização a este emaranhado social esteve pautada na fascinação pelos modelos externos, na mania de buscar modelos para neles enquadrar a realidade, o que resultou numa busca incessante de conciliação entre a realidade e os “modelos disponíveis nos países de vida política mais organizada e mais amadurecida” (CARVALHO, 2003, p. 393).

Nessa ótica, o “liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contrariamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder” (WOLKMER, 2009, p. 100).

A necessidade de superação e transposição imediata da realidade colonial elevou a teoria política liberal ao posto de base ideológica para a “nova” realidade que se estava construindo, o que tornou o liberalismo não só “componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império” (WOLKMER, 2009, p. 100), como também o inseriu na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional (WOLKMER, 2009, p. 100).

Todavia, o projeto liberal imposto não se associou às práticas democráticas, sendo conivente com os “procedimentos burocráticos-centralizadores inerentes à dominação patrimonial” (WOLKMER, 2009, p. 100). Dessa maneira, via-se a possibilidade de construção do país a partir de uma teoria política; contudo, esta mesma teoria foi utilizada de forma seletiva, sendo louvados apenas os atributos que possibilitassem o aprofundamento da estrutura social vigente.

A ambígua e complexa conciliação entre as práticas patrimonialistas e o escopo da teoria liberal acabou “resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitia o “favor”, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-

institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental.” (WOLKMER, 2009, p. 100 - 101). Nessa perspectiva, tentava-se moldar a realidade a partir de pressupostos teóricos e práticos experimentados por nações admiradas; porém, a incomunicabilidade entre a realidade vivenciada e estes pressupostos trouxe para os cidadãos uma sensação de estranhamento, de não existência social, uma vez que não se reconheciam nas formas institucionalizadas.

Esse contexto possibilitou a “criação de um corpo social desencarnado da sua prática social, concomitante à produção de subjetividades, pautadas por sentimentos do não reconhecimento pelo Estado e do não reconhecimento no Estado” (SOUZA, 1999, p. 56). Esse corpo social e institucional, construído a partir de modelos importados e dissociado das práticas sociais, dificultou a edificação de modelos identificatórios em que os “brasileiros pudessem se reconhecer, construindo o reconhecimento de si, a partir do seu reconhecimento no e pelo Estado ou pelas instâncias simbólicas, encarregadas de cumprir este papel” (SOUZA, 1999, p. 56). Sérgio Buarque de Holanda esclarece bem os problemas aqui tratados:

É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política, vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena. Os campeões das novas ideias esqueceram-se, com frequência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se “fazem” ou “desfazem” por decreto (HOLANDA, 1997, p. 160 – 161).

Curiosamente, os primeiros direitos dos cidadãos brasileiros<sup>29</sup>, que foram criados e afirmados por estes movimentos aparentemente reformadores, foram os direitos políticos,<sup>30</sup> introduzidos na constituição outorgada de 1824 que vigorou no país até o fim da monarquia, combinando ideias de constituições européias (CARVALHO, 2009).

O aparato formal instituído pela Constituição de 1824, mesmo tendo sido um grande avanço no que concerne aos direitos políticos, no que diz respeito aos conteúdos e práticas vivenciadas pela sociedade, não significou uma mudança radical na estrutura social do país, uma vez que os brasileiros tornados cidadãos pela Constituição eram os mesmos que tinham vivido os três séculos de colonização e que não possuíam formação educacional nem tão

<sup>29</sup> A expressão “direitos dos cidadãos” enquadra-se aqui nos pressupostos teóricos da tipologia de Marshall (1967), apresentada no primeiro capítulo, que atribui diferentes “tipos” de direitos à cidadania.

<sup>30</sup> A Constituição de 1824 definiu quem teria direito de votar e ser votado. Pelo texto constitucional “podiam votar todos os homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil-réis. Todos os cidadãos qualificados eram obrigados a votar; As mulheres não votavam, e os escravos, naturalmente, não eram considerados cidadãos.” (CARVALHO, 2009, p. 29 – 30).

pouco prática com o direito de voto e participação e, certamente, não tinham noção do que fosse um governo representativo (CARVALHO, 2009, p. 32).

Mesmo neste quadro de desconhecimento, o embate político tornou-se intenso e violento, sendo as eleições marcadas pelo acirramento das lideranças políticas. Apesar disso, o embate se deu não pelo exercício do direito do cidadão, mas pela busca dos domínios políticos locais (CARVALHO, 2009, p. 32), ou seja, o voto tinha um sentido completamente diverso daquele imaginado pelos legisladores, não se tratava do direito de participar da vida política do país, tratava-se de uma ação relacionada com as lutas locais por poder e prestígio, nas quais os votantes não agiam como parte de uma comunidade política, mas como dependente de um chefe local (CARVALHO, 2009, p. 35). O voto “era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão” (CARVALHO, 2009, p. 35) tornando-se, posteriormente, uma mercadoria a ser vendida pelo melhor preço (CARVALHO, 2009, p. 36).

O período compreendido entre a independência do país e a “Era Vargas” foi marcado, no campo dos direitos políticos, pela ausência de movimentos populares, exigindo maior participação eleitoral<sup>31</sup>, sendo que o processo de aprendizado democrático foi lento e gradual, uma vez que tanto o povo quanto as elites eram despreparados para a democracia (CARVALHO, 2009, p. 43).

No que se refere à esfera civil da cidadania, este período (1822-1930) foi fortemente influenciado pela herança colonial que legou ao país um modelo escravocrata formalmente extinto apenas em 1888, a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e um Estado comprometido com o poder privado (CARVALHO, 2009, p. 45). A tradição ibérica, que surtiu forte influência no país, como já estudado acima, “insistia nos aspectos comunitários da vida religiosa e política, insistia na supremacia do todo sobre as partes, da cooperação sobre a competição e o conflito, da hierarquia sobre a igualdade” (CARVALHO, 2009, p. 51).

Inegavelmente, esta tradição possuía características positivas, como a visão comunitária da vida, que dava aos indivíduos a ideia de pertencimento, de ligação a uma comunidade política comum, mas a influência do Estado absolutista português e da escravidão brasileira deturpou-a. Assim, não podendo haver comunidade de cidadãos em Estado absolutista, nem comunidade humana em sistema escravista, o que restava da tradição comunitária eram apelos em favor de um tratamento benevolente dos súditos ou dos escravos, apelos que foram marcados pelo paternalismo dos governantes e dos senhores que podiam

---

<sup>31</sup> Para José Murilo de Carvalho, a única exceção de movimentos popular reivindicatório de participação foi o movimento pelo voto feminino (CARVALHO, 2009, p. 42).

minorar os sofrimentos individuais, mas não podia construir uma autêntica comunidade e muito menos uma cidadania ativa (CARVALHO, 2009, p. 51).

A esta vida comunitária deturpada, somava-se a limitação ou inexistência dos direitos civis que eram desconsiderados pelos senhores de terras ou chefes políticos que impunham suas vontades particulares a todos que dele dependiam direta ou indiretamente (CARVALHO, 2009, p. 55 - 57). A realidade brasileira, no período em apreço, é equacionada de forma sucinta por José Murilo de Carvalho, segundo o qual:

Até 1930 não havia povo organizado politicamente nem sentimento nacional consolidado. A participação na política nacional, inclusive nos grandes acontecimentos, era limitada a pequenos grupos. A grande maioria do povo tinha com o governo uma relação de distância, de suspeita, quando não de aberto antagonismo. Quando o povo agia politicamente, em geral o fazia como reação ao que considerava arbítrio das autoridades. Era uma cidadania em negativo, se se pode dizer assim (CARVALHO, 2009, p. 83).

Com o fim da “república velha” (FAUSTO, 2004), inaugura-se uma aceleração das mudanças sociais e políticas no país (CARVALHO, 2009). O período de 1930 a 1945 foi marcado pela criação e expansão da legislação social que havia sido reivindicada de forma disforme nas primeiras décadas republicanas (LUCA, 2008).

Se nas primeiras décadas da república o direito de participar da vida pública por meio do voto não foi exercido pela maioria daqueles que, pelo texto constitucional, estavam capacitados a fazê-lo, e se os direitos civis foram, por conseguinte, limitados pela dominação latifundiária e pelo poder dos grandes proprietários, que atuavam como senhores absolutos, nas principais áreas urbanas do país, os trabalhadores, ainda que tenham divergido significativamente quanto à forma de satisfazer suas demandas, exigiram o direito de organização, manifestação e greve, lutaram por limites à livre atuação do capital e melhores condições de vida e trabalho (LUCA, 2008, p. 477 – 478).

Não se pode aqui apresentar, sob o risco de equívoco, a legislação previdenciária e trabalhista como uma criação do movimento de 1930, espécie de dádiva do governo Vargas, que paternalisticamente, antecipando-se à existência de conflitos entre capitalistas e operários, teria ofertado aos assalariados a proteção social (LUCA, 2008, 478). Superando esta noção inicial, deve ser esclarecido que no projeto político delineado pelo governo Vargas o que merece destaque é a velocidade e “eficiência” da normatização e fiscalização de muitas das reivindicações dos movimentos organizados (LUCA, 2008). A centralidade da questão social, nesse governo, visou não apenas responder a demandas emergentes das classes operárias, que

passavam a contar com maior organização, mas, sobretudo, foi utilizada como mecanismo de contenção da participação e mobilização dos movimentos populares.

O Estado passou a exercer, durante o esse governo, a supervisão e o arbitramento dos conflitos entre empregados e empregadores de modo a subordinar a liberdade individual aos interesses coletivos definidos pelos detentores do poder (LUCA, 2008, p. 479). Nesse contexto, o controle da vida sindical foi minuciosamente estabelecido, sendo os sindicatos considerados “como órgãos técnicos e consultivos, destinados a colaborar com o poder público, passando a depender do reconhecimento do Ministério do Trabalho, para o que tinha que cumprir uma séria de formalidades” (LUCA, 2008, p. 479).

Redefiniu-se, assim, a própria concepção de sindicato ligado à ideia de órgão de luta e reivindicação, defensor dos interesses dos assalariados por condições mais favoráveis, para se fundar uma espécie de agência ministerial evidentemente com um caráter “desmobilizador” e “despolitizador” das classes trabalhadoras (LUCA, 2008, p. 479). Na instauração do Estado Novo, com a imposição ao país de uma nova Constituição (1937), o “caráter autoritário, centralizador e antidemocrático do regime tornou-se inequívoco” (LUCA, 2008, p. 480). Durante este regime, foram suprimidos os direitos políticos e foi abolido o poder Legislativo em todos os níveis, cabendo ao executivo o exercício das duas suas funções. Os partidos políticos foram dissolvidos, foram proibidas as greves e os meios de comunicação passaram a sofrer censura irrestrita, o que inviabilizava a contestação ao regime, que se valeu da intimidação e da tortura de presos políticos em clara oposição ao exercício dos direitos civis (LUCA, 2008, p. 480). Nesse contexto ditatorial, deve ser notado que a “cidadania não figurava como resultado da luta política, antes dependia da benemerência do Estado.” (LUCA, 2008, p. 481). A “proximidade com o poder e a troca de favores assegurava muito mais do que as ações de caráter coletivo e reivindicatório, levadas a efeito pela sociedade civil, o ingresso no mundo dos direitos” (LUCA, 2008, p. 481). Nessa acepção, os direitos passam a ser percebidos muito mais como concessões dos governantes magnânimos do que uma luta historicamente desencadeada.

Nesse contexto, a ordem dos direitos, descrita por Marshall (1967), foi invertida pelo governo, uma vez que os direitos sociais foram introduzidos antes do aperfeiçoamento e expansão dos direitos políticos (CARVALHO, 2009, p. 124). A inclusão da classe trabalhadora não se deu por meio da participação sindical e política e sim por meio das virtudes das leis sociais. Essa constatação, de que os direitos fundamentais ligados às questões sociais foram produzidos no Brasil, em grande parte, em momentos de supressão dos direitos políticos e por meio da sustentação do embuste do Estado e dos governantes como figuras

protecionistas e salvacionistas, nos leva a uma pequena e importante incursão sobre os direitos fundamentais.

Se a princípio a tipologia de Marshall (1967) é criticável por, aparentemente, conter uma ideia simplista de cidadania, ligada tão somente à esfera de direitos, uma análise mais acurada tal teoria mostra-se louvável na medida em que descreve como as diferentes gerações de direitos (civis, políticos e sociais) estão correlacionados, sendo os primeiros, os direitos civis, antecedentes necessários dos demais. Como já afirmado, a tipologia de Marshall (1967) não deve ser vista como um único caminho para a cidadania. Ela possui percursos próprios, ligados a contingência da história, todavia, e talvez aqui resida o grande mérito da teoria de Marshall (1967), a sucessão lógica das gerações de direitos vista pelo autor evidencia que a positivação dos direitos fundamentais é marcada por uma história em cadeia. Os direitos fundamentais são nitidamente marcados por “lutas por reconhecimento que se travam na história, uma ordem pré-narrativa<sup>32</sup>, uma pré-figuração, que antecede a fixação histórica dos direitos fundamentais.” (GALUPPO, 2009, p. 272). É nesse sentido que se pode afirmar, com base nos ensinamentos do professor Marcelo Campos Galuppo (2009), que a configuração ou positivação dos direitos fundamentais é antecedida por uma pré-figuração, ou seja, as demandas por reconhecimento estão na base de sustentação dos direitos fundamentais, devendo estes serem adequados àquelas. Segundo o professor Galuppo a visibilidade decorrente da positivação “é a única forma real de efetivação dos direitos fundamentais.” (GALUPPO, 2009, p. 273). É a visibilidade dada pela configuração da história, outrora desordenada e desconexa, que permitirá ao leitor, no caso dos direitos fundamentais, os juízes e os Tribunais, continuarem, coerentemente, a obra configurada pelo constituinte a partir da experiência dos cidadãos (GALUPPO, 2009). Ainda na trilha do pensamento do professor Galuppo, pode se afirmar que:

a estrutura narrativa inerente aos direitos fundamentais pressupõe não só sua configuração pelo constituinte, mas também uma pré-figuração no próprio seio da sociedade e uma refiguração desses direitos pelos seus intérpretes. Algo que não foi explicitado, mas que se encontra contido nessa ideia, é que os direitos fundamentais são dinâmicos: lutas sociais e interpretação aplicativa sempre dão origem a novos direitos fundamentais. Verificamos, finalmente, que essa teoria da narrativa implica duas questões importantes: os direitos fundamentais tornam visíveis determinadas

---

<sup>32</sup> O professor Marcelo Campos Galuppo (2009), a partir da teoria desenvolvida por Paul Ricoeur (1994), explica o círculo hermenêutico da narrativa em três estágios: o tempo pré-configurado – a ação e o vivido –, o tempo configurado – a composição da trama em forma de história – e o tempo re-configurado – a leitura do texto. Segundo o autor “assim como a configuração narrativa continua a estrutura de significado contido na pré-figuração, é preciso que a obra do leitor, a obra de leitura, seja uma continuação criativa, e não uma ruptura, com a obra do autor.” (GALUPPO, 2009, p. 269).

parcelas da sociedade e são naturalmente abertos a uma reinterpretação constante (GALUPPO, 2009, p. 276).

Com base nessa assertiva, pode-se dizer que a introdução dos direitos sociais no Brasil, ocorrida num ambiente em que o exercício dos direitos políticos era deficitário, gerou uma configuração destoante, ou seja, os direitos fundamentais positivados não representavam a composição, o arranjo das demandas disformes contidas no seio da sociedade e politicamente reivindicadas. Este pecado de origem, somado à distribuição de benefícios sociais apenas aos que se enquadravam na estrutura sindical corporativa montada pelo Estado, “tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa” (CARVALHO, 2009, p. 110).

A ausência do exercício regular dos direitos políticos e, conseqüentemente, a ausência de configuração dos direitos sociais à experiência histórica vivida pela sociedade brasileira, parece ter trazido, como sugere José Murilo de Carvalho (2009), inegáveis malefícios à cidadania e a legitimidade democrática destes direitos, o que nos leva a questionar a possibilidade, nas democracias contemporâneas, de serem atribuídos direitos sociais sem com que haja, de forma correlata, participação política. Se unirmos a tipologia de Marshall (1967), sobre as gerações de direitos, aos ensinamentos do professor Marcelo Galuppo (2009), sobre os direitos fundamentais, averiguaremos, como afirmado acima, que as diferentes gerações de direitos<sup>33</sup> resguardam uma sucessão lógica inerente, podendo-se dizer que cada nova “visibilidade”, ocorrida no curso da história por meio da “configuração” das categorias de direito emergentes, possibilitou a configuração e visibilidade dos direitos subsequentes.

Por meio desta evidência, pode-se constatar que os direitos sociais surgem como corolário lógico e, subsequente, dos direitos políticos, uma vez que “sem o aperfeiçoamento do processo eleitoral, o sufrágio universal e o voto secreto não seria possível a expansão dos direitos sociais, sempre dependentes de medidas legislativas e administrativas” (TORRES, 2001, p. 294). Até nas democracias contemporâneas “os direitos sociais e econômicos dependem do processo político” (TORRES, 2001, p. 294). Segundo Ricardo Lobo Torres,

---

<sup>33</sup> Cabe ressaltar, como fizeram Marcelo Campos Galuppo e Samarah Motta Lopes (201-), que as gerações de direitos (1ª, 2ª e 3ª geração), aqui evidenciada a partir da teoria de Marshall (1967), remontam, respectivamente, ao início do constitucionalismo inglês, ao constitucionalismo do século XVIII e XIX e ao constitucionalismo do século XX (GALUPPO; LOPES, 201-). Ainda segundo Marcelo Galuppo e Samarah Motta (2011), nas democracias contemporâneas não se podem conceber as gerações de direitos como sucessão de direitos ligados à liberdade, à igualdade e à solidariedade. Segundo os autores, nas democracias contemporâneas as liberdades civis e políticas estão fundamentadas no fato de serem todos igualmente livres, o que impossibilita a separação entre os direitos de liberdade e igualdade (GALUPPO; LOPES, 201-, p. 15).

“como não exibem a eficácia própria dos direitos fundamentais e, por isso, não são garantidos na via judicial sem prévia lei formal, os direitos sociais e econômicos ficam na dependência do exercício da cidadania ativa” (TORRES, 2001, p. 294 - 295). Essa inclusive parece ser a opinião de Marshall, segundo o autor, “o método normal de assegurar direitos sociais é o exercício do poder político, pois os direitos sociais pressupõem um direito absoluto a um determinado padrão de civilização que depende apenas do cumprimento das obrigações gerais da cidadania” (MARSHALL, 1967, p. 86).

Com relação à questão da concessão de direitos sociais e econômicos com a ausência de participação política, ou por meio estranho ao exercício dos direitos políticos, merece aqui destaque, em adiantamento dos pontos nevrálgicos do presente estudo, as observações feitas por Mark Tushnet (2004) que levou a discussão para o campo de atuação dos tribunais. Para o autor, os “direitos sociais não poderiam ser aplicados diretamente pelos tribunais por exigir, sua aplicação, que os tribunais tomem decisões de grande escala e com enorme consequência para o orçamento governamental”<sup>34</sup> (TUSHNET, 2004, p. 1896, tradução nossa). Como dotações orçamentárias são, necessariamente, atributos legislativos, falta aos tribunais a capacidade de incursão em ceiras que refletem diretamente nesta secção. Para Mark Tushnet, decisões judiciais com grandes efeitos no orçamento são problemáticas devido à tensão entre elas e a auto-gestão democrática (TUSHNET, 2004).

Dessa forma, o reconhecimento de direitos sociais, fora das esferas clássicas de representação, é também um problema de cunho administrativo. Todavia, vemos aqui, mais do que um problema de ordem administrativa. Se concebemos os direitos sociais como fundamentais, e se, numa aproximação conceitual, pode-se afirmar que os “Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo” (GALUPPO, 2003, p. 236), pode-se constatar que a atribuição de tais direitos, única e exclusivamente, pelo Estado, em detrimento da participação e do exercício dos direitos políticos, ataca:

o núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpenetração entre autonomia privada e autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardião de sua legitimidade (GALUPPO, 2003, p. 236 - 237).

---

<sup>34</sup> “The next step in the argument is that social welfare rights *cannot* be enforced in the courts because their enforcement requires the courts to make decisions that have large-scale consequences for government budgets.” (TUSHNET, 2004, p. 1896).

Dessa maneira, no que concerne aos direitos sociais, o exercício dos direitos políticos aparecem como elemento essencial para o seu exercício, não apenas por impor problemas de ordem administrativa mas, sobretudo, por imporem problemas à ordem e a legitimidade democrática dos direitos.

A incursão acima comprova como a cidadania foi vilipendiada por formas e fórmulas salvacionistas, que, imbuídas da urgência de construir um país e o cidadão, relegaram o caráter dinâmico e histórico da cidadania que representa, como já afirmado, mais do que um procedimento de concessão de direitos, mas um percurso ininterrupto.

As medidas “construtivas” da cidadania apresentadas produziram um perigoso paradoxo: inegavelmente essa concessão de direitos sociais significou um avanço para a cidadania na medida em que trouxe benefícios para os trabalhadores, entretanto, em contrapartida, colocou os cidadãos em relação de dependência perante líderes políticos que haviam distribuído tais benefícios.

Essa antecipação dos direitos sociais aos políticos fez com que aqueles não fossem vistos pelos cidadãos como direitos, mas como um favor concedido pelos governantes em troca dos quais deveriam gratidão e lealdade (CARVALHO, 2009, p. 126). A “cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora” (CARVALHO, 2009, p. 126).

A primeira experiência verdadeiramente democrática no Brasil se deu com a promulgação da Constituição de 1946, que “manteve as conquistas sociais do período anterior e garantiu os tradicionais direitos civis e políticos” (CARVALHO, 2009, p. 127). Entretanto, o período democrático foi bruscamente interrompido “pela falta de convicção democrática das elites, tanto de esquerda quanto de direita” (CARVALHO, 2009, p. 150), que buscavam controlar o governo deixando de lado a prática democrática representativa o que culminou no golpe político impingido pelo militares em 1964, desencadeando numa das piores e mais truculentas fases da história do Brasil (FAUSTO, 2004).

Os governos militares, do ponto de vista que aqui nos interessa, foram marcados pela intensa atividade repressiva aos direitos políticos e civis. Todas as conquistas efetivadas no campo destes direitos, pelos regimes que antecederam à ditadura militar, foram praticamente desconsideradas. Avaliando os governos militares sob o ponto de vista da cidadania, pode-se dizer que no período houve a manutenção do direito de voto, obviamente esvaziado de qualquer sentido, e expansão dos direitos sociais calcados no crescimento econômico vivenciado pelo país, em contraposição à restrição dos direitos políticos e civis que foram vilipendiados nos anos mais repressivos do regime (CARVALHO, 2009, p. 173).

A queda dos governos militares, com a reabertura política do país, se deu, em boa parte, pela participação popular, o que, inegavelmente, deve ser visto como um avanço significativo no campo da cidadania.

A abertura política foi consolidada por meio da constituinte brasileira de 1988, uma ampla coalizão pluriclassista, que produziu uma contundente e ampla declaração de direitos fundamentais (VIANNA *et. al.*, 1999). Com isso, o Direito expandiu, consideravelmente, seu âmbito de regulamentação, equipando o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção cada vez maior na realidade social do país. Com a redefinição trazida pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2010) das vias de acesso à justiça, o Judiciário tornou-se um guardião das grandes promessas constitucionais de garantia plena dos direitos, ainda não experimentada pelo cidadão e pela sociedade civil em nosso país<sup>35</sup>.

O objetivo da descrição aqui empreendida foi demonstrar que o percurso dos direitos da cidadania no Brasil não seguiu a cronologia e a lógica desenvolvida na tipologia de Marshall (1967). Como evidenciado, entre nós se efetivaram primeiro os direitos sociais, implementados em um período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis pela estrutura de dominação imposta por Getúlio Vargas, um ditador extremamente populista. Os direitos políticos, mesmo tendo sido experimentados ainda no Brasil Império e na República Velha (FAUSTO, 2004), foram definitivamente expandidos e garantidos somente com a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2010). Por fim, ainda muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall (1967), mesmo sendo constitucionalmente garantidos, continuam inacessíveis a boa parte da população (CARVALHO, 2009, p. 220). Entre nós, “a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo” (CARVALHO, 2009, p. 220). A sequência inglesa descrita por Marshall (1967) institui uma lógica que reforça a convicção democrática, ou seja:

As liberdades civis vieram primeiro, garantidas por um judiciário cada vez mais independente do Executivo. Com base no exercício das liberdades, expandiram-se os direitos políticos consolidados pelos partidos e pelo Legislativo. Finalmente, pela ação dos partidos e do Congresso, votaram-se os direitos sociais, postos em prática

---

<sup>35</sup> “No caso brasileiro, a Constituição de 1988, seguindo estas tendências [do ativismo judicial], redefiniu profundamente o papel do Judiciário no que diz respeito à sua posição e à sua identidade na organização tripartite de poderes e, conseqüentemente, ampliou o seu papel político. Sua margem de atuação foi ainda alargada com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em uma medida que não guarda proporção com textos legais anteriores. Dessa forma, a Constituição de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista de primeira grandeza.” (SADEK, 2004, p. 81). Essa expansão do âmbito de atuação do judiciário tem gerado, nos últimos anos, um “deslocamento da cidadania cívica para a cidadania jurídica” (CARVALHO, 2002, p. 322).

pelo Executivo. A base de tudo eram as liberdades civis. A participação política era destinada em boa parte a garantir essas liberdades (CARVALHO, 2009, p. 220).

No entanto, no que concerne à cidadania, os caminhos descritos por Marshall (1967) não podem ser tidos como únicos ou absolutos. Seria ingênuo acreditar que existe apenas um caminho para a cidadania (CARVALHO, 2009). Todavia, a sequência de direitos apresentada por Marshall (1967) resguarda sua importância, devendo ser observada em vários aspectos como acima descrito. Evidentemente, é razoável supor que o percurso dos direitos da cidadania no Brasil gerou um tipo de cidadão e democracia diferente do modelo descrito por Marshall (1967). A “existência [no Brasil] dos direitos políticos sem o prévio desenvolvimento de direitos civis, da convicção cívica da liberdade individual e dos limites do poder do Estado” (CARVALHO, 1998, p. 281), trouxe consequências significativas para o exercício da cidadania.

Dentro desta perspectiva, nos interessa ainda o fato da primazia dos direitos sociais em detrimento dos demais direitos, prioridade esta ocorrida em momentos ditatoriais, sem participação política. É inegável que tal fato reforçou a fascinação brasileira por um Estado forte, capaz de implementar e instituir, de forma paternalista e autoritária, e à revelia do povo, novas benesses.

Todavia, o amadurecimento da democracia permitirá, talvez, que o cidadão, individualmente, passe do papel de consumidor de serviço público e objeto de decisões públicas a um papel ativo de sujeito. A mudança do papel passivo para o de ativo guardião de seus direitos individuais constitui um dramático avanço, que não pode ser conseguido por vias estranhas à cidadania. Importa dizer que esse avanço é o que se espera alcançar após a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2010), que instituiu o Estado Democrático de Direito pressupondo o pluralismo como “constitutivo da própria sociedade contemporânea” (GALUPPO, 2001, p. 54), num arquétipo no qual não é mais possível eliminar ou dizer em nome dos outros, os diferentes projetos de vida (GALUPPO, 2001). Do reconhecimento da pluralidade das diferentes acepções de vida emerge a necessidade de ampla participação dos cidadãos para a preservação das “condições mínimas para que *todos* os projetos se realizem.” (GALUPPO, 2001, p. 54). Assim, no contexto da Constituição de 1988, não mais se concebe que os cidadãos sejam, tão somente, consumidores de atos estatais, ou de direitos paternalisticamente fundamentados. É necessário e urgente que os cidadãos se vejam e sejam vistos como participantes dos processos decisórios que irão, necessariamente, refletir em suas vidas. Segundo o professor Marcelo Galuppo:

a revelação do verdadeiro sentido de uma Constituição no Estado Democrático de Direito pressupõe duas condições: primeiro, o reconhecimento de que a Constituição é plural e, segundo, o reconhecimento de que o intérprete (guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta (GALUPPO, 2001, p. 63 - 64).

São inegáveis os avanços implementados. Direitos civis, políticos e sociais têm sido garantidos, mas isso não significa dizer que chegamos ao fim da história da cidadania. A partir da citação acima transcrita e com base no que foi evidenciado no primeiro capítulo, pode-se afirmar que a história da cidadania é contínua, ininterrupta e aberta à perspectiva democrática nitidamente marcada pelo “agonismo” descrito por Mouffe (1996), ou seja, a cidadania construída no marco do Estado Democrático de Direito exige o embate, o enfrentamento, a participação para o reconhecimento recíproco das diversidades, do pluralismo.

Dessa forma, tanto a democracia quanto a cidadania possuem um atributo indissolúvel, e talvez aí resida a particularidade da cisão entre os dois institutos, ambas não podem ser instituídas ou decretadas, necessitam ser construídas. A emergência e o desenvolvimento de instituições na sociedade, que favoreçam o aprendizado do cidadão e da vida democrática, podem ser o substrato para o aperfeiçoamento da cidadania, mas, não podem substituí-la. A cidadania é aprendida tornando-se um estado de espírito, enraizado na cultura. Para que a cidadania seja mantida “pelas gerações sucessivas, para ter eficácia e ser fonte de direitos, ela deve se inscrever na própria letra das leis, mediante dispositivos institucionais que assegurem a fruição das prerrogativas pactuadas” (SANTOS, 2007, p. 20).

Neste capítulo, descrevemos o caminho percorrido pela cidadania no Brasil, evidenciamos suas peculiaridades, seus contornos e contradições, bem como apresentamos alguns dos principais dilemas que ainda deverão ser enfrentados. De tudo que apresentamos fica a lição de que o passado não pode ser abolido, como desejado por muitos, como um golpe de ficção, ou, como explica José Carlos Reis:

Não se muda só porque se quer mudar. A mudança é um esforço, um trabalho penoso, uma construção difícil, tensa. A tradição resiste ao novo – há uma luta de vida ou morte entre os homens do passado e os homens do futuro. A configuração destas lutas sociais é singular, cada sociedade articula velho/novo de uma maneira particular. Cada sociedade possui seu próprio ritmo de mudança. (REIS, 1999, p. 140).

Todo o autoritarismo e hierarquia da sociedade, toda a relação clientelista/paternalista, que se estabelece com o Estado e governantes, todas as implicações do ‘jeitinho’, toda a distância das mediações institucionais, todo o imaginário messiânico da salvação, não pode ser simplesmente apagado de nossa história (CHAUI, 2007, p. 551).

Dentro desta perspectiva, passaremos ao estudo do ativismo judicial, buscando compreender em que medida posturas ativistas significariam um retrocesso tanto na democracia quanto na cidadania vez que podem ser tidas como intervenções diretas na ordem social.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL: A DEMOCRACIA GOVERNADA PELO DIREITO

No capítulo que abre este trabalho, demonstramos que a cidadania não pode ser compreendida tão somente como um processo pacífico de aquisição de direitos. Na oportunidade, dissemos que o conceito de cidadania não aceita pré-definições por ser um conceito aberto e dinâmico, que varia no tempo e no espaço (PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla, 2008). Em adequação a este caráter aberto, a cidadania foi concebida tanto como um processo de aquisição e luta por direitos, quanto manifestação de uma identidade continuamente e historicamente construída. Tudo isso foi dito com o objetivo de demonstrar que os conteúdos precípuos da cidadania não devem ser determinados ou preenchidos por instâncias exteriores, estranhas ao processo político e histórico de sua construção. As ressalvas sobre a cidadania, como uma identidade política, foram feitas para que se pudesse agora afirmar que delegações no âmbito da cidadania significam mais do que concessões sobre os conteúdos materiais dos direitos, mas, tratam-se, em verdade, de riscos à identidade dos cidadãos e, conseqüentemente, da própria comunidade política.

Em sequência a estes postulados, foi apresentado o caminho percorrido pela cidadania no Brasil, com seus avanços e retrocessos. Para tanto, foram articulados os discursos de importantes autores que se dedicaram ao estudo das especificidades nacionais numa tentativa de fuga dos determinismos ou negações históricas. Como restou consignado, a antecedência e supremacia do Estado em relação à sociedade civil e aos cidadãos, a negação de nossa cordialidade, a busca frenética por modelos nos quais a realidade pudesse ser enquadrada e, mais especificamente ainda, a pressa em se construir um país, trouxeram significativas conseqüências a cidadania. Mesmo que se reconheça a impossibilidade de construção de um modelo, um padrão de desenvolvimento para a cidadania, não se pode negar que o seu âmbito jurídico, ou seja, as diversas gerações de direitos, como acima referenciado, guardam uma correlação. O que a experiência brasileira, tangenciada no segundo capítulo, nos relata é que estas gerações de direitos foram vistas não como conquistas subsequentes, mas, mormente, como modelos que poderiam ser instituídos ou destituídos de acordo com os interesses dominantes. É exatamente por não representar, em diversos momentos, a experiência histórica ou a “configuração” de um momento “pré-figurado” (GALUPPO, 2009), que o âmbito jurídico da cidadania brasileira mostrou-se destoante. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugura-se, em repulsa às mazelas do período autoritário e em

conformidade com a experiência histórica, uma nova era para a cidadania e a democracia, imbuída de esperanças e promessas.

Agora, adentrando aos objetivos precípuos do presente estudo, cabe indagar se uma postura ativista e intervencionista, por parte do judiciário na nova cena democrática que se inaugurou no pós 1988, significará avanços ou retrocessos à efetivação de uma cidadania verdadeiramente democrática, capaz de lidar com os problemas históricos apresentados no capítulo precedente. Com efeito, para que possamos avaliar os benefícios e malefícios de posturas ativistas por parte do Judiciário devemos antes pontuar o que se entende por ativismo e como e porque ele se manifesta.

### **3.1 A fluidez da fronteira entre política e justiça**

A crescente influência do direito no mundo contemporâneo é notada pela expansão da sua capacidade normativa. Nos últimos anos, o direito vem experimentando uma infinidade de novas possibilidades para a regulamentação da sociabilidade e da vida privada dos indivíduos que outrora não lhe era atribuído. Esta intervenção crescente, em recintos até então desconhecidos, foi acompanhada pelo movimento de invasão do direito nas instituições republicanas e na esfera propriamente política (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 149).

Uma das formas de expansão da abrangência do direito se convencionou chamar de judicialização. A judicialização é um fenômeno que marca o deslocamento das questões de importante repercussão política e social, que tradicionalmente eram discutidas pelas instâncias políticas convencionais – Congresso Nacional e Executivo, para o âmbito das decisões proferidas por órgãos do poder judiciário (BARROSO, 2009). Desde já, cabe destacar que esse “processo de transferência de prerrogativas do parlamento e dos órgãos executivos às cortes de justiça não se dá sem um certo desencontro de paradigmas institucionais.” (VERISSIMO, 2006, p. 25). Em outras palavras, nas assembleias das democracias contemporâneas as decisões são tomadas com base no debate público entre iguais, prevalecendo o princípio da maioria, o que, naturalmente, não ocorre nas decisões prolatadas pelos tribunais (VERISSIMO, 2006, p. 25). Neste contexto, de expansão do direito, o judiciário foi institucionalmente munido de meios e modos para o exercício cada vez maior de atribuições também políticas.

O conjunto de práticas e novos direitos, frutos da diversidade, do pluralismo e da complexidade emergente das sociedades contemporâneas (GALUPPO, 1999, p. 204), foram também fomentados pela expansão da vida democrática e do desenvolvimento social e tecnológico. Dentro do contexto democrático e desenvolvimentista surgem novas questões, novos atores, novas demandas a serem apreciadas pelo poder judiciário<sup>36</sup>.

Aliado ao movimento de expansão e regulamentação de matérias anteriormente inexistentes, a judicialização foi favorecida por um conjunto de variáveis contextuais, cuja existência varia, em importância e intensidade, segundo as características histórico-sociais de cada país (VIANNA et. al., 1997, p. 31).

As variáveis que desencadearam a ampliação da ação judicial são, em grande medida, compartilhadas pelos países que desenvolveram o processo de judicialização<sup>37</sup> (VIANNA et. al., 1997). É nesse sentido que a ampliação da ação judicial no Brasil está diretamente ligada a institucionalização da democracia, a afirmação do princípio da separação dos poderes com o consequente reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público, a consolidação de uma ordem constitucional democrática, responsável pela normatização de direitos, especialmente os de natureza coletiva e difusa (CITTADINO, 2004, p. 106), e, por último, pela fragilidade dos partidos ou das coalizões governamentais, ou inefetividade das instituições majoritárias, em corresponderem às expectativas sociais, levando os diferentes grupos a buscarem a efetividade de seus interesses nos tribunais (CARVALHO, 2004).

A afirmação e institucionalização da democracia, ocorrida nas nações européias no pós 2º Grande Guerra e nos países da América latina após queda dos regimes autoritários, e a

---

36 A título ilustrativo, cabe mencionar algumas novas questões, complexas e relevantes, que recentemente foram levadas à apreciação do poder judiciário brasileiro: Pesquisas com células-tronco embrionárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, na qual se discute a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 178 (ADPF 178) ajuizado pela Procuradoria Geral da República com o propósito de levar a Suprema Corte brasileira a declarar que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Além do aumento da complexidade das questões levadas à apreciação do judiciário nota-se, também, uma produção legislativa que atende um contingente de personagens e temas até então não enxergados pelos sistemas jurídicos: Lei “Maria da Penha” - Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006) que disponibiliza mecanismos de maior efetividade e proteção dos direitos dos sujeitos da entidade familiar e a Lei do “Ficha Limpa” - Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010 (BRASIL, 2010) projeto de iniciativa popular que firmou novas hipóteses de inelegibilidade de candidatos.

<sup>37</sup> Segundo anota Marcos Paulo Verissimo, em Tese de Doutorado sobre a judicialização, “observam-se processos mais ou menos intensos de judicialização em quase todos os países da Europa atual [...]. Mesmo em países em que essa tradição nunca esteve presente, como é o caso da Inglaterra, o movimento pode já ser intensamente sentido. O mesmo se poderia falar em relação à Itália, Alemanha, Holanda, Suécia, e tantos outros países.” (VERISSIMO, 2006, p. 58 - 59). Além desses países, que são citados apenas como exemplos, o autor cita de forma mais acurada o caso dos Estados Unidos da América.

consequente independência e autonomia do judiciário, podem ser concebidos como fatores preponderantes para o processo de judicialização, na medida em que somente em um ambiente democrático, é dado ao judiciário intervir de forma autônoma e até mesmo contra majoritariamente, nas questões que são levadas à sua apreciação.

Com efeito, a cena democrática, ao desvelar o judiciário, possibilitou o acesso formal aos órgãos jurisdicionais a uma gama maior de atores para a concretização de direitos. Aliado a este ambiente democrático, de fortalecimento do judiciário na garantia e concretização dos direitos, está a incapacidade dos sistemas representativos clássicos – Executivo e Legislativo – em darem respostas aos interesses econômicos e sociais emergentes. Dessa forma, diante da inércia dos políticos, os grupos de interesse, ou organizações sociais, passaram a utilizar os tribunais para consecução de seus objetivos<sup>38</sup> (CARVALHO, 2004).

Dentre os grupos de interesse que alimentam o processo de judicialização, buscando respaldo ou impedimento jurídico para as questões que lhes interessam, merece destaque o papel que vem desempenhando os partidos de oposição na utilização dos tribunais para obstaculizar ou impedir mudanças viabilizadas pela base governista. Pesquisas recentes sobre a utilização dos tribunais por partidos políticos (VIANNA *et. al.*, 1999), (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), (CARVALHO, 2004) apontam para o fato de os tribunais se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizada pelos partidos tidos como de esquerda<sup>39</sup>, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.69).

---

<sup>38</sup> Luiz Werneck Vianna, auxiliado por Maria Alice Carvalho, Manuel Palácios Melo, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, empreendeu uma importante pesquisa divulgada na obra “Judicialização da política e das relações sociais no Brasil” (VIANNA *et. al.*, 1999 b), sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) ajuizadas entre os anos de 1988 e 1998, estudo este posteriormente completado no texto “Dezessete anos de judicialização da política” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007). Por meio destas pesquisas foi obtido um banco de dados com todas as Adins ajuizadas entre os anos de 1988 e 2005, perfazendo um total de 3.648 Adins. Segundo os pesquisadores, os dados coletados evidenciam que as Adins já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira, afirmando-se como escoadouro de conflitos entre sociedade e Estado (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 43). A pesquisa empreendida evidencia que a maior parte das Adins julgadas referiam-se a questões atinentes a Administração pública (60%), a Política tributária (12,6 %) e a Regulação da sociedade civil (11,6 %) (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 12) o que demonstra a utilização do Supremo Tribunal Federal, por diferentes grupos de interesse, para vetar questões administrativas, fiscais e políticas.

<sup>39</sup> Na pesquisa empreendida por Luiz Werneck Vianna, sobre as Adins ajuizadas entre os anos de 1988 e 2005, é evidenciado que a “esquerda” é responsável por quase 70% das Adins de partidos contra normas federais. Segundo o pesquisador, durante o período FHC, o PT era o grande responsável pelas Adins da esquerda, respondendo por quase 60% delas. Como era de se esperar, no período analisado do governo Lula, o PT deserta o campo das Adins contra normas federais, não propondo nenhuma. Entretanto, demais partidos de esquerda, não deixaram de apresentar Adins contra o governo federal nesse período. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.70). Para maiores detalhes sobre o número de Adins propostas pelos partidos de esquerda ou de oposição, e sobre as áreas temáticas questionadas por estes partidos, ver a pesquisa completa empreendida por Werneck Vianna publicada na Revista Tempo Social (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Mesmo diante destes fatores motivacionais gerais, que apontam razões para o processo de judicialização, a natureza da reflexão aqui proposta merece uma digressão mais acentuada. Nesta perspectiva, ampliando e aprofundando nos fatores que deram origem a intensificação da atuação judicial, cabe apresentar a abordagem empreendida por Cappelletti (1993) sobre o papel do judiciário nas democracias contemporâneas. A análise empreendida por Cappelletti (1993) servirá aqui de referencial teórico para o desenvolvimento dos argumentos centrais do trabalho.

### *3.1.1 Causas e efeitos da ampliação da ação judicial*

A abordagem de Cappelletti (1993) sobre as causas e efeitos da ampliação da ação judicial se inicia pela análise da “revolta” contra o formalismo jurídico<sup>40</sup>. Como pode ser

---

<sup>40</sup> Como o presente trabalho não tem como objetivo a análise dogmática dos métodos hermenêuticos, é necessário explicar o que se entende por formalismo jurídico. Segundo Bobbio (1995) a concepção formalista do direito o define “exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece” (BOBBIO, 1995, p. 145). Sabe-se que para se interpretar a lei, deve-se, em primeiro lugar, reconstruir o pensamento legislativo através das palavras da lei, na sua conexão linguística e estilística, ou seja, procurar o sentido literal, bem como, observar a circunstância histórica de onde veio o impulso exterior para a criação da lei. É possível, ainda, uma infinidade de métodos ou técnicas de interpretação do Direito. Daí o surgimento das diversas “correntes hermenêuticas”, como consequência teórica da disputa entre as diversas maneiras propostas para interpretar o Direito (o Código Civil Francês de 1804, fez com que surgisse a primeira escola hermenêutica, a da Exegese, corrente interpretativa marcada pelo apego a letra da lei). Sobre essa primeira escola hermenêutica, o professor Marcelo Galuppo esclarece que “ao conceber o Legislador, cuja vontade origina o Código, como racional, a Escola da Exegese pressupõe uma onisciência que lhe permite, por meio da construção de um sistema, presente explicitamente no próprio código, regular todas as ações humanas possíveis, também de forma racional. E, em caso de omissão de norma explícita, por ser um sistema, o Código permitiria aplicação de uma lógica dedutiva por intermédio da qual se extraísse, de outras normas escritas mais gerais, a norma adequada ao caso concreto. (GALUPPO, 2003, p. 171-172). Essas correntes interpretativas partem de concepções distintas da ordem jurídica e do sentido do trabalho hermenêutico. Refletem as doutrinas que seus defensores professam sobre o Direito em geral. Cabe ressaltar que da ideia de formalismo apresentada por Cappelletti (1993) emana, também, como seu corolário, o positivismo jurídico, que consiste, segundo Bergel (2006), em “reconhecer valor unicamente às regras de direito positivo e em reduzir todo o direito às regras vigentes em dada época e em dado Estado, sem se preocupar em saber se é justo ou não. “O direito mostra-se então uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão” (BERGEL, 2006, p. 15). A teoria pura do direito, de Hans Kelsen é o marco principal do pensamento jurídico positivista. Kelsen pretendeu criar uma ciência livre de influências políticas e ideológicas, com busca de uma objetividade próxima à alcançada pelas ciências naturais, como demonstra no prefácio à primeira edição: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 1999, p. 7). Para Kelsen, uma ciência do Direito não deve lidar com valores, uma vez que esses valores não são os mesmos em todos os lugares e épocas e, mais que isso, não são

notado, um maior “intervencionismo” “se baseia no fato de que o juiz imparcial não pode ignorar o que acontece na realidade” (LORENZETTI, 2010, p. 140), uma “justiça mais realista e mais efetiva requer do juiz que ele atue além do ritualismo” (LORENZETTI, 2010, p. 140). Segundo o Cappelletti, todas as escolas do pensamento jurídico que se opuseram à lógica formalista, reconheciam “o caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica” (CAPPELLETTI, 1993, p. 32) e sublinharam a ilusão contida na ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito de maneira não criativa, “apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal” (CAPPELLETTI, 1993, p. 32 - 33). As objeções empreendidas pelas diferentes escolas<sup>41</sup> conduziram à descoberta de que, efetivamente, “o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

Sobre esse ponto específico, cabe aqui uma pequena ponderação. Lançando mão da concepção de Ronald Dworkin (2001) do direito como um conjunto interpretativo, as decisões judiciais devem ser vistas como um ato de criação de um novo capítulo numa história já iniciada por outros. Dworkin vê as decisões controversas, no campo do direito, como um exercício literário (DWORKIN, 2001, p. 237), no qual é atribuído, a cada um, de uma série de romancistas, escrever um capítulo adjacente à história que recebeu. Em outras palavras, Dworkin concebe as decisões judiciais como um romance em cadeia, ou seja, como uma história que é conjuntamente escrita a partir das histórias precedentes. Dessa forma, segundo Dworkin (2001), as decisões judiciais devem ser encaradas como um capítulo adjacente a uma história iniciada por outros escritores, cabendo aos juízes, como escritores dessa história

---

apreensíveis por uma ciência minimamente objetiva. O conceito de justiça, também um valor, não pode ser objeto da ciência do Direito, mas de uma política jurídica e de uma filosofia da justiça. Não cabe à Teoria do Direito discutir os problemas da justiça, mas unicamente analisar o Direito assim como se apresenta (KELSEN, 1999).

<sup>41</sup> Nesta perspectiva, a título de exemplo, destaca-se do contexto das Escolas hermenêuticas as Escolas Histórico-Evolutiva e da Livre Pesquisa Científica, pela reação à interpretação estritamente legalista feita ao Código Civil Francês de 1804, traduzida na doutrina da Escola da Exegese. A Escola Histórico-Evolutiva, recusando o raciocínio formal adotado pelos seguidores da Escola Histórico-Dogmática (que se opôs à literalidade interpretativa chamando a atenção para o elemento sistêmico, inerente ao caráter orgânico do Direito), avançou um pouco mais, propugnando pela pesquisa a *posteriori* do sentido da lei (CAMARGO, 2003). A Escola da Livre Pesquisa Científica (também conhecida pela denominação de Escola Científica Francesa) derrubou o mito da plenitude lógica da lei e demonstrou a supremacia da livre pesquisa científica do Direito sobre o método, então vigente, de rebuscar na abstração dos conceitos a resposta para os silêncios da lei (CAMARGO, 2003). Para esta Escola, portanto, a lei só tem uma intenção: aquela que motivou seu aparecimento; e o intérprete devia manter-se fiel a essa intenção. A lei era a mais importante fonte do Direito, mas não a única (CAMARGO, 2003). As incursões feitas por estas escolas inauguram a ideia de uma hermenêutica jurídica científica a serviço também da ideia de justiça.

contínua e conjunta, levar em consideração aquilo que já foi escrito de forma a não romper com a coerência e unidade da história. Nas palavras do autor:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou tema da prática até então. (DWORKIN, 2001, p. 238)

Cabe ressaltar que “essa descrição geral da interpretação jurídica não é uma licença para que cada juiz descubra na história institucional o que ele quiser nela encontrar. Em outras palavras, o juiz deve interpretar a história institucional e não inventar uma história melhor” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 99).

Retomando a discussão, Cappelletti assevera que o que forçou os juízes abandonarem, em alguma medida, a lógica do formalismo foi “a mudança ocorrida no próprio papel do direito e do estado na sociedade moderna” (CAPPELLETTI, 1993, p. 35). Pode-se dizer, pela análise retrospectiva, que os direitos trabalhistas, que coroaram as décadas de lutas dos movimentos operários do século XIX e começo do século XX, apresentados no primeiro capítulo como um dos alicerces da cidadania moderna, além de colocar fim na rigorosa separação entre Estado e a sociedade civil, por conferir caráter público às relações privadas, “infiltrou no campo do direito um argumento de justiça, presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 15).

A instituição deste direito novo, aliado a pressão dos movimentos operários baseados na tradição socialista, acarretou uma revisão nos pressupostos informadores da ordem liberal, “conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada, cuja forma será a da economia programática dos anos 30, do que é exemplo o *New Deal*” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 15).

Após se afirmarem no terreno da sociedade civil, os movimentos operários alcançaram, pela mediação política dos partidos, a esfera pública, o que evidencia que estes movimentos sociais estão na raiz da legislação do Estado de bem estar - “Welfare State” (VIANNA *et. al.*, 1999). O Estado de bem estar<sup>42</sup>, que tem sua fundação posterior à

---

<sup>42</sup> Uma breve “análise histórica da intervenção atual dos Estados no campo social nos revela que a relação entre assistência, industrialização e democracia é assaz e complexa, dá lugar a profundas tensões e só atinge a forma atual em época bastante recente.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 416). Desse modo, nas

institucionalização do Direito do Trabalho, consistia em uma combinação entre intervenção econômica Keynesiana<sup>43</sup>, “que aproximou a Administração Pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou ao público” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 16). O Direito privado clássico, assentado sobre a liberdade individual e nos pressupostos da autolimitação dos indivíduos, ao admitir “um elemento de justiça, com a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho,” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 16), foi ressignificado, pondo-se também a serviço da justiça social.

O direito privado clássico se opunha, em grande medida, à possibilidade de intervenção estatal, por compreender esta intervenção com lesiva as liberdades individuais conquistadas frente ao Estado<sup>44</sup>. Segundo Marshall (1967) o embrião do Estado de bem estar na Inglaterra, está nas "políticas igualitárias do século XX" (MARSHALL, 1967, p. 84).

O Estado de bem estar é, na origem, essencialmente um “estado legislativo”, que se transformou e continua permanentemente a se transformar, com o fim de integrar e dar atuação prática as intervenções legislativas, em “estado administrativo” (CAPPELLETTI, 1993, p. 39).

A legislação social implementada pelo “Welfare” diferencia-se da legislação tradicional liberal conduzindo, inevitavelmente, o Estado a superar os limites das funções de “proteção” e “repressão”, passando o Estado providência a atuar de modo promocional, ou seja, como fomentador de programas de desenvolvimento futuro (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Dessa forma, a legislação do “Welfare” substitui a concepção de “tempo referida ao passado, própria do paradigma liberal da “certeza jurídica”, por uma ênfase na noção de tempo futuro” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 16) própria das normas programáticas com conteúdos abertos e com eficácia dependente de regulamentação. De modo diferente dos

---

sociedades em que se consolidou a Revolução Industrial, as normas de defesa da população economicamente mais vulnerável surgem como barreiras à livre iniciativa (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 416).

<sup>43</sup> A teoria Keynesiana, utilizada no plano político de Roosevelt (“New Deal”) para combater a grande crise econômica que se abateu nos Estados Unidos da América no final da década de 1920 e início da década de 1930, supera de forma decisiva a interpretação da política econômica liberalista. Keynes desenvolve uma teoria política econômica de intervencionismo estatal por meio do qual governo usaria medidas fiscais e monetárias para mitigar os efeitos adversos dos ciclos econômicos do capitalismo. Por essa ótica, o Estado deve realizar, num lapso temporal considerável e avaliável de retorno das normalidades, intervenções na ordem econômica que permitam o aumento da demanda, do emprego, e que, conseqüentemente, aqueçam a economia evitando a estagnação do sistema capitalista (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 970 – 973).

<sup>44</sup> Caso exemplificativo era a oposição entre direitos civis e o direito à subsistência garantido pela Lei dos pobres aprovada na Inglaterra em 1834. Pela referida lei a subsistência era garantida pela coletividade em troca da renúncia da própria liberdade individual (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, 416). Segundo Marshall, o Estado provia as necessidades do pobre, que renunciava a todo direito civil e político, não por direito à assistência, mas por questões de segurança e higiene pública (MARSHALL, 1967).

direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais pedem, para sua execução, a intervenção ativa e prolongada do Estado (CAPPELLETTI, 1993, p. 41). O Estado não pode simplesmente atribuir estes direitos, ele deve atuar de modo incisivo para promover e realizar tanto os direitos quanto as expectativas por eles legitimadas (CAPPELLETTI, 1993, p. 41). Inegavelmente, essas atribuições trazidas pelo “Welfare” implicaram importantes modificações no pensamento dos magistrados, como acentua Cappelletti:

Em face de legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou “self-executing”, de tais leis ou direitos programáticos (CAPPELLETTI, 1993, p. 41 - 42).

Com a possibilidade aberta pela legislação social, de aplicação imediata dos seus prognósticos, os juízes aceitaram a realidade da transformada concepção do direito e das novas funções do Estado. A partir do reconhecimento destas novas atribuições, os juízes passaram a dar sua própria contribuição à tentativa do Estado de tornar efetivos tais programas, contribuindo, assim, para o fornecimento de conteúdo concreto àquelas finalidades e princípios, legislativamente prescritos, por meio do controle e exigência dos deveres do Estado (CAPPELLETTI, 1993, p. 42). Dessa forma, fica evidente o caráter acentuadamente criativo na interpretação da legislação social, reconhecendo Cappelletti que:

a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais impreciso os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

Nesta perspectiva, portanto, o aumento do espaço da discricionariedade, trazido tanto pela vagueza e abrangência das leis quanto pelo aumento da complexidade das questões levadas à apreciação, se mostra como a “poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

A modificação significativa do papel do Estado, implementada pela atividade legislativa do “Welfare”, além de abrir o campo da discricionariedade na interpretação

jurídica, acarretou outras transformações na função judiciária. O enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa nos Estados que adotaram o modelo do “Welfare” causou, inevitavelmente, a sobrecarga da função legislativa. Esta sobrecarga, evidenciada na atual incapacidade dos parlamentos em darem respostas rápidas à demanda desmedidamente aumentada de legislação, continuou a ser alimentada pelos próprios parlamentos, que se atribuíram um número infinito de tarefas. A expansão da agenda legislativa, que sobrecarregou os parlamentos, evidenciou a incapacidade deste poder em responder em tempo hábil as demandas emergentes (CAPPELLETTI, 1993). Paradoxalmente, a expansão do âmbito de atuação legislativa trouxe, sob pena de paralisia da função legislativa, a necessidade de transferência de atividades para outros poderes<sup>45</sup>.

As ambições regulatórias dos parlamentos acabaram, dessa maneira, em abdicações funcionais em prol dos demais poderes do Estado, principalmente do Executivo e seus órgãos derivados, “com toda uma série de entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas” (CAPPELLETTI, 1993, p. 42). Essa transferência de atribuições foi acompanhada do sentimento de desilusão e desconfiança tanto em face dos parlamentos quanto do “poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências” (CAPPELLETTI, 1993, p. 44).

Por um lado, os parlamentos comprovaram o “caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social” (CAPPELLETTI, 1993, p. 44). A fantasia foi desvelada pelo excesso de leis obsoletas, ineficazes ou contraproduativas em relação às finalidades sociais que pretendiam, acentuando a descrédito nas leis que eram, e ainda são em muitos países, produzidas por parlamentos pluriclassistas vinculados a interesses múltiplos. De outro lado, o Estado administrativo que emergiu deste sistema também trouxe inegáveis problemas. Segundo Cappelletti:

Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às

---

<sup>45</sup> Tushnet (2004) chama a atenção para as formas de reconhecimento de direitos sociais em uma Constituição. Segundo o autor, os direitos sociais podem ser incluídos no rol dos direitos constitucionais a partir de três diferentes acepções: podem encarnar a forma meramente declaratória, ou seja, podem ser utilizados apenas como princípios condutores do trabalho parlamentar e executivo, servindo como orientadores da interpretação judicial; podem ser formalmente reconhecidos, possuindo caráter executório, mas sendo atribuída liberdade às legislaturas para decidirem sobre a forma de implementação desses direitos; e, por fim, Tushnet destaca que os direitos sociais podem ser fortes, ou seja, podem ser aplicados pelos próprios tribunais que concluem que o legislador não conseguiu fornecer o que a Constituição requer (TUSHNET, 2004).

inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão (CAPPELLETTI, 1993, p. 45).

Dessa maneira, evidencia-se o desenvolvimento paralelo de dois fenômenos que marcam a crise contemporânea dos sistemas políticos. De um lado, temos o gigantismo do Poder Legislativo, “chamado a intervir ou a interferir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividades” (CAPPELLETTI, 1993, p. 46). Lado outro, e até como consequência do primeiro, há o gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 46).

Como o judiciário não poderia simplesmente ignorar as profundas modificações ocorridas, impôs-se novos e grandes desafios aos juízes. A realidade da história moderna demonstrou que os tribunais, confrontados pelas duas formas acima demonstradas do gigantismo estatal, tiveram que optar ou pela concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se, enfim, o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislativo mastodonte e o levianesco administrador” (CAPPELLETTI, 1993, p. 47).

Como pode ser observada, a escolha nas democracias contemporâneas recaiu sobre a segunda opção, emergindo o judiciário com o “terceiro gigante”, passando, com audácia, a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza puramente privada. Dessa forma, portanto, o aumento do campo de atuação jurisdicional, obviamente, “muito bem se explica e justifica à luz do surgimento de um judiciário cujo papel, de forma consequente ou paralela, aumentou com o crescimento, sem precedentes, dos outros poderes do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 55).

Para Cappelletti, o “surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 49). Estes riscos se equiparam aos riscos de aumento desenfreado da atividade legislativa, ou seja, a elevação do judiciário à categoria de poder central poderia acarretar, e já acarretou em grande medida, lentidão<sup>46</sup>, inacessibilidade<sup>47</sup> e irresponsabilidade<sup>48</sup> nas decisões. Deve ser

---

<sup>46</sup> No 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado no ano de 2009 em Belo Horizonte -MG, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas que o Judiciário deveria atingir no ano de 2009 para proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos. Dentre essas medidas destaca-se a meta de n.º 2 assim enunciada: Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (CNJ, 2011). Essas medidas comprovam que o judiciário tem tentado se organizar para conseguir responder, em tempo hábil, a enorme quantidade de demandas anualmente distribuídas.

acrescentado, no que concerne ao poder judiciário, que existem riscos mais específicos e prováveis, especificamente nos casos em que se exija o emprego de conhecimentos, técnicas sofisticadas ou nos casos de grande repercussão e interesse social, em que os tribunais são levados a se manifestarem sem que tenham elementos suficientes (técnicos, políticos, financeiros etc.) para a formação adequada de suas decisões<sup>49</sup>.

A ampliação da ação judicial, desencadeada pela modificação dos papéis do Estado com o conseqüente aumento das funções dos três poderes, foi ainda fomentado por um traço característico das sociedades contemporâneas, sintetizado como processo de massificação. Este processo, desencadeado no âmbito econômico da produção e do consumo, estendeu-se ao âmbito das relações, dos comportamentos, dos sentimentos e dos conflitos sociais. Com isso, cada vez mais frequentemente, as relações humanas assumiram caráter coletivo, passando a se referirem preferencialmente a grupos, categorias e classe de pessoas (CAPPELLETTI, 1993, p. 57). Em meio a este contexto, o judiciário passou a figurar também como tutor dos interesses e direitos da coletividade, o que acarretou, conseqüentemente, um aumento significativo da repercussão e do alcance das suas decisões.

O último elemento elencado por Cappelletti (1993), em sua análise sobre as causas mais significativas de ampliação da ação judicial, consiste na proclamação, em número

---

<sup>47</sup> O crescimento das demandas judiciais e o conseqüente lentidão do tramite processual tem incentivando, significativamente, a criação de medidas e instrumentos processuais inviabilizadores de novas demandas. O tempo de tramitação processual pode ser visto também como forma de inacessibilidade a direitos.

<sup>48</sup> Em outubro de 2007, o juiz titular da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG, Edilson Rumbelsperger Rodrigues, se recusou a aplicar as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), contra homens que agrediram e ameaçaram suas companheiras, sob a alegação de que a lei era inconstitucional por privilegiar mulheres, além de utilizar argumentos religiosos e discriminatórios e considerar a lei como “conjunto normativo de regras diabólicas” e “monstrengo tihoso”. (NUBLAT, 2007). O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) decidiu, em 09 de novembro de 2010, afastar por pelo menos dois anos o juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues. Por 9 votos a 6, o conselho decretou a disponibilidade de Edilson Rumbelsperger Rodrigues, pena prevista na Lei Orgânica da Magistratura, que considera “grave” a atitude de um magistrado, mas não o suficiente para levar a aposentadoria compulsória (SELIGMAN, 2010).

<sup>49</sup> Como foi acima destacado, decisões que versam sobre direitos sociais são decisões de grande escala e com enorme consequência para o orçamento governamental (TUSHNET, 2004). É por isso que tais decisões devem ser vistas com ressalvas. Em decisão recente, tendo como pólo passivo o Município de Santo André, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia plena à norma do art. 208, inciso IV, da Constituição, que estabelece o dever, atribuído aos municípios, de prestarem educação infantil em creche e pré-escola. A ementa do acórdão proferido pelo STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, ficou assim consignada: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, STF, 2006). Por mais que pareçam, a princípio, louváveis os argumentos em defesa da eficácia e integridade dos direitos sociais, a imposição da obrigação ao município por via estranha ao devido processo legislativo, sem estudo mais acurado sobre as finanças e condições gerais da municipalidade, mostra-se irresponsável na medida em que pode significar mudanças orçamentárias prejudiciais a outros setores, tão importantes quanto à educação.

crescente, de catálogos de direitos fundamentais do homem que têm sido elevados ao nível constitucional, tornando-se vinculantes inclusive para o legislador ordinário. A expansão e constitucionalização destes direitos fundamentais acorreram, segundo Cappelletti (1993), justamente pela crise de desconfiança no “estado leviatã” e, especificamente, pela “orgia de leis”. Estes direitos tornaram-se concebíveis no momento em que os próprios povos “sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos” (CAPPELLETTI, 1993, p. 65).

Nesta perspectiva, as declarações dos direitos fundamentais deixaram de ser meras declarações filosóficas ou de boa vontade, no momento em que são concretamente garantidas e aplicadas pelos tribunais, sejam eles nacionais ou transnacionais (CAPPELLETTI, 1993, p. 66).

A tarefa dos tribunais de dar atuação a estas novas declarações de direitos fundamentais contribuiu, significativamente, para expandir o “âmbito do direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 66). São, para Cappelletti (1993), precisamente estes os principais fatores que estiveram na origem do movimento de ampliação da esfera de atuação e controle normativo do Poder Judiciário. Como constatado, o fenômeno possui múltiplas causas, sendo que as ideias fornecidas até aqui, apesar da congruência dos argumentos, expressam uma tendência mundial, que se concretizaram de modos e meios diferentes nos diversos contextos institucionais e sociais de cada país (BARROSO, 2009). Diante disso, segue-se abaixo uma tentativa de sistematização da matéria, no caso brasileiro, analisando as especificidades do nosso contexto social e institucional que permitiram a emergência e expansão do Judiciário na contemporaneidade.

### **3.2. O constitucionalismo democrático e a judicialização no Brasil**

A promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988 (BRASIL, 2010), simbolicamente batizada de “Constituição Cidadã”<sup>50</sup>, traduziu uma espécie de novo pacto

---

<sup>50</sup> Em 05 de outubro de 1988, o então deputado e Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, em discurso proferido no Congresso Nacional em razão da promulgação da Constituição, qualificou-a como “Constituição Cidadã”, em referência ao amplo sistema de direitos e garantias individuais e coletivas.

institucional para a democracia recém alcançada, após duas décadas de autoritarismo fruto de uma sombria ditadura militar que assolou o país.

Para que sejam analisados os avanços institucionais e sociais implementados por meio da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2010) e a influência determinante desses avanços no processo de expansão da atividade jurisdicional e da criatividade judicial, é necessário realizar uma pequena incursão nos fatores preponderantes que marcaram a promulgação do texto constitucional.

O golpe de Estado que resultou na ditadura militar 1964, aprofundada e agravada no que concerne à desconsideração dos direitos individuais, coletivos e políticos por meio dos Atos Institucionais impostos, perdeu força durante o governo do General Ernesto Geisel, iniciado em 1974, pela deteriorização da economia brasileira e insatisfação da sociedade com o próprio regime militar. Com o enfraquecimento do regime, foi necessária a abertura política num processo de redemocratização no qual a Constituição Federal de 1988 foi parte determinante.

Para a elaboração do texto constitucional, foi criado a princípio, pelo então presidente eleito no colégio eleitoral instituído pelo regime autoritário, Tancredo Neves, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais<sup>51</sup>, com o objetivo de elaborar um anteprojeto que deveria ser apresentado a futura Assembléia Constituinte (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 38). Mesmo com criação da Comissão, com a realização dos trabalhos e consequente elaboração do anteprojeto, o então presidente da República José Sarney, sucessor empossado devido à morte do então eleito presidente Tancredo Neves, não enviou o anteprojeto confeccionado à Assembléia Constituinte, que teve, deste modo, que deliberar sem conhecer uma vontade ou caminho prévio (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 39).

Ainda que não tenha sido formalmente encaminhado à Constituinte, o trabalho elaborado pela Comissão Arinos, que deveria, desde o início, servir como subsídio, não foi esquecido, tendo sido apresentado, em partes separadas, à Mesa da Constituinte como uma sugestão para a elaboração da nova Constituição (CITTADINO, 2009, p. 42). Nessas condições, a formação da vontade do legislador constituinte não foi fruto de uma ação

---

<sup>51</sup> Segundo Gisele Cittadino, esta Comissão de Estudos Constitucionais, coordenada por Afonso Arinos, e que iniciou seus trabalhos com base no anteprojeto de Constituição elaborado por José Afonso da Silva, era “composta por representantes de diferentes setores econômicos e com distintos compromissos político-ideológicos.” (CITTADINO, 2009, p. 32 -33). Ainda segundo a autora, os quarenta e nove membros que compunham a comissão podiam assim ser distribuídos: “trinta advogados, cinco empresários, quatro sociólogos, três jornalistas, três economistas, dois religiosos, um escritor e um médico.” (CITTADINO, 2009, p.33). À época a comissão, pela posição dos membros que a compunham, foi taxada como conservadora pela imprensa nacional. Entretanto, o anteprojeto elaborado não foi taxado como conservador tendo sido considerado, pela própria imprensa, um estudo sério e progressista (CITTADINO, 2009, p.33).

hegemônica, mas da “composição e das soluções de compromisso entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos do que na formulação de uma concepção sistemática e coerente de um novo projeto para o país” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 39). A denominada Constituição Cidadã, mesmo tendo sido redigida neste ambiente ideológico de disputa, foi promulgada sobre as linhas mestras do anteprojeto Arinos.

Nesse contexto, deve ser evidenciado que a promessa democrática da CF 1988 vai muito além das garantias atinentes aos direitos políticos ou ao regime de governo. O sistema de direitos fundamentais (núcleo do liberalismo), que se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, e passou a informar todo o ordenamento jurídico, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana e no ideal de inclusão social, é a grande promessa do constituinte originário, que quis fundar um Estado provedor e democrático, transformador da realidade e diminuidor das desigualdades sociais.

Diante da preocupação com a institucionalização de uma democracia social e da necessidade de se expurgar os elementos autoritários remanescentes na realidade e na tradição brasileira, a Constituição de 1988 “afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.42). De outro lado, a CF 1988 ampliou, consideravelmente, a presença da representação funcional, por meio da recriação do Ministério Público, concedendo-lhe autonomia e independência em relação aos demais poderes e atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>52</sup>, tendo ainda “consagrado o instituto das Ações Civis Públicas<sup>53</sup> e o tema do acesso à Justiça<sup>54</sup>; e, sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na

---

<sup>52</sup> Assim determina o artigo 127 da CF 1988: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.”

<sup>53</sup> As Ações Civis Públicas aparecem no texto constitucional no rol das funções institucionais do Ministério Público: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”.

<sup>54</sup> O tema do acesso à justiça fica claro no texto constitucional: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”; e “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”.

comunidade dos intérpretes da Constituição<sup>55</sup>.” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.42). Com relação à inclusão da sociedade civil na comunidade dos interpretes, cabe ressaltar que, no contexto do Estado Democrático de Direito, na revelação do sentido da Constituição deverão participar todas as partes envolvidas, sendo o povo erigido a categoria de guardião da Constituição e do pluralismo que ela manifesta (GALUPPO, 2001, p. 63 - 64).

Como a lista de alterações institucionais viabilizadas pela CF de 1988 é excessivamente grande, e como não é objetivo deste texto apresentá-la de forma exaustiva, serão citados apenas os aspectos mais relevantes dessas transformações que podem ser indicados, como será demonstrado, como preponderantes para a judicialização no Brasil.

O primeiro fator que vai ao encontro do processo de judicialização acima expostos é, como também já afirmado, o contexto de redemocratização do país no qual a CF 1988 foi ponto essencial. Inegavelmente, como a própria experiência histórica do autoritarismo brasileiro comprova, num ambiente essencialmente antidemocrático, em que os direitos fundamentais são costumeiramente subjugados, o poder judiciário, preso à própria estrutura autoritária e sem qualquer tipo de independência, não age de modo abrangente, no interesse dos cidadãos ou da própria comunidade jurídica. É a partir desta constatação que podemos afirmar que a emergência de uma ordem democrática no pós-1988 é fator preponderante para a expansão da atividade jurisdicional.

Em respaldo ao princípio democrático, a CF de 1988 (BRASIL, 2010) institui um Estado federal<sup>56</sup> calcado na forma republicana de governo, com fundamentos<sup>57</sup> e objetivos<sup>58</sup> próprios, e definido conceitualmente como Estado Democrático de Direito. A CF 1988 inaugura, dessa forma, uma nova concepção de Estado, que se funda nos princípios basilares do Estado de Direito, assentado nos dogmas da soberania popular, supremacia da lei e inviolabilidade dos direitos, e na instituição de uma ordem democrática que visa garantir aos cidadãos o exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>55</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

<sup>56</sup> Segundo José Afonso da Silva: “Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada federação ou Estado federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.” (SILVA, 2005, p. 99)

<sup>57</sup> Segundo o art. 1º da CF de 1988, o Estado brasileiro possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

<sup>58</sup> A Constituição consigna em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação.

O Estado Democrático de Direito<sup>59</sup>, construído doutrinariamente pelos constituintes, não é, entretanto, apenas uma união formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas uma nova acepção que “leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 2005, p. 119). Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

o Estado Constitucional Democrático não se identifica com um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de organização e de processo, e visa legitimar-se como um Estado de justiça (social), histórico concretamente realizável (e não simplesmente como Estado de razão ou de direito abstrato) (CANOTILHO, 2001, p. 24).

A democracia que o Estado Democrático de Direito busca efetivar há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, na qual todo o poder emana do povo, sendo exercido em seu próprio proveito, diretamente ou por seus representantes eleitos<sup>60</sup>, de maneira participativa, de modo que o povo faça parte dos processos decisórios e da formação dos atos governamentais; pluralista, em respeito à diversidade de ideias, culturas e etnias, manifestando-se como um processo de libertação da “pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício” (SILVA, 2005, p. 120). Deve-se ter em mente que somente “na democracia o direito pode se desenvolver de forma a cumprir a sua tarefa de permitir a coexistência de diferentes projetos de vida sem ferir as exigências de justiça e de segurança, necessárias à integração social” (GALUPPO, 2002, p. 152).

O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, inovou substancialmente em matéria de proteção aos direitos fundamentais, inserindo o princípio democrático tanto como informador e legitimador da ordem jurídica quanto fundamento necessário ao exercício da cidadania. Como já afirmado, essa inovação não se deu de modo taciturno, ou sem um propósito definido e a introdução de novas garantias constitucionais objetivava a

---

<sup>59</sup> Cabe ressaltar que a “relação existente entre legalidade e legitimidade” (GALUPPO, 2002, p. 162) é a marca distintiva do Estado Democrático de Direito, em outras palavras, diferentemente de outras tradições, no Estado Democrático de Direito a legalidade pode ser considerada fonte de legitimidade por ser ela também legítima na medida em que democraticamente construída, ou seja, o ordenamento jurídico é considerado legítimo por serem os cidadãos os seus produtores (GALUPPO, 2002, p. 162 - 163). Dessa forma, a marca distintiva do Estado Democrático de Direito é o fato de serem os destinatários das normas jurídicas também seus autores (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004), sendo que até mesmo as interpretações emanadas do Judiciário podem ser “avaliadas pela sociedade civil, que assim, se transforma na instância última incumbida de auferir legitimidade do Estado e de seu ordenamento jurídico” (GALUPPO, 2002, p. 164).

<sup>60</sup> É o que estatui o Parágrafo Único do artigo primeiro da CF 1988: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”.

compatibilização e superação dos preceitos do Estado Social e do Estado de Direito (BONAVIDES, 2004, p. 547 – 548).

Além de incorporar o compromisso da democracia social para dentro do mundo do direito, o texto constitucional também instituiu novos mecanismos de tutela judicial, capazes de “viabilizar a implementação” dos “direitos” e “princípios” de transformação social incorporados à nova carta (VERISSIMO, 2008). Antes de adentrarmos nos mecanismos de tutela judicial, que foram instituídos como meios de salvaguarda dos novos direitos tutelados pelo texto constitucional, cabe ressaltar as garantias institucionais, previstas também pela CF 1988, objetivam proteger tanto as instituições quanto os mecanismos de acesso a elas, resguardando, dessa maneira, todo o ciclo de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

As garantias institucionais, acima referidas, podem ser compreendidas como a proteção que a CF 1988 confere às instituições basilares do regime democrático adotado. Dessa forma, mesmo diante de algumas confrontações teóricas, pode-se afirmar que as chamadas garantias constitucionais são garantias que disciplinam e tutelam o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que sustentam, adequadamente, as instituições necessárias para o gozo destes direitos (BONAVIDES, 2004, p. 537).

Na esteira das garantias institucionais, destaca-se o princípio da separação dos poderes, erigido à categoria de cláusula pétrea<sup>61</sup>, com a conseqüente independência e autonomia funcional dos mesmos, consagrado no artigo 2º<sup>62</sup> da CF 1988. A CF 1988 estatuiu, dessa maneira, a separação dos Poderes do Estado de forma independente e harmônica entre si, repartiu entre eles as funções estatais, instituiu prerrogativas para o exercício satisfatório das funções atribuídas, e criou instrumentos de controles recíprocos, como meio de garantir a perpetuidade do Estado democrático de Direito (SILVA, 2005).

A independência dos poderes, constitucionalmente prevista, significa que: a investidura e permanência de um membro de determinado poder não depende, necessariamente, da vontade arbitrária dos demais poderes; que os titulares de um poder, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não necessitam da autorização dos membros de outro poder; que os poderes são livres para a organização das suas funções e serviços devendo respeito somente às disposições constitucionais e legais (SILVA, 2005, p. 110).

A harmonia entre os poderes, também expressamente prevista na Constituição de 1988, é exercida por meio do controle simultâneo que os poderes e suas instituições realizam

---

<sup>61</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes;”.

<sup>62</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

uns sobre os outros, ou seja, mesmo diante da garantia da independência, os poderes não podem atuar de modo arbitrário ou absolutista sendo, constantemente, fiscalizados uns pelos outros. Dessa forma, a harmonia entre os poderes não ocorre por ausência total de interferência, muito ao contrário, atualmente, em superação ao modelo clássico da teoria dos freios e contrapesos, a harmonia é alcançada por meio do controle recíproco que significa, também, algum tipo de interferência.

Essa arquitetura institucional de independência funcional, desenhada num ambiente democrático, com a criação do Ministério Público como órgão fiscalizador autônomo, mostrou-se como a primeira questão relevante para a viabilização da participação crescente do Judiciário nos processos decisórios com repercussão política e social. Somente num contexto institucional democrático, com a plena separação e autonomia dos poderes, é possibilitada a intervenção autônoma do judiciário na defesa dos interesses dos cidadãos em conformidade com os preceitos constitucionalmente estabelecidos.

Além deste novo desenho institucional, outro elemento importante para o processo de judicialização, que já foi tratado, é a intensa política de direitos, consubstanciada por toda a declaração de direitos individuais e coletivos, sociais e políticos previstos no texto constitucional<sup>63</sup>, que permitiram ao judiciário conhecer demandas até então estranhas a esse poder.

Como também já afirmado, o pensamento jurídico brasileiro era marcadamente, até a promulgação da CF 1988 (BRASIL, 2010), positivista e voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. O texto constitucional estabeleceu uma espécie de fratura nesta cultura jurídica, instituindo, contra o positivismo e o privatismo, respectivamente, um fundamento ético para a ordem jurídica e um amplo sistema de direitos, como também já relatado (CITTADINO, 2003 p. 27). Segundo José Afonso da Silva, a abrangência do sistema de direitos colacionado no texto constitucional foi uma opção do constituinte que teria rejeitado:

a chamada constituição sintética, que é a “constituição negativa”, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de “constituição-garantia” (ou constituição quadro). A “função garantia” não só foi preservada como até ampliada na nova Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de “constituição-dirigente”, enquanto define fins e programas de ação futura (SILVA, 1985, p. 6).

---

<sup>63</sup> Respectivamente previstos no: Título II Capítulo primeiro; Título II Capítulo II; Título II Capítulo IV da CF 1988.

A concepção de constituição-dirigente, acima referida, se amolda perfeitamente aos pressupostos do Estado provedor definido por Cappelletti (1993), afrontando cabalmente a cultura jurídica formalista e positivista ao consubstanciar, como preceitos normativos fundamentais, as condutas e promessas historicamente valorizadas pela comunidade humana, ou seja, “a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceita, aspira tornar-se a dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa” (CANOTILHO, 2001, p. 22). É exatamente nesta perspectiva que os direitos fundamentais erigem-se como valores comunitariamente reconhecidos que merecem positividade e guarida constitucional. O amplo rol de direitos fundamentais, por representarem mais do que idealidades ou abstrações, foram positivados como referência da consciência ético-jurídica da comunidade histórica brasileira (CITTADINO, 2003, p. 31).

Ao que parece, entretanto, o constituinte brasileiro mais do que afirmou a consciência histórica da comunidade, inscreveu no texto constitucional os ideais e as promessas de futuro almeçadas pela comunidade que, por todo o contexto histórico, encontravam-se impossibilitados de serem concretizados de imediato. Nesse sentido, a solução encontrada pelo constituinte “foi a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 41).

Com efeito, o constituinte, desconfiado do legislador ordinário, buscou também vincular sua atuação, inscrevendo obrigações legislativas e mecanismos de controle desta atuação (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 41) por meio da ampliação considerável do círculo dos intérpretes do texto constitucional, na tentativa de garantir a efetividade do sistema de direitos assegurados. A consecução dos direitos fundamentais, como era de se esperar, passou a ser cobrada pela ampla gama de intérpretes da constituição, munidos de mecanismos processuais e institucionais, para exigir do Estado prestações positivas, a fim de prover as condições constitucionalmente estabelecidas (CITTADINO, 2003, p. 33).

Foi na perspectiva democrática de guarida dos direitos fundamentais que o texto constitucional ampliou, consideravelmente, o rol de legitimados a atuar perante os tribunais, com base nos preceitos constitucionais, na defesa dos mais diferentes tipos de interesses majoritários ou contramajoritários. Foi também nesta perspectiva que se multiplicaram os instrumentos judiciais de acesso à justiça, de controle sobre políticas públicas e atos governamentais de defesa do patrimônio público, cultural e ambiental e de proteção dos interesses coletivos e difusos (FERREIRA FILHO, 2009). Dentre os mais relevantes instrumentos judiciais de atuação e defesa, instituídos pela CF 1988, pode-se destacar: a ação

popular<sup>64</sup>, a ação civil pública<sup>65</sup>, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade<sup>66</sup>, o mandado de injunção<sup>67</sup>, a ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>68</sup>, a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>69</sup>.

Dessa maneira, efetivou-se o aumento dos instrumentos jurídicos aptos a tutelarem os preceitos fundamentais instituídos na Constituição, alargou-se o objeto destas ações e ampliou-se o campo dos legitimados a utilizarem este instrumental na consecução de seus interesses. O que merece ser destacado desta estrutura jurídica institucional, por influenciar decisivamente a judicialização tanto da política quanto das relações sociais no país, foi o reforço do sistema de controle concentrado ou abstrato de normas.

A fórmula adotada, calcada na ampla legitimação, presteza e celeridade deste modelo processual de controle de constitucionalidade, dotado inclusive da possibilidade de se suspender de imediato a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fez com que as grandes questões constitucionais passassem a ser resolvidas, em grande parte, mediante a utilização da ação direta, instrumento típico do modelo de controle concentrado de controle de constitucionalidade (MENDES, 2006, p. 19).

O ordenamento constitucional brasileiro equaciona, ao mesmo tempo, portanto: um amplo conjunto de anseios sociais e políticos, consagrados pelos direitos fundamentais; a proteção inarredável dos princípios e das instituições democráticas, por meio da repartição e autonomia dos poderes; a proteção, garantia e efetivação dos direitos fundamentais, por meio da ampliação dos instrumentos processuais e dos legitimados a deles se utilizarem para a consecução de seus interesses; uma estrutura de controle de constitucionalidade misto, que acabou outorgando aos órgãos de cúpula da justiça a tarefa de defenderem os ideais constitucionalmente estabelecidos.

A judicialização das relações sociais e políticas, fenômeno definido pela expansão do campo de atuação do judiciário, que passa a ser provocado para se manifestar com autonomia e autoridade, sobre questões socialmente e politicamente relevantes para uma determinada

---

<sup>64</sup> Artigo 5º inciso LXXIII da CF 1988: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”.

<sup>65</sup> Sobre as Ação Civil Pública e a legitimidade para a propositura ver nota 14 acima.

<sup>66</sup> Previstas no artigo 103 da CF de 1988.

<sup>67</sup> Artigo 5º inciso LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

<sup>68</sup> Artigo 103 § 2º da CF 1988: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 2010).

<sup>69</sup> Prevista no § 1 do artigo 102 da CF 1988.

comunidade, está diretamente ligado ao conjunto de fatores acima referenciado. Em outras palavras, os elementos até aqui estudados contribuem, significativamente, para o desenvolvimento deste fenômeno, uma vez que a estrutura constitucional apresentada, calcada numa equação entre direitos fundamentais, separação e autonomia de poderes e facilitação do acesso à justiça, reescreveu o papel do judiciário, colocando-o como guardião das conquistas e promessas estatuídas, o que, inevitavelmente, acarretou, com relação à sua posição e à sua identidade na organização tripartite de poderes, uma profunda modificação que permitiu a expansão do seu âmbito de intervenção e a caracterização de sua atuação política (SADEK, 2004).

Dentro deste quadro de redefinição, merece ser destacado o papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião da constituição. No exercício de suas atribuições, o órgão de cúpula do judiciário nacional passou a atuar na mediação de interesses e arbitramento de disputas entre atores políticos<sup>70</sup>. Como vêm demonstrando de forma eloquente os abundantes exemplos cotidianos, o tribunal tem assumido, cada vez mais claramente, um papel político, por meio do exercício desenvolvido da revisão constitucional (VERISSIMO, 2008).

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não ter sido convertido pela CF 1988 em Corte Constitucional, como queriam muitos dos constituintes<sup>71</sup>, sua competência foi quase que reduzida à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, “precipuaemente, a guarda da Constituição” - artigo 102 da CF. Neste contexto é possibilitado ao STF recorrer a “procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição” (CITTADINO, 2009, p. 63) em oposição aos procedimentos interpretativos pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo, não interventor, e adequados a uma legalidade formalista e positivista. Sobre o exercício de função política por parte do STF, são claras as lições de Miguel Seabra Fagundes:

---

<sup>70</sup> A utilização do STF como arena de disputa entre governo e oposição foi evidenciada por Luis Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles em pesquisa já citada. Para os autores “a análise das Adins aponta para o fato de elas se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 69).

<sup>71</sup> Segundo Gisele Cittadino, o debate sobre o papel e a competência da Corte suprema na Constituição de 1988, foi iniciada no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que tinha como relator Plínio de Arruda Sampaio (CITTADINO, 2009, p. 60). Segundo a autora, o primeiro relatório apresentado pelo relator instituiu a Corte Constitucional – dedicada às questões constitucionais – e o Superior Tribunal de Justiça, que incorporaria as demais atribuições do STF (CITTADINO, 2009, p. 60 - 61). Entretanto, a maioria conservadora dos constituintes, apoiados por integrantes do poder judiciário, sobretudo por ministros do STF, conseguiu modificar a proposta inicial, não tendo sido o Supremo convertido apenas em Corte Constitucional (CITTADINO, 2009, p. 61 - 62).

Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público [...] Com relação ao STF, o exercício de função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais abrangente, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias, como árbitro que é da Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é. (FAGUNDES, 1982, p. 50)

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza o processo de judicialização dos conflitos sociais e políticos, marcadamente definido pelo processo de criação de novos direitos e sujeitos de direitos que transferiram, para a ordem jurídica e para o Poder Judiciário, demandas e expectativas de redistribuição da riqueza e de reconhecimento social (SORJ, 2004, p. 14). Deve ser acrescido ainda que, ao lado dessa nova presença institucional, o legislador da carta de 1988 constitucionalizou os Juizados Especiais<sup>72</sup>, que, conjuntamente com os procedimentos abertos à comunidade de intérpretes da Constituição, dotaram o Judiciário de uma “inérita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da minoria parlamentar aos setores mais pobres da população” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43).

Pelo que se viu, o Judiciário passou a ser concebido como instituição estratégica na solidarização da comunidade com sua Constituição, sendo que o magistrado, enquanto personagem central desta estrutura, não está imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, sendo que a nova arquitetura institucional depende, em boa parte, para muitos dos adeptos da judicialização, “do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de “guardião” dos direitos fundamentais”<sup>73</sup> (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43).

Se a visão do judiciário como guardião último dos direitos fundamentais mostra-se de imediato questionável, a mobilização da sociedade brasileira para a proteção de seus interesses e direitos, “em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43), não pode desconsiderar os recursos trazidos pela CF 1988 a fim de

---

<sup>72</sup> Instituídos pela Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995.

<sup>73</sup> Inegavelmente aqui já aparecem elementos suficientes a uma crítica da judicialização, ou seja, ao se relegar ao judiciário o papel de guardião último da Constituição está se cometendo um enorme equívoco. Como já bem dito acima, no contexto de Estado Democrático de Direito compete ao povo guardar a constituição (GALUPPO, 2001, p. 64).

conquistar-se uma democracia de cidadãos (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43). Da mesma forma, a vida associativa brasileira, ainda incipiente e comumente reprimida, como se tentou demonstrar no segundo capítulo deste trabalho, não pode “recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43). Por isto, pode-se dizer que:

As “duas” democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que essa última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente. Fora do campo normativo, no mundo das coisas reais, não há monopólio nem ritual certo para os processos de formação da opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática. Se uma “empíria adversa” cria obstáculos para que a maioria real crie seu próprio direito, importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda de uma alta corte de justiça, que pode ser provocada pela sociedade a se manifestar. Importa também que a democratização do acesso à justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à República. (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 44).

Entretanto, a redefinição dos papéis do judiciário, mesmo fazendo parte da lógica democrática, não deve ser enaltecida sem algumas ressalvas, especificamente no que diz respeito à postura dos magistrados enquanto “guardiões” da constituição, que serão pormenorizadas abaixo por constituírem o objeto imediato do presente trabalho. De toda forma, parece sensato dizer, de maneira imediata, que a expansão da arena de atuação do poder judiciário significa, ou virá a significar a transmissão da vontade do soberano a um grupo “especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 43). Em outras palavras, mesmo que o processo de judicialização decorra da estrutura constitucional e seja um fenômeno que encontre guarida e propensão de desenvolvimento no contexto democrático, a substituição do Estado e do governante magnânimo pelo Judiciário assistencialista, não é um avanço institucional e, menos ainda, um avanço no sistema democrático uma vez que os cidadãos continuam a ser concebidos como meros receptores de atos estatais estranhos à sua vontade e participação.

A rigor, o quadro marcado pela presença significativa do Judiciário na arena pública já merece ser visto como atentatório à ordem democrática. De todo modo, o problema que merece estudo mais acurado é robustecimento desta atuação. Nitidamente, o exercício indiscriminado da interpretação judicial, “atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz”

(DWORKIN, 2007, p. 452), visto “como arquiteto de um futuro melhor” (DWORKIN, 2007, p. 489), mesmo que sob o argumento de proteção e solidificação da democracia, pode se demonstrar, em sua essência, antidemocrático, na medida em que visa a instituir algo – a democracia – que não pode ser, aprioristicamente, instaurado, mas necessita ser cotidianamente experimentado e construído.

Como relatado, a constitucionalização deu ensejo a uma atuação mais significativa por parte do Judiciário e, principalmente, do STF, que passou a ser cobrado a se pronunciar sobre os assuntos da mais ampla gama de temas. Como também elencado, a Constituição de 1988 consagrou extenso rol de direitos, garantiu a separação dos poderes e a independência e autonomia do Judiciário e do Ministério Público, ampliou o número de legitimados com acesso direto ao Supremo. Entretanto, todas estas medidas, embrionariamente ligadas ao processo de expressiva judicialização das questões políticas, econômicas e sociais, e que implicaram a composição dos tribunais como arena de disputas políticas e instância decisória final (SADEK, 2008), foram instituídas em benefício da efetivação de uma ordem democrática que viabilizasse também a inclusão e diminuição das desigualdades sociais, e que, caso trivialmente utilizadas, poderão perder seu sentido e importância.

Ver-se-ão adiante os riscos à efetividade da construção da cidadania, entendida como substrato da ordem democrática, trazidos pelo ativismo judicial desenfreado, que, desde já, esclareça-se, não se confunde com a judicialização, que na tentativa de concretização dos preceitos constitucionais, acaba representado uma verdadeira “engenharia social” (REIS, 1999) de concretização e construção de projetos que não foram socialmente edificados.

### **3.3. O ativismo judicial**

Como se tentou demonstrar acima, o processo de judicialização está diretamente ligado à abrangência e democratização do acesso à justiça, instituídos pelo modelo constitucional brasileiro. Nessa perspectiva, foi sustentado que, mesmo sendo a judicialização intrínseca ao atual modelo constitucional brasileiro, o fenômeno deve ser analisado com ressalvas, sob pena de se fomentar uma anomalia, gerada no próprio sistema democrático. Em outras palavras, a judicialização deve ser encarada como decorrente do processo democrático brasileiro, todavia, não deve ser vista como naturalmente benéfica a esse processo. Abriu-se, assim, a discussão acerca da legitimidade dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário para se

manifestarem em questões nitidamente políticas. Mesmo com essas ressalvas iniciais, foi constatado que a expansão da atuação do judiciário à questões políticas, sociais e econômicas, apesar de originariamente e classicamente estranhas a este poder, tem feito parte, na contemporaneidade, de suas atribuições precípua.

A partir destas constatações, subsiste ainda uma questão que merece ser discutida de forma mais detalhada. Inegavelmente, como relatado acima, a expansão do judiciário é um fenômeno decorrente da ordem democrática, entretanto, o “gigantismo” (CAPPELLETTI, 1993) do judiciário efetivou uma enorme transferência de poder para as mãos dos magistrados, que se tornaram, a partir da estrutura institucional apresentada, mais do que “guardiões da constituição”, em “guardiões das promessas” (GARAPON, 2001) constitucionalmente estabelecidas, o que fez com que o judiciário, antes adstrito ao formalismo e legalismo de postura tipicamente positivista, passasse a atuar de forma mais ampla e intensa para a concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009). A questão que ainda subsiste é exatamente esta, ou seja, cabe ainda indagar se uma postura extremamente ativista, por parte do judiciário, é benéfica à construção de uma cidadania essencialmente democrática. Para que seja realizada a análise dos benefícios e riscos à cidadania, empreendidos pela incisiva participação do judiciário, deve-se antes pormenorizar o conceito de ativismo judicial.

### ***3.3.1. Conceituando ativismo judicial***

De antemão, pode-se dizer que o ativismo judicial é um fenômeno no qual o Judiciário, especificamente os juízes no exercício da função decisória, passam a intervir, de forma deliberada e para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, nas funções e atribuições que caberiam, originariamente, a outros poderes. Segundo o professor Elival da Silva Ramos:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o

produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p. 129).

Dessa forma, a ideia de ativismo judicial está diretamente ligada a uma participação mais extensa e intensa do Judiciário na interpretação dos preceitos constitucionais, de maneira a conferir máxima efetividade e concretização aos valores e objetivos constitucionais, com acentuada interferência nas atribuições dos outros dois Poderes (BARROSO, 2009). A partir desta constatação inicial, os conceitos e fenômenos da judicialização e do ativismo parecem, em alguma medida, análogos. Entretanto, mesmo que se possam identificar características comuns entre ativismo judicial e judicialização, os termos não são correlatos e os fenômenos possuem causas e atributos diferentes.

Enquanto a judicialização se refere a uma expansão do judiciário por uma configuração sociopolítica e institucional, o ativismo é uma anomalia decorrente de um exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2009). A judicialização é um fenômeno marcado pela expansão das fronteiras de atuação do Poder Judiciário. Ocorre que esta expansão se dá, em grande parte, pela determinação constitucional e não por deliberação e arbitrariedade do próprio Poder Judiciário. No contexto do constitucionalismo abrangente e democrático, o judiciário não pode se negar a se pronunciar sobre questões previamente previstas no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, ou seja, diferentemente da judicialização, o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2009, p. 7).

O supedâneo fundamental do ativismo judicial é, dessa forma, um senso de justiça (DWORKIN, 2007) na interpretação do texto constitucional, que se mostra como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa.” (RAMOS, 2010, p. 107). Como é de se perceber, o primeiro problema trazido por uma postura ativista, por parte do judiciário, é a afronta ao princípio da separação dos poderes<sup>74</sup>, consagrado nas constituições democráticas contemporâneas (RAMOS, 2010, p. 114). O arquétipo da separação dos poderes, que se “filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista” (RAMOS, 2010, p. 114) contemporaneamente imbricado no sistema constitucional, é, em verdade, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado. De forma mais precisa, pode-se dizer que a

---

<sup>74</sup> Paulo Bonavides chama a atenção para o declínio e a reavaliação da doutrina da separação dos poderes, difundida a partir da inspiração do liberalismo setecentista. Para o autor, sob o enfoque moderno, o princípio da separação dos poderes “vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca, porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2002, p. 147).

nomenclatura “separação de poderes” é indevidamente utilizada, uma vez que se refere, na verdade, às funções exercidas pelo Estado e não ao “Poder” do Estado que é uno e indivisível. O professor Ronaldo Brêtas, em estudo acurado sobre a possibilidade de responsabilização do Estado pelo exercício insatisfatório da função jurisdicional, esclarece a questão:

também acatamos a doutrina da existência de um poder único do Estado, que se espalha sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa, e a jurisdicional. O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a *atividade* e não o *poder* do Estado, do que resulta uma diferenciação de *funções* exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários *poderes* do mesmo Estado (DIAS, 2004, p. 70).

Dessa forma, as Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito sempre indicam os órgãos intitulados ao exercício do poder estatal (RAMOS, 2010, p. 115). Entretanto, estas mesmas Constituições “nem sempre indicam, de modo expreso, a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade” (RAMOS, 2010, p. 115). Grande parte desta delimitação e divisão de funções é realizada pela doutrina e pelos operadores em respeito ao princípio da separação dos poderes, que exige a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes sob o prisma de seu conteúdo material (RAMOS, 2010, p. 116). Dessa forma, a função típica de cada “Poder” “admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente” (RAMOS, 2010, p. 116). Por outro lado, como existe uma articulação entre as atividades estatais, “o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder” (RAMOS, 2010, p. 116), o que poderá acarretar o esvaziamento do Poder invadido.

Como já exposto, ao se fazer menção ao ativismo judicial, “o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.” (RAMOS, 2010, p. 116).

Não se trata o ativismo apenas de desagradável exercício de legiferação, ou outra função não jurisdicional, que poderia, em circunstâncias extremamente limitadas, vir a ser deferidas pela Constituição aos órgãos de cúpula do aparelho judiciário, mas sim, da

“descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 117). Portanto, importa saber, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição e a consequente ofensa ao princípio da separação dos Poderes, se existiu “a desnaturação substancial da atividade” (RAMOS, 2010, p. 117) e não apenas se houve o afastamento de seu conduto formal. Nesta perspectiva, a jurisdição e seu corolário lógico, as decisões judiciais, por seu caráter executório comumente contraposto à natureza criativa, não podem ser vistas como meros atos de aplicação das leis, ou seja, como assevera Elival da Silva Ramos:

a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa, da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto, são, [...], necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo (RAMOS, 2010, p. 119).

Dessa maneira, há, no que tange a jurisdição, uma relação direta entre discricionariedade e interpretação (RAMOS, 2010, p. 127), podendo-se dizer que, mesmo a discricionariedade judicial encontrando condicionamento jurídicos intensos, a amplitude concedida ao intérprete-juiz é, notoriamente, o campo de ação e desenvolvimento de posturas ativistas por parte da magistratura. Essa constatação não quer dizer que deve haver uma limitação formal e substancial na interpretação judicial, pelo contrário, este controle é exercido pelo próprio ordenamento jurídico. Como pode ser observado, a legitimidade<sup>75</sup> e independência dos juízes não provêm ou estão assentadas na sua origem popular, em seu caráter representativo, vez que os mesmo, pelo menos no Brasil, não foram eleitos para o

---

<sup>75</sup> Sobre o déficit de legitimidade do Poder Judiciário, o professor Marcelo Galuppo assevera: “Se remontarmos à origem do Constitucionalismo, perceberemos que a lógica da separação dos poderes advinha de uma desconfiança popular em relação aos poderes constituídos. A reivindicação de que as leis deveriam ser elaboradas apenas pelo Legislativo decorria do fato de que somente esse poder emanava do próprio povo. Em outros termos, enquanto o Poder Executivo se constituía hereditariamente e o Judiciário por nomeação, a legitimidade do Legislativo provinha do próprio povo, através do voto. A partir do século XVIII, o Executivo passou a ser constituído também pelo voto popular e a contar com um novo modo de legitimação: a legitimação democrática. O Judiciário, no entanto, não conta, salvo casos excepcionais, com esse modo de legitimação, razão pela qual ele parece contar com um déficit de legitimidade. Some-se a isso o fato de que os seus integrantes são vitalícios, o que o separa ainda mais da lógica da legitimação pelo sufrágio, que pressupõe a temporariedade do mandato.” (GALUPPO, 2008, p. 09).

cargo que ocupam. De todo modo, a mesmo não sendo legitimado pelo voto, “o judiciário não é completamente destituído de legitimidade” (GALUPPO, 2008, p. 09). Segundo o professor Marcelo Galuppo:

Modernamente, a legitimidade do Judiciário assenta-se em sua capacidade de resolver os conflitos sociais. No entanto, essa não é a única condição de legitimidade do Judiciário. A legitimidade não se assenta apenas na eficiência, mas também na pretensão de correção normativa contida em suas decisões: espera-se que as sentenças e acórdãos judiciais sejam justos porque, se o Direito for reduzido à mera eficiência, ou à mera força necessária para se atingir a eficiência, não mais é possível distingui-lo da Política. Sem referência ao conceito de justiça, o Direito deixa de ser Direito (GALUPPO, 2008, p. 09).

Assim, a legitimidade do Judiciário advém das “decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal” (BARACHO, 1995, p. 27), em respeito e em adequação à coerência desse ordenamento. Tendo em mente que essa legitimidade não decorre, necessariamente, do princípio democrático, decisões ativistas, embasadas em um senso particular de justiça, que desrespeitam a adequação e coerência do ordenamento, devem ser vistas como ilegítimas e perigosas para a democracia. Dworkin<sup>76</sup>, de forma precisa e acurada, define bem o problema trazido por posturas ativistas, segundo o autor:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2007, p. 451 – 452).

Pelas palavras de Dworkin (2007), ficam evidentes os riscos subjacentes à postura ativista por parte de juízes e tribunais. Inegavelmente, em países de Direito codificado, a jurisprudência intenta cumprir uma tarefa prática que decorre do fato de que as leis não só carecem permanentemente de interpretação, como necessitam também que sejam colmatadas

---

<sup>76</sup> Como ressalva inicial, é importante destacar, no que concerne ao ativismo judicial, que mesmo não existindo variação conceitual, subsiste uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos filiados ao *common law* e os filiados ao *civil law* (CAPPELLETTI, 1993). Isso porque, o ativismo judicial reporta-se a uma disfunção no exercício da jurisdição, em detrimento da função legislativa, o que torna muito mais difícil, nos ordenamentos filiados a *common law*, caracterizar o que seria uma atuação ativista da magistratura, por existir uma proximidade, maior nesta família do direito do que na *civil law*, entre a atuação do juiz e a do legislador. (RAMOS, 2010, p. 107). Dessa forma, mesmo estando o ordenamento jurídico brasileiro enraizado no sistema do *civil law* e Dworkin escrevendo a partir da experiência americana, notadamente vinculada ao *common law*, não vemos problema em utilizar sua conceituação. Sobre a caracterização de posturas ativistas nos ordenamentos filiados a *common law* ver o item 11 “O ativismo e o Direito Comparado”, especificamente às páginas 104 a 110, do livro “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos” de Elival da Silva Ramos (RAMOS, 2010).

lacunas, que se exerçam adequações diante dos casos concretos, que se realize a clarificação e sintonização das normas entre si, tarefa esta cada vez mais complexa e, ainda, que se evite “contradições valorativas, o que, por sua vez decorre do princípio de «igual medida», ou seja, da ideia de justiça” (LARENZ, 1997, p. 326). Entretanto, essa função, tipicamente jurisdicional, não pode usurpar o núcleo de outras funções do Estado, precisamente, as funções legislativas. A distinção rigorosa entre os enunciados *de lege lata*<sup>77</sup> e *de lege ferenda*<sup>78</sup> devem ser respeitados pelos juristas, ou seja, nem tudo o que é desejável, de uma perspectiva de política do Direito, pode ser imediatamente “realizado no quadro das leis vigentes, por via dos meios de interpretação e desenvolvimento do Direito” (LARENZ, 1997, p. 330 - 331). Ainda segundo Larenz “existem, para, além disso, questões que são de um significado tão transcendente para os mais diversos setores da vida que só o legislador, que pode formar a visão de conjunto necessária, tem vocação para a sua solução” (LARENZ, 1997, p. 331).

Em resumo, a interpretação ativista de leis e preceitos constitucionais deve ser vista de forma negativa, como uma anomalia decorrente do abuso da discricionariedade judicial, o que, como relatado, ataca diretamente as bases de legitimação da própria jurisdição. Posto isso, deve-se, desde já, atentar para a necessidade de se atingir uma posição de equilíbrio no qual o juiz não esteja rigidamente subordinado aos textos lógico-formais, alheio ao mundo das realidades humanas, “aplicando, como simples autômato, imperativos de leis resultantes tão-só de diretivas abstratas” (REALE, 2002, p. 438), ou possa agir “perigosamente à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do Direito” (REALE, 2002, p. 438); numa postura que o “coloca acima da lei e das necessidades *sociais* de sua interpretação” (REALE, 2002, p. 438). Miguel Reale, num exercício de prudência, completa:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando ao sentido objetivamente válido de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido do ordenamento todo a que pertence (REALE, 2002, p. 439).

---

<sup>77</sup> Da lei criada.

<sup>78</sup> Da lei a ser criada.

Se em uma noção preliminar o ativismo foi conceituado como uma “disfunção no exercício da função jurisdicional” (RAMOS, 2010, p. 107) que atenta diretamente contra o núcleo básico da função legislativa, podemos agora, a partir do que foi dito, ultrapassar esta acepção inicial, para afirmar que o ativismo opõe-se não somente ao exercício regular das funções do Estado consubstanciado no princípio da separação dos Poderes, mas, também, contra a própria democracia, na medida em que usurpa, por meio de atos discricionários de difícil regulamentação substancial, atribuições para a consecução de fins estranhos a ordem legal democraticamente instituída.

Com essas considerações sobre a conceituação do ativismo judicial e as implicações negativas do mesmo, pode-se passar à análise específica das situações e conjunturas que têm favorecido ao Judiciário brasileiro, especialmente o STF, a adotarem posturas inegavelmente ativistas. Todavia, antes de adentrarmos ao estudo dos principais fatores que têm promovido o ativismo judicial no Brasil, cabe demonstrar, por meio de julgados recentes do STF, como a postura ativista tem se desenvolvido na jurisprudência nacional.

### ***3.3.2. Casos representativos de ativismo judicial no STF***

Diante do desejo de se compreender melhor o desencadeamento do ativismo judicial no Brasil, passa-se à análise exemplificativa de três “casos representativos ou típicos” (YIN, 2005, p. 63), que comprovam o desvio da função jurisdicional, em detrimento da legislativa, por parte do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal em julgados recentes. Os casos escolhidos se mostram como representativos por apresentarem, de forma clara e precisa, o exercício de atividade legislativa atípica por órgãos de cúpula do poder Judiciário brasileiro. Como serão pormenorizadas, tais decisões, mesmo sendo elogiadas, por tentarem impor moralidade a vida política nacional, mostram-se atentatórias ao regime democrático por refletirem uma concepção política não referendada consensualmente entre os cidadãos, o que nos leva a constar que tais decisões possuem a mesma virulência do paternalismo Estatal e governamental, nos quais a opinião dos cidadãos não integram, legitimamente, os processos decisórios.

### **3.3.2.1. A perda de mandato político por desfiliação partidária**

O primeiro caso representativo a ser analisado, diz respeito à aplicação direta da Constituição a uma situação não expressamente prevista no texto constitucional e sem que houvesse manifestação anterior do legislador ordinário (BARROSO, 2009): a questão da fidelidade partidária.

Desdobrando o princípio democrático, o STF, decidiu que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando, dessa forma, “uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional” (BARROSO, 2009, p. 8).

Na consulta n.º 1.398/DF, objeto da Resolução n.º 22.526 de março de 2007, formulada pelo Partido da Frente Liberal, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio do voto vencedor do Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator), entendeu que “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.” (BRASIL, TSE, Consulta n.º 1.398/DF, 2007, p. 10).

Diante da resposta do TSE, os partidos políticos interessados em reaverem as vagas perdidas requereram ao presidente da Câmara dos Deputados a convocação dos suplentes, que deveriam ocupar a vaga daqueles que se enquadrariam nos casos de infidelidade partidária. Com o indeferimento do pedido por parte do presidente da Câmara dos Deputados, coube aos partidos interessados impetrarem mandados de segurança perante o STF<sup>79</sup>, para garantirem o afastamento dos “trânsfugas partidários” (RAMOS, 2010) e a posse dos suplentes, em respeito ao posicionamento do TSE.

Dois dos três mandados de segurança impetrados, os de números 26.602/DF e 26.603/DF, foram denegados pelo motivo de ali se pleitear a perda de mandato de parlamentares que trocaram de partido antes do marco temporal inicial fixado, ou seja, o dia da publicação da resposta da consulta feita ao TSE sobre fidelidade partidária, dia 27 de março de 2007 (RAMOS, 2010).

Todavia, com relação ao mandado de segurança de número 26.604/DF, o STF, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, determinando que o Presidente da Câmara dos

---

<sup>79</sup> Mandado de Segurança n.º 26.602/DF, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), mandado de segurança n.º 26.603/DF, impetrado pelo Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB) e mandado de segurança n.º 26.604/DF, impetrado pelo partido Democratas.

Deputados remetesse ao Tribunal Superior Eleitoral o pedido de declaração de vacância do posto ocupado pela deputada Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, litisconsorte no processo por ter se desfilado do partido Democratas no exercício do mandato, para que o TSE, depois de adotar resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decidisse sobre a matéria (BRASIL, STF, Mandado de segurança n.º 26.604/DF, 2008). Destaca-se do acórdão o seguinte item:

A desfiliação partidária, como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. (BRASIL, STF, Mandado de segurança n.º 26.604/DF, 2008, p. 137).

Como se depreende da passagem citada, o STF reconheceu que a matéria era estranha ao texto constitucional não sendo o ato de desfiliação partidária, em si, um ato ilícito. No entanto, mesmo com essas objeções, o tribunal conheceu e concedeu ordem determinando o cumprimento, por parte da autoridade coatora, do direito requerido pelo partido Democratas.

Mesmo que os fins pretendidos pelo Pretório Excelso possam ser louváveis, “a afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta” (RAMOS, 2010, p. 250).

Diante da decisão do STF sobre a questão da fidelidade partidária, o TSE normatizou a matéria por meio da resolução número 22.610, de 25 de outubro de 2007. O caput do artigo 1º da resolução determina que: “Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.” (BRASIL, TSE, Resolução n.º 22.610, 2007). A partir desta determinação, a resolução elenca as hipóteses de justa causa (§1º do art. 1º); estabelece a competência privativa dos Tribunais Regionais Eleitorais para o julgamento dos mandatos estaduais e a competência do TSE para os mandatos federais (art. 2º); e determina as normas processuais relativas aos processos de perda do cargo eletivo por desfiliação partidária (artigo 4º à 12º).

A resolução decorre, como pode ser constatado, da necessidade de regulamentação legislativa da matéria introduzida no ordenamento jurídico pátrio a partir da consulta n.º

1.398/DF e do e mandado de segurança de número 26.604/DF<sup>80</sup>. Dessa forma, percebe-se que as manifestações e decisões prolatadas pelos tribunais superiores, ao desconsiderarem o texto constitucional, além de manifestamente ativistas, acabaram por engendrar medidas propriamente legislativas, sendo construído internamente pelo TSE, em detrimento do devido processo legislativo, um novo instituto jurídico (RAMOS, 2010): a perda de mandato por desfiliação partidária.

O ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.351-3/DF, referente à cláusula de desempenho eleitoral dos partidos políticos, já sustentava, antes mesmo da publicação da ementa da consulta n.º 1.398/DF, a necessidade do STF intervir na regulamentação das questões de infidelidade e desfiliação partidária. Segundo o ministro:

A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos. [...] não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa simplesmente, desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda (BRASIL, STF, ADIN n.º 1.351, 2007, p. 152 - 154).

As linhas acima transcritas, de modo geral, poderiam muito bem compor discursos e programas de governo, no entanto, o fato de comporem a fundamentação de um voto de um ministro da mais alta corte de justiça nos chama a atenção para os riscos e impertinências do ativismo judicial. O risco à legitimidade democrática nos parece evidente no presente caso. O posicionamento do ministro está inegavelmente imbuído por um senso de justiça, calcado na necessidade de transformação da realidade política nacional. A necessidade de moralização da vida política torna-se, assim, uma justificativa para a intervenção do judiciário, que poderá e deverá suprir todas as inércias dos demais poderes, mesmo que isso custe à perda de significado e importância da democracia representativa.

---

<sup>80</sup> No prólogo da resolução consta que: “O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n.º 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:” (BRASIL, TSE, Resolução n.º 22.610, 2007).

### **3.3.2.2. Verticalização**

Outro exemplo representativo, agora de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo procedente do Congresso Nacional, que merece aqui destaque por demonstrar como o posicionamento ativista é incoerente, instável e está vinculado, tão somente, à finalidade que visa atingir, é o caso da verticalização. Em 22 de março de 2006, o STF decidiu que a Emenda Constitucional n.º 52, promulgada em 08 de março de 2006 para extirpar do ordenamento jurídico nacional à chamada “verticalização”, que havia sido instituída pela resolução n.º 21.002<sup>81</sup> do TSE, que obrigava os partidos políticos a manterem, nos estados e Distrito Federal, coerência com as coligações realizadas no âmbito nacional, não poderia ser aplicada, como previa o artigo 2º<sup>82</sup> da Emenda, às eleições que iriam ocorrer no ano de 2006.

Como cabe aqui ser ressaltado, a resolução n.º 21.002, editada pelo TSE, introduziu no ordenamento jurídico nacional, a partir do desdobramento do artigo 6º da Lei n.º 9.504/97, que faculta aos partidos o direito de formação de coligações dentro das circunscrições, o instituto da “verticalização”. Diante do novo instituto, o poder constituinte derivado aprovou a Emenda Constitucional n.º 52 a fim de regulamentar definitivamente a matéria, dando autonomia aos partidos políticos para estabelecerem o regime de suas coligações eleitorais.

Diante da previsão de aplicabilidade imediata da Emenda n.º 52, prevista em seu artigo 2º, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.685, sob o argumento de violação da “anualidade eleitoral”, prevista no artigo 16 da Constituição. Para a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entidade que ajuizou a ADIN, a Emenda 52 não poderia ser aplicada nas eleições de 2006 por ter sido promulgada neste mesmo ano. Todavia, como a modificação decorreu do poder constituinte derivado, a decisão do STF recaiu sobre a possibilidade deste poder modificar o escopo da garantia da anualidade eleitoral.

Prevaleceu o entendimento, que a anualidade eleitoral deveria ser erigida à categoria de “garantia fundamental”, subsumindo-a à hipótese do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, ou seja, a anualidade eleitoral ganhou o status de cláusula pétrea não podendo ser objeto de deliberação (SOUZA NETO, 2006, p. 74). Dessa forma, o STF exerceu

---

<sup>81</sup> “Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial” (BRASIL, TSE, 2002).

<sup>82</sup> “Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2006.” (BRASIL, 2006).

competência, incomum na maior parte das democracias, de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (BARROSO, 2009).

A incoerência do argumento, que prevaleceu na decisão do STF, pode ser evidenciada pelo fato de que a verticalização foi introduzida no ordenamento jurídico nacional por meio da Resolução n. 21.002, emitida pelo TSE a menos de oito meses das eleições de 2002, tendo sido aplicada naquele pleito, em detrimento da anualidade eleitoral<sup>83</sup>. Tal fato comprova que a questão debatida não se tratava de modificação do devido processo legal eleitoral, uma vez que foi possibilitado ao TSE fazê-lo, mas, sim, de mero conflito entre interpretação do judiciário e do legislativo. Em outros termos, a questão não deveria ter se instaurado sobre a anualidade, mas, sobretudo, sobre a “possibilidade de uma emenda constitucional superar a interpretação que um órgão do judiciário brasileiro havia dado a determinado dispositivo legal” (SOUZA NETO, 2006, p. 76). Dessa forma, é de se constatar que o ocorrido, no caso, foi à colisão de duas interpretações do artigo 6º da Lei 9.504, que como já asseverado, faculta aos partidos o direito de formação de coligações dentro da mesma circunscrição sem especificar, rigidamente, como deveriam ser organizadas estas coligações.

Assim, pode-se dizer que as duas interpretações conflitantes do dispositivo legal eram “uma de autoria da maioria dos Ministros presentes na sessão do TSE em que foi editada a Resolução n.º 21.002 (cinco Ministros); e outra, de autoria de mais de três quintos dos deputados e dos senadores eleitos pelo povo” (SOUZA NETO, 2006, p. 76). Mais uma vez se constata que, mesmo estando os posicionamentos ativistas imbuídos do senso de moralização da vida política nacional, posturas deste tipo são atentatórias ao jogo democrático, podendo acarretar os malefícios que visaram extirpar.

### **3.3.2.3. Lei “Ficha Limpa”**

O último caso representativo do ativismo judicial que vem se instaurando nos tribunais superiores brasileiros, merecendo aqui destaque, por enquadrar-se nos preceitos estudados e por resguardar uma relação direta com os outros casos acima apresentados, é a recente polêmica que se instaurou em relação à Lei Complementar n.º 135, de 04 de junho de 2010,

---

<sup>83</sup> Diversos partidos políticos interpuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a resolução 21.002 (ADIN 2628-3 – PFL; ADIN 2626-7 – PCdoB, PL, PT, PSB e PPS). No entanto, o Supremo Tribunal Federal não conheceu as ações, não adentrando ao mérito da questão, sob o argumento da impossibilidade de se exercer controle concentrado sobre atos do poder regulamentar, como era o caso da resolução editada pelo TSE.

alcançada de “Ficha Limpa”. A Lei Complementar n.º135/2010, fruto de um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu quase dois milhões de assinaturas, introduziu no ordenamento jurídico pátrio novas hipóteses de inelegibilidade.

Das diversas questões suscitadas e discutidas nos Tribunais Regionais Eleitorais de diferentes estados e no TSE e STF, com relação à Lei Complementar n.º 135/2010, duas parecem ter ganhado mais relevo e destaque por se aterem diretamente a diretrizes constitucionais: a violação dos princípios da irretroatividade e da anualidade eleitoral.

A lei “Ficha Limpa”, como já afirmado, elencou novas hipóteses de inelegibilidade. Com base nessas novas hipóteses o Ministério Público Eleitoral, dos Estados e do Distrito Federal, passou a opor Ação de Impugnação contra o pedido de registro de candidatura de candidatos que, supostamente, se enquadrariam nas novas hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar n.º 135/2010. Das impugnações ao registro de candidaturas, ganharam destaque e visibilidade, às que foram opostas contra o pedido de registro da candidatura do ex-governador do Distrito Federal Joaquim Roriz e do ex-senador Jader Barbalho. Por questões didáticas, nos deteremos na análise das decisões prolatadas no caso do ex-senador.

Com relação à possibilidade da Lei Complementar n.º 135/2010 regulamentar questões ocorridas em datas anteriores à sua publicação, o Tribunal Regional Eleitoral do Pará, no Acórdão n.º 23.195, publicado em 04 de agosto de 2010, que julgou o Registro de Candidatura n.º 64.580/Belém-PA, referente ao pedido de registro da candidatura ao cargo de senador da república, assim estabeleceu:

1. O princípio da irretroatividade das leis erige-se em garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º, XXXVI); 2. A LC 135/2010 introduziu nova causa de inelegibilidade, até então inédita no sistema legislativo brasileiro. Subsumir essa nova penalidade, ou sanção como alguns defendem, aos fatos havidos anteriormente à sua vigência, implica em ofensa à garantia constitucional da irretroatividade (PARÁ, TRE, RCand. 64.580, Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão, 2010).

No entanto, esse não foi o entendimento que prevaleceu no julgamento do Recurso Ordinário n.º 645-80.2010.6.14.0000, interposto contra a decisão do TER-PA, relatado pelo Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares e publicado no dia 1º de setembro de 2010. Segundo consta no Acórdão prolatado pelo TSE:

As inelegibilidades da Lei Complementar n.º 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento

da formalização do pedido de registro da candidatura, **não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei** (BRASIL, TSE, RO 64580, Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, 2010, grifo nosso).

Além da discussão sobre a violação do princípio da irretroatividade da lei e da ofensa ao ato jurídico perfeito, a Lei Complementar n.º 135/2010 suscitou o exame da questão do princípio da anualidade eleitoral, que foi objeto de estudo na seção precedente e, por isso, nos interessa mais aqui. Antes mesmo de adentrar na possibilidade de aplicação das novas hipóteses de inelegibilidade, os Tribunais pátrios, discutiram a possibilidade de aplicação da Lei Complementar n.º 135, ressaltando-se, publicada em 04 de junho de 2010 e as eleições que ocorreriam em outubro do mesmo ano. O Tribunal Regional Eleitoral do Pará no julgamento do Registro de Candidatura n.º 64.580, acima citado, entendeu que a aplicação imediata da lei da “Ficha Limpa” ofendia o princípio da anualidade eleitoral. No Acórdão prolatado pelo tribunal, restou assim consignado:

3. A lei que alterar o processo eleitoral somente será aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (CF, art. 16); 4. O processo eleitoral a que alude o dispositivo constitucional não se refere à norma em sentido processual, instrumental, mas à disputa eleitoral em si, cuja largada é a captação de eleitores e a linha de chegada a diplomação dos eleitos (PARÁ, TRE, RCand. 64.580, Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão, 2010).

Os desembargadores do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, embasados em precedentes recentes do STF, alguns deles inclusive já aqui referenciados, entenderam que não era possível a aplicação da Lei Complementar publicada no mesmo ano da eleição por afrontar diretamente o princípio da anualidade eleitoral. O desembargador José Rubens de Barreiro Leão, relator do processo, citou em seu voto o acórdão prolatado pelo STF no julgamento da ADIN 3.685/DF, no qual foi decidido à impossibilidade de aplicação imediata de lei eleitoral, mesmo que emanada do poder constituinte, derivado de reforma e publicada no mesmo ano da eleição. Todavia, esse não foi o posicionamento que adotou o TSE. O Tribunal Superior Eleitoral, antes mesmo de se ater casuisticamente à questão, já havia pronunciado, na resposta a consulta n.º1120-26/DF<sup>84</sup>, datada de 10 de junho de 2010, que à aplicação imediata da Lei Complementar 135/2010 às eleições de 2010 não ofendia ao princípio da anterioridade. Na oportunidade de julgamento do Recurso Ordinário, o Tribunal

---

<sup>84</sup> Como se observa na ementa da consulta: “Consulta. Alteração. Norma Eleitoral. Lei Complementar n.º 135/2010. Aplicabilidade. Eleições 2010. Ausência de alteração no processo eleitoral. Observância de princípios constitucionais.” (BRASIL, TSE, Consulta n.º1120-26/DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 2010).

manteve o posicionamento manifestado na consulta afirmando a possibilidade de aplicação imediata da Lei “Ficha Limpa”. No Acórdão, a questão restou assim consignada:

Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n.º 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta n.º 1120-26. 2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido) (BRASIL, TSE, RO 64580, Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, 2010).

Dessa forma, mesmo tendo sido a Lei Complementar n.º 135/2010 publicada no ano eleitoral, o Tribunal não vislumbrou a hipótese de ofensa ao princípio da anualidade, que outrora, especificamente no julgamento da ADIN 3.685/DF, sobre a questão da “verticalização”, foi erigido pelo STF à categoria de cláusula pétrea. Após a manifestação do TSE, coube ao interessado, impedido de registrar sua candidatura, interpor Recurso Extraordinário, demonstrando ofensa aos preceitos constitucionais.

Sob forte pressão política e midiática, a polêmica questão da aplicabilidade imediata e retroativa das hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar ora mencionada, foi remetida para a análise do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 631102/PA, interposto contra o Acórdão prolatado pelo TSE no julgamento do Recurso Ordinário n.º 64580, chegou-se a um empate entre os ministros que negavam provimento ao recurso (Joaquim Barbosa (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Ellen Gracie) e os ministros que davam-lhe provimento (Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso)<sup>85</sup>. Diante do impasse, o STF decidiu aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno<sup>86</sup>, mantendo a decisão recorrida inalterada. Dessa forma, foi mantido o posicionamento do TSE sobre a questão sendo integralmente aplicados, nas eleições que ocorreram em 2010, os dispositivos introduzidos pela Lei Complementar 135/2010.

Pelo que foi exposto, pode-se constatar, cotejando-se os entendimentos firmados sobre “Verticalização” e a lei “Ficha Limpa”, que os Tribunais (TSE e STF) firmaram, conjuntamente, precedentes contraditórios que parecem, a princípio, se destinar ao mesmo

<sup>85</sup> Na época da elaboração do presente estudo os votos prolatados pelos Ministros do STF no julgamento do RE 631102 não haviam sido ainda publicados.

<sup>86</sup> “Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido. Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho Nacional da Magistratura<sup>4</sup> será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte: [...] II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.” (BRASIL, STF, Regimento Interno, 2010).

fim: moralizar a vida política nacional. Aqui, precisamente, residem os riscos das posturas ativistas. Não se pode considerar ou desconsiderar o texto constitucional de acordo com os juízos de conveniência e oportunidade. Com relação aos riscos iminentes a esta postura, são louváveis os juízos de ponderação do Ministro Marco Aurélio, único ministro a divergir no julgamento do Recurso Ordinário n.º 64580, segundo o ministro:

Continuo convencido de que só se avança culturalmente quando se torna prevacente o Direito posto, o Direito subordinante, principalmente quando possui envergadura maior, como é o Constitucional. [...] Não posso, Senhor Presidente, com base nesse raciocínio, potencializar a ânsia de consertar-se o Brasil, e consertar com "c" e com "s". Em Direito, sabemos - e nossa atuação é vinculada ao Direito posto, não segundo critérios que possamos estabelecer frente ao caso concreto, os meios justificam o fim, mas não este àqueles. [...] Aprendi desde cedo que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio. E tenho presente que se paga um preço por se viver em uma democracia, em um Estado Democrático de Direito, e é módico, ou seja, o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, principalmente à Constituição Federal. (BRASIL, TSE, RO 64580, Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, 2010, p. 21 - 24).

Dessa maneira, fica evidente que os julgamentos analisados baseiam-se, em grande medida, numa ânsia de reconstruir o país, reordenando a vida social, moralizando a política nacional. No entanto, como bem dito pelo Ministro Marco Aurélio, não se pode desconsiderar o meio, no caso a Constituição, para se atingir um fim. O que se espera no Estado Democrático de Direito é um respeito também aos meios democraticamente instituídos; do contrário não haveria diferença entre este modelo estatal previsto na Constituição e um Estado totalitário ou paternalista. As decisões ativistas analisadas estão impregnadas de um paternalismo dócil, aparentemente inofensivo, que visa tão somente “melhorar”, em detrimento da participação popular, a democracia brasileira. A experiência histórica brasileira, tocada no segundo capítulo, dá exemplos dos retrocessos conseguidos por meio de posturas salvacionistas, messiânicas. É também essa experiência que aconselha que os cidadãos, e não o judiciário, e quem devem concertar e consertar o Brasil.

### **3.3.3. Principais fatores de promoção do ativismo judicial no Brasil**

Uma vez conceituado o ativismo judicial e demonstrado casos representativos emanados dos tribunais pátrios, cabe ainda, em conformidade metodológica ao que foi feito na explicação sobre judicialização, apresentar os principais fatores de impulsão deste

fenômeno no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente nas decisões que abarcam matérias constitucionais. Como poderá ser visto, as causas de desenvolvimento deste fenômeno no contexto constitucional brasileiro equiparam-se, em muitos aspectos, às causas da dilatação do raio de atuação dos tribunais e juízes, podendo-se dizer de início que, além de existirem motivações correlatas entre ativismo e judicialização, um fenômeno impulsiona o outro. De toda forma, é necessário esclarecer que o presente trabalho não visa a produção de critérios que permitam distinguir se tal ou qual decisão é ou não ativista. Vale esclarecer mais uma vez, que o objeto do presente estudo é a análise teórica dos possíveis prejuízos trazidos pela postura ativista dos órgãos de cúpula do poder judiciário à cidadania, compreendida, conforme visto no primeiro capítulo, como um processo histórico não apenas de aquisição de direitos, mas, de afirmação de uma identidade sempre inacabada.

A maioria das causas do ativismo, assim como ocorre com o fenômeno da judicialização, é de ordem estrutural, não peculiar apenas ao Brasil, mas inerentes ao modelo constitucional adotado. Entretanto, como justificado acima, posturas ativistas emergem no campo da discricionariedade, o que reflete que, além desta conjuntura institucional e jurídica, o ativismo no Brasil decorre de tendências, práticas institucionais e atos de vontade característicos do momento histórico vivenciado no país (RAMOS, 2010, p. 268).

O Estado democrático social, adotado pelo constitucionalismo pátrio e acima apresentado como matriz da expansão do raio de atuação do Judiciário, é o primeiro elemento de impulsão do ativismo judicial que merece destaque. Como também foi afirmado acima, a CF 1988, qualificou, já em seu artigo 1º, o Brasil como um Estado Democrático de Direito, numa clara tentativa de conciliação entre a tradição liberal-democrática e a democratização de oportunidades e a participação cidadã (RAMOS, 2010, p. 268 - 269). Essa conciliação é a razão pela qual, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios do Estado de Direito, ligados à dimensão substantiva da legalidade, apontam para a edificação de uma “ordem social e econômica inspirada por critérios de justiça, impositivos de certa igualdade de condições materiais, a qual não deve, entretanto, se converter em igualitarismo que sufoque a liberdade” (RAMOS, 2010, p. 269).

Como visto anteriormente, não restam dúvidas de que o “sistema político democrático estruturado pela Constituição não é do padrão liberal clássico e sim do *welfare state*” (RAMOS, 2010, p. 269). O fato de o texto constitucional ter feito a opção pelo modelo de Estado Social Democrático, em clara oposição ao Estado Liberal não interventor, comprova o interesse do constituinte em um Estado forte e atuante. Este intervencionismo estatal, que de início estava mais ligado às funções de Governo e à função legislativa, tornou-se maior e mais

complexo, tornando o “Welfare”, Estado originariamente legislativo, em Estado burocrático com o risco de sua perversão em Estado de polícia (CAPPELLETTI, 1993, p. 39).

Inicialmente, o Poder Judiciário, dentro deste contexto, deveria exercer o controle jurídico das atividades intervencionistas dos demais Poderes; entretanto, como foi demonstrado, também recaíram sobre ele as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais “célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras” (RAMOS, 2010, p. 271). É nessa perspectiva que se pode afirmar, assim como foi feito na oportunidade do estudo da judicialização, que o Estado providência, previsto constitucionalmente, constitui

força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incube, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando no presente o programa que a Constituição delineou prospectivamente (RAMOS, 2010, p. 271).

Inegavelmente, o abismo colossal existente entre os projetos e promessas constitucionais no campo socioeconômico e a realidade vivenciada pelos brasileiros é um dos motivadores do voluntarismo judicial, que pretende “fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno” (RAMOS, 2010, p. 273). O que se evidencia nas posturas ativistas é esta desconsideração da unidade histórica, numa ilusão de que seria possível instaurar a realidade (RIBEIRO, 2000, p. 97), refazer o começo tortuoso e insatisfatório por meio de usurpação de competências.

O condão salvacionista, inerente às posturas ativistas, pode ser vislumbrado no voto já citado do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.351 – DF, acima já citada, impetrada pelo Partido Comunista do Brasil, conjuntamente com outros partidos, em oposição à cláusula de barreira que visava limitar a participação política de partidos sem expressão eleitoral, na oportunidade assim consignou o ministro:

é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. **A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão**, que muitas vezes causa entraves para a

efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (BRASIL, STF, ADIN nº 1.351, 2007, p. 160, grifo nosso).

A atuação mais criativa por parte do STF, requerida pelo Ministro Gilmar Mendes no voto acima parcialmente transcrito, tem como objetivo sanar a inércia e a contumácia dos demais poderes com relação à regulamentação de questões de interesse nacional. Ao requerer, em detrimento dos demais poderes democraticamente instituídos, maior espaço para reger problemas ligados a efetivação de direitos, o ministro parece se esquecer, por um sobressalto ativista, o papel que cabe ao Judiciário na democracia brasileira. Na oportunidade do estudo do caso da Lei Complementar 135/2010, foi citado parte do voto do Ministro Marco Aurélio, no qual ele advertia para os riscos dos tribunais desejarem concertar o Brasil.

Dessa forma, a ressalva que merece aqui ser feita à postura essencialmente messiânica de um membro da mais alta corte de justiça do país é a mesma já apresentada por Miguel Reale (2002), consubstanciada num juízo de prudência que busque o meio termo entre o legalismo exacerbado e a criatividade ilimitada, ou seja, é necessário que julgador encontre um “equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade” (RAMOS, 2010, p. 274). Como ficará patente, este equilíbrio está longe de ser facilmente alcançado, entretanto, é necessário que os juristas tenham em mente que tanto posturas ativistas, nas quais os tribunais e juízes extrapolam seu campo de atuação, quanto nas posturas passivistas, nas quais o judiciário intervém minimamente em questões de grande repercussão política e social, são prejudiciais à construção de uma cidadania efetivamente democrática uma vez que nesses casos o judiciário desconsidera, para mais ou para menos, os pressupostos de legitimação da sua atuação que se baseiam na defesa da legalidade dentro do arquétipo constitucional.

De toda forma, o intervencionismo estatal, produzido pelo modelo do Estado providência, ao possibilitar a expansão das funções legislativa e administrativa, fez com que o judiciário se tornasse o “terceiro gigante”, na acepção de Cappelletti (1993), capaz de enfrentar o gigantismo dos demais poderes. A dilatação do campo de ação estatal acarretou, da maneira como foi acima evidenciado, o fenômeno do crescimento exponencial da quantidade de leis, com redução do tempo de vigência das mesmas (RAMOS, 2010, p. 274). Diante da onipotência e onipresença da legislação, a expansão e intensificação do controle jurisdicional de constitucionalidade aparecem como antídoto necessário para conter, ou pelo menos regulamentar, a profusão legislativa.

A abrangência do controle de constitucionalidade brasileiro, bem como a expansão do rol de legitimados a dele se utilizarem, já foi acima exposta no estudo das razões motivadoras da judicialização. De toda forma, cabe destacar que o controle concentrado de constitucionalidade, que parece ter primazia no sistema brasileiro, também induz o ativismo judicial. A razão principal para esse induzimento está na proximidade maior do controle de constitucionalidade concentrado do exercício da função legislativa, mesmo que se trate, como já assinalado, de exercício de função estritamente jurisdicional (RAMOS, 2010, p. 277). Dessa maneira, no controle concentrado de constitucionalidade:

a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais, ou *erga omnes*; de outra parte [...] registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário, na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição (RAMOS, 2010, p. 277).

Contribui significativamente para fomentar a criatividade judicial no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade o fato das normas utilizadas como parâmetro nestes julgamentos serem “normas-princípios, cuja formulação textual fluída permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutica-concretizadora”<sup>87</sup> (RAMOS, 2010, p. 277). Como última ponderação, no que concerne a influência do controle concentrado de constitucionalidade no ativismo judicial, vale a afirmação do professor Elival da Silva Ramos, segundo o qual a descoberta recente do instrumental do controle de constitucionalidade provoca certo “deslumbramento” nas Cortes Constitucionais mais jovens; entretanto, este “deslumbramento” tende a diminuir com o amadurecimento institucional destas cortes (RAMOS, 2010, p. 278).

Dessa forma, a estrutura institucional implementada pela CF 1988, estudada como fomentador da expansão das atividades jurisdicionais, aparece também como causa principal do recrudescimento do fenômeno do ativismo judicial. O Poder Judiciário foi estimulado,

---

<sup>87</sup> Com relação à fluidez dos princípios o professor Marcelo Galuppo (1999) ressalta a impossibilidade de hierarquização dos mesmos. Segundo Galuppo, com relação aos princípios não seria apropriado utilizar um modelo escalonado que remete à validade de todas às normas à apenas uma norma. No caso dos princípios seria mais adequado pensar num “sistema composto por várias normas-origem, já que não podemos reduzir os princípios uns aos outros, uma vez que eles são expressão do pluralismo das sociedades complexas contemporâneas.” (GALUPPO, 1999, p. 204). Não é possível assim, de antemão, dizer qual princípio é mais importante, todos são igualmente importantes. Dessa forma, “não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista.” (GALUPPO, 1999, p. 205).

neste novo contexto constitucional, a reforçar o controle jurídico da função legislativa, sendo pressionado constantemente a concretizar de algum modo a Constituição de 1988, o que faz com que ultrapasse, por vezes, “os limites que nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização.” (RAMOS, 2010, p. 288).

Assim, soma-se, ao contexto institucional favorável ao fenômeno do ativismo, a incapacidade das demais funções do Estado em concretizar, de forma razoável, as promessas e projetos constitucionalmente estabelecidos. O ex-presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, em obra recente sobre a política nacional, critica o nosso sistema político, principalmente a atuação do legislativo frente ao executivo. Segundo o autor:

No padrão estabelecido no sistema político brasileiro, uma contrafação de presidencialismo de coalizão, o Executivo tem de mover uma agenda legislativa que abra espaço para a realização de seu programa e encarne as aspirações do povo e do país, expressas nas eleições. Como os partidos não se sentem obrigados a respaldar programaticamente as ações do Executivo, o jogo de interesses prepondera. Os “aliados” (com a possível exceção da maior parte do partido do Presidente e de setores de algum outro partido mais afinado com os propósitos do governo) tudo o que desejam é aumentar a pressão sobre o Executivo para ampliar os respectivos espaços políticos e obter vantagens. Isso leva a transigir com a oposição que, por outros motivos, quer dificultar a vida do governo, além de, obviamente, não compartilhar de seus objetivos. No processo legislativo, um dos resultados dessa situação é que normalmente os projetos que mais contam para a ação administrativa ou de política transformadora vão parar na mão de relatores ou presidentes de comissões que se opõem às diretrizes do governo. Essa prática torna o processo legislativo uma maratona com barreiras. [...] O fato é que, na situação brasileira, o procedimento aberrante de sempre sujeitar a tramitação legislativa à acomodação de interesses grupais e pessoais se tornou norma. (CARDOSO, 2006, p. 445-446).

Fica evidente, pela passagem acima, a incapacidade do aparato governamental brasileiro em atender a produção normativa e a consecução dos fins traçados pela Constituição de 1988. A baixa produtividade normativa, em termos qualitativos, e a redução dos espaços políticos a âmbitos de cooptação de interesses grupais, evidenciam a ausência de um projeto sólido e coerente para o país. O papel de órgão decisório das vontades políticas, classicamente atribuído aos parlamentos, só pode ser cumprido num ambiente de razoável aglutinação e coerência, que permita a uma maioria votar as medidas tidas como necessárias pelo Executivo (RAMOS, 2010, p. 291).

Outro elemento impulsionador do ativismo judicial que merece destaque, específico da realidade brasileira, é “a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal” (RAMOS, 2010, p. 293). A atividade normativa atípica não é uma

participação no exercício da função legislativa, o que é constitucionalmente vedado, mas trata-se de competências normativas exercidas pelo STF que, mesmo não confrontando o princípio da separação dos Poderes, “dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial” (RAMOS, 2010, p. 294).

No contexto do exercício destas competências normativas, merece destaque a criação da súmula vinculante<sup>88</sup>, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que possui, inegavelmente, natureza normativa, “no sentido de que a súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito” (RAMOS, 2010, p. 295). Diferentemente do caso de controle de constitucionalidade, em que o judiciário pode criar normas especificamente para os casos levados à sua apreciação, a possibilidade de edição de súmulas de jurisprudência de observância compulsória se faz ao arrepio da inércia da jurisdição e em total descompasso com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante o acesso dos cidadãos ao judiciário para verem adimplidos seus direitos.

Posto isto, pode-se dizer que entre os fatores<sup>89</sup> de fomentação do ativismo judicial no Brasil, muitos são de ordem geral, como o modelo de Estado provedor, que fez com que tribunais e juízes relevassem, em muitas situações, “a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incube, na ilusão de que podem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente” (RAMOS, 2010, p. 314). No mesmo sentido, de forma significativa, a intensificação do controle abstrato de normas induz ao incremento do ativismo judicial pela maior proximidade da fiscalização de constitucionalidade do exercício da função legislativa (RAMOS, 2010, p. 314). De ordem mais atrelada às especificidades da realidade brasileira, foi destacada a ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto-social democrático, desenhado pela Carta de 1988 (RAMOS, 2010, p. 314). Finalmente, como último fator relevante, foi observado o exercício pelo STF de

---

<sup>88</sup> De acordo com artigo 103-A, acrescido a CF 1988: “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei”.

<sup>89</sup> Além dos principais fatores aqui elencados, Elival da Silva Ramos ainda atribui, no plano da dogmática, razões de impulsão do ativismo judicial. Segundo o autor: “a tendência teórica auto-intitulada de neoconstitucionalismo, a despeito de padecer de inúmeras fragilidades, vem se constituindo em elemento incentivador do ativismo, por haver se disseminado na doutrina brasileira, começando, agora, a influir no âmbito de nossa jurisprudência.” (RAMOS, 2010, p. 314).

competência estritamente normativa, o que inegavelmente se mostra como uma peculiaridade do sistema brasileiro fomentador da criatividade judicial.

A análise das especificidades do ativismo judicial no contexto brasileiro nos permitirá evidenciar, os riscos subjacentes a essa postura para a construção e efetivação de uma cidadania democrática.

#### **4. O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA QUE ANTECEDE OS CIDADÃOS**

Pelo que foi exposto nos capítulos precedentes, pode-se afirmar que interferências externas ou imposições no âmbito da cidadania podem trazer malefícios à ordem democrática. Pontuou-se no primeiro capítulo, o caráter dinâmico e histórico do percurso da cidadania, ressaltando-se a impossibilidade de firmar, de antemão, seus conteúdos precípuos. A partir desta constatação, foi possível refletir, no segundo capítulo, sobre as especificidades da cidadania em desenvolvimento no Brasil. Na oportunidade, foi constatado que o simples provimento de direitos, sem seu corolário lógico à participação, não gera, por si só, avanços no âmbito da cidadania. No terceiro capítulo, adentramos a discussão do ativismo judicial, demonstrando suas especificidades no contexto brasileiro. Foram apresentados casos típicos de posturas ativistas, sendo ressaltados a falta de coerência destas posturas e os riscos que as mesmas trazem à legitimidade democrática.

Dessa forma, partiu-se da construção de um entendimento sobre cidadania, estudaram-se alguns dos dilemas brasileiros, conceituou-se e contextualizou-se o ativismo judicial, para que agora seja possível constatar que uma participação mais intensa do judiciário, manifestada por meio de posturas ativistas, não gera os benefícios almejados. Em outros termos, interferências intensas do judiciário no âmbito político e social, mesmo que tragam benefícios aparentes, não podem ser aceitas por atentarem diretamente contra a democracia por desconsiderarem o texto constitucional e por imporem uma decisão que não é democraticamente construída. Nestes termos, o ativismo judicial equipara-se a uma forma de paternalismo, imbuído do espírito de urgência, que não crê no amadurecimento gradual do cidadão. Continua-se, assim, a edificar-se a realidade por meio do direito.

##### **4.1. O ativismo judicial como forma de paternalismo estatal**

O Judiciário tornou-se, com o advento da Constituição Democrática Social de 1988, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico baseado na interação da sociedade com os partidos na qual a vontade majoritária é produto desta representação. Nesse novo campo, os procedimentos políticos de mediação perderam espaço para os judiciais, sendo o Judiciário

exposto a uma interpelação direta da sociedade, num tipo de relação em “que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 23).

A nova roupagem institucional, na qual o direito invade os âmbitos políticos e sociais, retratada acima como um acontecimento contemporâneo decorrente, muitas vezes, do próprio regime constitucional, não pode ser vista como um mal à democracia, uma vez que, além de decorrer do próprio sistema democrático, o reposicionamento e expansão do judiciário é um fenômeno decorrente da necessidade de tutela e da pressão por maior efetivação dos direitos fundamentais consagrados democraticamente na Constituição.

Nesta perspectiva, parece não restar nenhuma dúvida quanto à importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, devendo seu protagonismo ser compatível com os pressupostos do constitucionalismo democrático (CITTADINO, 2003, p. 19).

O judiciário, convocado a intervir, não pode fechar os olhos aos avanços institucionais que permitiram sua maior participação no jogo democrático. No Brasil, uma república fundada originariamente sem cidadãos e sob os auspícios de um Estado que se sobrepõem à sociedade civil e ao indivíduo, o esforço de construir uma ordem minimamente republicana, decorrente da necessidade de dar significado e coerência ao viver comunitário, não pode estar relegado apenas à responsabilidade dos meios usuais de manifestação política, dominados e ainda explorados por nexos clientelísticos e patrimoniais, nem pode se basear somente em uma referência histórica a valores fundacionais (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 258). No Brasil, a república, com a cultura cívica que lhe corresponde, necessita ainda ser construída em oposição ao estado de coisas efetivamente existente. Essa talvez tenha sido, inegavelmente, a intenção do constituinte de 1988, ao criar um amplo rol de direitos fundamentais, ao ampliar a comunidade dos intérpretes da Constituição e ao garantir mecanismos de acesso à justiça, provendo a sociedade de meios “para lutar contra a naturalização do social adversa à democracia e à cultura cívica, que lhe vem da sua história” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 258).

No entanto, por ter a Constituição munido a sociedade de mecanismos de defesa e promoção de uma ordem republicana e democrática, na qual a cidadania aparece como corolário lógico, não se pode inferir diretamente que a intenção do constituinte fosse a de que o judiciário, em detrimento dos cidadãos, se tornasse o grande sujeito republicano, instaurador da democracia e corretor do passado tortuoso. Parece-nos mais evidente, pelo próprio atributo de Constituição Cidadã, que o constituinte estatuiu todos estes mecanismos para garantir aos

cidadãos todos os meios possíveis de construção e efetivação da cidadania e, conseqüentemente, da própria democracia. O presente estudo não se filia ao entendimento de que a expansão do direito às relações sociais e políticas poderá ocasionar uma redução do tecido da sociabilidade. Muito ao contrário, acredita-se que a expansão do judiciário poderá acarretar uma pedagogia cívica, concretizando direitos a uma parcela considerável da população que se encontrava à margem dos sistemas jurisdicionais oficiais.

Nessa perspectiva, a Constituição promoveu o judiciário como mais uma instância, dentro da ordem institucional, promotora do processo de construção da cidadania e, inevitavelmente, da democracia. Do fato de o Judiciário ter sido inserido como protagonista não decorre que caiba a ele construir a democracia ou a cidadania; cabe a ele, como já evidenciado, garantir todos os meios possíveis para que se atinjam estes fins. Como assevera o professor José Adércio Leite Sampaio:

Não é que as cortes sejam destituídas de um papel importante nos processos de efetivação constitucional. Ao contrário, são elas instrumentos imprescindíveis, embora não centrais, ao funcionamento do sistema político-constitucional. Sem embargo, cabe aos poderes políticos, associados a uma cidadania militante, o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, restando ao judiciário a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado de forma mais adequada, segundo os pressupostos da virtude cívica e da igualdade política dos participantes (SAMPAIO, 2009, p. xiv).

Mencionou-se no segundo capítulo que o fato da precedência dos direitos em relação aos cidadãos, numa intervenção desmedida do Estado, foi um fator extremamente maléfico para o percurso da cidadania. Inegavelmente os direitos são pré-condições “indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática” (SUNSTEIN, 2009, p. 182). Uma cidadania pluralista e um governo autônomo dependem dos direitos, desde que, democraticamente firmados e protegidos. O judiciário pode assim, garantir as “pré-condições para a democracia limitando o poder das majorias em eliminar aquelas pré-condições” (SUNSTEIN, 2009, p. 182). “Um sistema no qual as majorias sejam capazes de limitar as opiniões daqueles que discordam não poderia ser denominado “democrático” em nenhuma medida” (SUNSTEIN, 2009, p. 183). Uma postura incisiva do judiciário neste âmbito é necessária a construção e efetivação da cidadania.

A atuação do judiciário que vier a reconhecer e proteger os “compromissos com a democracia deliberativa” (SUNSTEIN, 2009), intervindo fortemente na tutela de “direitos que são centrais para o processo democrático e cuja violação tem poucas probabilidades de vir a ser remediada por meio da política” (SUNSTEIN, 2009, p. 183), estará em conformidade com

a cidadania historicamente construída e em coerência com os contornos sociais da comunidade política. Neste contexto, os princípios interpretativos devem evitar os “efeitos danosos ao sistema de liberdade de expressão e de participação e representação política” (SUNSTEIN, 2009, p. 183). Nos casos atentatórios a esses sistemas, as “cortes não devem adotar a atitude normal de deferência aos processos legislativos” (SUNSTEIN, 2009, p. 183). Assim, o direito poderá servir como recurso de modelagem social, poderá ajudar na escrita da história contínua da cidadania, mas nunca deverá ser utilizado como instrumento de administração política da cidadania. A verdadeira inovação do constituinte pátrio de 1988 foi fazer do direito “um instrumento de mobilização à participação, orientando-o segundo uma pauta cívica centrada no tema da liberdade e da cidadania ativa” (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 259).

Dessa forma, a expansão do judiciário não é vista como um problema a ordem democrática. O problema reside, na postura ativista por parte dos membros dos órgãos de cúpula deste poder, que, num ato de ilusão contínua, acreditam que podem “melhorar” o estado de coisas com suas decisões salvacionistas. Este tipo de postura salvacionista, na qual o Judiciário se incumba da tarefa de decidir as “importantes” questões de uma determinada sociedade, pode ser observada no que foi consignado pelo Ministro Gilmar Mendes em outra oportunidade recente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 DF, impetrada pela Procuradoria Geral da República, no intento de ver declarada a inconstitucionalidade de parte da Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105 de 2005, que autorizava a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Na oportunidade do julgamento da ADIN, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. [...] dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais (BRASIL, ADIN 3.510, 2010).

As afirmações do ministro não assusta somente a conotação ativista embasado no argumento de ausência de qualquer ruptura ou risco à legitimidade democrática, mas, principalmente, o posicionamento altamente favorável a uma centralização das questões sociais e políticas no STF. A tendência centralizadora, algo razoavelmente comum na política

brasileira, mostra-se, inegavelmente, como antidemocrática, por permitir a concentração das decisões políticas em um único órgão ou instância, ou seja, a adoção de uma postura ativista e centralizadora por parte do STF, órgão que possui força de vinculação de suas decisões sobre os conteúdos materiais da Constituição, pode enfraquecer outras instâncias políticas ou, até mesmo, impossibilitar a manifestação do pluralismo pulverizados nas diversas regiões do país, atributo essencialmente caro para uma sociedade democrática. A postura centralizadora do STF não decorre somente das opiniões de seus ministros; muito ao contrário, está também diretamente ligada ao arranjo institucional brasileiro, como foi demonstrado. Decerto que esse movimento centralizador não deriva de um plano, é fruto de “processos não intencionais que se têm verificado ao longo da afirmação da vida democrática no país e de inovações institucionais de caráter pontual” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.45). De toda forma, posturas centralizadoras apontam para a existência de problemas na formação e manutenção das vontades políticas locais, encaminhando a solução de conflitos regionais para instâncias superiores.

Observa-se com isso a existência de um quadro de intensificação da centralização das decisões de cunho político, desfavorável à manifestação do pluralismo constitutivo da sociedade contemporânea (GALUPPO, 2001), como já afirmado, e que, aliada a uma postura ativista, poderá significar entraves ao desenvolvimento da cidadania e da democracia. O protagonismo do vértice, ou seja, a atuação deliberada do STF, num contexto em que é possível a edição de súmulas que vinculem as demais instâncias do judiciário, converte, na prática, a magistratura em uma “vasta burocracia, disseminada capilarmente em todo tecido social, sob o seu comando centralizado” (VIANNA *et. al.*, 1997, p. 47). Nesta perspectiva, o tema aqui abordado, da desneutralização do Poder Judiciário, caso não seja visto com ressalvas, poderá perversamente "estimular o retorno das marcas anacrônicas do iberismo ilustrado brasileiro, em que uma elite, ao se investir do papel de intérprete privilegiado da reta razão, reclama a obediência da sociedade em nome dos seus ditames superiores” (VIANNA *et. al.*, 1997, p. 47). Iberismo esse que reforça a imagem da centralidade da justiça, como mecanismo de regulação dos comportamentos sociais e dos juristas, como engenheiros e mediadores das relações sociais<sup>90</sup> (HESPENHA, 2006, p. 110).

---

<sup>90</sup> Para António Manuel Hespanha, o imaginário jurídico ganha centralidade na sociedade medieval e moderna, por se assentarem, estas sociedades, sobre o prisma do direito. Segundo o autor: “A sociedade entendia-se, na verdade, como um universo organizado, em que cada coisa e cada pessoa tinham o seu lugar, traduzindo-se toda a política num incessante esforço para manter esta ordem da criação, garantindo a cada um o seu lugar (*ius suum cuique tribuendi*). Já se vê, neste contexto, todas as situações pessoais e sociais eram entendidas como garantidas pelo direito, como direitos adquiridos (*iura quaesita* ou *radicata*) e, assim, o direito tomava o lugar da política

A atribuição de um papel moral ao judiciário, na diminuição das desigualdades sociais, parece, desta forma, decorrer da estatolatria, traço marcante da formação histórica do país que foi mais bem evidenciado no segundo capítulo deste trabalho. Entretanto, o culto ao Judiciário parece ter ocorrido exatamente pelo esvaziamento demiúrgico do Estado, compreendido nas funções legislativa e executiva, que permitiu o deslocamento das questões para outra instância institucional (VIANNA *et. al.*, 1997, p. 240 - 241).

Ocorre que este deslocamento não promove, verdadeiramente, a resolução a que se destina, ou seja, a sagração do Judiciário como terceiro gigante (CAPPELLETTI, 1993), capaz de modificar, ou instalar a realidade, enquadra-se perfeitamente no estereótipo dos movimentos aparentemente reformadores, citados por Sérgio Buarque de Holanda (1997) e experimentados em diversos momentos históricos do país, que, por inspiração intelectual, e um tanto quanto sentimental, acreditavam poder modelar ou construir as formas de vida por meio de leis ou decretos (HOLANDA, 1997, p. 160 – 161). Além do mais, uma atuação judicial nas reformas sociais possui graves limites e entraves institucionais. A intervenção do judiciário em tal seara poderia distrair as energias e recursos da política ou poderia barrar um desfecho político, prejudicando os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças (SUNSTEIN, 2009, p. 186).

A intenção do judiciário, manifestadas em decisões ativistas, em concretizar de modo imediato todo o programa constitucional, abdicando das condições sociais e políticas, fazendo com que a constituição dirigente se divorcie da “diferença ideológica entre os preceitos jurídicos que apontam para uma alteração do *status quo* social e a consciência social que aprova esse *status quo*” (CANOTILHO, 2001, p. 457), erige-se, assim, como mais uma fórmula salvacionista, que incutida da urgência de construir um país e o cidadão, vilipendiam, ainda mais, a cidadania por relegarem completamente o caráter dinâmico e histórico da mesma.

O abandono, por parte do Judiciário, de seu canto neutro e não interventor, numa identificação com a necessidade de preservação dos valores universais transcritos no texto constitucional, não é, mais uma vez, um problema à ordem democrática; o problema reside na postura do judiciário, que como ator coletivo, que, por meio da ação heróica do juiz singular, que, desacreditando nos sistemas convencionais de formação da vontade política, passa a se conceber como instância moral inquestionável que poderá solver o passado e adiantar o futuro. Se a sociedade não se reconhece no seu Estado, nos seus partidos e no seu sistema de

---

(de uma política “regulada”) nos conflitos entre as pessoas, os grupos ou os reinos.” (HESPENHA, 2006, p. 127-128).

representação, não cabe ao judiciário, numa concentração de poder que pode vir a ser atentatória à liberdade, forjar o conjunto de valores éticos-políticos, ou uma concepção do bem (MOUFFE, 1997, p. 65), para dar identidade aos cidadãos a despeito deles mesmos. Aqui parecem apropriadas as considerações de Rosenfeld. Para o autor:

Uma forma de colocar as pessoas envolvidas com a Constituição não é, necessariamente, por meio de aspectos da Constituição que fornecerão um governo melhor, com o qual, talvez, o imaginário da população não se identifique. Antes, porém - o que é de certo modo estranho, e é aqui que eu acho que a noção de identidade constitucional é importante -, é necessário que as preocupações, os sonhos, os pesadelos, os mitos, as lendas, os pontos de referência comuns, históricos etc., estejam na base desse governo constitucional, de forma que possamos conseguir algum laço emocional entre o que o sentimento popular possa ser e o governo, de fato, é (ROSENFELD, 2004, p. 29).

Como visto no primeiro capítulo, a partir das reflexões sobre os alicerces modernos da cidadania e os elementos constitutivos da identidade, o cidadão é uma identidade política conjuntamente e historicamente construída (MOUFFE, 1997), que não pode ser dada ou estatuída, como parece querer fazer as decisões ativistas que são desligadas do imaginário da população.

O que se está aqui indagando é se o Judiciário, que passou de Poder mudo a Terceiro Gigante (CAPPELLETTI, 1993), incumbido pelo seu movimento expansionista de reforçar a lógica democrática, será capaz de se manter nos limites normativos em respeito à soberania popular. Segundo Gisele Cittadino, a questão, é se o Poder Judiciário, “para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados” (CITTADINO, 2003, p. 37).

Responder de forma positiva a esta indagação significará, em verdade, autorizar os tribunais, especialmente o STF, “a agir como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” ” (CITTADINO, 2003, p. 37).

O que está sendo aqui evidenciado não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, ou o crescente número de litígios e órgãos aptos a deles conhecerem, que dão ao judiciário uma enorme capilaridade não experimentada em outras épocas, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, por meio do controle concentrado de constitucionalidade; mais do que isso, preocupa-se com o que vem acompanhado desta evolução, ou seja, toda esta ampliação do judiciário vem sendo acompanhada de “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, 2000, p. 185).

O risco à construção da cidadania reside exatamente neste *locus*, ou seja, uma sociedade que não se reconhece nas suas instituições de representação clássica, dentre outros motivos, pela morosidade e ineficiência das mesmas para concretizar as promessas constitucionais passa agora a cobrar do judiciário posturas intervencionistas, e este, convencido que está de seu papel moral, passa a atuar de forma messiânica, o que, conseqüentemente, segundo Ingeborg Maus, imunizaria “a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita” (MAUS, 2000, p. 187). Além de imunizar os julgados das críticas que a deveriam se sujeitar, posturas ativistas baseadas em concepções ético-morais do direito fazem com que o judiciário escape dos mecanismos de controle democráticos, nas palavras da autora:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito de outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 187).

Dessa forma, como já foi exposto anteriormente, o objeto do presente estudo não se destina a atacar a legítima participação do Judiciário na vida democrática do país. Muito ao contrário, defende-se esta participação de forma adequada, para que não venha a configurar retrocessos no âmbito da cidadania e, conseqüentemente, da democracia. A postura ativista, engajada por pontos de vista morais e de valores, numa tentativa de reestruturação da realidade, não desfavorece o controle democrático, como também “conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular” (MAUS, 2000, p. 189). Para a autora:

Enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”<sup>91</sup>, aprendendo a deduzir para o futuro o “permitido”

---

<sup>91</sup> Sobre a elevação da justiça como instância moral e a experimentação posterior do que foi decidido criativamente pelos tribunais, viu-se recentemente, tanto pela jurisprudência pátria quanto por um membro da mais alta corte do país, um fato no mínimo curioso que colabora com os argumentos de Maus. Realizando um desdobramento de princípios, ferozmente questionado pela doutrina, o STF construiu disciplina normativa sobre o nepotismo. A prática do favorecimento de parentes no provimento de cargos público em comissão ou na designação para funções de confiança foi terminantemente proibida com a edição da súmula vinculante n.º 13. Em abril de 2010 o Ministro, e então presidente do STF, Cezar Peluso, que pela ata dos debates sobre a súmula n.º 13 propôs o texto inicial que foi sumulado, ao montar sua equipe para o exercício da presidência do órgão, nomeou um casal para ocupar cargos em comissão, em violação direta aos preceitos sumulados. Na oportunidade o porta voz do STF esclareceu que a regra deveria ser interpretada claramente, não podendo punir quem está

(extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso (MAUS, 2000, p. 189 - 190).

Nessa passagem, fica mais uma vez evidente que decisões ativistas devem ser vistas com ressalvas pelos riscos que impõem à democracia, na medida em que, baseadas em valores ou predileções morais, podem vir a limitar as liberdades dos cidadãos. O que se tenta mostrar é que mesmo as posturas ativistas que sejam, a princípio, favoráveis à cidadania e ao regime democrático, são perigosas por abrirem a possibilidade de que as decisões, em momentos políticos delicados, sejam também limitadoras dos atributos da democracia.

Se o próprio STF, enquanto interprete da Constituição, não estiver a ela diretamente submetido e engajado na defesa da construção, pelos próprios indivíduos, da cidadania, não há como a democracia ser bem sucedida. Não se pode incorrer no equívoco elitista, muitas das vezes pujante na história do país, como visto no segundo capítulo, de “tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário.” (RAMOS, 2010, p. 316). O tribunal que acreditar estar acima do povo, que aceitar a ideia de que é mais qualificado para executar as mudanças que uma Constituição, como a de 1988 (BRASIL, 2010), visa estabelecer no futuro, encontrar-se “livre para tratar de litígios como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição” (MAUS, 2000, p. 192). É nessa perspectiva que se pode dizer que decisões ativistas “deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores” (RAMOS, 2010, p. 315). Cabe aqui destacar, que a execução dos preceitos constitucionais por parte do Judiciário, por si só, não levarão aos fins que a Constituição almeja. Sobre a utilização salvacionista da Constituição, Canotilho pondera, no prefácio da última edição de seu livro “Constituição Dirigente”, que:

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do Direito constitucional ao *direito internacional* e os *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que

---

realizando seu trabalho honestamente (MATAIS; SELIGMAN, 2010). O Ministro Cezar Peluso, imediatamente após as denúncias, sugeriu a reavaliação da Súmula n.º 13 (MATAIS; SELIGMAN, 2010).

ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais (CANOTILHO, 2001, p. XXIX - XXX).

O ativismo judicial, assim, desponta como um entrave à efetivação dos próprios projetos democráticos almeçados pela Constituição, vez que utiliza as “premissas materiais fundantes das políticas públicas” (CANOTILHO, 2001) e o amplo rol de direitos fundamentais, inscritos no texto constitucional, como artifício para uma suposta transformação emancipatória. Como foi evidenciado acima, num ambiente de apatia política, aliado à tradição de desinteresse pelo público, num contexto de centralização das decisões das questões sócio-políticas, não somente pelo judiciário, mas também, por toda a burocracia estatal influenciada pelo tortuoso pacto federativo brasileiro, no qual a União se sobressai significativamente, a atuação de um judiciário engajado em construir, em detrimento do povo, a democracia, pode esvaziar os significados do regime democrático. O que se está aqui demonstrando é que toda essa engenharia, que tem levado à expansão dos campos de ação da burocracia e à profusão da repercussão das decisões judiciais, “pode vir a tolher, se não for limitada por meios de controle democráticos, a livre movimentação da sociedade civil, em uma estatolatria doce, quase invisível, justificada por sua destinação social” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.45).

Essa estatolatria, tipicamente ligada a uma visão paternalista de Estado, que faz crer na dependência dos tribunais, compromete, significativamente, valores essenciais à democracia, viabilizados pela política que tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e que pode “inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade” (SUNSTEIN, 2009, p. 186). Indiscutivelmente, os “canais políticos são muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes” (SUNSTEIN, 2009, p. 187) do que os mecanismos disponibilizados para o Judiciário. Segundo Cass Sunstein, as “decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais” (SUNSTEIN, 2009, p. 188), sendo que, o “ênfase nos casos sob litígio dificulta aos juízes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial” (SUNSTEIN, 2009, p. 190). De todo modo, não pode ser negado que o controle de constitucionalidade pode “compensar as desigualdades sistêmicas nos processos majoritários” (SUNSTEIN, 2009, p. 188). No entanto, um Supremo Tribunal agressivo é a coisa mais distante de um bem indiscutível, e isso é assim, mesmo que os objetivos desse tribunal sejam sólidos (SUNSTEIN, 2009, p. 188).

Posto isto, pode-se afirmar que cabe aos tribunais atuarem de forma mais incisiva na proteção dos mecanismos de manifestação do pluralismo. Se o legislativo referencia, por meio do processo democrático, a identidade da comunidade política, cabe ao judiciário, em atenção aos preceitos constitucionais, a defesa das demais identidades, que sucumbiram no processo político, para que não sejam elas dizimadas por uma identidade totalitária. Disso se conclui que cabe ao judiciário a defesa da identidade pluralista da comunidade e não a imposição de uma ideia de “bem” que acredite superior as demais. Dessa maneira, o legislativo democrático expressa a identidade de um povo ao permitir que os pontos de referência comuns, históricos, bem como suas aspirações para o futuro, estejam, todas elas, na base de sustentação do governo constitucional (ROSENFELD, 2004), cabendo ao judiciário possibilitar que esta identidade se perpetue de forma plural.

Contrariamente ao que podem sugerir as decisões ativistas, propulsoras dessa estatolatria doce imperceptível ao promover “melhoras” sociais, a democracia “não é apenas uma opção de regime dentre outras igualmente disponíveis em todos os momentos e lugares, mas, mais propriamente, constitui uma resposta a desafios e a aspirações históricas” (DALLMAYR, 2001, p. 13). Dentre essas aspirações históricas, destaca-se o desejo de construção de uma identidade pluralista, por meio da qual nenhum projeto de vida se sobrepõe aos outros e, com base no qual, não é dado ao judiciário construir uma identidade, mas, sobretudo, defender a existência da diversidade, da democracia. E é exatamente por não ser simplesmente uma opção dentre outras, e sim uma conquista histórica, que a democracia não pode ficar à margem, como se fosse uma mera coadjuvante das benesses distribuídas pelo Judiciário. Dar vazão aos fins da Constituição, desconsiderando os meios para tanto, significa negar os pressupostos democráticos. Nesta perspectiva, a democracia deve ser concebida tanto como um regime de meios, por viabilizar a promoção das alteridades e do pluralismo num ambiente de constante embate e incerteza (MOUFFE, 1996), quanto uma finalidade distante, em contínua construção. Sendo assim concebida, é de se esperar de sua lógica uma transcendência dos utilitarismos ou dos regimes de eficiência, vez que está tão preocupada com os meios do quanto com os fins.

É essa percepção que nos leva a afirmar que decisões ativistas, certamente utilitaristas, desatendendo os fins democráticos, na urgência em adiantar o futuro, nos lança diretamente em nosso passado, ou seja, a desconsideração dos meios, numa atitude provedora e de tutela, remete-nos aos braços do Estado paternalista, ao governante magnânimo e salvador (CHAUÍ, 2000) numa relação contínua que produz clientes do Estado e não, efetivamente, cidadãos.

Dessa forma, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto o seu pouco uso, podendo-se dizer, à guisa de conclusão que, se antes tínhamos uma democracia com cidadania de “baixa intensidade” (O’DONNELL, 1993, p.133) ou seja, uma democracia na qual os preceitos formais de participação política ou de manifestação da vontade eram respeitados, mas o componente “liberal” da democracia, como direitos individuais, acesso à justiça, eram frequentemente violados; agora passamos a desfrutar de uma cidadania tutelada por meio de um judiciário ativista, messiânico, que, mesmo em um regime democrático, traz à tona a aceitação, por parte da sociedade, do paternalismo, forma velada de autoritarismo, que concebe a democracia apenas como questão secundária, numa atitude perversa que nega percurso histórico da cidadania realizando a desfragmentação do sujeito cidadão em sujeito cliente.

#### **4.2. A defesa do pacto democrático**

A nossa precípua preocupação, no âmbito da presente dissertação, foi evidenciar os problemas incidentes no âmbito da cidadania e da democracia brasileira decorrentes de práticas judiciais tidas como ativistas.

Para que pudéssemos empreender a análise dos impactos do fenômeno do ativismo judicial para a cidadania e a democracia na realidade brasileira, mostrou-se necessário, de princípio, evidenciar a perspectiva de cidadania que viria a servir de substrato para as reflexões subjacentes.

Em razão disso o percurso se iniciou pela análise das principais características que poderiam definir a cidadania. Para tanto, foram apresentados os alicerces políticos e filosóficos da concepção moderna de cidadania. Nesta direção, foram apresentadas às principais marcações teóricas que serviram de substrato morfológico para a formulação e desenvolvimento da cidadania. A partir desta apresentação, foi possível evidenciar a primeira concepção de cidadania que nos pareceu mais significativa, ou seja, o entendimento da cidadania enquanto um processo de aquisição de direitos nas diferentes esferas do viver individual ou comunitário. Como já de início esta concepção nos pareceu insuficiente, tentamos encontrar outra característica fundamental à cidadania que não estivesse cingida apenas a uma conotação jurídica. Nessa imersão, evidenciou-se a necessidade de resgate do âmbito político da cidadania na medida em que cria significações para vida gregária, para o

viver junto e permite, aos cidadãos, que refaçam constantemente seus projetos de futuro. Nessa perspectiva, a cidadania foi apresentada como uma identidade não apenas jurídica, mas, sobretudo, uma identidade cultural e histórica que possibilita elaborar um projeto de sociedade a partir das diversas interações dos níveis pessoais e sociais. É daí que emerge uma concepção de cidadania como identidade, como uma costura da diversidade, de interações do passado com o futuro, num processo nunca dado, e sim, construído e reconstruído num ambiente de incerteza e dúvida decorrentes da impossibilidade de se dizer, de antemão, o que necessita antes ser experimentado.

O caminho aberto por esta perspectiva nos levou a constatação da impossibilidade de se definir, previamente, os conteúdos e formas da cidadania, por ser ela um processo histórico e dinâmico, tanto da aquisição de direitos quanto da formulação de uma identidade política compartilhada. A constatação que se chegou levou-nos a crer que a concepção de cidadania apresentada, desvinculada de um conceito pré-determinado, está em plena conformidade com a construção e afirmação de um projeto democrático, na medida em que este seria marcado por aquilo que Chantal Mouffe (2001) designou como “agonismo”, ou seja, a manifestação dos interesses, das paixões antagônicas, do pluralismo dos cidadãos no jogo político através dos meios legalmente instituídos, que por meio do confronto, do embate, permite à manifestação da identidade democrática, nunca imposta, nunca pronta, sempre por se fazer. O que se evidenciou na oportunidade, é como democracia e cidadania se complementam e se alimentam, ou seja, o ambiente democrático fomenta a manifestação das diversidades que viabiliza o processo de construção das identidades e é exatamente na manifestação da pluralidade que emerge os antagonismos, os embates entre paixões prestes a explodirem que são, em essência, a força motriz da democracia. Dessa forma, a primeira constatação a que chegamos foi a de que democracia e cidadania são não apenas conceitos correlatos, mas, sobretudo, meios e modos de expressão e ampliação um do outro.

Com essas ponderações iniciais, coube-nos lançar olhos sobre as nuances do percurso da cidadania no Brasil para que pudéssemos refletir tanto sobre as identidades que vêm sendo construídas, quanto sobre os meios utilizados para a sua construção. A partir de uma visão retrospectiva, com base em importantes marcações teóricas, buscou-se apresentar alguns traços identificadores que marcaram, conjunturalmente, a construção e desenvolvimento da cidadania entre nós. Mais do que expor fragilidades ou conotações preconceituosas sobre a cidadania no Brasil, tentou-se demonstrar os principais entraves para a sua plena estruturação e desenvolvimento. As visões apresentadas não são imunes a críticas e desconfianças, vez que podem se apresentar como pessimistas ou preconceituosas, entretanto, é inegável também que

fazem parte de nossas auto-representações e que, por isso, possuem atributos de identificação que não podem ser desconsiderados. Como foi evidenciado anteriormente, o percurso da cidadania é também um caminho de reconhecimento, por meio do qual, se repensa e se refaz o passado em atenção aos desejos e expectativas do futuro. Foi com isso em mente que se apresentou algumas questões incômodas, por sua contrariedade aos pressupostos liberais e republicanos que orientam a base das contemporâneas democracias representativas, como o “jeitinho” e o “patrimonialismo”, tão presentes ainda em nossa realidade e que, por isso, não podem ser desconsideradas ou, simplesmente, superadas, em uma desconexão histórica, por um ato de ruptura com o passado, como parece almejar os prolatores de decisões ativistas.

Toda esta construção, feita no segundo capítulo, levou em consideração os enunciados de prudência de José Carlos Reis (1999; 2006), para quem uma sociedade não pode mudar apenas por um querer, mesmo a vontade forte e determinada de um Poder do Estado, não poderá desconsiderar que a mudança é um esforço penoso, uma luta constante entre os homens do passado e do presente, que é feita no ritmo próprio da sociedade. É isso que nos permite dizer que os avanços e retrocessos, no âmbito da cidadania no Brasil, estão em conformidade com o nosso percurso histórico. O que nossa experiência histórica, sucintamente evidenciada no segundo capítulo do presente trabalho, nos permite dizer, é que não adianta quereremos “pular etapas” no campo de ação da cidadania e da democracia, uma vez que o que verdadeiramente importa, nestes âmbitos, é o percurso, o caminho que é cotidianamente construído e construtor, ou seja, mais importante do que atingir os fins de maneira eficiente é experimentar os meios que nos ensinarão a permanecer no caminho.

Esse olhar sobre a cidadania no Brasil nos conduziu ao objetivo precípua da presente dissertação, qual seja o de indagar se uma atuação mais ativa por parte do judiciário poderia significar avanços ou retrocessos na construção e efetivação da cidadania e da democracia.

Como visto este caminho foi percorrido partindo-se da compreensão de dois fenômenos contemporâneos, judicialização e ativismo judicial, em muitos aspectos parecidos, mas, na essência, com razões e significações distintas. Na oportunidade, foi evidenciado que o aumento do papel e das funções do judiciário na contemporaneidade, se deu, em grande medida, por razões políticas e institucionais como fortalecimento da democracia, a independência e autonomia do judiciário e do Ministério Público, constituições mais abrangentes com um rol de direitos fundamentais extenso decorrente, entre outras razões, do modelo de Estado interventor ratificado nos pressupostos do “Welfare”.

Desencadeado por razões parecidas, ou até mesmo fazendo parte do próprio fenômeno de judicialização, temos o fenômeno do ativismo judicial que foi conceituado como uma

anomalia no exercício da atividade jurisdicional, por representar uma extrapolação das atribuições típicas desta função. Mais do que a análise dos aspectos morfológicos das decisões tidas como ativista, nos importou apresentar a falta de legitimidade democrática destas decisões e, principalmente, o paradoxo histórico que tal posicionamento poderá acarretar.

Por mais que o constituinte almejasse a construção de uma ordem social e democrática, a democracia e a cidadania, enquanto seu corolário, não podem ser instituídas ou criadas a passos largos, em desconsideração com a história. É nessa perspectiva que o ativismo judicial revela a postura de uma elite jurídica que parece ter pressa, que quer instaurar, imediatamente, os projetos democráticos e amancipadores da Constituição de 1988. Entretanto, essa elite, incorrendo talvez nos mesmos erros de nossa elite imperial, parece ter enorme apreço pelo novo, pelo futuro, pelo desenvolvimentismo, como se fosse possível mudar o curso da história a um só golpe. O que se tentou aqui demonstrar, é que tanto cidadania quanto democracia possuem ritmos próprios que sofrem fluxos e refluxos, que não podem ser desconsiderados apenas com base na concretização imediata de direitos.

Inegavelmente, essa postura criticada decorre também de uma crise de identidade pela qual vem passando o judiciário, ou seja, a inércia e ineficiência das esferas representativas clássicas, como Executivo e Legislativo, lega ao judiciário a responsabilidade por maior intervenção.

Portanto, a ideia central deste trabalho lançou-se da compreensão dos pressupostos de uma cidadania democrática, da visualização de seus elementos mais precípuos, com a menção a elementos significativos do percurso da cidadania no Brasil, passando pela análise do rearranjo institucional que sofreu o judiciário após a promulgação da Constituição de 1988, colocando-o como protagonista na cena democrática, e, por fim, refletindo sobre as posturas ativistas por parte deste judiciário que foi re-significado, para se concluir que o ativismo judicial pode se manifestar como um paternalismo disfarçado, que em desconsideração ao tempo histórico da cidadania e da democracia tenta adiantar o futuro lançando-nos, novamente, as nossas mais caras dificuldades históricas.

Portanto, não cabe ao judiciário resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar da sociedade. Ele só não pode como também não deve, se incumbir de tais tarefas, “sob pena de mergulharmos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor” (GARAPON, 2001, p. 265). O judiciário jamais nos livrará “do escrúpulo por ter que fazer política” (GARAPON, 2001, p.265), porém ele poderá proteger continuamente o pacto democrático nos estimulando “a inventar uma nova cultura política” (GARAPON, 2001, p. 265), que permita aos cidadãos se

reconhecerem e serem reconhecidos em seu, e pelo, seu direito. A guisa de conclusão, pode-se dizer que a cidadania não pode ser construída sem a participação do seu elemento primordial, ou seja, o próprio cidadão. De toda forma, isso não quer dizer que a cidadania prescindia de um guardião, de um conselheiro, que mostre o caminho quando isso se fizer necessário.

## 5 CONCLUSÃO

Tendo em vista a proposta desenvolvida na presente dissertação, no primeiro capítulo foi traçado o percurso da cidadania moderna, evidenciando seus alicerces teóricos e sua concepção usual, para que pudéssemos fornecer um entendimento sobre a cidadania adequado aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Este estudo demonstrou que a cidadania possui conteúdos abertos, que não são fixados aprioristicamente, mas sim, historicamente construídos nas lutas por reconhecimento, na busca da afirmação de uma identidade pluralista.

Ao longo desta pesquisa, busquei firmar a essencialidade deste entendimento, mostrando como a ideia de cidadania, como identidade historicamente configurada, adéqua-se aos pressupostos e princípios democráticos ao pressupor a coexistência de identidades plurais, de projetos de vida diferentes, sem imposição ou sobreposição. Busquei demonstrar que este pluralismo manifesta-se na disputa, no “agonismo” (MOUFFE, 2001) do jogo democrático, servido a cidadania como um princípio articulatório entre os direitos positivados e as identidades constantemente configuradas e reconfiguradas no percurso histórico. A cidadania, assim concebida, torna evidente que o direito posto, os enunciados normativos efetivamente vigentes e aplicados, devem refletir, de algum modo, a manifestação desta identidade pluralista.

Evidenciado estes dois atributos essenciais da cidadania, o âmbito jurídico e o âmbito da identidade, fiz no segundo capítulo, com o objetivo de superar descontinuidades históricas que negam ou mitificam o passado, uma pequena incursão nos aspectos norteadores da cidadania no Brasil. Se no primeiro capítulo foi construído o entendimento de cidadania como um processo infundável, sempre sendo feito em um constante “vir-a-ser” que permite a articulação entre os desígnios do passado e os desejos do futuro, no segundo capítulo, evidenciei os percalços e retrocessos de uma cidadania entendida como dádiva, como favor, concedido pelo Estado ou pelo governante magnânimo, como comumente praticado no âmbito político brasileiro, que relega a construção da nossa história e da nossa identidade ao Estado, ao governo e não o contrário.

No terceiro capítulo, defini o ativismo judicial, destaquei os principais elementos fomentadores do crescimento da atividade jurisdicional, evidencie as peculiaridades do fenômeno no contexto democrático brasileiro, apresentando exemplos paradigmáticos de posturas ativistas nos tribunais superiores. Na oportunidade, destaquei os riscos trazidos pelas

posturas ativistas à legitimidade democrática, por extrapolarem o âmbito de atuação jurisdicional.

O capítulo que encerra a presente pesquisa objetivou articular os elementos trabalhados nos capítulos precedentes. A partir da concepção desenvolvida no primeiro capítulo, da cidadania como um princípio articulatório entre direito e identidade que não possui conteúdos pré-determinados, e com base no que foi constatado no segundo capítulo, ou seja, o argumento segundo o qual as interferências estatais e governamentais no âmbito da cidadania e da democracia trouxeram inegáveis retrocessos a estas duas instâncias no Brasil, constatei, no último capítulo, que o ativismo judicial pode vir a ser, caso não seja visto com ressalvas, uma forma velada de paternalismo estatal. Conclui, na oportunidade, que o Poder Judiciário não pode se elevar ao posto de sujeito republicano, responsável por construir a cidadania e a democracia. Demonstrei, com base no argumento construído no segundo capítulo, que imposições e intervenções do Judiciário, mesmo com objetivos sólidos, em áreas que deveriam ser decididas e construídas por meio da cidadania política, são prejudiciais tanto ao percurso da cidadania quanto à construção e afirmação da democracia.

Encerro estas considerações finais chamando a atenção para a necessidade de cuidado com a ordem democrática. Não se pode mudar todo o passado a um só golpe, porque se quer mudar. As diretrizes inscritas na Constituição deverão ser atingidas, no entanto, a democracia é também uma das promessas do texto constitucional, o que torna evidente a necessidade de atingir os fins respeitando-se os meios. Talvez a democracia seja a grande promessa do constituinte e o grande desafio ao cidadão brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Durval Muniz de. **Nordestino uma invenção do falo**: uma história do gênero masculino. Maceió: Edições Catavento, 2003.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: Sociedade e poder. *In*: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: volume 1 : Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 111 – 185.

ALVARES, Rodrigo. “Eu vou ser a mãe do povo brasileiro”, afirma Dilma Rousseff em Natal. **ESTADÃO**. Blog Radar Político, 28 de julho de 2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2010/07/28/eu-vou-ser-a-mae-do-povo-brasileiro-afirma-dilma-rousseff-em-natal/>> Acesso em 28 de Setembro de 2010.

AVELINO, George. Cordialidade e Civilidade em Raízes do Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 5, n. 12, 1990.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill: Liberdade e representação. *In*: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: volume 2 : Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 189 – 223.

BAQUERO, Marcelo. Cultura política participativa e desconsolidação democrática: reflexões sobre o Brasil contemporâneo. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, Dezembro. 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392001000400011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400011&lng=en&nrm=iso)> Acesso em 09 de setembro de 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBALET, J. M. **Cidadania**. Lisboa: Estampa, 1989.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual que os outros. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARRERO, Zapata, R. **Cidadania, democracia y pluralismo cultural**: hacia um nuevo contrato social. Barcelona: ANTHROPOS, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18/>> Acesso em 27 de outubro de 2010.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**. Trad. Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: UNB, 1986.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOBBIO, Norberto. VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da república**. Os grandes temas da política e da cidadania. Tradução Daniela B. Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2000. 2v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 11.tir.rev.atual. São Paulo; Malheiros, 2002.

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

BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. *In*: NOVAES (Org.), Adatao. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 346 – 365.

BRANDÃO, Jacyntho José Lins. Ficções. *In*: BRANDÃO, Jacyntho José Lins. **Antiga Musa: (arqueologia da ficção)**. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2005. Cap. 6, p. 115 – 143.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n.º 64580. Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. **Publicado em Sessão**, Brasília, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT17087377&sectionServer=TSE&docIndexString=0>> Acesso em: 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)> Acessado em: 02 de dezembro de 2010.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 52**, de 08 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm)> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. **Lei 11.105/05**. Lei de Biossegurança. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm)> Acesso em: 02 de dezembro de 2010.

BRASIL. **Lei 11.340/06**. Lei Maria da Penha. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2010.

BRASIL. **Lei 9.099/95**. Lei dos Juizados Especiais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>> Acesso em: 29 de novembro de 2010.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 135/2010**. Lei Ficha Limpa. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm)>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 de março de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1351%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 01 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2626/DF. Relator Sydney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1351%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>

LA%2E+E+2626%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2626%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2628/DF. Relator Sydney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 de março de 2004. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2628%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2628%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.51/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário da Justiça**, Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 02 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3685. Relatora: Ministra Ellen Gracie. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3685%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2183245>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 631102. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça**, Brasília, 08 de novembro de 2010. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3964129>> Acesso em: 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, Brasília, dezembro de 2010. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> Acesso em: 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 13. **Diário da Justiça** n.º 214, Brasília, 13 de novembro de 2008. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em: 03 de dezembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n.º1120-26/DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. **Diário de justiça**, Brasília, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT6173005&sectionServer=TSE&docIndexString=0>> Acesso em: 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. Consulta n.º 715/DF. Relator Ministro Jacy Garcia Vieira. **Diário de justiça**, Brasília, 15 de março de 2002. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirDadosProcesso.do?nproc=715&sgcla=CTA\\_&nprot=115522001&comboTribunal=tse&tipoProcesso=J](http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirDadosProcesso.do?nproc=715&sgcla=CTA_&nprot=115522001&comboTribunal=tse&tipoProcesso=J)> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 22.526. Consulta n.º 1.398/DF. Relator Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário de justiça**, Brasília, 08 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirDadosProcesso.do?nprot=29782007&comboTribunal=tse>> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007. **Diário de justiça**, Brasília, 30 de outubro de 2007. Disponível em: <[http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/codigo\\_eleitoral/res22610.html](http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/codigo_eleitoral/res22610.html)> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

BURITY, Joanildo Albuquerque. Identidade e Cidadania: a cultura cívica no contexto de uma nova relação entre sociedade civil, indivíduos e estado. **Cadernos de Estudos Sociais** (FUNDAJ), Recife, v. 15, n. 2, p. 223-253, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Anna Maria de Souza Monteiro. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 24, n. 2, 1990, p. 47-56.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, José Murilo de. A cidadania na encruzilhada. *In*: BIGNOTTO, Newton. **Pensar a república**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial; Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. Terra do nunca: sonhos que não se realizam. *In*: BETHELL, Leslie (Org.). **BRASIL**: fardo do passado, promessa do futuro: dez ensaios sobre política e sociedade brasileira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 47-75.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade Mineira de Direito** (PUCMG), v. 10, p. 87-104, 2007.

CHAUI, Marilena de Souza. O mito fundador. *In*: CHAUI, Marilena de Souza. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. Cap. 5, p. 57 – 93.

CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. *In*: NOVAES (Org.), Adauto. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 488 – 557.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Alceu** (PUCRJ), Rio de Janeiro, v. 5, n.º 9, p. 105 – 113, jul./dez 2004.

CITTADINO, Guimarães Gisele. Privatização do Público No Brasil: Negação do Conflito X Paradigma do Entendimento. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 33-52, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas de Nivelamento**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

COSTA, Jurandir Freire. **Narcisismo em tempos sombrio**. 1988. Disponível em: <[http://jfreirecosta.sites.uol.com.br/artigos/artigos\\_html/narcisismo.html](http://jfreirecosta.sites.uol.com.br/artigos/artigos_html/narcisismo.html)> Acesso em: 20 de Setembro de 2010.

COUTINHO, Carlos Nelson. Cidadania e modernidade. **Perspectivas**. São Paulo. V. 22, p. 41-59, 2002.

CUNHA, Luciana Gross; et al. Relatório ICJBrasil 3º trimestre 2010. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/Default.aspx?PagId=DKHFMLQM&navid=1262>> Acesso em: 21 de dezembro de 2010.

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugida: Algumas reflexões modernas e pós-modernas. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001. p. 11 – 38.

DaMATTA, Roberto. **A casa & a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997 a.

DaMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997 b.

DaMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DUBAR, Claude. Para uma teoria sociológica da identidade. *In*: DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 5, p. 133-159.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à Literatura. *In*: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cap. 6, p. 217 – 249.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. *In*: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

FAORO, Raymundo. **Donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Systemas**, Campo Grande, Ano 1, n. 2, p. 55 – 71. Disponível em: <<http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21>> Acesso em: 25 de novembro de 2010.

FOLLMANN, José Ivo. Identidade como conceito sociológico. **Ciências Sociais UNISINOS**, v.37, n.158, p. 43-66, jan./jun. 2001.

FONSECA, Eduardo Giannetti da. **Vícios privados, benefícios públicos?**: A ética na riqueza das nações. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 43. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Constituição pode fundar uma República? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 10, p. 39 – 49, jul/dez. 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da Literatura. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 263 – 276.

GALUPPO, Marcelo Campos. A legitimidade do Judiciário. **Estado de Minas**, Coluna Opinião, p. 09, 08 de novembro de 2008. Disponível em:  
<<http://www.pgmsadvogados.com.br/Artigos.html>> Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.s). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47 – 65.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. p. 515-530.

GALUPPO, Marcelo Campos. O Direito Civil no contexto da superação do Positivismo Jurídico: a questão do sistema. *In*: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213 – 238.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 143, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos; LOPES, Samarah Rejany Motta. **A Violência doméstica contra a mulher no Brasil: a Constitucionalidade da Lei Maria da Penha frente ao princípio da isonomia entre sexos.** 201- [Artigo não publicado].

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

GOLDENBERG, Ricardo David. **No círculo cínico, ou, Caro Lacan, por que negar a psicanálise aos canalhas?** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

GORCZEVSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? *In*: GORCZEVSKI, Clóvis (Org). **Direitos Humanos, Educação e Cidadania.** Porto Alegre: UFRGS, 2007.

GUERREIRO, Gabriela. Avaliação do presidente Lula bate recorde. **FOLHA ONLINE.** São Paulo, 17 de maio de 2010. Disponível em:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u736242.shtml>> Acesso em 11 de outubro de 2010.

HABERMAS, Jürgen. Justiça e Legislação sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. Cap. VI, p. 297 – 354.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 7. ed. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HONNETH, Axel. Atualização sistemática: a estrutura das relações sociais de reconhecimento. *In*: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Reapa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. Cap. II, p. 117 – 224.

KARNAL, Leandro. Revolução Americana: Estados Unidos, liberdade e cidadania. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 134 – 157.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KNOX, Winifred. Brasil: Mito fundador (Resenha). **Revista Inter - Legere**, Rio Grande do Norte, v. 1, p. 1-3, 2007.

KONDER, Leandro. Socialismo: Idéias que romperam fronteiras. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 171 – 189.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUCA, Tânia Regina de. Direitos Sociais no Brasil. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 469 - 493.

MABBOTT, J D. **O Estado e o cidadão**: Uma introdução a filosofia política. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal**: origens e evolução. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MACPHERSON, Crawford Brough. Raízes da Teoria Liberal-Democrática. *In*: MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo de**

**Hobbes até Locke.** Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. Cap. 1, p. 13 – 20.

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

MATAIS, Andreza; SELIGMAN, Felipe. Supremo diz que súmula do nepotismo não pode punir os “honestos”. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 22 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/754878-supremo-diz-que-sumula-do-nepotismo-nao-pode-punir-honestos.shtml>> Acesso em: 03 de dezembro de 2010.

MATTOS, Patrícia. Axel Honneth: formas do desrespeito social. **Mente, cérebro e filosofia,** v. 8, p. 58-67, 2008.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP,** São Paulo, n.º 58, p. 183 – 202, novembro de 2000.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. *In:* WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política:** volume 1 : Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 79 – 110.

MENDES, Antônio Celso. **Filosofia Jurídica no Brasil.** São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Champagnat, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. **Caderno de Direito Constitucional** EMAGIS, Porto Alegre, 2006.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo antigo e moderno.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MESURE, Sylvie; RENAUT, Alain. A discussão republicana do liberalismo moderno. *In:* RENAUT, Alain. (org.) **História da Filosofia Política.** 4. As Críticas da Modernidade Política. Trad. Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, 2002. Cap. 3, p. 255-290.

MILL, John Stuart. **Considerações Sobre o Governo Representativo.** Tradução de Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Arcádia, 1973.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Marachco. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MORAES, Lúcio Flávio Renault de; MAESTRO FILHO, Antonio Del; DIAS, Devanir Vieira. O paradigma weberiano da ação social: um ensaio sobre a compreensão do sentido, a criação de tipos ideais e suas aplicações na teoria organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**. 2003, vol.7, n.2, p. 57-71.

MORDAINI, Marco. Revolução Inglesa: Respeito aos direitos dos indivíduos. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

MOUFFE. Chantal. A cidadania democrática e a comunidade política. **Estudos de sociologia**. São Paulo, v. 2, n. 2, 1997.

MOUFFE. Chantal. Identidade democrática e política pluralista. *In*: MENDES, Cândido; SOARES, Luiz Eduardo. **Pluralismo cultural, identidade e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MOUFFE. Chantal. **O regresso do político**. Tradução Ana Cecília Simões, revisão científica Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. *In*: **Os clássicos da política**: volume 1 : Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 187 – 241.

NUBLAT, Johanna. 'Fui mal interpretado', diz juiz que ligou mulher à desgraça. **FOLHA ONLINE**. São Paulo, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u339568.shtml>> Acesso em 16 de janeiro de 2011.

ODALIA, Nilo. Revolução Francesa: A liberdade como meta coletiva. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 159 – 169.

ORTEGA Y GASSET, José. Porque as massas intervêm em tudo e porque só intervêm violentamente. *In*: ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Tradução de Herrera Filho 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero Americano, 1962. Cap. VIII, p. 125 – 135.

PARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. Registro de Candidatura n.º 64580. Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão. **Publicado em Sessão**, Belém/PA, 04 de agosto de 2010. Disponível em:  
<<http://www.tse.gov.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=PA&processoNumero=64580&processoClasse=RCAND&decisaoData=20100804&decisaoNumero=23195&noCache=0.3576363108209753>> Acesso em: 25 de janeiro de 2011.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

QUIRINO, Célia Galvão. Tocqueville: sobre a liberdade e a igualdade. **In**: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: volume 2 : Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 149 – 188.

RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo? **Síntese: revista de Filosofia**, Belo Horizonte, n.105, p.77-115, jan. 2006.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. 3º tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, José Carlos. **As identidades do Brasil**, n 2: de Calmon a Bomfim: a favor do Brasil: direita ou esquerda? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

REIS, José Carlos. **As identidades do Brasil**: de Varnhagen a FHC. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. **A etiqueta no Antigo Regime**: do sangue à doce vida. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social**: o alto custo da vida pública no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000c.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. *In: Pensar a República*. BIGNOTTO, Newton. (Org.). Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000b. p. 13 – 26.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. *In: Os clássicos da política: volume 1* : Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. São Paulo: Ática, 2000a. p. 51 – 77.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Campinas (SP): Papyrus, 1994 - v. 1.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan/jun. 2004.

ROUQUIÉ, Alain. O mistério democrático: das condições da democracia às democracias sem condições. *In: ROUQUIÉ, Alain; LAMOUNIER, Bolívar; SCHVARZER, Jorge. (Orgs.). Como Renascem as Democracias*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 19 – 45.

Rousseau, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SADEK, Maria Tereza. Ativismo Judiciário a pleno vapor. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. J4 - J4, 31 ago. 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n.51 , , p. 79-101, mai./ago.2004.

SAES, Décio Azevedo Marques de. Cidadania e capitalismo: uma crítica à concepção liberal de cidadania. **Crítica Marxista**, São Paulo, n. 16, p. 9-38, 2003.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Sobre Cass Sunstein e a neutralidade constitucional. *In: SUNSTEIN, Cass R. A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 7.ed. São Paulo: Nobel 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: volume 2 : as questões clássicas. São Paulo: Ática, 1994.

SELIGMAN, Felipe. CNJ afasta juiz de MG que chamou Lei Maria da Penha de "conjunto de regras diabólicas" **FOLHA ONLINE**. São Paulo, 09 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/827860-cnj-afasta-juiz-de-mg-que-chamou-lei-maria-da-penha-de-conjunto-de-regras-diabolicas.shtml>> Acesso em 16 de janeiro de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** - UFMG, Belo Horizonte, nº 60/61, jan/jul de 1985.

SKINNER, Quentin. **A liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Fiker, São Paulo: Editora UNESP, 1999.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la Razon Cinica**. Madrid: Taurus, 1989. 2v.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista á decisão do STF na ADIN 3685. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, RS, v.8, n.37, p. 69 – 94, maio/junho de 2006.

SOUZA, Jessé . Uma Teoria Crítica do Reconhecimento. **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 50, p. 133-158, 2000.

SOUZA, Jessé. A sociologia dual de Roberto da Matta: Descobrimo nossos mistérios ou sistematizando nossos auto-enganos? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. 2001, vol. 16, n. 45, p. 47 – 67.

SOUZA, Mériti de. **A experiência da lei e a lei da experiência**: ensaios sobre práticas sociais e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TORRES, Izabela; RIZZO, Alana; ABREU, Diego. Índice de 21,5%, abstenção no segundo turno bate recorde no país. **Correio Brasiliense**, Brasília 1ª de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/11/01/terna\\_eleicoes2010,221122/index.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/11/01/terna_eleicoes2010,221122/index.shtml)> Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243 – 342.

Tribunal Superior Eleitoral. **Glossário eleitoral**. Disponível em: <[http://www.tse.gov.br/internet/institucional/glossarioeleitoral/termos/abstencao\\_eleitoral.htm](http://www.tse.gov.br/internet/institucional/glossarioeleitoral/termos/abstencao_eleitoral.htm)> Acesso em 07 de outubro de 2010.

TUSHNET, Mark. Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 82, n.º 7, junho de 2004. p. 1895 – 1920. Disponível em: <<http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4742/tushnet.pdf>> Acesso em: 28 de dezembro de 2010.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, n.º 8, p. 407-440, jul/dezembro de 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Judicialização da Política: Conceitos, Caminhos, Problemas. *In*: VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>> Acesso em: 13 de janeiro de 2011.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. Weber e a interpretação do Brasil. *In*: Jessé. **O malandro e o protestante**: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira. Brasília: UnB, 1999, p. 174-193.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete Anos de Judicialização da Política”. **Tempo Social**, São Paulo, vol. 19, n.º2, pp. 39 – 85, nov. 2007.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WEBER, Max. Dominação Patriarcal e Dominação Patrimonial. *In: Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Ed. UnB, 1999. v. 2. Seção 3, Cap. IX, p. 233 – 287.

WEFFORT, Francisco C. Marx: Política e revolução. *In: WEFFORT, Francisco C. Os clássicos da política*: volume 2 : Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 225 – 278.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.