

Gilberto Carvalho Guerra Pedrosa Ribeiro

Entre “Esquadros e Trapézios”:

Reflexões sobre os limites democráticos da jurisdição constitucional do Supremo
Tribunal Federal

Brasília - DF
2014

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Juliano Zaiden Benvindo

Co-orientador: Marcelo da Costa Pinto
Neves

DEDICATÓRIA

A quem sempre me faltará um beijo e abraço de despedida, Celina Pedrosa da Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, todo o quadro de professores, discentes e funcionários, representados por Elizeu, Euzilene e Valgmar, e dos alunos da graduação que compartilharam o cotidiano da universidade comigo.

Agradeço ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília nas pessoas dos professores Pablo Holmes e Alexandre Araújo Costa, a quem devo muitas das reflexões que permeiam o conjunto deste trabalho, os ensinamentos entre várias discussões, sobretudo, a convicção de manter sempre uma postura crítica diante das próprias ideias.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior por contribuir com a execução do presente trabalho possibilitando uma bolsa de estudos.

Aos meus amigos, Macell Leitão, Eduardo Meneses, Liana Osório, Priscila Osório, Leonardo Albano, Rodrigo Pinto e Nina Cunha, pela dolorosa ausência e pela paciência de todos ao me afastar um pouco de Floriano e Teresina com a vinda a Brasília.

Aos amigos que a vida me trouxe no mestrado, Fábio Portela, Pablo Holmes, Douglas Zaidan, Maurício Palma, Vinícius Franzoi, João Costa, Fabrício e Rodrigo Bonecini, Thiago Moreira, Mateus Utzig, Daniele Kleiner, Mônica Alves, Kátia Azambuja, Renata Albuquerque, além de pesquisadores brilhantes, companhias indispensáveis durante toda essa jornada. Quero dedicar minha gratidão eterna a Carina Calabria por me acompanhar em grande parte do percurso de elaboração dessa dissertação e da vivência em Brasília, quem estimulou em mim o exercício diário do debate e da crítica e me ensinou a conter-me diante de minhas exasperações, sempre com um jeito amistoso peculiar. Obrigado a todos por compartilharem seus momentos de alegria comigo. Obrigado, Carina, em especial.

Aos companheiros dos Grupos de Pesquisa: República (CCHL/UFPI), em especial, Nayara, José Nunes e Macell Leitão, e ao professor Nelson Juliano Cardoso Matos, a quem devo as primeiras inspirações em seguir a vida acadêmica; Aos

integrantes do Observatório do Supremo Tribunal Federal (FD/UnB); e aos integrantes do DISCO (FD-UnB/IPol-UnB/SOL-UnB).

Agradeço à minha irmã e aos meus pais, Gilvânia-Jane, Cezar Pedrosa e Camena Rodrigues, por todo apoio e afeto pelo qual fui e sou revigorado a cada dia, além da paciência que tiveram durante todo o mestrado.

Em especial, agradeço aos meus orientadores, professor Juliano Zaiden Benvindo e professor Marcelo Neves. Ao professor Juliano Zaiden, pelo entusiasmo, confiança e liberdade que o transborda ao realizar um trabalho científico sério conciliado aos afazeres externos reconhecidamente essenciais na edificação da Faculdade de Direito da UnB. À Elvira e ao professor Marcelo Neves, pela paciência, pela presteza, pelas discussões nos corredores, pelos cafés, por me receber em sua casa, principalmente, pela obra que constitui constantemente. Obrigado, Marcelo, por demonstrar cotidianamente como é viver, na prática, os próprios projetos acadêmicos, que inspiram muitos de seus alunos a perseguir incansavelmente a busca de bons argumentos e de uma teoria própria, sem cair na sedução morosa de tornar-se mais um papagaio. Aos dois professores, especialmente, faltam-me palavras de agradecimento.

E, finalmente, agradeço a uma pessoa que, apesar de ter surgido na minha vida no final desse processo, esteve do meu lado nos momentos mais difíceis, nas decepções, nos desesperos e sempre soube contorná-los da melhor forma possível, com sua poderosa companhia. Obrigado por estar ao meu lado, Thalita.

CITAÇÃO INICIAL

“Com efeito, um dia de manhã, estando a passear na chácara, perdurou-se-me uma idéia no trapézio que eu tinha no cérebro.”

(Machado de Assis)¹.

“As Constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas ...”

(Sérgio Buarque de Holanda)².

¹ Memórias Póstumas de Brás Cubas. Cap. II.

² Raízes do Brasil. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p.182.

RESUMO

Na presente dissertação, pretende-se aprofundar os estudos a respeito dos limites de legitimidade da revisão judicial do Supremo Tribunal Federal a partir da filosofia social de Jürgen Habermas e da teoria heterodoxa dos sistemas de Marcelo Neves. Não é intenção neste trabalho ressaltar os pontos em comum entre as duas teorias, até porque se reconhecem as divergências radicais entre os dois paradigmas teóricos. No entanto, explorando os limites de ambas, acredita-se que uma análise do confronto entre os dois marcos teóricos - em paralelo à doutrina constitucional brasileira e em debates mais atuais -, auxilia-nos a avançar sobre alguns pontos cegos às discussões nas quais se convencionaram denominar por judicialização da política e ativismo judicial, conceitos usualmente utilizados para a problematização dos limites procedimentais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade; teoria do discurso; Jürgen Habermas; teoria dos sistemas; Marcelo Neves.

ABSTRACT

This study concern the limits of legitimacy of judicial review of the Supreme Court from the social philosophy of Jürgen Habermas and heterodox theory of Marcelo Neves systems. It is not intended in this paper to emphasize the commonalities between the two theories, because they recognize the radical differences between the two theoretical paradigms. However, exploring the limits of both, I believe that an analysis of the confrontation between the two theoretical frameworks - in parallel to the Brazilian constitutional doctrine and more current debates - helps us to move forward on some blind spots in the discussions which may be called judicialization of politics and judicial activism, concepts usually used to problematize the procedural limits on the seat of concentrated control of constitutionality.

Keywords: Judicial review; discourse theory; Jürgen Habermas; systems theory; Marcelo Neves.

Sumário

1. Introdução.....	13
1.1. Estrutura da dissertação.....	14
Capítulo 01: Ponto de partida: Problemática e observações metodológicas	15
1. Introdução.....	15
2. Ponto de partida: Apresentação e pertinência do problema no contexto social no Brasil.....	15
3. A escolha dentre as possíveis estratégias de abordagem: por uma maior exigência interdisciplinar do problema.....	20
3.1. Como se chegou aos marcos teóricos	21
3.2. Uma exposição histórico-intelectual acerca dos marcos teóricos: Marcelo Neves e Jürgen Habermas.....	25
3.3. Delimitando a estratégia de abordagem acerca do problema: por uma exigência de interdisciplinaridade.....	32
3.3.1. A Doutrina jurídico-constitucional.....	34
3.3.2. A influência de teorias políticas normativas	36
3.3.3. Law and politics e Law and economics.....	38
3.3.4. Definindo a estratégia de abordagem: interdisciplinaridade a partir de uma virada social (<i>social turn</i>).....	41
4. Ideias fora do lugar ou “no mesmo lugar e em outro lugar”?.....	45
4.1. O título, Machado de Assis e a metáfora: “entre a pirâmide e o trapézio”	45
4.2. A problemática concepção de Roberto Schwarz de “ideias fora do lugar”	47
4.3. Ideias fora do lugar e no mesmo lugar: “o paradoxo entre mundialidade e localidade”	49
Capítulo 02: A sociedade moderna enquanto ponto de partida: da legitimação do Estado ao procedimento de controle concentrado de constitucionalidade	52
1. Introdução (objetivos do capítulo).....	52
2. A atitude metodológica reconstrutiva de Jürgen Habermas	53

2.1. Entre o empírico-analítico e o hermenêutico: o olhar contrafático à sociedade por meio da reconstrução racional.....	54
2.1.1. Os elementos sincrônicos da reconstrução racional: ação social, racionalidade e discurso em meio à pragmática formal	61
2.1.2. Os elementos diacrônicos da reconstrução racional: a necessidade de uma teoria da evolução social complementar à ação comunicativa Jürgen Habermas ..	69
3. O ponto cego de uma concepção eurocêntrica de mundo: O direito e a sociedade moderna em Marcelo Neves	75
3.1. O direito na sociedade (mundial) moderna, multicêntrica ou policontextural	90
3.2. O modelo de Estado democrático de direito ou Estado constitucional na sociedade moderna	98
3.2.1. Legitimidade procedimental, Estado democrático de direito e Esfera pública: intermediação do dissenso contencioso por meio do consenso procedimental....	99
3.2.2. Uma releitura do princípio da separação de poderes: pluralidade e circularidade de procedimentos no Estado Democrático de Direito	106
3.2.3. O controle judicial de constitucionalidade no procedimento jurisdicional: O paradoxo entre Estado de direito e democracia	112
Capítulo 03: O controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: bloqueios internos à concretização normativa do Estado Democrático de Direito.....	117
1. Introdução (objetivos do capítulo).....	117
2. Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade.....	118
2.1. O controle de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira	119
2.2. Qual é o modelo no Brasil? As tipologias de classificação do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal	122
2.3. Ponto de partida: características do modelo brasileiro	124
3. Os limites da atividade jurisdicional do STF: limites decisórios em sede de controle concentrado.....	128
3.1. A expansão dos poderes do STF nos discursos teóricos da judicialização da política e do ativismo judicial.....	132

3.1.1. O ativismo judicial	133
3.1.2. A judicialização da política	138
3.2. Avaliações empíricas da atividade do Supremo Tribunal Federal: Análises institucionistas e pesquisas empíricas acerca do controle concentrado de constitucionalidade	141
3.2.1. Judicialização ou representação? Contestando o discurso teórico da judicialização da política e ativismo judicial do STF.....	147
3.2.2. A seletividade presente nas decisões do STF: A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?	151
4. Argumento final: Por que o controle de constitucionalidade no Brasil interessaria a alguém? A crise do Estado de direito sob a ótica de Marcelo Neves e Jürgen Habermas	156
4.1. A compreensão procedimental sobre a crise do Estado de direito: O projeto habermasiano de uma comunidade jurídica que se auto-determina politicamente	159
4.2. A modernidade periférica como pano de fundo para compreensão do Estado democrático de direito no Brasil: por que o controle de constitucionalidade interessaria a alguém?.....	164
Conclusões.....	174
Referências Bibliográficas.....	179

1. Introdução

Na presente dissertação, pretendo aprofundar os estudos a respeito dos limites de legitimidade da revisão judicial do Supremo Tribunal Federal a partir da filosofia social de Jürgen Habermas e da teoria heterodoxa dos sistemas de Marcelo Neves. Não é intenção neste trabalho ressaltar os pontos em comum entre as duas teorias. No entanto, explorando os limites de ambas, acredito que uma análise do confronto entre os dois marcos teóricos - em paralelo à doutrina constitucional brasileira e aos debates mais atuais -, auxiliam-nos a avançar sobre alguns pontos cegos às discussões nas quais se convencionaram denominar por judicialização da política e ativismo judicial, conceitos usualmente utilizados para a problematização dos limites procedimentais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Para tanto, inicio destacando os pontos de partida como delimitação do problema e descrição do percurso metodológico pela qual o trabalho se norteia. Posteriormente, ainda na primeira parte, apresento quais ideias dos marcos teóricos serão levadas em consideração. Em seguida, tomando como objeto de estudo não apenas argumentações teóricas, mas o próprio STF, confronto-os com os debates tradicionais acerca da legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade no contexto brasileiro. Diante das pretensões de concentração do controle de constitucionalidade e de *recall* da atividade jurisdicional do STF pelo Congresso Nacional, considero dados empíricos e casos concretos referentes ao Supremo e à sociedade no contexto brasileiro a fim de tencionar os modelos normativos de Estado Democrático de Direito (Habermas) e Estado Democrático de Direito Periférico (Marcelo Neves).

A tese a ser defendida no presente trabalho é a de que compreender os limites de legitimidade do Supremo Tribunal Federal necessariamente implica em se debruçar sobre a sociedade no contexto brasileiro, estabelecendo tensões entre os modelos normativos e as estruturas sociais. Desse modo, o percurso da pesquisa configura-se numa irritação permanente entre os marcos teóricos, as proposições teóricas a serem criticadas e a consideração de informações empíricas, a fim de que se possa propor algumas reflexões e reconstruções conceituais acerca dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

1.1. Estrutura da dissertação

Optei por dividir a dissertação em duas partes a fim de estabelecer uma separação do trabalho entre teoria e a prática procedimental a ser estudada, ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade, procedimento exclusivo do Supremo Tribunal Federal. A primeira parte destaca-se pelo viés teórico das discussões sobre os problemas de legitimação da revisão judicial, concentrando-se mais nos modelos conceituais que nortearam o presente trabalho. Na segunda, procuro abordar os problemas práticos apresentados na atividade jurisdicional do STF e sua relação com outras instâncias decisórias constitucionais. Assim, eventos, casos e fatos são utilizados como instrumento de análise.

Entende-se o enfrentamento dessas duas dimensões como exigência para uma exposição adequada do problema em questão. A intenção é se distanciar de posicionamentos que subordinam a prática jurisdicional às reflexões teóricas ou vice-versa, na busca por uma comutação discursiva entre ambas as dimensões.

Capítulo 01: Ponto de partida: Problemática e observações metodológicas

1. Introdução

O primeiro capítulo tem por pretensão inicial tecer uma descrição introdutória acerca do presente trabalho. Optarei por desenvolver algumas considerações epistemológicas, metodológicas e apresentar o problema em questão. Em seguida, delimitarei uma entre outras estratégias de abordagem a respeito do tema, principalmente sobre como se chegou a uma posição de exigência interdisciplinar na abordagem do problema. Por fim, esclarecerei a intenção de se utilizar a metáfora de Raymundo Faoro decorrente de suas análises literárias sobre a obra de Machado de Assis, além da relação desta passagem com o presente trabalho.

2. Ponto de partida: Apresentação e pertinência do problema no contexto social no Brasil

A atuação do Supremo Tribunal Federal passou a despertar intensos debates públicos e acadêmicos no Brasil. Cada vez mais o STF e os respectivos ministros que compõem a corte têm sido alvo das atenções para além das faculdades de direito, em colunistas da grande imprensa, em blogs jurídicos especializados e nas tribunas entre os parlamentares do Congresso Nacional. Compõem a discussão desde devaneios sobre posicionamentos políticos e ideológicos dos ministros até a análise dos argumentos jurídicos apontados em decisões de grande relevância. A atuação do Supremo Tribunal Federal passa a despertar intensos debates públicos e acadêmicos no Brasil. Cada vez mais o STF e os respectivos ministros que compõem a corte têm sido alvo das atenções para além das faculdades de direito, em colunistas da grande imprensa, em blogs jurídicos especializados e entre os parlamentares do Congresso Nacional.

Anualmente, temas distintos e sensíveis à opinião pública compõem a pauta de julgamento da corte, podendo ser citado, somente nos dois últimos anos: Julgamento criminal do chamado “*mensalão*”³; Cabimento dos embargos infringentes e execução imediata das condenações que se tornaram definitivas⁴; Constitucionalidade da antecipação do parto de fetos anencefálicos, descaracterizado enquanto tipo penal do

³ Ação Penal 470/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁴ 26º AgRg e QO na AP 470, julgamento em 18 de setembro de 2013, relator ministro Joaquim Barbosa.

aborto⁵; Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicabilidade a fatos anteriores⁶; Constitucionalidade da instituição de cotas em universidades públicas e do Prouni⁷; Constitucionalidade da chamada Lei Maria da Penha, com a ressalva da regra que condicionava a ação penal à representação da vítima⁸; Competência originária do Conselho Nacional de Justiça concorrente com as dos tribunais para o julgamento de processos administrativos disciplinares contra magistrados⁹.

Não por acaso, discussões sobre os limites de atuação do STF vêm ganhando espaço no meio acadêmico. De um lado, percebe-se a proliferação de debates em um nível de abstração maior - sobre o sentido do constitucionalismo e da democracia enquanto conquistas da sociedade moderna; sobre o sentido político e social do atual texto constitucional brasileiro; disputas entre modelos normativos na intenção de uma melhor compreensão das complementariedades e implicações recíprocas às instituições que compõem o constitucionalismo democrático -, que possibilitam observações mais acuradas dessa tortuosa e paradoxal combinação. Por outro lado, não se pode desconsiderar a tendência, na pesquisa jurídica, de reflexões e coleta de dados empíricos presentes em pesquisas quantitativas com objetivo de compreender melhor a atuação do STF, o grau de eficácia de algumas legislações vigentes, ou seja, pesquisas quantitativas que pretendem entender objetivamente o sistema jurídico no Brasil, a atividade procedimental das instâncias judiciais e a aplicabilidade de suas decisões.

O certo é que, à parte da disputa epistemológica sobre qual direcionamento é mais frutífero ou teoricamente mais confiável, percebe-se uma desmotivação da teoria constitucional no Brasil na busca da possibilidade de convergência entre as informações produzidas por esses dois direcionamentos investigativos. Ao contrário dos estudos mais críticos à atuação do Supremo Tribunal Federal¹⁰, é possível encontrar, em ambas as estratégias de estudo, uma produção de dados empíricos e uma enxurrada de enunciados retóricos no intuito de justificar a atuação da corte ou algum de seus

⁵ ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶ ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 29 jun. 2012.

⁷ ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁸ ADC 19/DF e ADIn 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹ ADIn 4.638/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁰ Ressalto aqui a importância do projeto “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais”, dos alunos André Gomes Alves, João Telésforo Filho e dos professores Juliano Zaiden e Alexandre Araújo Costa, no qual resultou em um trabalho preliminar sobre um perfil de procedência das ADIs no Supremo Tribunal Federal. Nessa pesquisa, tenta-se conciliar uma perspectiva teórica à análise de dados empíricos.

mecanismos institucionais, blindando-a e envolvendo-a em um não questionamento dos limites de atuação do STF, partindo do pressuposto de uma legitimidade idealmente desejada.

Os ânimos parecem acirrar-se em discussões sobre o controle concentrado no STF - art. 102, I, “a” da Constituição Federal¹¹ -, mecanismo institucional de sensíveis implicações no sistema jurídico e político. Ao Supremo, fica formalmente encarregado o controle das leis sob os critérios do texto constitucional e o controle das emendas à constituição com base nas cláusulas pétreas. Obviamente – é preciso deixar claro desde já -, que não se está afirmando que o controle concentrado de constitucionalidade cairia em absoluta incompatibilidade em relação a um regime democrático¹² ou seria absolutamente ilegítimo. A questão não orbita em *se* o controle concentrado é (anti)democrático ou (i)legítimo. Mesmo que seja um percurso válido e possivelmente capaz de gerar reflexões interessantes, seguir por este ponto de partida contribui para discussões pontuais se um regime democrático ou um determinado modelo normativo de Estado de direito, centraliza-se precípua e isoladamente, ou num parlamento (democracia representativa), ou numa corte constitucional (quase-guardiania) que detém a última palavra sob o parlamento, ou mesmo, que o “povo” detenha essa última palavra (democracia direta). Os argumentos acabam inclinando-se por um desses caminhos de forma isolada e irrefletida, sob afirmações do tipo, “o Judiciário começa a legislar”¹³, ou baseadas em artifícios como a “retórica do guardião entrincheirado”, definição bem pensada por Conrado Mendes¹⁴.

¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

¹² Na teoria política, a importância da função de uma corte constitucional que suste algumas leis aprovadas pelo processo legislativo, uma “quase guardiania”, não é descartada, pelo contrário. (Dahl: 2012; p. 298 e ss). Para uma tentativa de revisão dos tipos ideais do conceito de poliarquia de Robert Dahl com base nas experiências latino-americanas, cf. (O’Donnell: 1996; p. 8 e nota. 6). Na teoria constitucional, mesmo críticos reconhecidos da revisão judicial admitem, em certas ocasiões, a necessidade desses mecanismos para preservação da representatividade democrática. (Ely: 2010; p. 15, 17 e ss). *Vide*, também. (Waldron: 2006; p. 1398, 1401 e ss).

¹³ (Grau: 2011; p. 343).

¹⁴ A retórica do guardião entrincheirado refere-se “ao discurso salvacionista na proteção de direitos e reserva de justiça da democracia”. A metáfora remete-se a um episódico momento, em 15 de janeiro de 2003, quando o min. Marco Aurélio Mello manifestou-se em mídia expressa contra um projeto de emenda a constituição na qual previa a Reforma da Previdência. Tal fato causou transtornos na própria administração, além de gerar impacto na bolsa de valores, repercutindo na imprensa estrangeira. Em suma, o min. Marco Aurélio declarou que o judiciário seria “a última trincheira do cidadão”. *Vide*. (Mendes: 2008; p. 141). E também, (Mendes: 2011; p. 247).

O ponto de partida do presente trabalho aproxima-se mais de “quando”, “onde” e “por que”. Em síntese, o problema da presente dissertação consiste em questionar: *Sob quais circunstâncias observa-se o exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal enquanto ilegítimo ou em prejuízo à democracia?* O problema tem sido enfrentado no contexto brasileiro por meio de reflexões isoladas ou em conjunto, ao sistema jurídico, ao sistema político e/ou à Constituição. A temática concentra-se, inicialmente, no que se convencionou denominar por ativismo judicial e judicialização da política.

No entanto, encontram-se algumas dificuldades quanto à abordagem do problema. O quadro teórico tem melhorado nos últimos anos, mas, não é difícil perceber, em manuais de direito constitucional, em decisões do STF ou no debate público em geral, uma mentalidade messiânica e acrítica que orbita o Supremo¹⁵, mais especificamente, o controle concentrado de constitucionalidade. Apesar de geralmente se inserirem no lugar comum, direcionando as críticas ao sistema político representativo no Brasil¹⁶, os juristas são disciplinados a refletir pouco quanto à falibilidade do procedimento de revisão judicial¹⁷ e terminam condicionados pela técnica jurídica a uma replicação das decisões de instâncias superiores para respaldar seus próprios argumentos em casos concretos.

Outra dificuldade diz respeito à vagueza e ambiguidade que perpassam os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. O que propriamente se quer dizer ao afirmar que um juiz foi ativista em determinada decisão? Ou ao descrever, enquanto causa do ativismo, a expansão das capacidades do judiciário atribuindo-se ao fenômeno da judicialização da política?

¹⁵ Nesse sentido, (*Ibid*: p. 250).

¹⁶ (Barroso: 2011; p. 09-12).

¹⁷ “Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?” A pergunta foi proferida por um aluno expositor em um seminário do curso de direitos fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wang relatam nessa experiência ilustrativa um sério déficit crítico consolidado no ensino do direito no Brasil: “A pergunta reflete alguns dos vícios mais graves e consolidados no ensino do direito no Brasil: o respeito excessivo ao argumento de autoridade e a falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias.” (da Silva; Wang: 2010, p. 96-7). Tal constatação não é percebido apenas em alunos a nível de graduação. Por exemplo, como passagem que simboliza bem o orgulho pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do jogo de palavras “ativismo e altivez”, o autor Saul Leal, em seu livro, refere-se ao STF como “uma Corte comprometida em fazer valer os dispositivos constitucionais e promover um choque na inércia refletida pela atuação do Poder Legislativo e, por que não dizer, também um choque no atrevimento do Poder Executivo que, caminhando oxigenado por milhões de votos, vez ou outra acredita que tudo pode, mesmo que passando por cima das disposições constitucionais.” (Leal: 2010; p. 163 e ss).

Em um primeiro momento, afirma-se que tais categorias posicionam-se entre limites e excedentes da atividade jurisdicional no núcleo do sistema jurídico (juízes e tribunais), e, portanto, configuram-se pertinentes à discussão no presente trabalho. Outra forma de analisar os limites e excedentes da atividade jurisdicional tem encontrado espaço atualmente nas faculdades de direito: concentra-se em observações voltadas às instituições jurídicas e políticas (*institutional turn*)¹⁸ em conformidade ao regime democrático, suas implicações recíprocas e complementariedades, especificamente entre uma dimensão representativa da democracia parlamentar e uma dimensão judicial constitutiva de direitos. Sob um enfoque teórico interdisciplinar entre teoria constitucional, filosofia e teoria política concentrada nas descrições dos fenômenos institucionais - uma análise das práticas institucionais correspondentes à administração, ao parlamento e à corte constitucional -, são erigidas teorias normativas da democracia ou de um aspecto condicionante ao regime democrático, por exemplo, critérios de legitimidade nas tomadas de decisões públicas (princípio da separação dos poderes)¹⁹.

No entanto, qual o modelo de sociedade subjaz a estas teorias normativas de democracia? Qual a relação entre modelos normativos de democracia ou projetos de democratização com as estruturas, instituições, e dinâmicas sociais? Parece-me que estes questionamentos, apesar de não consistirem o cerne do problema central, são pertinentes à temática do presente trabalho. Eles têm sido pouco enfrentados pelas teorias democráticas e teorias constitucionais no Brasil, optando-se muito mais em apoiar-se em metanarrativas filosóficas, em modelos normativos de uma sociedade bem ordenada (uma teoria da justiça), ou em elucubrações axiológicas imanentes à Constituição. Assim, as observações teóricas acabam sobrepondo-se às mais diversas esferas sociais superestimando o direito enquanto esfera capaz de mediar todas as relações sociais e contribuindo à difusão de um saber jurídico despreocupado às aparências de normatividade, cada vez mais distanciado ao nível de complexidade das sociedades contemporâneas²⁰.

Dessa forma, a capacidade de conformação entre os modelos teóricos normativos e as condições sociais permanece opaca às reflexões acerca da legitimidade

¹⁸ A “virada institucional” consiste em um termo cunhado por Sunstein e Vermeulle para designar uma segunda ordem de preocupação teórica que tem sido desenvolvida na teoria constitucional norte-americana a partir da década de 1970 em paralelo às teorias normativas interpretativas, por exemplo, Bentham, Hart, Dworkin, Posner. (Sunstein; Vermeulle: 2003).

¹⁹ *Vide.* (Möllers: 2013).

²⁰ (Habermas: 2010a; p. 105-06).

de mecanismos institucionais de sensível atuação entre direito e política, assim como o controle concentrado de constitucionalidade do STF.

Por fim, uma última questão de ordem mais abstrata se insere ao problema central do presente trabalho. Trata-se de como se observa a sensível relação entre Direito e Política, Estado de direito e democracia. Mais especificamente, como o Direito se legitima e qual a relação dessa legitimação com a Política. Partindo do conceito de legitimidade, uma questão que subjaz ao problema do presente trabalho consiste na (im)possibilidade de uma fundamentação democrática do direito por meio do entrelaçamento entre Direito, Moral e Política.

Nesse ponto, justifica-se a opção do marco teórico. Jürgen Habermas e Marcelo Neves partem do processo de positivação do direito enquanto elemento chave para compreensão da operação do sistema jurídico. No entanto, os dois autores analisam, sob perspectivas distintas, a concepção de legitimidade procedimental com relação a um modelo normativo de Estado de direito. Os dois passam a divergir a partir do entendimento (ou não) de que, na sociedade moderna, há um entrelaçamento entre Direito, Moral e Política. O enfrentamento dessa questão, da possibilidade da fundamentação ou autofundamentação do sistema jurídico se mostra indispensável para que se possa aprofundar melhor o problema da dissertação. Além da inegável pertinência do tema na obra dos autores, os dois apresentam essas perspectivas entre citações mútuas e debates indiretos em seus trabalhos.

A confluência de pressupostos entre Neves e Habermas também facilita o empreendimento de uma compreensão conjunta dos argumentos teóricos agregando, em detalhes, um entendimento mais aprofundado do horizonte sob o qual os autores tecem suas exposições e desenvolvem suas teorias. Enquanto interesse principal ao presente trabalho, o enfrentamento teórico-conceitual entre os dois autores possibilita uma compreensão mais apurada dos níveis de coesão interna entre Estado de direito e democracia.

3. A escolha dentre as possíveis estratégias de abordagem: por uma maior exigência interdisciplinar do problema

Expôr a exigência de uma abordagem interdisciplinar para lidar com os limites de legitimidade do controle concentrado auxilia-nos a compreender melhor como a

temática vem sendo tradicionalmente debatida. Faz-se necessário um breve percurso em como se chegou ao debate entre os marcos teóricos. Todavia, uma escolha por estes caminhos exige certa precaução quanto aos problemáticos ecletismos conceituais²¹, observando as áreas limítrofes de significação dos conceitos-chave para o presente trabalho. No entanto, Habermas e Neves não foram escolhidos por acaso. Mesmo aprofundando-se de forma convincente em várias temáticas distintas, desde os temas de filosofia analítica, filosofia da linguagem até as críticas às teorias sociais da ação e dos sistemas, ambos demonstram certo incômodo constante de construir uma constelação de conceitos enquanto pano de fundo diante dos problemas de investigação, em “encontrar um nível de exposição adequado para aquilo que se quer dizer”²². Além do mais, os dois possuem uma característica em comum de precaver-se diante do impacto de suas teorias na sociedade, ou seja, esforçam-se por uma autocompreensão teórica que reflete sobre a incorporação das próprias ideias no âmbito social.

3.1. Como se chegou aos marcos teóricos

Como descrito por Alessandro Pinzani e Delamar Volpato Dutra, não demorou muito para que a obra habermasiana tivesse impacto nas mais diversas áreas acadêmicas. No Brasil, especificamente na área do direito²³, observa-se uma recepção com excessiva diplomacia. Algumas exceções a uma posição meramente contemplativa se apresentam em reflexão ao projeto habermasiano, podendo-se citar o trabalho de Miroslav Milovic, Juliano Zaiden Benvindo e Marcelo Neves.

Miroslav Milovic, em “Comunidade da diferença”, tem por objetivo refletir sobre as condições da modernidade, “se ainda faz algum sentido ser moderno”²⁴. Assim, descreve o projeto habermasiano enquanto alternativo à ideia de sujeito, um avanço em termos de compreensão da modernidade. Todavia, ao se confrontar às feições de comunicação em paralelo com as “consequências para o social”, os esforços do filósofo alemão parecem míopes diante da “realidade”. No diagnóstico de Milovic, ao direcionar as atenções para a compreensão de aspectos pragmáticos quanto à interpretação e às condições do consenso, Habermas toma como referencial “não tanto a realidade das

²¹ Oliveira Filho define ecletismo conceitual enquanto “uso de conceitos fora dos seus respectivos esquemas conceituais e sistemas teóricos, alterando os seus significados.” (Oliveira Filho: 1995; p. 263).

²² (Habermas: 2010; p. 15-6).

²³ (Pinzani; Dutra: 2013; p. 248-56).

²⁴ (Milovic: 2004; p. 09).

coisas, mas a realidade dos discursos e interpretações sobre a realidade.”²⁵ E, alerta: “Porém, no plano da realidade pode aparecer a força inevitável das coisas, e isto é o que aconteceu na Iugoslávia e na Bósnia, cuja situação não chegou a ser articulada nas estruturas da interpretação argumentativa.”²⁶ Assim, Milovic conclui que, “neste instante, o monólogo do sujeito moderno é apenas transformado no contexto de um diálogo abstrato”²⁷, em que as diferenças sociais não estejam em modo de serem reconhecidas. “Como, por exemplo, pensar os *outros* na discussão da reforma agrária aqui no Brasil? É possível uma solução discursiva entre os latifundiários e os sem-terra?”²⁸ A capacidade explicativa da pragmática universal habermasiana encontrar-se-ia em apuros, diante de tais problemas porque ainda estaria a reboque de um conceito de razão. A modernidade nesta perspectiva - entendida enquanto espaço-tempo filosófico baseada num não abandono do conceito de razão -, implica numa obliteração do “olho maligno”, portanto, não constituiria mais possibilidades de articulação para a emancipação social. O posicionamento de Miroslav Milovic diante da modernidade estaria mais próximo do que Habermas denomina de “superação pós-moderna da auto-compreensão normativa da Modernidade”²⁹.

Não é o caso, no pensamento de Juliano Benvindo. “[S]erá a comunicação suficiente? Talvez, haja uma ilusão no potencial transformador da comunicação em Habermas; pode ser que se tenha, por outro lado, perdido a dimensão da complexidade social pela referência emancipatória possível da teoria do discurso.”³⁰ “[S]erá que, na pressuposição de uma comunidade ideal de comunicação, não se está implícito um referencial universalista, que, em última análise, acaba fazendo com que a ‘filosofia [perca] a sensibilidade para a realidade’?”³¹ Atendo-se às diferentes tradições jurídicas em momentos históricos distintos (o direito natural, a teoria pura do direito e a hermenêutica filosófica) – tomando como fio condutor o pensamento pós-metafísico de Jürgen Habermas - Benvindo analisa os pressupostos das tradições jurídicas destacando suas aporias e inflexões. Ao final, desenvolve um argumento favorável ao pensamento habermasiano, tanto no plano da consciência moral da sociedade em defesa da ética do

²⁵ (*Ibid.* p. 79).

²⁶ (*Ibid.* p. 79). Vale citar, como referência, um artigo de Habermas sobre a justificativa da intervenção militar aos conflitos oriundos da dissolução da antiga Iugoslávia. (Habermas: 1999).

²⁷ (*Ibid.* p. 79).

²⁸ (*Ibid.* p. 110).

²⁹ (Habermas: 2010b; p. 317).

³⁰ (Benvindo: 2008; p. 248).

³¹ (*Ibid.* p. 256).

discurso, quanto no plano jurídico-institucional no que tange as pretensões de validade em tensão à facticidade do direito³², reavivando – em contrapartida ao posicionamento de Milovic - o projeto moderno pautado por meio do abandono da razão. À parte o debate com Habermas e contra Habermas, certo incômodo concernente à realidade social parece resistir nas proposições do professor Juliano Benvindo, mesmo após a consistente exposição em defesa do projeto habermasiano³³.

As investigações de Marcelo Neves, assim como Benvindo e Milovic, dedicam-se também a reflexões acerca do próprio conceito de racionalidade, explicitando os pontos cegos de um empreendimento prioritariamente filosófico que pretende reconstruir ou desconstruir uma determinada teoria da sociedade ou determinados aspectos teórico constitucionais. No entanto, apesar de apresentarem importantes contribuições e novos argumentos sobre os possíveis limites da teoria social habermasiana, Milovic e Benvindo ainda se mostram confiantes da plausibilidade da teoria social de Habermas como ponto de partida para uma adequada explicação da sociedade moderna.

Nas teorias de Neves e Habermas estão presentes esforços no sentido de compreender melhor a relação entre a eficácia social do direito e seus pressupostos normativos sem omitir-se em olhar as práticas jurídicas. O direito, a política e aspectos da moralidade são compreendidos como esferas sociais, ou seja, pressupõe-se em todas as inferências direcionadas a elas um espelhamento com o âmbito social. Afastam-se, assim, de qualquer ceticismo jurídico que condiciona o direito a um conjunto de crenças e ilusões. Há, no entanto, uma pequena diferença nos moldes teóricos de Marcelo Neves e Jürgen Habermas que se deve posicionar previamente a fim de evitar confusões.

Se no horizonte da modernidade estão as condições de possibilidade das agendas políticas libertárias e igualitárias, de realização democrática e concretização de direitos

³² (*Ibid.* p. 257-259).

³³ “Este livro procurou ensejar o debate sobre as distintas metafísicas no pensamento jurídico a partir do confronto com a crítica da ideologia de matriz discursiva advinda dos ensinamentos de Habermas. Desenvolveram-se os argumentos que explicitam a necessidade e relevância da reflexão sobre os pressupostos normativos no desenvolvimento jurídico. Essa primeira perspectiva, felizmente, pode ser estendida para uma segunda investigação, que acompanha os desdobramentos de uma projeção do outro, sob premissas rigorosamente reflexivas, como o referencial para se pensar os direitos humanos. Parece que um novo motivo, após o estudo empreendido neste trabalho, já surge como projeto para uma futura pesquisa. O interesse em entrar nesse novo mundo – o da diferença – mostra, de antemão, que novos olhares têm de ser abertos para futuras descobertas.” (Idem: 2008; p. 265). Como início dos resultados nessa nova empreitada teórica, *Vide.* (Benvindo: 2010).

fundamentais, mais usual tem sido se deixar seguir pela correnteza e focalizar nas potencialidades modernas. Trata-se de uma leitura bastante comum que também vem sendo desenvolvida ao se pensar em um direito cada vez mais pós-moderno – na qual são ressaltadas as funções do sistema jurídico ou a proliferação de tais funções para além do sistema jurídico, deixando de lado “àquelas situações de carência de direitos”³⁴. Há um desfoque das mazelas e da desagregação social que não podem ser desconsideradas se se pretende analisar aspectos presentes no texto constitucional inseridos numa perspectiva do Estado moderno. Desconsiderar este outro lado de incapacidades é correr o risco de desenvolver argumentos simplificadores quanto ao problema em questão, de pouca relevância prática e ínfimo resultado teórico.

Assim, no presente trabalho, entende-se por mais adequado partir do pressuposto de que “a superfície da modernidade é um cenário de luzes e de sombras”³⁵. Desse modo, se por um lado as preocupações filosóficas de Neves assemelham-se às de Habermas pelo instigante caminho de investigação dos contornos conceituais a respeito das razões ou das racionalidades³⁶, por outro, em Habermas, as inquietações sobre o lado sombrio da modernidade parecem um tanto quanto secundárias³⁷, suscitando um direcionamento provinciano e eurocêntrico de intuições teóricas. Ao contrário, em Marcelo Neves, ao serem levadas em consideração os conceitos de modernidade periférica e constitucionalização simbólica, observa-se a importância em voltar os olhos para os aspectos falíveis dos procedimentos diante de problemas factíveis e a incomensurabilidade de perspectivas que frustram a previsibilidade de arranjos institucionais presentes em um modelo normativo de Estado. Tal postura teórica contrasta com o que comumente tem sido realizado na análise da legitimidade dos procedimentos constitucionais.

³⁴ (Neves: 2004a; p. 145).

³⁵ (Brunkhorst: 2005; p. 113). Tradução livre do trecho: “(...) the face of modernity is a landscape of light and shadows”.

³⁶ (Neves: 2009; p. 34-51).

³⁷ Esta assertiva baseia-se nas mudanças perceptíveis na teoria de Jürgen Habermas com relação ao Direito no decorrer do desenvolvimento de sua obra. Ao focar nas concepções acerca do Direito na teoria habermasiana, percebe-se uma mudança entre as abordagens presentes na Teoria da Ação Comunicativa e na Reconstrução do Materialismo Histórico, ao compararmos com a concepção do Direito na obra *Facticidade e Validade*. Nesta concepção mais recente, o Direito é entendido como um transformador entre a diferenciação funcional adotada por Habermas, a dimensão sistêmica da sociedade e a dimensão social do mundo da vida. Anteriormente, Habermas centrava-se mais na capacidade colonizadora das instituições jurídicas adentrarem e engessarem o mundo da vida. Eram destacadas, no direito, suas características sistêmicas. Nesse sentido, *Vide*. (Neves: 2001a; p. 112-114). Também, quem percebe tal mudança, afirmando que Habermas abandona a ideia de colonização do mundo da vida (Domingues: 2009; p. 551-2).

No entanto, se se pretende levar a sério o cenário da modernidade apresentado por Marcelo Neves, fazem-se necessárias duas observações importantes. A primeira será exposta no decorrer desse tópico e diz respeito ao “paradoxo da interdisciplinaridade”, uma característica das convencionais reflexões teórico-constitucionais no Brasil, a confusão quanto à interdisciplinaridade na teoria constitucional e a suscetível “metadisciplinaridade” marcada por uma subordinação das análises jurídicas a um determinado modelo teórico de justiça ou a um determinado modelo teórico de filosofia política. A segunda, correspondente ao próximo tópico, considerar-se-á a possível perda de precisão conceitual (paradoxo da mundialidade e da localidade) ao se transpor ideias desenvolvidas em contextos espaço-tempo localizados especificamente, mas que reverberam em outras localidades.

3.2. Uma exposição histórico-intelectual acerca dos marcos teóricos:

Marcelo Neves e Jürgen Habermas

Nota-se que, por vezes, a opção ou necessidade do marco teórico para o desenvolvimento de um trabalho implica uma consideração primária às proposições teóricas constituídas nas obras dos autores. Fica mais ou menos evidente que a apropriação de argumentos teóricos para embasamento das premissas que constituem um trabalho como uma dissertação de mestrado ou tese de doutorado também condiz com uma atividade histórica de resgate de ideias que surgiram em um determinado contexto a fim de refletir sobre problemas específicos.

Ao considerar os textos empreendidos pelos marcos teóricos, não está em jogo apenas uma obra clássica de destacada sapiência a ser estudada. Intrínseco à obra, existe um contexto intelectual e social que reposiciona o autor de criador dos debates futuros a um interventor dos debates de sua própria época. Levar a sério tais diferenças exige de qualquer início de abordagem um percurso histórico dos contextos de produção das ideias dos mesmos. A intenção é não considerar os conceitos e proposições teóricas dos autores, utilizados no presente trabalho como instrumental teórico, para a produção de uma análise acerca do problema suscitado anteriormente, como um epifenômeno do texto final a ser objeto de estudo.

Percorrer o pensamento de Marcelo Neves consiste em uma tentativa interdisciplinar de compreender o direito enquanto fenômeno da e na sociedade. Neves cursou o bacharelado na Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e teve contato, desde o

início da graduação, com diferentes abordagens de estudo do direito. Passando pelo rigor lógico de professores vinculados à tradição kelseniana, representados por Bernardette Pedrosa e Lourival Vilanova, até uma visão mais plural de compreensão do direito, representado na figura do professor de direito constitucional Pinto Ferreira³⁸.

No mestrado, intensificou os estudos constitucionais tendo como resultado do trabalho de dissertação uma teoria do direito que analisa a inconstitucionalidade das leis com aportes teóricos na semiótica, o que lhe rendeu o livro “Teoria da Inconstitucionalidade das leis”³⁹. Considerando a vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica, sobretudo a linguagem jurídico-constitucional, Marcelo Neves propõe uma abordagem diferente sobre o problema da inconstitucionalidade das leis e da mutação constitucional, distanciando-se do neokantismo de Hans Kelsen e da perspectiva lógico-analítica de Lourival Vilanova⁴⁰. Por um lado, nessa ocasião, Neves não nega completamente a perspectiva de Kelsen e Vilanova, afirmando que o problema da inconstitucionalidade das leis caracteriza-se por ser uma questão de Direito Positivo - relação interna ao sistema jurídico cujos critérios de constitucionalidade estariam contidos nas normas constitucionais - e não de Direito Natural, subordinado a algum sistema de valores jurídicos que sujeita a qualificação de inconstitucionalidade à ilegitimidade ou a algum tipo de injustiça. No entanto, não desprezando completamente o método lógico-sistemático (aspecto sintático) de tradição positivista enquanto necessários para uma análise, Neves distancia-se dessa perspectiva ao considerar incompleta a abordagem da questão da inconstitucionalidade das leis por meio deste modo de “pensar não-situacional”⁴¹. Nesse sentido, defende que se deve também levar em consideração os condicionamentos provenientes do contexto social das decisões judiciais e do caráter ideológico do texto constitucional, possíveis de serem constatados por meio de uma análise pragmática das relações discursivas no direito⁴². Já se percebe nesse período a manifestação de preocupações no autor que se desenvolveriam posteriormente, no doutorado, quanto à consideração do direito enquanto sistema empírico inserido na sociedade cujas investigações pautavam na confluência entre teoria do direito e teoria social.

³⁸ (Neves: 2010; p. 09).

³⁹ (Neves: 1988).

⁴⁰ (Neves: 1988; p. 75-8 e 89-90).

⁴¹ Sobre a definição de modo de pensar não-situacional, *Vide.* (Viehweg: 1979; p. 101-103).

⁴² *Vide.* (Neves: 1988; esp. p. 68-85 e 163-66).

Já no doutorado, em uma mudança da Universidade de Frankfurt para a Universidade de Bremen, o projeto de tese de Marcelo Neves tinha por finalidade o desenvolvimento teórico do direito e da Constituição sob o contexto da modernidade periférica por meio de uma confrontação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann com a experiência jurídico-constitucional no Brasil. Concentrando-se no conceito luhmanniano de autopoiese, ao invés de uma consolidação da capacidade de generalização do código do direito (lícito/ilícito), condição para autopoiese do direito, haveria, para Neves, no contexto de países periféricos, a sobredeterminação e o bloqueio da reprodução do direito e da concretização constitucional por força da intrusão de outros vetores sociais, como o poder, o dinheiro, as boas relações e o parentesco. A tese foi apresentada enquanto produto final em 1991 e publicada em 1992 sob o título “Constituição e positividade do direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro” (*Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*) e teve uma repercussão positiva na academia jurídica alemã, sendo reconhecida inclusive pelo autor que foi duramente criticado, o teórico social alemão, Niklas Luhmann⁴³.

As críticas de Neves tencionaram Luhmann a revisar parte de suas construções teóricas, a fim de reorientar a teoria dos sistemas à percepção de outros problemas latentes da sociedade mundial, como a máfia, a corrupção e *joint ventures* estabelecidas entre as relações políticas e a criminalidade. Além do prefácio do livro de Neves,

⁴³ A tese foi publicada como livro com ajuda do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD) na série “Escritos de Teoria do Direito” (*Schriften zur Rechtstheorie*) na editora *Duncker und Humblot*, de Berlim. O livro conta com o prefácio de Niklas Luhmann, que reconhece a questão levantada por Marcelo Neves: “Isso [a tese de Neves] aponta para problemas que nem a teoria de classe de proveniência marxista ou pós-marxista nem o conceito usual de diferenciação funcional da sociedade sabem dar uma resposta. Essas teorias estão, por isso, refutadas? Mas como, se não mediante uma outra teoria? Talvez os fatos descritos já permitam perceber que outras diferenças se sobrepõem às teorias de nossa tradição, construídas de maneira demasiadamente simples. Talvez a realização da diferenciação funcional no nível da sociedade mundial, com alta dinâmica interna da economia, da ciência, dos meios de comunicação de massas e da política, não queira dizer, por muito tempo, que as correspondentes condições possam realizar-se também no plano regional. E talvez já haja, entretanto, indícios de uma diferença pré-ordenada, primordial, que regule o acesso às vantagens da diferenciação funcional, a saber, a diferença de inclusão e exclusão [...]. Isso significaria que a sociedade no Brasil é integrada de maneira dupla, a saber, positivamente através da rede de favores, de gratidões, de relações patrão/cliente, da corrupção, e negativamente mediante a exclusão prática de muitos da participação em todos os sistemas funcionais, situação em que uma exclusão (falta de documento, de trabalho, de alimentação regular, de educação, de seguro de saúde, da segurança do corpo e da vida) que forçosamente traz consigo, cada vez mais, outras exclusões. Espera-se que o trabalho de Marcelo Neves não seja lido como se fosse apenas um conjunto de informações sobre relações jurídicas exóticas em um país da modernidade periférica, mas antes também para estimular o pensamento sobre a sociedade na qual nós vivemos hoje” (Luhmann, 1992, p. 3-4).

Luhmann estabelece um diálogo com a tese da modernidade periférica em seus livros, “O direito da sociedade” (*Das Rechts der Gesellschaft*), “A sociedade da sociedade” (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*), “A política da sociedade” (*Die Politik der Gesellschaft*) e no artigo “Inclusão e Exclusão” (*Inklusion und Exklusion*). Neste artigo, por exemplo, a influência de Neves ao pensamento de Niklas Luhmann é expressamente comentada pelo autor alemão: “Na sociedade *funcionalmente diferenciada*, o problema da diferença de inclusão/exclusão é regulado de outra forma, se é que se pode falar de ‘regulação’, o que já tem seus primeiros sinais no século XVIII. Isso tem consequências dramáticas para a estabilidade, a capacidade de desenvolvimento e o futuro da sociedade moderna. Precisamos aprofundar esse assunto – sobretudo olhando para situações nos países da modernidade periférica.”⁴⁴

Outro trabalho de grande repercussão de Marcelo Neves foi a tese para professor titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), “A constitucionalização simbólica”, posteriormente publicada em 1998 em alemão (*Symbolische Konstitutionalisierung*). Nesse livro, Neves investigou os efeitos sociais provocados pela falta de normatividade jurídica do texto constitucional. Destaca-se aqui o diálogo estabelecido por Jürgen Habermas na publicação de seu livro “Verdade e Justificação: escritos filosóficos políticos” (*Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze*), o que não afasta a importância de repercussão em outros pensadores alemães importantes, tais quais Dieter Grimm, Christoph Möllers, Hauke Brunkhorst e Andreas-Fischer Lescano. Interessante que tal reconhecimento não partiu inicialmente das universidades jurídicas brasileiras. Talvez esse seja mais um reflexo característico de uma faculdade pública de direito cuja história evidencia vários exemplos de formação das elites políticas e econômicas no Brasil, em que a funcionalidade precípua de reprodução acadêmica de debates relevantes é obliterada à função de preparação das elites.

Dois anos após a publicação do livro “A constitucionalização simbólica” em alemão, Marcelo Neves concluiria sua tese de livre docência na Universidade de Friburgo que lhe rendeu mais um livro sob o título “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – Uma reconstrução do Estado democrático de direito em confrontação com Luhmann e Habermas” (*Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung – Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaats in Auseinandersetzung mit*

⁴⁴ (Luhmann: 2013; p. 23).

Luhmann und Habermas), também tendo ampla repercussão internacional. Tal pesquisa já havia sido iniciada desde o pós-doutorado em 1996 como *Research Fellow* da Fundação Alexander von Humboldt, em que investigava as relações de tensão e complementariedade entre as teorias do Estado democrático de direito de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas. Primeiramente, houve uma pretensão de focar-se mais na experiência latino-americana⁴⁵. No entanto, tal ênfase se estendeu para os novos problemas do Estado Democrático de Direito em face dos desenvolvimentos que se delineiam na emergência de ordens jurídicas globais⁴⁶ ou de uma política mundial⁴⁷, preocupações mais em voga no debate estrangeiro do que propriamente no Brasil. Neves manifesta-se cético com relação a uma saída global do problema da expansão e reprodução destrutiva da economia na sociedade mundial. Desse modo, persiste na ênfase de uma reprodução consistente do Estado Democrático de Direito identificando as principais dificuldades nos contextos entre uma modernidade central e periférica. Em “A constitucionalização simbólica” e “Entre Têmis e Leviatã”, já se percebe alguns elementos-chave para o desenvolvimento da tese do Transconstitucionalismo, como a rigidez conceitual da Constituição moderna, as preocupações com os debates sob a perspectiva mundial e as considerações críticas a respeito do relativismo das estruturas normativas na sociedade moderna, como por exemplo, a consideração do Estado como centro do sistema político.

Não é difícil observar algumas confluências entre as temáticas teóricas trabalhadas em Neves se comparadas às preocupações que movem as reflexões de Jürgen Habermas. Em semelhante destaque, os dois perseguem a estruturação de uma teoria capaz de melhor explicar as dinâmicas da sociedade moderna, o destaque ao direito enquanto ordem normativa, a relevância das questões constitucionais no Estado Democrático de Direito e uma perspectiva mais recente em se preocupar com problemas decorrentes da “constelação pós-nacional”. Não é difícil também ver uma proximidade pela forma multitemática e multidisciplinar que Habermas e Neves conferem às suas análises. Enfrentar o pensamento habermasiano é percorrer a história da filosofia e sociologia, principalmente, da segunda metade do século XX.

⁴⁵ (Neves: 2010; p. 23).

⁴⁶ (Fischer-Lescano; Teubner: 2003).

⁴⁷ (Brunkhorst: 2011).

Jürgen Habermas estudou filosofia, história, psicologia, literatura alemã e economia em Göttingen, Zurique e Bonn. Notado por uma resenha crítica ao livro “Introdução à metafísica” (*Einführung in die Metaphysik*) de Martin Heidegger publicada na *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), adentrou o Instituto para a Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) como assistente de Theodor W. Adorno, que no momento estava à procura de um sociólogo de perspectiva mais teórica⁴⁸. Habermas, desde sua entrada, perseguia compreender melhor a formação política da sociedade burguesa, seja no meio acadêmico – quando realizou uma pesquisa sociológica quantitativa e qualitativa que integrava o conjunto de pesquisas empíricas do Instituto sobre a universidade e a sociedade (*Universität und Gesellschaft*) a respeito da consciência política dos estudantes de Frankfurt (*Student und Politik*) -; seja em seu primeiro trabalho de grande repercussão – Mudança estrutural da esfera pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa (*Strukturwandel der Öffentlichkeit*) - em que analisa criticamente a transformação social do conceito de opinião pública na passagem entre o Estado liberal para o Estado social, e as problemáticas formas de instrumentalização da opinião pública como objeto de dominação pelas duas tendências políticas estatais, a liberal democracia e a social democracia⁴⁹.

Em alguma medida, Jürgen Habermas manteve-se filiado ao projeto de teoria crítica (Horkheimer), da crítica ao positivismo científico (Adorno) e das ciências empírico-analíticas que visam a manipulação da realidade no âmbito do comportamento individual (behaviorismo) ou social⁵⁰, ou ao pensar nas condições de possibilidade de interações simbólicas para além de uma ideologia da sociedade industrial (Marcuse) baseada na fusão entre técnica e dominação⁵¹. De alguma maneira, Habermas ainda estaria ligado à pretensão de realizar uma teoria crítica da sociedade, assim como na Dialética do Esclarecimento (*Dialektik der Aufklärung*) de Adorno e Horkheimer – uma teoria capaz de explicitar os obstáculos da emancipação⁵². Exatamente na conferência

⁴⁸ (Wiggershaus: 2010; p. 573).

⁴⁹ (Habermas: 2003).

⁵⁰ Nesse sentido. (Wiggershaus: 2010; p. 600 e ss; esp. 604 e 609). (Habermas: 1987).

⁵¹ (Habermas: 1968; p. 45 e ss).

⁵² Sobre a definição habermasiana de emancipação, a referência aos processos de auto-experiência a nível do indivíduo, além da dificuldade de tradução para o domínio social. *Vide*. (Habermas: 1993; p. 99-100). Vale ressaltar a relação entre a definição de emancipação e os conceitos de entendimento e ação comunicativa em Habermas: “Não se pode representar os coletivos sociais, nem as sociedades em sentido global, como se fossem sujeitos em tamanho grande. Essa é a razão que me leva a ser muito cauteloso quanto ao emprego da expressão ‘emancipação’ fora do contexto das experiências biográficas. No seu

em homenagem aos 70 anos de Herbert Marcuse, o filósofo alemão desloca o problema de uma superestrutura (ideologia), ao analisar o processo de racionalização (Weber) na sociedade moderna a partir de um referencial cindido entre interação e trabalho⁵³. Eis que surge a possibilidade de mapear, entre as ciências sociais contemporâneas e a realidade do todo social - nos seus respectivos problemas de auto-compreensão e complexidade -, os percursos de um projeto teórico que conseguisse aproveitar o potencial de aprendizagem que seu tempo oferece⁵⁴.

Após 10 anos à frente do Instituto Max Plank para Pesquisa das Condições de Vida no Mundo Técnico-Científico foi publicada a “Teoria da Ação Comunicativa” (*Theorie des kommunikativen Handelns*)⁵⁵, que traz importantes reflexões para a compreensão do direito, no que se refere à temática do presente trabalho. “As normas morais e jurídicas são, pois, *normas de ação de segunda ordem, que nos permitem estudar particularmente bem a estrutura das formas de integração social*”⁵⁶. O direito e

lugar eu coloquei os conceitos ‘entendimento’ e ‘agir comunicativo’, que passaram a ocupar o centro de minhas reflexões.” (Idem: 1993; p. 99-100).

⁵³ “Para formular de novo o que Max Weber chamou de racionalização (...) Parto da distinção fundamental entre *trabalho* e *interação*. Por trabalho ou *ação racional teleológica* entendo ou a ação instrumental ou a escolha racional ou, então, uma combinação das duas. (...) Por outro lado, entendo por *ação comunicativa* uma interação simbolicamente mediada. Ela orienta-se segundo *normas de vigência obrigatória* que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes. As normas sociais são reforçadas por sanções. O seu sentido objectiva-se na comunicação linguística quotidiana.” (Habermas: 1968; p. 57).

⁵⁴ “Emerge aqui uma característica do pensamento habermasiano: ele parece formar-se na discussão de posições de outros pensadores, mais do que sugerir espontaneamente. Longe de entender essa observação como uma crítica, entendemos essa característica como, por um lado, expressão de uma consciência histórica particularmente aguda e sensível – qualquer filosofia é, hegelianamente, sempre também história da filosofia, já que se situa num determinado momento da história do pensamento e apoia sobre as inúmeras teorias que a pecederam”. (Pinzani; Dutra: 2013; p. 245-46).

⁵⁵ “Na teoria de Habermas, o conceito de racionalidade comunicativa assume a mesma posição-chave que o conceito de racionalidade instrumental ocupou em *A dialética do iluminismo*. Assim como Adorno e Horkheimer desenvolveram a dinâmica evolutiva de um processo histórico – onde o presente é visto como em estado de crise – a partir da forma de racionalidade da natureza, Habermas fá-lo a partir do potencial racional da ação comunicativa. O traço básico de sua construção é que, nos atos de fala comunicativos, em virtude dos quais as ações dos indivíduos são coordenadas, reivindicações de validade culturalmente invariáveis são acumuladas, sendo aos poucos diferenciadas historicamente, no curso de um processo de racionalização cognitiva. (...) Com base na cisão histórica entre ‘sistema’ e ‘mundo existencial [mundo da vida]’, Habermas justifica a introdução do conceito em dois níveis de sociedade, a que sua construção remete. Também aqui, o processo de obtenção de conhecimento comunicativo é visto como o mecanismo fundamental de reprodução das sociedades modernas, mas, ao mesmo tempo, a existência dessas esferas de ação livres de normas – acessíveis apenas por intermédio de uma análise da teoria dos sistemas – vem a ser tomada como um produto histórico. Assim, o entrelaçamento de uma teoria da comunicação com o conceito de sistema revela-se o componente essencial para uma teoria sociológica da modernidade: toda análise desses processos de conhecimento, graças aos quais as sociedades se reproduzem hoje em suas bases existenciais, requer a ajuda da análise de sistemas que investiguem as formas sistêmicas da reprodução material.” (Honneth 1999: pp. 542-43).

⁵⁶ (Idem: 2010; p. 662).

a moral na sociedade moderna, se “alcançado um nível evolutivo adequado”⁵⁷, constituem um local privilegiado à observância do agir comunicativo, mecanismo social a partir do qual poder-se-ia compreender melhor as conexões que permeiam o todo social. Logo em seguida, publicou “Consciência moral e agir comunicativo” (*Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*) em que elabora uma versão própria de ética do discurso baseado em uma pragmática universal, ou seja, regras de entendimento intersubjetivo válidas universalmente sob um procedimento discursivo racional não conteudístico. Trata-se de uma alternativa à proposta da pragmática ético-transcendental de Karl-Otto Apel.

A partir de então, o filósofo alemão passa a distanciar-se das diretrizes marxistas de Adorno e Horkheimer, aproximando-se de outras reflexões ainda no contexto da teoria crítica da Escola de Frankfurt (Franz Neumann), que não se omitiam a respeito da importância do direito visto a incompatibilidade do Estado de direito em face de regimes totalitários⁵⁸. Desse modo, Habermas assume - em “Facticidade e Validade: Sobre o direito e o Estado democrático de direito em termos da teoria do discurso” (*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*) - o desafio de analisar as instituições jurídicas e políticas à luz da teoria da ação comunicativa e desenvolve por meio de sua pragmática ético-procedimental a maneira pela qual as consciências morais se compatibilizariam com as exigências formais do direito positivado. Tal compatibilidade pressupõe um modelo normativo de Estado democrático de direito que equilibraria a autonomia pública à autonomia privada através de uma política deliberativa que perpassa a esfera pública e as instituições político-representativas.

3.3. Delimitando a estratégia de abordagem acerca do problema: por uma exigência de interdisciplinaridade

Apesar das nuances estruturais entre diversos modelos institucionais de revisão judicial que compõem o sistema constitucional em determinados países, exemplos empíricos de controle de constitucionalidade têm sido observados com grande interesse por diversas disciplinas sob os mais variados contextos sociais. É inegável a proliferação de procedimentos de controle de constitucionalidade no séc. XX e XXI

⁵⁷ (Habermas: 2010; p. 661 e ss. esp. 661 e 663).

⁵⁸ Para uma breve exposição (Rodriguez: 2004).

para diferentes localidades do globo⁵⁹ que, de início, suscitou uma maior visibilidade quanto às semelhanças acerca de problemas constitucionais comuns às ordens jurídicas estatais.

A proximidade temática entre esses problemas possibilita uma maior conversação entre ordens jurídicas estatais por meio de referências doutrinárias e decisões judiciais que exercem influência na construção das razões de decidir em outras ordens jurídicas⁶⁰, o que se manifesta não somente nas cortes e nos tribunais, mas afeta a formação de reflexões teóricas no próprio sistema jurídico. A transposição de doutrinas e jurisprudências provenientes de outras ordens jurídicas propicia um positivo experimentalismo teórico no âmbito dos estudos acadêmicos do direito. Problemas constitucionais concernentes ao *judicial review* norte-americano ou sul-africano, por exemplo, podem ocorrer de modo semelhante, ou podem servir como referência em alguns aspectos aos do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Tais similitudes passam a ser estudadas não somente relacionados ao controle de constitucionalidade, mas a todos os institutos que integram o próprio sistema constitucional, como, por exemplo, a atividade do STF em admitir sentenças aditivas assim como ocorre no sistema constitucional italiano⁶¹.

No entanto, além do inquestionável ganho heurístico com relação as discussões teóricas no âmbito acadêmico, garantindo, assim, a reprodução de uma pluralidade de pontos de vista, não é difícil observar a importância dos discursos teóricos no processo argumentativo e, conseqüentemente, na elaboração das decisões judiciais nos tribunais constitucionais ou supremas cortes. Casos de mal-uso doutrinário são relatados, por exemplo, na utilização ambígua ou descontextualizada de doutrina estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal⁶². A própria produção de reflexões acerca do sistema

⁵⁹ (Ginsburg: 2008; p. 82-8).

⁶⁰ (Neves: 2009; p. 166-187). Para um estudo comparado a respeito do recurso argumentativo às jurisprudências exógenas nos tribunais constitucionais, *Vide.* (Cardoso: 2010). Neste artigo, Cardoso tenta fundamentar o recurso ao direito comparado nos tribunais constitucionais como uma tentativa de diálogo entre cortes dando a entender que parte de uma visão panorâmica semelhante a “global community of courts” descrita por Slaughter. (Slaughter: 2003). Vale ressaltar que, apesar das positivas contribuições nesse sentido, Slaughter não observa atentamente as relações de assimetria entre o diálogo de cortes no âmbito global, por exemplo, ao tentar justificar uma posição mais restrita a comunicação da Suprema Corte Norte-americana. cf. (Neves: 2009; p. 183-5).

⁶¹ Para um estudo comparativo entre o sistema constitucional italiano e o brasileiro, *Vide.* (Maia: 2013; esp. 38-114).

⁶² Recentemente, um autor penalista alemão, Claus Roxin, fez comentários sobre o uso indevido da sua teoria do domínio do fato em ação penal julgada pelo supremo. <
<http://www.oabrp.org.br/detalheConteudo/499/Entrevista-do-jurista-alemao-Claus-Roxin-sobre-teoria-do->

constitucional possui alguma relação com os meios institucionais na elaboração das decisões judiciais num tribunal constitucional ou numa suprema corte. Outra observação possível é de que existe uma diferença entre a atividade jurisdicional, mais especificamente, quanto ao uso discursivo de argumentos teóricos no processo de argumentação jurídica; e a atividade de teorização e o produto final destas teorias. As teorias que estão nos livros e as decisões judiciais de outras cortes e tribunais constitucionais parecem muito diferentes das referências apresentadas em discussões e nos votos dos ministros no Supremo.

Portanto, a argumentação jurídica concernente à fundamentação das decisões judiciais em sede de controle concentrado integra a sequência de instruções que compõem este procedimento exclusivo do STF. O processo argumentativo, que produz uma decisão judicial capaz de desqualificar uma lei da ordem jurídica aprovada via processo legislativo adequado, agrega-se à dimensão de legitimidade do próprio STF. Levando em consideração as observações acima colocadas, faz-se necessário adotar uma estratégia de abordagem que seja sensível a essa relação entre proposições teóricas, argumentação jurídica e produção de decisões judiciais em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Entende-se que, para tanto, é necessário uma abordagem interdisciplinar acerca do problema. Porém, antes disso, façamos uma análise de algumas estratégias de abordagem que debruçam sobre constituições, tribunais constitucionais e o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade a fim de conhecer qual seria a melhor estratégia para o empreendimento da pesquisa.

3.3.1. A Doutrina jurídico-constitucional

Primeiramente, há uma estratégia de abordagem muito adotada no Brasil que consiste em compilar uma série de definições e conceitos sob uma visão disciplinar especializada da ciência do direito, por exemplo, a temática de Direito Constitucional, a fim de oferecer um produto teórico de um potencial descritivo abarcante sobre o tema.

dominio-do-fato.html>. Nesse sentido, (da Silva: 2005; p. 116 e ss) critica o uso equivocado de métodos interpretativos alemães. Especificamente, quanto ao uso indevido da regra da proporcionalidade da doutrina alemã pelo STF (da Silva: 2002). Neves critica os esforços de Virgílio Afonso da Silva de concentrar-se em controlar uma teoria, doutrina e prática constitucional brasileira a partir de um modelo estrangeiro em detrimento de “refletir sobre as deficiências teóricas e práticas que obstaculizam, no Brasil, o desenvolvimento de um direito constitucional que oriente no sentido de tomada de decisões juridicamente consistentes e socialmente adequadas” (Neves: 2013b; p. 189), o que não se opõe ao que se quer destacar na presente citação, qual seja, a transposição de modelos teóricos estrangeiros e as implicações a uma “prática jurídico-constitucional confusa (*Ibidem.* p. 196 e ss). O mesmo se refere ao uso indevido do argumento teórico das capacidades institucionais no STF, *Vide.* (Arguelhes e Leal: 2011; p. 8-10).

Nesse tipo de abordagem, o procedimento de controle concentrado resume-se a uma descrição genética acrescida de comentários acerca de pontos tocantes no texto constitucional e na legislação em vigor⁶³. Nota-se um potencial de sistematização de informações com respeito à disciplina de direito constitucional ou do controle de constitucionalidade entre decisões judiciais relevantes, posições dos tribunais e observações panorâmicas acerca de proposições teóricas de autores notáveis. No entanto, apresentam também uma restrição disciplinar limitadora à autorreferência do modo como são produzidas as próprias enunciações teóricas nesses cursos de direito constitucional, pouco aberta às observações externas no âmbito jurídico.

A redução de reflexão teórica caracteriza tais trabalhos como uma dogmática constitucional que fornece um aparato conceitual distanciado da realidade sob a qual se debruça. Ou seja, tal estratégia de abordagem apenas nos forneceria uma gama de informações acerca do direito positivado se os arranjos institucionais estivessem em conformidade com o sistema jurídico, portanto, sendo inócuo ao se pensar o problema pertinente ao presente trabalho acerca da legitimidade do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade. A praticidade na resolução de problemas constitucionais é lembrada apenas na enumeração de jurisprudências relevantes. As mesmas observações críticas podem ser feitas às produções bibliográficas que se propõem tecer comentários ao texto constitucional⁶⁴. Portanto, constata-se que as observações mais heterorreferentes, nessas estratégias de abordagem, geralmente estão ligadas a uma falsa interdisciplinaridade, caindo em um tipo de “enciclopédismo jurídico”, ou seja, tratam a interdisciplinaridade como “o somatório de conhecimentos os mais diversos sobre o direito.”⁶⁵

Outra estratégia, também usual na comunidade jurídica constitucional brasileira, seria a adoção de um modelo teórico fundado na prática constitucional de uma ordem jurídica estrangeira. Pode-se citar, por exemplo, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*), que foi desenvolvida a partir de uma reconstrução dogmática da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão

⁶³ A título de exemplo, desse tipo de estratégia de abordagem, *Vide*. (Mendes, Coelho, Branco: 2008; p. 208, esp. 1057, 1152 e ss). (Barroso: 2009; esp. 89-93). (Leal: 2014; esp. 299-316).

⁶⁴ (Hesse: 1998).

⁶⁵ “O que decorre desse modelo enciclopedista, tão conhecido entre nós, é um superficialismo generalizado de pouca relevância prática e pouco significado teórico para as diversas áreas do saber. Portanto, deve-se, parece-me, de antemão, distinguir claramente, enciclopédismo jurídico de interdisciplinaridade referente ao direito.” (Neves: 2005; p. 208).

até o início da década de 1980. É considerável a forte influência desse modelo teórico alemão na prática do STF especificamente quanto ao uso das terminologias proporcionalidade⁶⁶ e razoabilidade, que se manifestam também nas produções teórico-constitucionais. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, é um reconhecido jurista brasileiro cujo pensamento é influenciado diretamente pelas proposições teóricas de Alexy⁶⁷. Esta estratégia de adotar um modelo de dogmática constitucional estrangeiro pode trazer consequências drásticas a um esforço intelectual voltado aos limites de legitimidade do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do STF. Por mais que haja uma tentativa de assemelhar o procedimento exclusivo do STF com outras experiências em outras cortes e tribunais constitucionais estrangeiros, deve-se refletir a respeito dos possíveis déficits cognitivos no exercício de transplante de teorias, pois as fronteiras cognitivas de *input* e *output* no sistema jurídico podem se comprometer sem uma adequada aferição sobre a conformidade de observações teóricas estrangeiras transplantadas para contextos sociais distintos. Devido aos problemas de autonomia do sistema jurídico decorrentes da hipercomplexidade da sociedade no Brasil, é previsível que modelos estrangeiros num contexto de menor complexidade social sejam a regra, e não a exceção, à análise dos problemas jurídicos observando suas devidas peculiaridades. Mas isso não implica dizer que tal importação de teorias travestida de uma condição interdisciplinar seja adequada. Ao contrário, mostra uma despreocupação quanto ao contexto, relacionado a uma não preocupação teórica de oferecer consistência jurídica e adequação social desses modelos diante da hipercomplexidade da sociedade⁶⁸. Essa prática tão difundida e pouco refletida na academia jurídica no Brasil leva a uma “negação da complexidade social e da necessidade de definir com maior clareza as fronteiras do campo jurídico.”⁶⁹

3.3.2. A influência de teorias políticas normativas

Pode-se identificar, também, uma estratégia em basear-se numa teoria política específica preocupada em fornecer uma compreensão genérica acerca da justificação da autoridade pública. As decisões políticas são pensadas em meio à dificuldade da escolha de suas razões com relação a fatores de desigualdade, inclusão de minorias, e

⁶⁶ Para uma descrição da relação entre o uso metodológico desse modelo teórico e o ativismo judicial no Brasil *Vide.* (Benvindo: 2010; p. 83 e ss).

⁶⁷ Vale fazer jus ao autor que, ao se tratar de STF e controle de constitucionalidade, utilizou outros modelos teóricos observando as peculiaridades do sistema constitucional no Brasil. *Vide.* (Silva: 2012).

⁶⁸ Nesse sentido, ver a crítica de Marcelo Neves a Virgílio Afonso da Silva. (Neves: 2013; p. 187-96).

⁶⁹ (Neves: 2005; p. 213).

justificação das atividades do Estado frente o indivíduo, sob a difícil tarefa de estabelecer uma relação de complementariedade entre liberdade e igualdade. Ou seja, estes empreendimentos teóricos fornecem um modelo normativo de legitimidade da ordem política baseados em reflexões sobre a difícil tarefa de tomar decisões.

Sem dúvida, um dos modelos teóricos mais influentes desse tipo de abordagem está presente nos esforços de John Rawls em *Uma teoria da justiça*. Nesse modelo, a teoria normativa é alicerçada sob considerações hipotéticas com respeito à sociedade simplificada em “uma estrutura básica” na qual se escolhem as principais instituições sociais⁷⁰. Também, a sociedade é idealizada como se fosse possível estender uma condição de harmonia entre estruturas normativas que permeiam a razão dos indivíduos, estes capazes de construir socialmente uma concepção coletiva de justiça para a manutenção de uma abstração hipotética corolária à primeira, agora refletindo a estrutura social como “[uma] sociedade bem-ordenada [que] resiste ao tempo”⁷¹.

Nesse sentido, a legitimidade do controle de constitucionalidade é tratada apenas como legitimidade política. O ideal político consiste no constitucionalismo democrático. Assim o controle de constitucionalidade das leis é justificado com base na capacidade política do tribunal constitucional, no caso de Rawls a Suprema Corte norte-americana, de articular o ideal político do constitucionalismo democrático imerso na plêiade dos dois princípios de justiça, utilizando-se de uma doutrina abrangente e razoável de justiça, ou seja, utilizando-se de uma ideia de “razão pública”⁷².

⁷⁰ Rawls dá algumas dicas dessa estrutura básica: “Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes. Assim, a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica são exemplos de instituições sociais importantes.” (Rawls: 2008; p. 08).

⁷¹ “Uma sociedade bem-ordenada também é regida por sua concepção pública de justiça. Esse fato implica que seus membros têm um desejo forte e em geral efetivo de agir conforme o exigem os princípios da justiça. Já que uma sociedade bem-ordenada resiste ao tempo, presume-se que sua concepção de justiça seja mais estável, isto é, que quando as instituições são justas (conforme definidas por essa concepção), os que participam desses arranjos institucionais adquirem o correspondente senso de justiça e desejam fazer sua parte para preservá-las.” (*Ibidem*. p. 561).

⁷² (Rawls: 2011; p. 272-275). Uma definição unívoca de Rawls acerca da ideia de razão pública. Rawls diferencia a razão pública de determinadas doutrinas abrangentes razoáveis com base em razões não públicas (privadas) e crenças religiosas. As doutrinas não razoáveis, não são admitidas por Rawls. “A ideia de razão pública, tal como a compreendo, faz parte de uma concepção de sociedade democrática constitucional bem-ordenada.” (*Ibidem*. p. 523, esp. 578-83). Entre a diferença e confusão da ideia de razão pública entre as duas obras, *Uma teoria de justiça* e *o Liberalismo político*: “Os dois livros são assimétricos, embora apresentem uma ideia de razão pública. No primeiro, a razão pública é dada por uma doutrina liberal abrangente, enquanto no segundo é uma maneira de argumentar sobre valores

Observa-se que um dos principais pontos-cegos de optar por esta estratégia de abordagem acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade das leis é a dificuldade de análise de problemas práticos relacionados ao modo como o processo de legitimação se organiza institucionalmente. No máximo, utilizando suas diretrizes como fundamento, pode-se constituir uma hipótese acerca da questão. Assim, a teoria política normativa acaba por contribuir para uma “cegueira institucional”⁷³. Nesse sentido, o pluralismo político assumido hipoteticamente, desconsidera a realidade no contexto da sociedade moderna. Adotar uma teoria política normativa dessas, que pode ser compreendida como um modelo de filosofia política para análise de problemas constitucionais pode ser uma falsa preocupação interdisciplinar.

Trata-se de uma “metadisciplinaridade do direito”, ou seja, “procura-se um metadiscurso ou uma metanarrativa capaz de impor, de cima, limites e formas de intercâmbio entre áreas do saber referentes ao direito.”⁷⁴. Nesse sentido, as condições de possibilidades das ordens normativas morais frente às demais esferas da sociedade não são levadas em consideração. Voltando-se especificamente ao direito, apenas é destacado o conteúdo moral das instituições jurídicas modernas, no entanto, sem precisar até que ponto torna-se possível a realização dos princípios de justiça⁷⁵.

3.3.3. Law and politics e Law and economics

Aparentemente, os empreendimentos teóricos estritamente normativos devem ser deixados de lado e compatibilizados às práticas institucionais. Além do mais, as teorias políticas normativas acerca da justiça tendem a oferecer a melhor solução, a maneira ideal de resolver problemas concernentes ao direito e à política (*best-reasoning*) sem considerar os dilemas, incertezas e imperfeições que se manifestam nas performances das instituições. Seguindo esta linha de raciocínio, segundo o arranjo

políticos compartilhados por cidadãos livres e iguais, que não imiscui nas doutrinas abrangentes deles, contanto que estas doutrinas sejam compatíveis com uma sociedade democrática. (*Ibidem.* p. 582-83)”.⁷³(Möllers: 2013; p. 02-04). Nesse sentido também, (Sunstein e Vermeulle: 2004; p. 36).

⁷⁴ “A esse modelo subjaz uma forma de holismo simplificador, que não leva a sério a diversidade de perspectivas de observação da sociedade, caracterizadas por uma forte conflituosidade em suas pretensões teóricas e práticas. A confusão de interdisciplinaridade com metadisciplinaridade aparece, sobretudo, na forma de metadiscursos pretensamente filosóficos, caracterizados pela esterilidade teórica e prática para o direito. Nesse caso, não se trata meramente de um discurso questionador dos limites e das possibilidades do direito, muito menos de uma intermediação interdisciplinar de conhecimentos filosóficos e técnico-jurídicos. Antes, propõe-se uma instância discursiva que, não levando em conta a complexidade e a conflituosidade da relação entre direito e outros fenômenos sociais, muito menos a pretensão de autonomia dos respectivos campos do saber referentes ao direito, insiste em determinar, de forma heterônoma e, por assim dizer ‘autoritária’ (‘de cima para baixo’), como esses diversos campos devem definir os seus limites e relacionarem-se uns com os outros.” (Neves: 2005; p. 210).

⁷⁵ (Habermas: 2010a; p. 106).

institucional estabelecido na Constituição de 1988, aquelas mais próximas do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade seriam o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. A relação mais provável ao se destacar essas duas instituições, com aparatos burocráticos autônomos, distintas funções e diferentes graus de especialização funcional, seria uma relação de tensão interinstitucional.

Considerando esse cenário mais complexo de múltiplas variáveis, uma estratégia de abordagem acerca do procedimento de controle de constitucionalidade deve nortear-se tentando alcançar uma segunda melhor solução (*second-best reasoning*)⁷⁶ em um cenário afeito à contingência. O problema da tensão interinstitucional não deveria se apoiar exclusivamente em teorias normativas que estipulam um juiz ideal inserido em um modelo interpretativo eficiente para produção da decisão judicial, explicadas as situações de como os juízes deveriam decidir, ou mesmo em teorias que se apoiam em um parlamento ideal que conduziria de maneira efetiva as deliberações políticas para a produção de suas decisões legislativas.

Isso não implica dizer, entretanto, que por meio de um estudo apenas descritivo do comportamento das instituições, possa se adquirir uma compreensão consistente acerca do problema da legitimidade do processo de controle de constitucionalidade. Esse tem sido o equívoco de algumas propostas teóricas institucionalistas baseadas em aportes metodológicos que conferem uma visão econômica ao direito (*law and economics*) ou em métodos de estudos provenientes da ciência política aplicadas aos problemas jurídicos (*law and politics*). Tais empreendimentos teóricos vêm ganhando espaço no Brasil confirmando-se o argumento da “americanização do direito” de tradições romano-germânicas (*civil law*)⁷⁷ que, frequentemente, integram pesquisas empíricas estatísticas⁷⁸.

Alguns, mais comedidos, geralmente presentes nos discursos de *Law and politics*, movidos pela ânsia de oferecer uma resposta ao tradicional enciclopedismo que assola as incursões teóricas na pesquisa do direito, acrescida à insistência de reflexões

⁷⁶ (Sunstein e Vermeulle: 2004; p. 23-4).

⁷⁷ (Mattei: 1994; p. 206-07). Para uma análise econômica do direito do Supremo Tribunal Federal, *Vide*. (Pargendler e Bruno Salama: 2014).

⁷⁸ *Vide*. (Pogrebinschi: 2011; esp. p. 06, 07, 09) e a pesquisa quantitativa empreendida pela FGV-RJ reconhecida no âmbito nacional, denominado “Supremo em Números”, que disponível no site <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/relatorio-1-o-multiplo-supremo>>. Para uma crítica ao viés político dessa pesquisa que abraça a causa de transformação institucional do STF, *Vide*. (Costa e Gomes: 2012; esp. p. 20).

hipotéticas sem pertinência empírica, muitas vezes oferecem um desencorajamento à perspectiva teórica, como se as pesquisas estatísticas pudessem refutar e, ao mesmo tempo, tivessem o condão de sujeitar suas conclusões sobre os enunciados teóricos. Outros, geralmente ligados à linha *Law and economics*, arrogam-se como estudiosos que levam a sério a natureza do direito e passam a utilizar-se de um velho discurso cientificista⁷⁹.

Os casos de *law and economics* e *law and politics* retratam o “imperialismo disciplinar” no direito revestido sob o rótulo de interdisciplinaridade. Na tentativa de impor um modo de reflexividade que não é próprio ao sistema jurídico, escolhe-se arbitrariamente uma racionalidade econômica ou política às questões do âmbito jurídico⁸⁰. De fato, são muitos os pontos em questão que podem ser omitidos nesse trabalho dessas duas correntes que oferecem métodos distintos de lidar com o fenômeno jurídico, até porque, os estudos no âmbito do direito denominados *law and economics* e

⁷⁹ Utilizando-se do artifício retórico de imaginar um Premio Nobel na Ciência do Direito, Thomas Ulen pressupõe uma atual tendência de cientificização no meio jurídico acadêmico pelo desenvolvimento de estudos empíricos em detrimento de uma abordagem da teoria e filosofia do direito: “Acredito que consegui identificar na atual academia jurídica um movimento em direção a uma maior metodologia científica como as que ocorrem nas outras ciências sociais, naturais, físicas e biológicas. (...) Provavelmente a principal culpada para essa conquista seja a linha *law and economics*.” (Ulen: 2003; p. 909).

⁸⁰ “Um outro risco que o discurso da interdisciplinaridade pode tornar invisível refere-se ao fato de que, em seu nome, venham a desenvolver-se apenas formas de imperialismo disciplinar no âmbito do direito. Esse não é um problema exclusivamente brasileiro, ele ronda as faculdades de direito também nos chamados países desenvolvidos. Assim é que, por exemplo, muitas vezes, implícita ou explicitamente, sob o rótulo da interdisciplinaridade, superestima-se o papel da análise econômica do direito e, sobretudo sob a fórmula aparentemente interdisciplinar ‘*Law and Economics*’, pretende-se subordinar os critérios do direito a uma racionalidade puramente econômica. Nesse caso, pleiteia-se, por assim dizer, uma ‘econômica jurisprudence’ que desconhecer qualquer racionalidade jurídica específica. Ou seja, não se trata de uma intermediação economia e racionalidade jurídica, em favor de uma prática jurídica mais adequada economicamente, mas sim de ‘imperialismo econômico’ ou colonização econômica do direito. (...) Também com relação à análise política do direito, há uma forte tradição de considerar o direito um epifenômeno do poder ou ideologia política, pleiteando uma ‘political jurisprudence’. (...) Não se trata nesse caso de intermediar a lógica do poder e a lógica do direito em busca de uma prática jurídica politicamente satisfatória, mas sim de ‘imperialismo político’ ou colonização política do direito.” (Neves: 2005; p. 209). Para um contraponto na defesa da interdisciplinaridade presente na linha de pesquisa de *Law and politics*, Whittington garante que “o estudo político do *law and politics* sempre tem sido um empreendimento interdisciplinar. Os fundadores da disciplina na ciência política estavam intimamente envolvidos com os argumentos dos acadêmicos no direito, história, filosofia e economia (e em muitos casos tem sido treinados naquelas disciplinas).” cf. (Whittington: 2012; p. 08-09). Observa-se que a visão de interdisciplinaridade, neste caso, fica restrita a um mero abastecimento de argumentos provenientes de várias áreas do saber. Para uma visão histórica dos estudos de *Law and politics*, Vide. (Whittington e Kelemen: 2008; p. 03-18).

law and politics dificilmente são condensados em uma única diretriz metodológica⁸¹, apesar dos sugestivos nomes das duas linhas de pesquisa.

3.3.4. Definindo a estratégia de abordagem: interdisciplinaridade a partir de uma virada social (*social turn*)

Por meio dessa breve exposição crítica, enfim, constatam-se alguns módulos teóricos possíveis de análise do problema da legitimação do controle concentrado de constitucionalidade e o entendimento prévio dos pontos cegos acerca desses posicionamentos. Diante dos diferentes olhares observam-se as reais dificuldades de um empreendimento teórico que prese por um aporte interdisciplinar sem cair em falsas acepções de enciclopedismo, imperialismo e metadisciplinaridade.

Observando a necessidade de se buscar um *background* normativo aliado a um cenário de cooperação entre instituições, Christopher Möllers e Conrado Mendes traçam uma estratégia interessante de abordagem cuja análise toca, por vezes direta e indiretamente, o problema em questão neste trabalho⁸². Entendem como valiosos tanto o olhar mais realista voltado às organizações, como o mais abstrato referente à teoria política normativa, à procura de um conceito que conecte essas duas dimensões. Möllers busca tal conexão por meio de um conceito universal de Separação de Poderes. Conrado Mendes, por meio de um conceito normativo de democracia.

Entende-se nesse trabalho, acompanhando os marcos teóricos, que o *background* normativo baseado apenas em aspectos jurídico-políticos universais, apesar de suscitar interessantes investigações e conseguir oferecer aportes analíticos positivos preocupados com exigências empíricas e teórico-normativas na pesquisa do direito, ainda não são suficientemente adequados para abordagem do problema em questão. Nesse sentido, o *background* normativo a ser adotado, deve partir de um entendimento das condições de possibilidade presentes na sociedade moderna, uma reflexão sobre a própria sociedade e não apenas aspectos jurídico-políticos como o princípio de Separação de Poderes enquanto modelo de legitimidade a ser seguido, ou de um ponto

⁸¹ Nas referências acima, Whittington ressalta a pluralidade metodológica que se resume a linha de pesquisa da *Law and politics*. A respeito da linha *Law and economics*, Francesco Parisi descreve as digressões metodológicas internas referentes à linha da análise econômica do direito optando pelo que ele denomina por *functional approach*. (Parisi: 2004; esp. p. 10-12). Para uma sucinta abordagem histórica acerca da linha de pesquisa *Law and economics*, Vide. (Parisi: 2005).

⁸² (Möllers: 2013). (Mendes: 2012).

de partida eminentemente político, de uma abstração sobre o modelo de regime democrático.

Um estudo acerca do problema de legitimação do procedimento de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal deve contar com aspectos empíricos, observando as instituições ou organizações que circundam tal procedimento. Entretanto, necessita, como *background* normativo, da consideração do processo de evolução social e das exigências estruturais presentes na sociedade moderna. Não se trata apenas da consideração de uma guinada linguística em contraposição aos fundamentos epistemológicos de uma filosofia da consciência, ou uma guinada institucional (*institutional turn*), nos termos de Sunstein e Vermeulle, frente às teorias normativas interpretativas. Faz-se necessário levar a sério uma guinada social (*social turn*)⁸³ no sentido de uma compreensão do sistema jurídico, político e constitucional enquanto *sistema social*.

De início, o posicionamento adotado pode ser confundido como um imperialismo sociológico sobre o direito. Essa também é uma estratégia teórica utilizada para tratar de questões sociais no âmbito jurídico-constitucional. Aliás, um tipo de abordagem muito presente na tradição jurídica no Brasil, oriunda de movimentos políticos e sociais autodenominados como “pós-positivistas”⁸⁴, na qual o direito positivo é desconsiderado, focando-se mais na dimensão da norma jurídica ou nas decisões judiciais. O direito positivo é visto de maneira pejorativa como instrumento de dominação sócio-política para manutenção do *status quo*. Estes movimentos teóricos buscam um uso alternativo à dominação por meios jurídicos, arrogando-se como mestros da comunidade jurídica para onde a sociedade deve seguir. Por exemplo, pode-se citar o movimento neoconstitucionalista, herdeiro do direito alternativo, que

⁸³ Termo cunhado por Thomas McCarthy para descrever as exigências sociais concernentes à teoria do conhecimento integrada à teoria social de Jürgen Habermas na qual me aproprio, ao meu ver, adequadamente, para estender essa observação também à teoria heterodoxa dos sistemas de Marcelo Neves: “Agora estamos bem habituados com a racionalidade por trás da virada linguística na filosofia do séc. XX. *Conhecimento e Interesse* [o livro de Habermas que trata sobre a crítica ao positivismo] torna uma caso de necessidade a tomada de uma virada adicional, uma ‘virada social’, no caminho de uma adequada teoria do conhecimento.” (McCarthy: 1981; p. 91).

⁸⁴ Trata-se de um movimento global pós-segunda guerra encabeçados por juristas pertencentes a um espectro político de esquerda de viés marxista, denominados de “alternativismo jurídico” cujas manifestações ocorreram em várias regiões do globo. Podem ser citados o movimento *Critique du Droit* na França, a *Magistratura Democratica* na Itália, e o movimento *Jueces por la Democracia* na Espanha. Segundo Roberta de Miranda: “(...) [N]a América Latina, em especial no Brasil, não se fala em uso alternativo do direito, mas de direito alternativo, exatamente por ainda existir resquícios de um fundamento marxista no ideário do movimento e diante da situação socioeconômica do continente no qual ainda remanescem casos de extrema pobreza e desigualdades sociais.” (Miranda: 2014; p. 47).

considera o direito positivo como fenômeno secundário e passa a focar-se na interpretação das normas constitucionais cuja pretensão teórica seria alternativa à teoria juspositivista do direito. O neoconstitucionalismo pretende colocar-se como alternativa contra o “legicentrismo” baseado em categorias “formalistas” e “estatalistas”⁸⁵. Ao contrário de subordinar-se a um determinado quadro social à positivação do direito, pretende-se, no presente trabalho, entender melhor os processos de irradiação e as formas de repercussão do direito positivo no quadro social.

A interdisciplinaridade consiste na difícil tarefa de estabelecer uma relação de “comutação discursiva” diante do reconhecimento das autonomias disciplinares. “Nesse sentido, a interdisciplinaridade permite que a linguagem econômica, política ou sociológica seja compreendida e ganhe sentido no âmbito da dogmática jurídica e vice-versa. Isso fortifica a adequação recíproca e uma cooperação num ambiente de conflituosidade disciplinar, sem que as respectivas pretensões de autonomia sejam negadas. Ao contrário, com a interdisciplinaridade como transformador entre diversos discursos sobre o direito, as diferentes esferas de saber enriquecem-se conceitualmente e tendem a ganhar uma maior capacidade na solução dos problemas que se lhes apresentam.”⁸⁶ Dessa maneira, entende-se que esta estratégia de abordagem harmoniza-se às perspectivas da teoria do discurso e da teoria dos sistemas de Habermas e Neves.

Portanto, além das estratégias paralelas destacadas acima, é possível identificar outras entre as várias formas de abordagem do problema nessa dissertação. De início, é necessário esclarecer que o presente trabalho não pretende, por meio de uma investigação histórico-social do procedimento de controle concentrado, descrever a origem desse procedimento no sistema constitucional brasileiro. Nem mesmo busca reconstruir historicamente a transposição de um modelo estrangeiro a fim de estabelecer qualquer tentativa de comparação entre eles com o presente no Supremo Tribunal Federal.

Pretende-se, enquanto recorte histórico, inserindo-se no paradigma da sociedade moderna, entender as condições de possibilidade do procedimento de controle concentrado no Brasil. Fica claro, desse modo, que não se trata de uma investigação

⁸⁵ (Comanducci: 2003; p. 89-112).

⁸⁶ “Em outras palavras, a interdisciplinaridade é um espaço fluido e instável de *comutação discursiva*. Nela, o sentido originário de um discurso atravessa um transformador para ser compreendido e ganhar sentido no âmbito de um outro discurso.” (Neves: 2005; p. 211-12).

pautada em identificar apenas aspectos universais desse procedimento específico a partir de concepções mais abrangentes como a relação entre constitucionalismo e democracia, mas de estar atento às peculiaridades da atividade jurisdicional do STF sob uma reflexão de como tal procedimento é possível sob as condições estabelecidas pela ordem social em um contexto delimitado.

De fato, duas dificuldades podem ser levantadas nessa escolha. Primeiro a assunção de modelos teóricos de legitimidade presente nos marcos deste trabalho enquanto critérios dedutivos acerca do debate que vem se desenvolvendo na teoria constitucional no Brasil. Segundo que, apesar das confluências temáticas já relatadas entre os modelos teóricos de Neves e Habermas, este desenvolve uma grande teoria da sociedade e, por meio desta, elabora suas análises intermediárias, especialmente, acerca do direito na sociedade moderna. Marcelo Neves considera enquanto ponto de partida, o diagnóstico de outra grande teoria da sociedade (Niklas Luhmann) que também influenciou a teoria habermasiana, mas cuja influência era tratada com críticas vigorosas entre ambos os autores alemães. Neves também assumiu, em parte, uma filiação teórica com o pensamento luhmanniano. Em parte porque não considerou a completude do projeto enquanto critério de validade de suas afirmações teóricas, pois desenvolveu uma série de críticas ao autor de Bielefeld, que impulsionaram uma reformulação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann visivelmente notada na obra “A sociedade da sociedade”.

Na tentativa de reduzir essas dificuldades, buscou-se focar nos conceitos de sociedade moderna, legitimidade procedimental e positivação de direitos, centrais no presente trabalho e analisados dentro dos limites dos modelos teóricos de Neves e Habermas. Além disso, há o esforço em estabelecer uma aproximação dos debates que envolvem as propostas de legitimação do Estado de direito presente na teoria desses autores com o debate acerca dos limites de legitimidade da atividade jurisdicional do STF que se manifestam por meio dos conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Ao final, o objetivo principal dessa dissertação é elaborar uma proposta de reflexão diante das várias questões acerca do problema da legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, contra a corrente do que usualmente é produzido, pautada na importação de modelos teóricos estrangeiros, sem se considerar a possibilidade de um déficit de conformidade destes em outros contextos sociais.

4. Ideias fora do lugar ou “no mesmo lugar e em outro lugar”?

4.1. O título, Machado de Assis e a metáfora: “entre a pirâmide e o trapézio”

O título do presente trabalho apropria-se de uma metáfora de Raymundo Faoro leitor da obra de Machado de Assis. Trata-se de um esforço em categorizar duas prioridades básicas presentes na literatura machadiana. A pirâmide e o trapézio representam, respectivamente, os estamentos políticos e os aspectos da dinâmica econômico-social descritas pelo bruxo de Cosme Velho⁸⁷, sintetizando as bases sincrônicas na qual Machado retratava o quadro social da época combinado às ocorrências históricas no Segundo Império e no início da República no Brasil (base diacrônica)⁸⁸. Assim, procura-se delinear, no teatro machadiano, uma narrativa literária entre realismo e ficção na qual as personagens, as descrições mentais, os atos, as confissões inusitadas e os contextos sociais revelam uma arguta preocupação em compreender e, ao mesmo tempo, descrever a sociedade no contexto temporal do autor.

Antes mesmo das críticas feitas por Lúkacs ao realismo literário, uma “descrição que distingue e ordena” que “implica na perda de significação artística das coisas”⁸⁹, Machado de Assis já precava-se sobre estes aspectos, não apenas se colocando como mero observador em suas obras, mas comprometendo-se, inserindo-se enquanto intérprete da realidade, ou seja, como partícipe de seu tempo e evitando tanto a “retórica declamatória” do ultra-romantismo quanto “o retrato que quer reproduzir tudo, os traços largos e as linhas tênues” do ultra-realismo⁹⁰.

⁸⁷ *Vide*. (Faoro: 2001; esp. p. 13-20 e 525-47).

⁸⁸ “O eixo sincrônico fixa a estrutura social, a pirâmide e o trapézio. O eixo diacrônico remete à história das mudanças, das passagens, das resistências. Ambos formam o quadro, os lugares em que Machado vai situar as suas personagens, dando a algumas os traços típicos da sua classe ou do seu estamento, mas reservando a outras o desenho de uma fisionomia própria, capaz de diferenciá-las da mediania e do vulgo, que, sabemos-lo desde Maquiavel, constitui a maioria absoluta dos homens.” (Bosi: 2004; p. 363).

⁸⁹ (Lúkacs: 1965; p. 66).

⁹⁰ (Faoro: 2001; p. 532). “A perspectiva histórica, a busca atormentada da realidade, a consciência de uma visão nobremente distinta em contraste com outra, esta plebeia e realista, levaram o escritor a construir um modelo social, a um tempo modelo do homem. Surpreendido na encruzilhada, apegado a lealdades velhas, mas atento à mudança iminente, não pôde evitar a imagem ambígua do mundo, embora unificada numa concepção unitária da natureza, a natureza que abrange tudo, o gesto e a flor, dentro da vida em perpétuo movimento. No século em curso, a sociedade parecia assumir estrutura independente do homem, entidade capaz de dobrar a seu império a liberdade dos átomos livres. A rebeldia a essa presença, monstruosa ao humanista, inspira uma teoria do mundo social, alheia e hostil ao nascente determinismo naturalista.” (Idem: 2001; p. 536).

Faoro objetiva compreender mais profundamente os artefatos históricos e sociais que permeiam o universo de Machado de Assis. O objetivo, sinteticamente, é extrair das observações literárias presentes na obra machadiana, construções de sentido sensíveis e compatíveis a uma atividade proto-sociológica. Para tanto, Raymundo Faoro, também leitor de Max Weber, mergulha na dimensão axiológica de Machado de Assis a fim de acessar seus aspectos culturais e, através de um empreendimento hermenêutico em busca da auto-compreensão do autor, pretende decantar das interpretações machadianas fragmentos, no interstício entre comunidade e sociedade no Brasil, que o ajudem a entender melhor o contexto do final do Império e começo da República Velha.

Um estudo aprofundado das intenções de Raymundo Faoro pela busca de peculiaridades sociais brasileiras não condizem com o objetivo desse trabalho. No entanto, a remissão à pirâmide e o trapézio, a Raymundo Faoro e Machado de Assis enquanto intérpretes do Brasil ressaltam algumas preocupações de ordem epistemológica no presente trabalho.

Ao delimitar como objeto de análise um procedimento e uma instituição específica do judiciário brasileiro, faz-se necessário precaver-se de possíveis constrições cognitivas que esta escolha possa causar para uma análise consistente do problema a ser investigado. No presente trabalho, portanto, acredita-se que as reflexões produzidas por uma teoria constitucional não devem incorrer na contextualização exagerada em busca de uma representação autêntica do real, ou seja, não devem voltar-se à busca da singularidade de um arranjo ou procedimento constitucional. Contudo, como título deste trabalho sugere, não se deve abandonar inteiramente a postura de manter-se sensível às possíveis particularidades de um determinado contexto social. Trata-se em insistir que as ideias, os modelos ou as semânticas utilizadas para explicar as causas e efeitos do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal encontram-se imersos em uma determinada realidade constitucional, entrelaçado às estruturas sociais no Brasil. Surge, portanto, a necessidade de refletir sobre quais lugares e efeitos determinadas ideias constitucionais tomam forma nesse cenário social.

4.2. A problemática concepção de Roberto Schwarz de “ideias fora do lugar”

Tal incursão interdisciplinar entre teoria constitucional e teoria literária do presente tópico possibilita acessar uma discussão interessante sobre os efeitos práticos das concepções políticas liberais da sociedade no Brasil, e a utilização de ideias deslocadas como justificativa formal para a consolidação dessas instituições, mantendo uma conveniente relação entre distanciamento da realidade, conservação das instituições e convivência às desigualdades sociais. Trata-se de um conceito que também surge em um estudo dedicado à obra de Machado de Assis, as “ideias fora do lugar” de Roberto Schwarz:

“Ao longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe idéias europeias, sempre em sentido impróprio. É nesta qualidade que elas serão matéria e problema para a literatura. O escritor pode não saber disso, nem precisa, para usá-las. Mas só alcança uma ressonância profunda e afinada caso lhes sinta, registre e desdobre – ou evite – o descentramento e a desafinação. (...) Partimos da observação comum, quase uma sensação, de que no Brasil as idéias estavam fora de centro, em relação ao seu uso europeu. E apresentamos uma explicação histórica para esse deslocamento, que envolvia as relações de produção e parasitismo no país, a nossa dependência econômica e seu par, a hegemonia intelectual da Europa, revolucionada pelo capital. Em sua, para analisar uma originalidade nacional, sensível no dia-a-dia, fomos levados a refletir sobre o processo da colonização em seu conjunto, que é internacional.”⁹¹

Numa breve explanação, Schwarz alerta-nos às desastrosas consequências da importação de ideias historicamente materializadas em contextos sociais diferentes. Tomando como exemplo a contradição entre a difusão do pensamento liberal no século XIX - a ideologia “das jovens nações emancipadas da América”⁹² – Schwarz estrutura seu pensamento explicando a curiosa conformidade das ideias liberais às relações de dependência econômica brasileira entre as figuras do escravo e do latifundiário, além das relações de clientela (favores) entre homens livres (não escravos, no entanto desfavorecidos socialmente) e profissionais liberais da época.

⁹¹ (Schwarz: 2005; p. 80-3).

⁹² (Schwarz: 2000; p. 15).

Para Schwarz, como consequência, o escravismo “desmente as ideias liberais”⁹³ e o favor “pratica a dependência da pessoa, a exceção à regra, a cultura interessada, remuneração e serviços pessoais.”⁹⁴ No séc. XX, as contradições se mantêm e estruturam-se. Em resumo, “as ideias liberais não se podiam praticar, sendo ao mesmo tempo indescartáveis.”⁹⁵ As impropriedades das ideias frente à percepção cotidiana das práticas sociais são analisadas e enfatizadas por Schwarz ao descrever o ceticismo que marca a obra de Machado de Assis⁹⁶, um ceticismo reativo a qualquer ideologia, antes visto como abstração inócua ou mais uma simplificação intelectual alegórica.

Durante a elaboração do presente trabalho poucas foram as reflexões encontradas sobre a possibilidade de “ideias fora do lugar” ou algo próximo à problematização sobre a conformidade de “ideias” às estruturas sociais no debate da teoria constitucional. Em descompasso, tornou-se uma prática naturalizada a transposição de reflexões teórico-conceituais de outros lugares (literatura norte-americana e germânica) ao contexto jurídico-político no Brasil sem considerar fatores assimétricos que contribuiriam para uma possível perda analítica de precisão conceitual ou mesmo contribuiriam para uma prática jurídico-constitucional confusa⁹⁷. Em alguma medida, contrapondo-se à observação anterior, não se pode negar que a transposição de problematizações teóricas estrangeiras em relação à temática da revisão judicial representa uma heurística positiva e tem contribuído para o questionamento do senso comum acerca das funções da jurisdição constitucional no STF.

Conrado Mendes enxerga um potencial na literatura estrangeira⁹⁸, apesar de partir da premissa de que a literatura americana acerca da revisão judicial não se aplica a qualquer contexto sendo necessário decantá-la. Desse modo, faz observações de

⁹³ (*Ibid.* p. 17).

⁹⁴ (*Ibid.* p. 17).

⁹⁵ (*Ibid.* p. 26). “Vimos o Brasil, bastião da escravatura, envergonhado diante delas – as idéias mais adiantadas do planeta, ou quase, pois o socialismo já vinha à ordem do dia – e rancoroso, pois não serviam para nada. Mas era adotadas também com orgulho, de forma ornamental, como prova de modernidade e distinção.” (Idem: 2000; p. 26).

⁹⁶ “Ora, o fundamento deste ceticismo não está seguramente na exploração refletida dos limites do pensamento liberal. Está, se podemos dizer assim, no ponto de partida intuitivo, que nos dispensava do esforço. Inscritas num sistema que não descrevem nem mesmo em aparência, as idéias da burguesia viam infirmada já de início, revela a evidência diária, a sua pretensão de abarcar a natureza humana. Se eram aceitas, eram-no por razões que elas próprias não podiam aceitar. Em lugar de horizonte, apareciam sobre um fundo mais vasto, que as relativizava: as idas e vindas de arbítrio e favor. Abalava-se na base a sua intenção universal. Assim, o que na Europa seria verdadeira façanha da crítica, entre nós podia ser a singela descrença de qualquer pachola, para quem utilitarismo, egoísmo, formalismo e o que for, são uma roupa entre outras, muito da época, mas desnecessariamente apertada.” (Idem: 2000; p. 27).

⁹⁷ (Neves: 2013b; p. 196).

⁹⁸ (Mendes: 2011; p. 35).

ordem metodológica para sanar possíveis déficits de análise do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro sob tal “lente hegemônica”⁹⁹.

As assimetrias são depuradas no nível das organizações comparando-se arranjos institucionais estrangeiros com a democracia constitucional brasileira e observando, entre argumentos e procedimentos, “quais são dependentes do contexto, quais são locais e quais são ‘universais’”¹⁰⁰. Anteriormente à Constituição de 1988, no contexto de uma tradição constitucional autoritária e uma fragilidade do sistema eleitoral-representativo, questionar o déficit dos mecanismos institucionais contra-majoritários do STF não fazia muito sentido. Como afirma Mendes, “[t]ratar-se-ia de uma preocupação estrangeira, mais uma ‘ideia fora de lugar’”¹⁰¹, ou mesmo “uma questão prototípica da agenda constitucional norte-americana, que nos influenciou em alguns momentos da nossa história, mas que não pode ser transferida em bloco sem a compreensão de nossas especificidades”¹⁰².

Com a vigência da Constituição de 1988, houve uma extensão dos campos de atuação do STF que resultaram na repercussão de litígios políticos e sociais no Supremo. Surge, para Mendes, a necessidade de uma teoria empírica do controle de constitucionalidade que “justifique o papel do STF e informe suas ações”¹⁰³.

4.3. Ideias fora do lugar e no mesmo lugar: “o paradoxo entre mundialidade e localidade”

Se em uma localidade social, em um determinado momento histórico, são produzidas algumas reflexões com base em algumas ideias de uma determinada época, simplesmente transpô-las de um lugar para o outro, de maneira arbitrária, não afastam o problema de conformação delas a um contexto social específico. Cabe perguntar: Se instituições semelhantes com problemas semelhantes facilmente são exemplificáveis num estudo comparativo entre diferentes localidades, então, estar-se-ia diante de um paradoxo?

No artigo “Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil”, Marcelo Neves enfrenta a

⁹⁹ (Mendes: 2011; p. 34).

¹⁰⁰ (*Ibid.* p. 35).

¹⁰¹ (*Ibid.* p. 14).

¹⁰² (*Ibid.* p. 14).

¹⁰³ (*Ibid.* p. 15).

questão acima. A partir dos conceitos de semântica e estrutura na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, e da distinção entre a vertente do liberalismo econômico concernente a estruturas cognitivas e o liberalismo político-jurídico referente às estruturas normativas, Neves reconstrói o problema das “ideias fora do lugar” de Schwarz.

Partindo da premissa de que a sociedade, na modernidade, se estrutura e se autodescreve (discurso da globalização) enquanto sociedade mundial, a capacidade migratória das “ideias” e a possibilidade de variação dos modos de adequação em contextos sociais distintos devem ser levadas em consideração. Dessa forma, para além de dualismos neutralizantes, base do ceticismo machadiano, entre o país do oficial (legal) *versus* o país real, entre idealismo e realismo, é necessário entender que “[n]ão se pode compreender a realidade político-jurídica”, em um determinado Estado, em um território específico, “senão como composta de ‘idealismo’ e ‘realismo’”, simultaneamente, “em relação de tensão e complementaridade. Nesse sentido, cabe considerar a dinâmica de deslocamento das ideias (no nível semântico) em face das estruturas normativas e das operações da prática jurídico-política”¹⁰⁴. Portanto, na opinião de Marcelo Neves, quanto à concepção de “ideias fora do lugar”:

“(…) parece-me que deve ser afastada, definitivamente, a concepção de ‘ideias fora do lugar’ e o seu corolário, a falta de descrição da realidade. Em primeiro lugar, cabe ponderar que as ideias liberais de cunho constitucional e jurídico estavam relacionadas com a dimensão normativa das estruturas sociais, não tendo função primariamente descritiva. No domínio dos direitos, o problema central não é, portanto, de descrição da ‘realidade’. Em segundo lugar, no âmbito jurídico da constitucionalização e codificação, não cabe distinguir entre o ‘legal’ ou ‘oficial’ e o ‘real’. A ineficácia do ‘legal’ ou a distância do ‘oficial’ em relação ao ‘povo’, ou melhor, à maioria da população, faz parte da ‘realidade’ político-jurídica, implicando práticas cotidianas. Por conseguinte – insisto -, em vez de ‘ideias fora do lugar’, mais adequado seria falar que as ideias liberais assumiriam diferentes funções nos diversos lugares político-jurídicos estatalmente organizados, mas elas pertencem à semântica da sociedade mundial, lugar de sua circulação. Daí por que a conclusão: as ideias liberais incorporadas à Constituição brasileira de 1891 e ao Código Civil brasileiro de 1916 eram, paradoxalmente, *ideias em outro lugar* (a sociedade *no* âmbito do Estado brasileiro) e *no mesmo lugar* (a sociedade mundial).”¹⁰⁵

¹⁰⁴ (Neves: 2013; p. 12).

¹⁰⁵ (Neves: 2013; p. 24).

Como descrito no trecho acima, o artigo tem como foco observar as ideias liberais presentes na Constituição brasileira de 1891 e no Código Civil de 1916 alertando para a dimensão das práticas sociais, de eficácia das normas jurídicas.

Acredita-se, no presente trabalho, que tal reflexão também pode ser pertinente ao transplante de ideias que proliferam nas observações críticas ao procedimento de controle concentrado de constitucionalidade com relação ao Supremo Tribunal Federal. Modelos teóricos de outros lugares que se aproximam quanto à temática dos problemas jurídicos presentes na sociedade no Brasil passam a ser automaticamente incorporados ao debate constitucional sem a devida preocupação sobre as diferenças de conformação dessas ideias e conceitos em outros lugares. Também ainda é insistente a desconsideração de que em uma mesma sociedade mundial, tais modelos teóricos se localizam em um mesmo plano migratório de ideias, ou seja, em um mesmo lugar. Trata-se do “paradoxo entre mundialidade e localidade”¹⁰⁶ que estimula a migração dessas ideias, no entanto, seu caráter produtivo é prejudicado ao não dedicar uma observação conceitual e empírica diante da realidade político-jurídica.

Os *insights* doutrinários estrangeiros acabam fomentando apenas a redundância de conceitos, argumentações e reflexões teóricas que se mantêm ativas no âmbito acadêmico, mas ainda com um baixo grau de repercussão no âmbito social. Peculiaridades, tais como aspectos que retratam certa fragilidade estrutural das instituições no plano local, são esquecidas, escamoteando componentes importantes para uma análise mais acurada acerca da legitimidade de procedimentos sensíveis entre direito e política como é o caso do controle concentrado de constitucionalidade.

Uma investigação cuja pretensão seja analisar os aspectos de legitimidade ou processo de legitimação do controle concentrado de constitucionalidade deve se manter comedido entre os fascínios da literatura estrangeira e se precaver à busca pela autêntica representação da realidade social no Brasil. “Entre esquadros e trapézios” constitui a tentativa, assumidamente arbitrária do presente trabalho, de uma possível convergência entre as preocupações literárias que marcam o ceticismo de Machado de Assis e as preocupações de ordem teórico-constitucional de Marcelo Neves. O simbolismo do título reside na tentativa de alertar que a temática da legitimidade dos procedimentos estatais, antes de qualquer coisa, necessita de conceitos e mecanismos institucionais

¹⁰⁶ (*Ibid.* p. 9 e 22).

capazes de traduzir as implicações mútuas peculiares entre ideias e aspectos da realidade inseridos na sociedade no Brasil, e ao mesmo tempo, difundidos na sociedade mundial.

Capítulo 02: A sociedade moderna enquanto ponto de partida: da legitimação do Estado ao procedimento de controle concentrado de constitucionalidade

1. Introdução (objetivos do capítulo)

No presente capítulo destacam-se as convergências e divergências das estratégias conceituais entre Habermas, que exige uma fundamentação democrática do sistema jurídico por meio do processo de legitimação alimentada pelas práticas deliberativas; e Marcelo Neves, que acredita em uma autofundamentação do sistema jurídico enquanto autolegitimação, combinado às exigências de uma heterolegitimação, pois o sistema jurídico estaria aberto às irritações e aprendizagens da sociedade.

Desse modo, entende-se que é possível compreender e incorporar o debate entre Marcelo Neves e Jürgen Habermas a partir de convergências conceituais e divergências de significação quanto à forma de pensar o problema de legitimação, munindo-se com tal arsenal de proposições teóricas a fim de enfrentar, (cf. *infra*, Cap. 3) os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política do tradicional debate de estudos constitucionais no Brasil.

Pode-se questionar sobre a excessiva abrangência contida na estratégia de abordagem do presente trabalho. Por que os estudos voltados ao procedimento de controle concentrado dependeriam de uma compreensão mais genérica que abrange reflexões sobre a sociedade moderna? Tal abordagem é realmente necessária?

Parte-se do entendimento prévio de que uma tentativa de discorrer sobre o processo de legitimação procedimental exige descrever quais “as condições da modernidade que possibilitaram a emergência e a consolidação”¹⁰⁷ desses procedimentos. Assim, em Habermas e Marcelo Neves, a problematização de procedimentos que compõem o próprio Estado Democrático de Direito são

¹⁰⁷ (Neves: 2012; p. 138).

indissociáveis dos limites e possibilidades que a modernidade exerce sobre as dinâmicas sociais. Tal ponto de partida nos ajudará, por exemplo, a compreender melhor a positivação do direito, a distinção entre direito, moral e política, das possibilidades de uma relação de complementariedade entre estas esferas sociais, além de compreender melhor o que seja a esfera pública enquanto foro do dissenso (discordância entre Neves e Habermas). Nesse sentido, pode-se afirmar que “o conceito de legitimação procedimental vincula-se mais especificamente à própria compreensão da sociedade moderna”¹⁰⁸.

2. A atitude metodológica reconstrutiva de Jürgen Habermas

Interessante notar que, mesmo com a proeminência adquirida pela filosofia social do autor e com a profusão global conquistada por sua obra, poucas vezes se encontram discussões relacionadas ao método de abordagem das temáticas propostas por Jürgen Habermas. De fato, talvez por uma razão estilística, os aspectos metodológicos concernentes à reconstrução racional não estejam, em cada um de seus livros, expostos de maneira concisa ou explicitado minuciosamente pelo filósofo alemão. Mas isso não torna incapaz qualquer busca por identificar um padrão constituído por princípios, premissas e direcionamentos, que moldam, de alguma maneira, uma orientação analítica, a lente que cada teórico carrega consigo no desenvolvimento de suas observações, mesmo diante das eventuais modificações que a obra do autor vem sofrendo no decorrer dos anos¹⁰⁹.

As discussões acerca da atitude metodológica da reconstrução racional têm suscitado alguns debates importantes sobre aspectos centrais desse projeto teórico. Alguns comentários envolvem perspectivas mais descritivas no intuito desvendar como se organiza o pensamento do filósofo alemão, por vezes fazendo distinções com outros pensadores.¹¹⁰ Também, apresentam-se empreendimentos críticos às questões

¹⁰⁸ (*Ibid*, p. 141); Esta é uma posição em consenso no que diz respeito às preocupações entre os marcos teóricos. Marcelo Neves, concordando com tal posicionamento, descreve-o como uma convergência no entendimento entre Habermas e Luhmann acerca da importância da positivação do direito para compreensão da sociedade moderna.

¹⁰⁹ As alterações de um modelo teórico são inevitáveis com o tempo, ainda mais em uma obra tão vasta. Como exemplo nesse sentido, observam-se os comentários feitos pelo próprio filósofo nos 30 anos da sua obra *Conhecimento e Interesse*, especialmente no que diz respeito à parte na qual ele discorda atualmente, *Vide*. (Habermas e Wesseling: 2011; esp. 333-336).

¹¹⁰ (Holmes: 2009); (Pedersen: 2008); (McCarthy: 1985; p. 232-33) e (McCarthy: 1991; p. 130-31).

abrangentes ou pontuais do projeto teórico¹¹¹ e, além disso, mais recentemente, tem-se desenvolvido o debate acerca do descrédito à pesquisa social empírica, de suma relevância à primeira geração da Escola de Frankfurt, em relação às preocupações investigativas dominantes no instituto sobre aspectos normativos que envolvem questões de filosofia social e filosofia política¹¹². Desde já se esclarece que será levado em consideração, em outros momentos do trabalho, os empreendimentos críticos e o debate acerca dos aspectos históricos do instituto que guardam relação à metodologia habermasiana. Agora, concentrar-se-á em descrever a atitude metodológica da reconstrução racional.

2.1. Entre o empírico-analítico e o hermenêutico: o olhar contrafático à sociedade por meio da reconstrução racional

A questão de como o observador, o cientista, o intérprete do mundo, autocompreende seu posicionamento teórico diante da realidade está interligada, no pensamento habermasiano, às condições de possibilidade do conhecimento. Desse modo, não por acaso, as investigações sobre o método podem ser apresentadas pela replicação de uma série disjuntiva de outros pares, tais como as de ciência e realidade, teoria e práxis. Os incômodos apreensíveis a partir da obra habermasiana acerca dessa temática apresentam-se em quais os aspectos que intermedeiam essas duas dimensões. Outra questão paralela a esta parece percorrer todo o corpo de sua obra, ligada à tentativa de reestruturar a tradição da teoria crítica enquanto teoria política, resgatando uma parte que dela foi renegada na modernidade. Trata-se “da herança já esquecida da política clássica”¹¹³, ou seja, de incluir, no bojo do discurso teórico, questões éticas de vida boa e questões morais de justiça. As reflexões sobre a ética e a justiça deram lugar

¹¹¹ (Power: 1998); (Olson: 2003); (Alford: 1985).

¹¹² (Voirol: 2012; esp. 89 e ss).

¹¹³ (Habermas: 2013; p. 86). Habermas acredita que na obra aristotélica a política manifesta-se como parte da filosofia prática, ou seja, questões políticas também são entendidas como questões éticas e morais. Essa forma de abordagem da política foi se perdendo no decorrer do séc. XIX em diante com a formação das ciências sociais e a distinção destas com as disciplinas de direito público. “Esse processo de ruptura do *corpus* da filosofia prática termina, por enquanto, com o estabelecimento da política segundo o padrão de uma ciência experimental moderna, que não tem muito mais em comum, a não ser o nome, com aquela antiga ‘política’.” (*Ibid.* p. 81). Assim, como o início da modernidade, a política não é mais pensada no sentido de Aristóteles, mas no sentido instituído por Thomas Hobbes enquanto reflexões voltadas aos problemas de formação do poder da república (*commonwealth*), no sentido de “uma filosofia social fundada cientificamente”, cuja tarefa “consiste em especificar de uma vez por todas as condições de uma ordem correta do Estado e da sociedade em geral. Seus enunciados valerão independentemente do lugar, do tempo ou das circunstâncias e, sem levar em consideração a situação social, permitirão uma fundamentação duradoura da coletividade.” (*Ibid.* p. 84). Hobbes renunciou já no séc. XVII, na opinião de Habermas, por meio das reflexões da obra de Maquiavel e Thomas More, o que ocorreria dois séculos adiante, a derrocada da tradição do pensamento político clássico aristotélico.

a outras pertinências teóricas em busca de uma técnica que deve ser dominada e demonstrada cientificamente com base na neutralidade normativa defendida pela epistemologia das ciências naturais. Trata-se da concepção dominante de uma ciência vista como técnica descritiva de um regime político correto fundado em um modelo de Estado.

Nesse sentido, Habermas busca encontrar uma nova forma de abordagem da teoria crítica enquanto teoria social fundada na síntese entre duas tradições teóricas de se pensar o objeto da política, que se posiciona entre o modelo clássico (Aristóteles) e moderno da política (Hobbes). Esta pretensão teórica pode ser resumida no seguinte trecho de sua obra: “A questão pode ser retraduzida em nosso contexto histórico: de que maneira a promessa da política clássica – a saber, a de orientação prática sobre aquilo que, em dada situação, é justo e correto de se fazer – pode ser resgatada sem, de outro lado, renunciar à pretensão de coerência científica do conhecimento que a filosofia social moderna ergueu contra a filosofia prática dos clássicos? E, contrariamente, como a promessa da filosofia social em oferecer uma análise teórica do contexto de vida social pode ser resgatada sem, de outro lado, renunciar à atitude prática da política clássica?”¹¹⁴.

Em paralelo a essas reflexões do autor, no conturbado século XX, dois debates circundavam essa temática e de forma mais ou menos implícita foram levados em consideração por Habermas em sua atitude metodológica da reconstrução racional. O primeiro diz respeito ao tratado de Edmund Husserl sobre a crise da cultura científica europeia e no contraponto realizado por Horkheimer de crítica à pretensão de pureza teórica em Husserl, que resultou na elaboração da distinção que funda o paradigma da teoria crítica, a ideia de uma teoria no sentido da tradição, e uma teoria no sentido da crítica à tradição¹¹⁵. O segundo se trata do debate acerca do positivismo das ciências sociais desencadeado pelas discussões entre Adorno e Popper, na qual o próprio Habermas passa se posicionar com um apêndice à discussão entre os dois autores citados¹¹⁶, além de uma crítica a outro comentador do debate mais afeito às ideias de

¹¹⁴ (*Ibid.* p. 86).

¹¹⁵ (Habermas: 1968: p. 130).

¹¹⁶ *Vide.* (Habermas: 1973; p. 147-180).

Popper, Hans Albert¹¹⁷. A partir daí, Habermas inicia o projeto de delinear sua atitude metodológica, objetivo este presente em toda a sua obra.

Em *Conhecimento e Interesse*, Habermas direciona suas investigações sob as temáticas dos debates citados anteriormente, centrando-se no monopólio científico requerido pela epistemologia positivista. Tal elemento, que pauta o estudo a ser desenvolvido, é denominado pelo autor como consciência cienticista, ou “cientismo”¹¹⁸. Essa posição exclusivista tende a ser aplicada aos diversos módulos científicos, ou seja, não se manifestam apenas nas ciências naturais de pretensão empírico-analíticas e, com maior destaque ao pensamento habermasiano, às ciências sociais, por meio da cisão entre conhecimento e interesse realizada pela noção de neutralidade axiológica¹¹⁹. A missão adotada pelo autor consiste em um modo de pensar a realidade que passe a reunir a teoria e a práxis, o conhecimento e o interesse de se conhecer. Desse modo, Habermas passa a buscar os elos negados pelo cientismo sobre as intenções do conhecimento, interesses que, para o autor, são elementos cognitivos e devem ser expostos. Assim, projeta um módulo teórico que, ao invés de esconder suas implicações normativas, adota uma estratégia-conceitual que inclui os interesses do conhecimento: o interesse empírico-analítico no controle potencial; o interesse histórico-hermenêutico na compreensão; e um interesse crítico-emancipatório na liberdade e na autonomia¹²⁰.

No entanto, somente no posfácio da nova edição de *Conhecimento e Interesse*, mais precisamente na confissão de dois equívocos na primeira versão do livro, Habermas passa a explicitar melhor no que consiste o seu método racional reconstrutivo. Parte-se, então, da necessidade de se distinguir duas concepções que foram apresentadas de forma condensada na categoria denominada *reflexão*, tornando difícil a distinção de dois sentidos diversos do termo: a reflexão no sentido de “reflexão por excelência”, que trata de “problemas que envolvem a constituição do objeto” e abordam, portanto, as condições de possibilidade do sujeito que conhece, fala e age; e a reflexão no sentido de autocrítica ou autorreflexão, que trata de “problemas que afetam

¹¹⁷ Vide. (Habermas: 1973a; p. 221-250).

¹¹⁸ “Com esse termo entendo uma atitude fundamental que, até bem pouco tempo, dominou a filosofia mais diferenciada e mais influente da atualidade, a filosofia analítica: a atitude de que uma filosofia científica deva proceder, como as ciências o fazem, *intentione recta*, isto é, deva ter seu objeto diante de si (e dele não se assegurar, por exemplo, de forma reflexiva).” (Habermas: 1987; p. 322).

¹¹⁹ (Habermas: 1968; p. 132).

¹²⁰ Nesse sentido, também. (Voirol: 2012; p. 90).

a validade das proposições.”¹²¹, ou seja, tratam dos limites implícitos que atuam sobre a consciência sujeito, seja ele em espécie (individual) ou em coletivo, no seu processo de formação da consciência.

Percebe-se, em Habermas, a consideração de que o potencial de estímulo dessa noção de reflexão ainda não se esgotou. Mas, ao mesmo tempo, para melhor atingir a meta a que ela se propôs, faz-se necessário uma reestruturação. Habermas pretende um desmonte do projeto de uma reflexão transcendental de emancipação pela razão que padece de uma teoria do conhecimento colocada de modo fundamentalista, seguido de uma recomposição por meio de um novo modelo teórico. Trata-se de um projeto de reflexão não transcendental.

A possibilidade desse projeto depende, para o filósofo alemão, de duas reestruturações principais que tornam possível uma *destrancidentalização* da reflexão: levar a sério o que convencionalmente é denominado por virada linguística, que confere outra concepção das regras de produção conceitual baseadas em esquemas cognitivos. Ao se assumir a virada linguística, decai-se a referência a um sujeito transcendental como condicionante dessas categorias e esquemas cognitivos, pois as reflexões por meio da linguagem tornaram possível “a gênese de uma competência [linguística] e, com ela, a formação de um sujeito assinalado por competências”, ou seja, a afiguração de um sujeito genérico passa a ser considerado por suas competências linguísticas, sob as “condições de possibilidade da linguagem, do conhecimento e da ação.”¹²² Assumir a virada linguística trás grandes consequências ao ceticismo empírico-analítico que se baseia na pretensão de desvelar diretamente a realidade por meio de um estático modelo de observação de verificações experimentais.

O observador ainda é tratado como sujeito infectável diante de uma realidade retratada pelo universo do mundo físico, ou seja, desconsidera-se uma dimensão simbolicamente estruturada da realidade. Nesse sentido, o observador, além de sujeito,

¹²¹ (Habermas: 1987; p. 332; p. 352-357). Nas palavras de Habermas: “Minhas investigações em *Conhecimento e interesse* padecem não apenas da ausência de uma distinção precisa entre objetividade e verdade, mas se ressentem também da falta de uma diferenciação entre reconstrução e autocrítica no sentido da crítica. Só depois de haver concluído o livro me ficou claro que o emprego tradicional de ‘reflexão’, o qual remonta ao idealismo alemão, abarca ambas as dimensões (e as confunde): tal emprego abrange, por um lado, a reflexão por excelência sobre as condições da possibilidade de competência do sujeito que conhece, fala e age e, por outro, a reflexão acerca das demarcações de origem inconsciente, às quais um sujeito determinado (ou um grupo determinado de sujeitos ou um sujeito determinado da espécie) se submete, respectivamente, em seu processo de formação.” (*Ibid*, p. 352-53).

¹²² (*Ibid*, p. 353).

deve ser considerado como intérprete e seu modelo privilegiado de acesso à realidade, de verificação experimental, nada mais é do que um dos vários esquemas cognitivos proporcionados pelas competências linguísticas e pela cooperação dos sujeitos no uso cognitivo e comunicativo da linguagem. A linguagem e o sujeito como intérprete, portanto, assumem uma posição decisiva na teoria habermasiana, aproximando-o das concepções hermenêuticas. Assim, a proximidade com os esforços da hermenêutica filosófica podem ser compreendidos na tentativa do filósofo alemão de tornar explícito as predileções normativas que se encontram escondidas no pensamento cientificista.

No entanto, diferentemente das abordagens hermenêuticas, baseadas em um modelo de interação primariamente filológico (texto/intérprete), Habermas acredita que as expressões linguísticas são suscetíveis de uma categorização científica para uma melhor descrição teórica. Não se trata de uma paráfrase direta ou da tradução de significados obscuros, mas sim da possibilidade de se decodificar estruturas e regras fundamentais do processo de significação proveniente de uma expressão linguística, ou seja, a capacidade de apreender as estruturas profundas dos significados compartilhados entre atores sociais usuários da linguagem. Cabe então, segundo Habermas, não no prosseguimento do projeto de compreensão hermenêutica que dispensa o método¹²³, mas sim na reestruturação desse projeto absolutamente cético em relação aos desenvolvimentos científicos, em consonância e aprendizagem com as abordagens sistemáticas realizadas pelas ciências reconstitutivas¹²⁴ que, a partir de uma perspectiva interna dos participantes, tem por tarefa descrever os sistemas de regras implícitos às competências linguísticas e cognitivas dos sujeitos atuantes que empregam suas atividades usuais.

Com esse instrumental teórico, os objetivos do projeto habermasiano excedem os referenciais das ciências reconstitutivas por ele citadas. A pretensão do autor é bem mais ambiciosa. Habermas procura desenvolver, por meio da reconstrução racional, um equivalente teórico que compatibilize a reflexão transcendental por excelência e a

¹²³ Nesse sentido, (Pedersen: p. 460) (Voirol: 2012; p. 93).

¹²⁴ Habermas diferencia as ciências críticas, tais como a psicanálise e a teoria social, das ciências reconstitutivas, a lógica, a linguística, a filosofia moral, a psicologia do desenvolvimento cognitivo. Essa distinção não implica necessariamente que uma não seja complementar à outra, pois como afirma o filósofo alemão, “[a]s ciências ‘críticas’, (...) são de igual modo dependentes de reconstruções bem-sucedidas de competências genérico-universais. Assim, por exemplo, uma pragmática universal, a qual abarque as condições como tais da possibilidade de um entendimento semântico, perfaz a base teórica para a explicação de comunicações sistematicamente distorcidas para a explicação de comunicações sistematicamente distorcidas e de processos sociais anormais.” (Habermas: 1987; p. 355).

autocrítica, ou seja, as energias críticas que emanam da auto-reflexão do sujeito, cujo nível de análise encontra-se para além das competências lógicas por meio de uma análise dos enunciados. Também, não se trata apenas das descrições provenientes da ciência linguística, que se apegam em analisar as competências gramaticais e traçam uma análise das orações proferidas pelos utentes sob certas circunstâncias¹²⁵, nem mesmo se encerra apenas em uma pragmática empírica que consiste em uma apreensão descritiva de ações ou atos de fala que se produzem em um determinado meio¹²⁶.

Para isso o autor destaca o programa teórico da pragmática universal, depois retratado como pragmática formal, “essa que hoje assume a herança de uma filosofia transcendental (transformada)”¹²⁷, tendo por objetivo revelar um sistema de competências comunicativas (linguísticas e cognitivas) genéricas e universalmente válidas, baseadas não apenas em um sujeito empírico que age, mas em interações interpessoais de sujeitos anônimos compreendido sem delimitações contextuais de ordem social ou linguística. Nesse sentido, pretensões de validade compõem a constituição das competências comunicativas dos utentes decodificadas de acordo com o tipo de expressão linguística a ser utilizada. A adesão ao programa da pragmática universal de descrever as precondições fundamentais das práticas humanas se compatibiliza com a pretensão de reconstrução racional empregado por Jürgen Habermas no sentido de tornar explícito (*know that*) um conhecimento pré-teórico implícito (*know how*)¹²⁸.

Mas não basta expor as competências fundamentais implícitas. Faz-se necessário, também, entender como essas competências se desenvolveram ao longo do tempo situando-as socialmente. Dessa forma, a reconstrução racional deve tomar como ponto de partida uma análise sincrônica de reestruturação das competências comunicativas, ao mesmo tempo em que se atenta para as mudanças sócio-históricas de formação dessas estruturas de consciência. Necessita, portanto, tomar como ponto de partida uma análise diacrônica da evolução dessas competências fundamentais para que se consiga perceber de modo mais sensível às dinâmicas sociais possibilitadas pelos respectivos momentos históricos de cada estrutura de consciência. As duas fontes de

¹²⁵ Para uma noção da diferença entre os níveis analíticos em comento ao projeto habermasiano da pragmática universal, *Vide.* (Habermas: 1997; p. 84-85). (Pedersen: 2008; p. 462-463).

¹²⁶ (Habermas: 1997; p. 332-333).

¹²⁷ (Habermas: 1987; p. 354).

¹²⁸ (Pedersen: 2008; p. 462).

análise constituem a base sistemática da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, a estruturação das competências linguísticas e da consciência prático-moral dos sujeitos, e a sistematização de uma lógica do desenvolvimento de tais modelos de consciência.

Diante dessas considerações, um penúltimo comentário em forma de questionamento poderia ser levantado em contraposição ao modelo de reconstrução racional. Um saber teórico baseado na exposição de competências fundamentais implícitas não estaria sobrecarregado com o peso de uma fundamentação última? Não incorreria ainda numa forte pretensão apriorística transcendental na qual apenas se alteraria a arquitetônica teórico-conceitual nos moldes dos estudos acerca da linguagem? Para diferenciar seu projeto de uma investigação que pretende revelar as condições de possibilidade do conhecimento pela pura introspecção, Habermas atribui um caráter hipotético à pragmática universal das reconstruções racionais, que “precisam de confirmações adicionais”, ou seja, necessitam de argumentos teóricos de análise empírica que sustentem as bases da reconstrução racional. O apoio em teses empíricas, no entanto, não deve “desencorajar as tentativas de pôr à prova as reconstruções racionais de competências presumidamente basais e de testá-las indiretamente”¹²⁹. Isso não quer dizer que há um contrassenso à teoria habermasiana, no sentido de um retorno à tradição empírico-analítica, entendida pela aceitação tácita da divisão de trabalho que torna autônoma as disciplinas normativas tal como a filosofia moral, e disciplinas positivas, baseadas na possibilidade de objetificação das ciências sociais. Apenas abre, por assim dizer, as exposições hipotéticas da reconstrução racional a um pluralismo metodológico.

Em suma, a atitude metodológica da reconstrução racional de Jürgen Habermas tem por características principais: *a)* A dupla consideração de uma realidade física e simbolicamente estruturada; *b)* Tem por objetivo principal reconstruir as estruturas

¹²⁹ “São precisamente essas três características (o conteúdo crítico, o papel construtivo e a fundamentação transcendental de um saber teórico) que, às vezes, induziram os filósofos a sobrecarregar determinadas construções com o peso das pretensões de uma fundamentação última. Por isso é importante ver que *todas* as reconstruções racionais, assim como os demais tipos de saber só têm um status hipotético. Pois é sempre possível que eles se apoiem numa escolha errônea de exemplos; elas podem obscurecer e distorcer intuições corretas e, o que é mais frequente ainda, generalizar excessivamente casos particulares. Por isso, precisam de confirmações adicionais. A crítica legítima a todas as pretensões aprioristas e a todas as pretensões transcendentais fortes não deve, contudo, desencorajar as tentativas de pôr à prova as reconstruções racionais de competências presumidamente basais e de testá-las indiretamente, utilizando-as como *inputs* em teorias empíricas.” (Habermas: 1989; p. 48-49). Nesse sentido, (Voirol: 2012; p. 94); (Pedersen: 2008; p. 466-67).

profundas e implícitas consideradas como precondições a toda expressão linguística explícita; *c*) Essa reconstrução visa desvelar competências universais dos utentes da linguagem; *d*) O que está sendo desvelado é uma competência pré-teórica na qual o utente não age reflexivamente, ou seja, não tem plena consciência do que é descrito teoricamente; *e*) Esse tipo de investigação depende de saberes empíricos e deve ser descrito como um modelo teórico crítico, construtivo, e de cunho empírico; *f*) A reconstrução racional como uma atitude metodológica se estrutura teoricamente por meio de um pluralismo teórico e metodológico que ambiciona estabelecer as pontes de conexão entre abordagens empíricas e normativas; *g*) Ou seja, por fim, elaborada uma hipótese, nesses termos, ela deve ser testada utilizando-se de um *input* de teorias reconstrutivas também de cunho empírico.

2.1.1. Os elementos sincrônicos da reconstrução racional: ação social, racionalidade e discurso em meio à pragmática formal

Quando se fala em pragmática formal, preliminarmente, faz-se necessário o uso de duas fontes de distinção fundamental. Primeiro, acerca dos três âmbitos de investigação da linguagem, a sintática, a semântica e a pragmática. Na dimensão pragmática, discorre-se sobre o uso da linguagem com o foco de estudo no emprego de palavras e orações presentes nas emissões linguísticas. Não importa ao estudo do sentido, “qualquer significado de uma palavra ou de uma oração”¹³⁰, se estão de acordo com as regras gramaticais morfológicas e sintáticas, ou mesmo se as possíveis combinações de palavras ou orações soam estranhas – subir para cima, descer para baixo - e provocam um curto-circuito na correspondência dos significados das palavras com o estado de coisas.

Os estudos acerca da pragmática da linguagem envolvem a tentativa de compreender as interações linguísticas entre seus usuários. Para Habermas, os estudos desenvolvidos sobre a pragmática da linguagem, desde a semântica referencial desenvolvida por Carnap, às teorias semânticas veritativas de Frege, do primeiro Wittgenstein, Davidson e Dumett, até as proposições teóricas da semântica formal - as teorias dos atos de fala propiciadas pelo segundo Wittgenstein e desenvolvidas por John Langshaw Austin e Searle -, foi-se desenvolvendo uma tradição teórica útil para suas

¹³⁰ (Habermas: 1997; p. 19).

ambições propositivas de uma teoria sociológica da ação que explicasse a integração social a partir das formas de interação por meio dos atos comunicativos¹³¹.

Se se considera a ação como atos corporais do cotidiano, “do dia-a-dia, tais como, correr, fazer entregas, pregar, serrar”¹³², pergunta-se: o falar ou qualquer outro modo de expressar-se simbolicamente, exercitando a linguagem dos sinais, por exemplo, também poderia ser considerado como uma ação? Para Habermas, a resposta seria sim, numa concepção genérica de ação, e não, em uma concepção estrita. Nesse ponto, reside a segunda distinção fundamental.

Os primeiros exemplos de ações enquanto atos corporais não-linguísticos (mas linguizáveis), são denominados pelo filósofo social alemão como ações por meio do qual o agente intervém no mundo a fim de realizar fins propostos empregando meios adequados, ou seja, ações orientadas para um fim (*Zwecktätigkeiten*)¹³³. Estas, diferenciam-se das ações mediadas pela linguagem, “atos através dos quais um falante gostaria de chegar a um entendimento com um outro falante sobre algo no mundo”¹³⁴, justamente por não dependerem de uma necessária interação entre dois sujeitos. Percebe-se, nas ideias de Habermas, que o uso da linguagem se manifesta como uma ação especial, pois se presume, na própria linguagem, uma disposição natural para se chegar ao entendimento entre falantes e ouvintes, ou entre atores e outros envolvidos em uma situação. Isso porque, o uso da linguagem, considerado um componente da tessitura social, engatilha um processo de interação diferenciado no que diz respeito à referência ao mundo e à racionalidade manifestada pelos participantes na interação.

No entanto, como o entendimento é possível? Tal questão é crucial para todas as considerações acerca da teoria habermasiana, até mesmo no que diz respeito à compreensão de como o filósofo social alemão compreende o processo de legitimação. Essa pergunta aproxima-se dos questionamentos clássicos da teoria social e da teoria da ação, respectivamente, sobre as condições de possibilidade da ordem social e “como é que (pelo menos dois) participantes de uma interação podem coordenar os seus planos de ação de tal modo que Alter possa anexar suas ações às ações de Ego evitando

¹³¹ Não vamos aprofundar mais nesse percurso da história da filosofia da linguagem. Para maiores informações, *Vide*. (Habermas: 2012: p. 317-387).

¹³² (Habermas: 2002; p. 65).

¹³³ (*Ibid*, p. 65).

¹³⁴ (*Ibid*, p. 65).

conflitos e, em todo o caso, o risco de uma ruptura da interação.”¹³⁵ Outra questão que exige um esclarecimento prévio diz respeito a um tipo específico de interação mediada linguisticamente que difere do ato de fala. Trata-se da situação discursiva. No discurso os entrelaçamentos entre racionalidade e uso da linguagem tornam-se mais explícitos, pois os interactantes expõem suas razões colocando-as em condição de aprovação por meio de argumentos que, em uma primeira rodada de interação linguística não alcançaram um entendimento mútuo. Além disso, na situação discursiva, é possível a superação dos erros decorrentes de um déficit argumentativo ou, se os interactantes estiverem dispostos, ainda pode-se buscar o entendimento mútuo.

Segundo Habermas, duas pessoas se entendem, pois, nas emissões de fala, além dos signos, ambas podem compartilhar pretensões de validade universais e supõem que tais pretensões sejam possíveis de ser desempenhadas. “O falante deve ter a intenção de comunicar um conteúdo proposicional *verdadeiro*, para que o ouvinte possa *compartilhar o saber* do falante; o falante deve querer expressar suas intenções de maneira *sincera* para que o ouvinte possa *crer* na manifestação do falante, (possa confiar nele); o falante deve, finalmente, escolher uma manifestação *correta* entre as normas e valores vigentes, para que o ouvinte possa aceitar essa manifestação, de modo que ambos, ouvinte e falante, possam *concordar entre si* compartilhando de um pano de fundo normativo reconhecido intersubjetivamente”¹³⁶. As pretensões de validade da fala seriam, portanto: a) a verdade; b) a veracidade ou sinceridade; c) e a retidão ou correção normativa. Desse modo, Habermas sustenta a tese de que há uma “base de validade da fala”¹³⁷ que possibilita o entendimento no processo de interação. A tarefa teórica da pragmática formal é exatamente “reconstruir a base universal de validade da fala”¹³⁸, ou seja, identificar as condições universais de entendimento no contexto das interações presentes nos atos de fala e reconstruí-las racionalmente para que tal compartilhamento de pretensões de validade seja teoricamente apreensível. Os atos de fala caracterizam-se, assim, por um modelo autorreferente de compreensão. Isso quer dizer que, no processo de interação (ação/fala), o ato de fala é compreendido a partir de si mesmo, de acordo com os planos individuais dos interactantes. O falante (Aktor) escolhe se opta

¹³⁵ (Habermas: 1989 p. 164).

¹³⁶ (Habermas: 1997; p. 300-301). Anteriormente, o filósofo social alemão também considerava a *inteligibilidade*, que seria o esforço do falante em se fazer entender ao ouvinte, deixando claro os significados de suas expressões linguísticas. Também, sem o critério da *inteligibilidade*, Vide. (Habermas: 2012; p. 135 e ss).

¹³⁷ (*Ibid*, p. 299-303).

¹³⁸ (*Ibid*, p. 302).

por revelar o plano¹³⁹ atinente a emissão linguística dirigida ao ouvinte e, reciprocamente, o ouvinte escolhe se está disposto a acessar este plano. O resultado desta interação pode ser a não compreensão, um mal entendido, uma mensagem intencionalmente marcada pela falta de sinceridade (seja intencionada ou involuntária), a discordância do outro (seja explícita ou velada), ou o entendimento mútuo. O acordo estabelecido nos processos de entendimento mútuo, além das correspondências entre pretensões de verdade, correção e sinceridade entre os agentes, é contextualizado tendo como referência algo no mundo. A confluência entre as pretensões de verdade tem por referência um mundo objetivo – enquanto totalidade dos estados de coisas existentes; a fração de entendimento mantido pelas pretensões de correção, referem-se a um mundo social – enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social; e a confluência das pretensões de sinceridade referem-se a um mundo subjetivo – enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado¹⁴⁰. A relação descrita por Habermas acerca das pretensões de validade e as referências sobre o mundo podem ser mais bem compreendidas com um parêntese descritivo da classificação dos tipos de ação na teoria social e a intenção do autor de inserir um conceito alternativo à tradição sociológica, o de ação comunicativa.

Na ação teleológica, o agente realiza um fim, um estado de coisas desejado, escolhendo, em uma situação dada, os meios mais congruentes e aplicando-os de maneira adequada. A centralidade desse tipo de ação reside no fato de que uma decisão é tomada pelo ator e, baseando-se em uma interpretação da situação, ele endereça, dentre uma lista de alternativas de ação, o objetivo da decisão à realização de um fim específico. Nesse sentido, o conceito de ação teleológica pressupõe “relações entre um ator e um mundo de estados de coisas existentes”¹⁴¹. Isso quer dizer que o ator, por meio apenas de suas percepções, forma uma opinião sobre o estado de coisas existente e desenvolve intenções com a finalidade de realizar o estado de coisa desejado. Segundo Habermas, a mesma referência de mundo vale para a ação estratégica em que se parte de “dois sujeitos que atuam com vistas à consecução de algo, e que realizam seus fins orientando-se por, e influenciando sobre, as decisões de outros atores”¹⁴². Os atores não se movem por suas percepções de mundo individualizadas, mas utilizam-se da interação

¹³⁹ (Habermas: 2002; p. 66).

¹⁴⁰ (Habermas: 1989; p. 79).

¹⁴¹ (Habermas: 2010; p. 119).

¹⁴² (*Ibid.* p. 120).

linguística apenas como meio para atingir determinados fins, estabelecendo uma situação conveniente aos mesmos, ou seja, não considerando todos os demais implicados. Habermas compreende a ação teleológica e seu tipo específico, a ação estratégica, como decorrência de uma referência estrita ao mundo objetivo referente apenas à totalidade de estados de coisa existente na qual se manifestam simbolicamente enunciados de *verdade* e *eficiência*.

Na ação regulada por normas, o contexto de interação é representado por um ator que se percebe socialmente e vê-se compelido a comportar-se de determinada maneira frente às orientações normativas que interferem nas ações do grupo social. Segundo Habermas, “as normas expressam um acordo existente em um grupo social”, em que “[t]odos os membros são regidos por uma determinada norma e podem esperar uns dos outros, tem o direito de esperar um dos outros, que em determinadas situações se executem ou omitam, respectivamente, as ações obrigatórias ou proibitivas.”¹⁴³ A centralidade desse tipo de ação reside na observância (*Befolgung*) de uma norma pelo ator correspondente ao cumprimento de uma expectativa generalizada de comportamento. A ação regulada por normas pressupõe a relação entre um ator e dois mundos. “Junto ao mundo objetivo de estados de coisas existentes surge o mundo social de que pertence o mesmo ator na qualidade de sujeito postado entre outros atores, que podem iniciar entre si interações normativamente reguladas”¹⁴⁴, um mundo social que delimita quais interações seriam legítimas, ou seja, correspondentes à validade social¹⁴⁵, e quais não. A validade social depende da vigência da norma, ou seja, da materialização do valor ou do conjunto de valores que as permeiam. Nesse ponto, considera-se relevante para a teoria habermasiana a contextualização cultural das pretensões normativas de validade. Para o filósofo social alemão, “os valores são candidatos a tornarem-se encarnados em normas; podem levar a cobrar uma força vinculante de caráter geral em relação com assuntos que necessitam de regulação.”¹⁴⁶ Além dos padrões de percepção do mundo pautados em enunciados verdadeiros, o ator é motivado a comportar-se (ou não) conforme as normas pelas quais se consideram justificadas e reconhecidas por seus afetados. Nesse ponto, o autor parte de uma situação ideal de legitimidade, de que “para que uma norma seja válida *idealiter* significa que ela merece

¹⁴³ (*Ibid.* p. 117).

¹⁴⁴ (*Ibid.* p. 121).

¹⁴⁵ (*Ibid.* p. 122).

¹⁴⁶ (*Ibid.* p. 122).

o assentimento de todos os afetados, porque regula os problemas de ação no interesse geral de todos.”¹⁴⁷ Desse modo, a repercussão social das interações entre os atores, o mundo social e o mundo objetivo possibilita um processo de justificação e de aprendizagem (“a interiorização de valores”)¹⁴⁸ por meio do contraste entre o complexo cognitivo das percepções dos agentes e do complexo motivacional das expectativas normativas generalizadas¹⁴⁹. Em suma, Habermas compreende a ação regulada por normas como decorrência de uma referência ao mundo objetivo, no que diz respeito à totalidade de estados de coisa existente na qual se manifestam simbolicamente enunciados de *verdade*; e como decorrência de uma referência ao mundo social, no que diz respeito o estabelecimento de relações interpessoais legitimamente reguladas.

Já na ação dramaturgica, o ator apresenta “um determinado lado de si mesmo”¹⁵⁰, relacionando-se com seu próprio mundo interno, o mundo subjetivo – os próprios sentimentos, pensamentos, atitudes, desejos, “a totalidade de vivências subjetivas em que o agente tem frente os demais um acesso privilegiado”¹⁵¹ conjuntamente ao mundo externo, o mundo objetivo. O contexto de interação é representado por um ator que transmite uma determinada imagem ao seu público por meio de uma encenação. A centralidade desse tipo de ação reside na auto-encenação, que significa uma estilização das próprias vivências com a finalidade de repassá-la aos expectadores. A relação ator e público depende da forma como o ator se porta em cena pelo privilégio de acesso em seu mundo subjetivo. Nesse sentido, a encenação pode ser adjacente a uma ação com respeito a fins, quando o ator decide o momento mais adequado e mais oportuno para expressar-se de uma determinada maneira, ou a um agir estratégico, fingindo as vivências que expressa. Assim, Habermas afirma que a ação dramaturgica é capaz de

¹⁴⁷ (*Ibid*, p. 122).

¹⁴⁸ (*Ibid*, p. 122).

¹⁴⁹ Nas palavras do autor: “Sob estes pressupostos, o ator pode, por sua vez, estabelecer relações com um mundo, aqui o mundo social, que também resultam acessíveis a um ajuizamento objetivo em uma dupla direção de ajuste. Por um lado, resulta na questão de se os motivos e as ações de um ator concordam com, ou se desviam das normas vigentes. Por outro, resulta-se a questão de se as normas vigentes encarnam valores que, em relação a um determinado problema, expressam interesses suscetíveis de universalização dos afetados merecendo com eles o assentimento de seus destinatários. No primeiro caso se ajuízam as ações desde a perspectiva de se concordam com a ordem normativa vigente ou se desviam dele, ou seja, de se são corretas ou não são com relação ao contexto normativo considerado legítimo. No segundo caso se ajuízam as normas desde a perspectiva de se estão justificadas ou não, de se merecem ou não merecem ser reconhecidas como legítimas.” (*Ibid*, p. 123). Assim, Habermas explicitamente confere quanto às questões prático-morais uma posição cognitivista, discordando de vários céticos que discordam da possibilidade de justificação das normas de ação que não seja somente ações com respeito a fins. *Vide*. (*Ibid*, nota 147).

¹⁵⁰ (*Ibid*, p. 125).

¹⁵¹ (*Ibid*, p. 125).

parasitar outros tipos de ação, cuja “escala de autoencenação vão desde a comunicação sincera das próprias intenções, desejos e estados de ânimo, etc., até a manipulação cínica das impressões que o ator desperta nos outros”¹⁵².

Entretanto, a intenção do filósofo social alemão de tipificar tais ações tem por finalidade distingui-las de um outro tipo, por ele considerado proeminente. A ação comunicativa refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação – seja por meios verbais ou por meios extra-verbais – que estabelecem uma relação interpessoal. Nesse tipo de ação, os atores buscam se entender previamente para coordenarem, em comum acordo, seus planos expressos linguisticamente e, com isso, suas ações. A centralidade da ação comunicativa reside na interpretação enquanto “negociação de definições da situação suscetíveis de consenso”¹⁵³, diferenciando o uso da linguagem entre os demais tipos de ação. “Somente o conceito de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um meio de entendimento sem más abreviações nem recortes, em que falantes e ouvintes, desde o horizonte preinterpretado que seu mundo da vida, referindo-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo, para negociar definições da situação que podem ser compartilhadas por todos.”¹⁵⁴.

Os resultados dependem da disposição dos interactantes de compartilharem seus planos individuais de ação e do tipo de interação que se processa durante a interlocução entre falante e ouvinte. Os tipos de uso linguístico e os tipos de ação relacionam-se entre si. Desse modo, cada tipo de uso linguístico revela, no proferimento das expressões linguísticas, o modo pela qual a interação se encerra (se não social – ação instrumental; se não-comunicativa – ação estratégica; ou se comunicativa – ação orientada ao entendimento mútuo, ação orientada ao entendimento mútuo indireto, ou ação orientada ao acordo)¹⁵⁵. Contempladas as condições de validade e compartilhados os planos de ação individual, correspondentes às imagens de mundo entre os interactantes, estabelece-se o entendimento mútuo entre eles, e ao nível discursivo, um consenso que, conseqüentemente, configura uma situação específica na qual o autor denomina de *situação ideal de fala*, que pressupõe o modelo de interação característico da ação comunicativa.

¹⁵² (*Ibid*, p. 128).

¹⁵³ (*Ibid*, p. 118).

¹⁵⁴ (*Ibid*, p. 130).

¹⁵⁵ (Habermas: 2004; p. 99-132, esp. 124-126).

Como já dito, alguns críticos vem rediscutindo a atitude metodológica da reconstrução racional utilizada por Habermas. Pedersen acredita que o embasamento empírico na qual Habermas preocupa manter o desenvolvimento da argumentação teórica da ação comunicativa, recorre a um elemento transcendental¹⁵⁶. Este elemento refere-se ao condicionamento da situação *ideal de fala*, em que os agentes orientam-se ao consenso, enquanto pressuposto de uma situação fática, ou seja, a comunicação orientada para o entendimento. Tomando como exemplo da pragmática formal habermasiana, o argumento transcendental pode ser apresentado da seguinte fórmula silogística: “1. Comunicação orientada para o entendimento; 2. Comunicação orientada ao entendimento se situação ideal de fala; 3. Portanto, a situação ideal de fala existe.”¹⁵⁷ E complementa: “Se interpretarmos Habermas nesse sentido, torna-se claro que seu argumento transcendental é um tipo de crítica imanente. O projeto habermasiano visa articular normas já existentes em uma determinada prática comunicativa.”¹⁵⁸ Portanto, os conceitos teóricos habermasianos na qual a situação ideal de fala se mostram como pressuposto teórico imprescindível, como por exemplo o conceito de esfera pública, merecem uma atenção redobrada.

¹⁵⁶ (Pedersen: 2008; p. 471).

¹⁵⁷ (*Ibid*, p. 471). Nesse sentido, (Power: 1998; p. 216). Em outra perspectiva teórica, Teubner faz uma observação semelhante: “Infelizmente este a priori da comunidade comunicativa é ao mesmo tempo um dos maiores problemas dessa teoria. Com a apriorização de certas características da comunicação, Habermas pretende escapar dos paradoxos da autorreferência que necessariamente surgem de sua hierarquia de justificação discursiva. O núcleo da teoria de Habermas se encontra na auto-aplicação das práticas discursivas: os procedimentos do discurso só podem ser justificados pelo próprio discurso, cujos procedimentos têm, por sua vez, que ser justificados pelo discurso. A fim de evitar a regressão infinita e a circularidade, Habermas recorre ao transcendentalismo comunicativo. A fundamentação transcendentalista do discurso racional se encontra em estreita vinculação com as ambiguidades da ‘intersubjetividade’. Estas representam o outro grande problema no resultado na posição de Habermas sobre o conhecimento social. Qual a pretensão: elementos ou relação? Consciência ou comunicação? Processos psicossociais? O sujeito epistêmico de Habermas [intersubjetividade] oscila entre estas duas posições sem encontrar nunca sua identidade em nenhum dos dois âmbitos. (...) Se o discurso pode unicamente fundamentar-se recursivamente no discurso, não teria que estar fundado na consciência humana?” (Teubner: 2002; p. 20-21).

¹⁵⁸ (Pedersen: 2008; p. 472). O argumento de Power vai nesse sentido: “O argumento transcendental habermasiano permanece no espírito de uma crítica imanente, particularmente onde é demonstrada que a reivindicação de um adversário (ou herói) pode ser reconstruído em termos tais que devem supor a teoria rejeitada por eles. O argumento transcendental habermasiano deve ser visto em termos de uma ‘profunda hermenêutica’ ou ‘metacrítica’, em que as concepções de competência comunicativa devem ser transformadas ao mesmo tempo que suas condições contrafactuais de possibilidade tornam-se visíveis.” (Power: 1998; p. 217).

2.1.2. Os elementos diacrônicos da reconstrução racional: a necessidade de uma teoria da evolução social complementar à ação comunicativa Jürgen Habermas

Viu-se, nos tópicos anteriores, uma breve tentativa de descrever a metodologia da reconstrução racional e quais são as repercussões sociais esperadas por Habermas ao descrever as competências comunicativas dos indivíduos. No entanto, outra questão carece ser esclarecida: Como essas competências comunicativas desenvolveram-se ao longo do processo histórico-social? Quais as relações recíprocas de aprendizagem no desenvolvimento das consciências individual e coletiva, e quais as implicações sociais presentes no indivíduo que passam a influenciar a sociedade como um todo?

Segundo Habermas, somente uma teoria da evolução social oferece uma resposta coerente diante de tais questionamentos. Se na descrição dos elementos sincrônicos da reconstrução racional não ficou muito claro a relação com o problema da legitimação, na abordagem dos elementos diacrônicos da teoria habermasiana esta temática aparece de forma mais explícita, relacionando-se às dinâmicas sociais e processos de aprendizagem que permeiam indivíduo e sociedade no contexto moderno.

Para uma melhor compreensão da explicação habermasiana acerca da evolução social, o argumento apresentado pelo autor pode ser resumido em quatro pontos fundamentais: *I*) O desenvolvimento histórico possui dois domínios distintos, o domínio cognitivo-tecnológico e o domínio prático-moral; *II*) Existe uma diferença entre a lógica do desenvolvimento e a dinâmica de desenvolvimento; *III*) A evolução social decorre de um processo de racionalização; *IV*) O domínio prático-moral, e não o cognitivo-tecnológico, que é decisivo para o processo de evolução social.

Não é inédita a tentativa de formulação de hipóteses acerca da evolução social com base nas interações entre indivíduo e sociedade. O filósofo de Frankfurt reconhece a tentativa anterior no materialismo histórico desenvolvido por Karl Marx. A apropriação materialista da fenomenologia do espírito de Hegel, o fundamento da teoria marxiana, inspira a narrativa teórica de Habermas. Em alguma medida as intenções de Karl Marx estão presentes na perspectiva habermasiana que, de acordo com sua atitude metodológica de reconstrução racional, ainda procura “atingir a meta que ela própria [a

teoria marxiana] se fixou”¹⁵⁹, uma teoria crítica da sociedade fundada no diagnóstico de crise da sociedade burguesa. A utilidade da reconstrução do materialismo histórico, segundo Habermas, consiste na possibilidade de entender, retrospectivamente, a sociedade moderna através das transformações que passaram as formações sociais pré-modernas. O sensível diagnóstico marxiano acerca das formas e patologias da sociedade burguesa descrevem bem o impacto na reprodução da vida humana pela inserção sistêmica da organização social do trabalho e da distribuição dos bens. Nesse sentido, o sistema econômico passa a transformar uma série de alterações na reprodução da vida humana.

Entretanto, Marx não foi infalível no seu diagnóstico. O materialismo histórico é passível de uma atualização que perpassa suas hipóteses e categorias principais. A reconstrução do materialismo histórico não se resume numa nova roupagem atual de uma teoria caduca diante da complexidade social hodierna. Ao considerar apenas o trabalho organizado como fator de distinção antropológica entre seres humanos e os demais hominóides, outros vetores da evolução social, por exemplo, a exogamia e a estrutura familiar que impescindem da linguagem¹⁶⁰, deixam de compor a dimensão analítica da teoria marxiana. Algumas formas de interação alternativas ao processo de produção tais como a consciência prático-moral em decorrência de processos de aprendizagem¹⁶¹ deveriam ter sido consideradas. Isso não quer dizer, necessariamente, a busca por um “passo evolutivo” rumo a uma nova forma de integração social. Habermas rejeita a visão linear da história marcada pelo progresso em que levaria a espécie humana a uma contradição fundamental entre forças produtivas materiais da sociedade e as relações de produção¹⁶².

Segundo Habermas, o materialismo histórico limita-se em descrever a evolução social enquanto história do gênero humano por meio da *dinâmica do desenvolvimento* baseada na propagação da consciência cognitivo-tecnológica, “a dimensão do pensamento objetivante, do saber técnico e organizativo, do agir instrumental e estratégico”¹⁶³. As interações sociais são resumidas ao modelo de desenvolvimento das forças produtivas e os processos de racionalização social. Para Habermas, surge a

¹⁵⁹ (Habermas: 1983; p. 11).

¹⁶⁰ (*Ibid*, p. 118).

¹⁶¹ (*Ibid*, p. 123).

¹⁶² (*Ibid*, p. 128).

¹⁶³ (*Ibid*, p. 13).

questão de “saber se *outros processos* de racionalização não podem ser igualmente (ou mesmo mais) importantes para a explicação da evolução social.”¹⁶⁴ Nesse sentido, propõe um modelo de *lógica do desenvolvimento*, que condiciona o desenvolvimento sistêmico. A lógica do desenvolvimento consiste nas relações intersubjetivas, normativamente orientadas. Habermas acredita numa proeminência da lógica do desenvolvimento sobre as dinâmicas do desenvolvimento explicitadas pela evolução social na teoria marxiana. Para tanto, pretendendo observar diacronicamente como os estados de consciência social de desenvolvem e influenciam o desenvolvimento tecnológico-cognitivo, o autor reconstrói, baseado nos seis estágios de desenvolvimento dos julgamentos morais em Lawrence Kohlberg, acoplado aos três níveis de desenvolvimento cognitivo e julgamento moral da criança de Jean Piaget¹⁶⁵:

- I. Nível pré-convencional

Neste nível, a criança responde a regras culturais e às noções maniqueístas (bom/mau; justo/errado), interpretadas pelas consequências de punição e prazer da ação (castigo; recompensa e troca de favores), ou pelas regras e noções definidas por uma autoridade. Segundo Habermas, neste nível, desenvolvem-se dois estágios de julgamentos morais:

Estágio 1: Orientação por punição e obediência: Nesse estágio, as consequências físicas da ação determinam se ela é boa ou má e não dependem da opinião ou do valor humano. Não há um questionamento de autoridade e as regras e punições são evitadas segundo um direito intrínseco de cada um.

Estágio 2: Orientação instrumental-relativista: A ação justa consiste no que satisfaz instrumentalmente os próprios carecimentos e, ocasionalmente, os carecimentos dos outros. As relações humanas são vistas em termos similares às relações de mercado. Estão presentes elementos de justiça, de reciprocidade e de distribuição igual, mas sempre interpretados de modo físico-pragmático. A reciprocidade é uma questão de, “tu te inclinas a mim e eu me inclino a ti”, e não de lealdade, gratidão e justiça.

- II. Nível convencional

¹⁶⁴ (*Ibid.* p. 32).

¹⁶⁵ Tentou-se realizar uma descrição fidedigna a definição dos estágios morais realizada por Habermas. Cf. esquema 1b (*Ibid.*, p. 60-1).

Nesse nível, a satisfação de expectativas de coletivas (família, grupo, nação) na qual o indivíduo pertence é percebido como algo avaliável pelo seu direito intrínseco, prescindindo-se das consequências óbvias e imediatas. Tais aptidões não dizem respeito apenas numa conformação das expectativas pessoais às coletivas, mas sim no sentido de identificar-se com as pessoas, manter-se ativo e apoiar e justificar essa ordem identificando nela os grupos envolvidos.

Estágio 3: A concordância interpessoal ou a orientação “bom moço – moça bem comportada”: Preza-se pelo bom comportamento para que se agrade os outros e mantenham-se os laços sociais. Há muita conformidade a se adequar ao comportamento dos outros. O comportamento é frequentemente julgado pelas intenções, tornando-se relevante o fato de alguém ter boas intenções.

Estágio 4: Orientação “lei e ordem”: Há uma orientação no sentido de autoridade, dos papéis fixos e da manutenção da ordem social. O comportamento justo consiste em cumprir o próprio dever, em mostrar respeito pela autoridade e em manter a ordem social dada em nome dessa mesma ordem. Neste estágio, existem tendências de conservação das expectativas normativas.

- III. Nível pós-convencional, autônomo ou fundado em princípios

Nesse nível, valores e princípios morais são definidos cuja validade e aplicação independem da autoridade dos grupos ou das pessoas que os sustentam, ou do fato da própria identificação destes indivíduos aos grupos.

Estágio 5: A orientação legalista social-contratual: A ação justa tende a ser definida nos termos de direitos individuais gerais ou de padrões que foram criticamente examinados pela sociedade em seu conjunto, portanto, neste estágio existem tendências utilitaristas. Adquire-se uma clara consciência do relativismo de valores e das opiniões pessoais e uma clara consciência para que se obtenha o consenso. O direito é visto como uma questão de valores e opiniões pessoais, com exceção do que foi concordado constitucionalmente e democraticamente (considerados sociais). Nesse sentido, acentua-se uma certa autonomia legalista (“ponto de vista legal”), mas com uma insistência na possibilidade de alteração da lei em função de considerações racionais de utilidade social.

Estágio 6: A orientação no sentido de princípios éticos universais: O que é justo é definido pela decisão tomada pela consciência, de acordo com princípios éticos escolhidos de modo autônomo pelo indivíduo. Tais princípios éticos apelam para a lógica, universalidade e consistência. Os princípios são abstratos e éticos, não são regras morais e concretas, assim como os Dez Mandamentos. São princípios universais de justiça, reciprocidade e igualdade dos direitos humanos, cujo respeito pela dignidade humana.

Segundo Neves, “[o] problema da recepção do modelo psicológico de desenvolvimento cognitivo pela teoria da ação comunicativa e pela ética do discurso complica-se quando se pretende transportar os níveis da consciência moral do indivíduo para a sociedade.”¹⁶⁶ Nesse sentido, haveria uma confluência entre os três modelos de evolução da sociedade e os três níveis de consciência moral: (sociedades arcaicas => pré-convencional); (sociedades de culturas avançadas => convencional); (sociedade moderna => pós-convencional). O direito, especificamente, na sociedade moderna, por um lado, diferencia-se da moral e da política por meio de sua positivação.

Habermas acredita, ao elencar os estágios de desenvolvimento da consciência moral do indivíduo à lógica do desenvolvimento social paralela a complexidade sistêmica, na possibilidade de se reconstruir uma “ética universal da linguagem”¹⁶⁷. Após reconstruir a moralidade moderna, demonstrando via teoria social que este aspecto estaria racionalmente presente nos discursos cotidianamente proferidos, “o próximo passo teórico seria desenvolver mecanismos pelos quais estas sociedades podem fazer isso, ou seja, a pergunta de *como* seria possível que sociedades complexas caminhassem no sentido de uma moral pós-convencional.”¹⁶⁸ Nesse ponto, as concepções de esfera pública e de autonomia do direito, tornam-se de suma relevância para tal empreendimento teórico.

Habermas desenvolve o conceito de esfera pública em conexão às discussões marxistas sobre a crise de legitimação do capitalismo tardio. Seu ponto de partida

¹⁶⁶ (Neves: 2013; p. 39).

¹⁶⁷ (Habermas: 1983; p. 68 e ss). Para Habermas, não há necessidade de um princípio moral para tal modelo ético universal da linguagem: “Ao assumirmos um discurso prático, supomos inevitavelmente uma situação ideal de discurso que, baseado na força das suas propriedades formais, só permita consenso através de interesses *generalizáveis*. Uma ética cognitiva linguística não tem necessidade de princípios. Está baseada apenas em normas fundamentais do discurso racional que precisamos sempre pressupor, se usamos de algum modo o discurso.” (*Ibid*, p. 139).

¹⁶⁸ (Ribeiro: 2012; p. 137).

consiste na seguinte questão: “como seriam os membros de um sistema social num dado estágio no desenvolvimento das coisas produtivas, que tenham interpretado coletivamente e viculantemente suas necessidades (e com as normas seriam aceitas enquanto justificadas), se tivessem e quisessem decidir um intercurso de organização social através da formação discursiva de vontade, com adequado conhecimento das condições limitantes e dos imperativos funcionais da sua sociedade.”¹⁶⁹

Um primeiro passo para desenvolver o conceito de esfera pública seria compreender em que parte do todo social a ação comunicativa se mostra impotente, ou seja, entender “o sistema social e dado estágio moderno de desenvolvimento das coisas produtivas”. Apesar da histórica peleja entre Habermas e Luhmann, é justamente na teoria dos sistemas de Luhmann e Parsons que Habermas buscará compreender a dimensão sistêmica da sociedade e como o problema que envolve a legitimação da sociedade, a funcionalidade da esfera pública, está diretamente relacionado aos sistemas sociais. O domínio sistêmico é parte fundamental na teoria habermasiana, pois explica a impotência dos sujeitos “[e]m face dos processos circulares, não influenciáveis, dos sistemas auto-referenciais.”¹⁷⁰ Para Habermas, Luhmann incorre em erro semelhante a Weber e Adorno. Estes não teriam percebido que, atrelado ao desenvolvimento sistêmico da sociedade enquanto condição de sua possibilidade, que aprisionariam as possibilidades do sujeito por conta de seu próprio modelo racional, desenvolveu-se outra forma de racionalidade autônoma ao domínio sistêmico capaz de integrar, num modelo de crítica imanente, a dialética do esclarecimento às ações comunicativas. Esse outro nível da sociedade moderna consistiria no mundo da vida, o horizonte em que os agentes comunicativos movimentam-se.

A esfera pública surge, nesse sentido, como estrutura social cuja função seria barrar essa tendência de dominação da dimensão sistêmica sobre a dimensão do mundo da vida, ou seja, “um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los,

¹⁶⁹ (Habermas: 1983; p. 143).

¹⁷⁰ (*Ibid*, p. 488-489).

problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.”¹⁷¹

No entanto, será se a abrangente afirmação habermasiana a respeito das funções e potencialidades da esfera pública se estendem, de fato, a toda a sociedade? Nesse momento, poder-se-ia optar por dois caminhos. Acreditar piamente na estratégia analítica de Habermas, utilizando seu modelo de Estado democrático de direito para analisar o problema em questão, no presente trabalho; ou duvidar da abrangência deste conceito de esfera pública, desse modo, assimilando seu modelo de Estado com certa dose de ceticismo. No presente trabalho, como será demonstrado adiante, optou-se pela segunda opção, mas não de maneira desfundamentada, puramente intuitiva. Tanto o conceito de esfera pública (na sociedade burguesa europeia), como a preocupação empírica da experiência de Estado democrático de direito (a luz das experiências norte-americana e germânica) considerada por Habermas, são resultado de estudos sob um recorte bem específico da sociedade mundial.

3. O ponto cego de uma concepção eurocêntrica de mundo: O direito e a sociedade moderna em Marcelo Neves;

As teorias sociais, tais como a teoria da modernização social de Max Weber ou a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que descrevem a transição na passagem do contexto tradicional para a sociedade moderna, acompanham a evolução do pensamento sociológico desde os primórdios eurocêntricos da disciplina. Mas este olhar não ficou restrito apenas em seus lugares de origem. A difusão e o surgimento destas filiações teórico-sociais ajudaram a propagar estas reflexões em outras localidades, que se desenvolveram para além de seus centros irradiadores. Noções de estamentos, cultura, classes sociais, sociedade burguesa, burocracia, ação social, desenvolvimento, distinção entre os fatos e suas respectivas representações, todos estes modelos conceituais tornaram-se referência ao estudo de estruturas sociais sob as mais diversas localidades do globo.

Já algum tempo, no entanto, tal incorporação tácita tem se mostrado indigesta, especialmente na teoria social. As descrições sobre o processo de modernização e de (trans)formação de estruturas normativas na modernidade, antes incorporadas fora do

¹⁷¹ (Habermas: 2010a; p. 439-40).

que convencionalmente denomina-se por ocidente, têm sido disputadas por diferentes agendas teóricas, sendo levantadas algumas objeções sobre diversos pontos. Alguns falam de mudanças radicais na sociedade contemporânea no sentido de uma dissolução da própria modernidade. Descrevem o contexto atual em um cenário cibernético de controle informacional na qual a comunicação tornar-se-ia cada vez mais célere, intermediada pelo constante desenvolvimento tecnológico, e as esferas de ação da sociedade estariam cada vez mais insuladas e fragmentadas. Combinado ao desenvolvimento tecnológico desenfreado, as pesquisas científicas próximas do controle de fiabilidade de informações e a organização de projetos politicamente assumidos pelo Estado possibilitaria o surgimento de implicações político-científicas. Assim, a ciência atualmente, esfera da sociedade voltada para a reflexão e análise neutra, assumiria uma nova roupagem de disciplinamento social¹⁷².

Outros tomam como ponto de partida uma crítica às assimetrias de produção do conhecimento científico que tradicionalmente consolidariam um centro irradiador como referência, cujas análises periféricas tenderiam a uma busca por adequação deste centro¹⁷³. Esta relação linear configurar-se-ia de modo semelhante à reprodução de uma lógica de submissão da colônia pela metrópole¹⁷⁴, sendo, pois, objeto da agenda teórica pós-colonial. Trata-se de uma reorientação dessa relação de subordinação ao que genericamente denomina-se por ocidente ou pensamento ocidental, por meio da desconstrução do binarismo *West/Rest*. O objetivo da vertente pós-colonial seria, mais especificamente, criar espaços em que os historicamente subordinados possam se expressar¹⁷⁵.

¹⁷² (Lyotard: 2011).

¹⁷³ Em uma passagem de Raewyn Connell pode-se identificar, ao mesmo tempo, as potencialidades concernentes à crítica pós-colonial em entender as assimetrias geopolíticas e sociais no globo, mas também seus equívocos ao desdiferenciar fatores sociais, atividades científicas e disputas políticas, chegando ao ponto de incorrer em uma posição anti-intelectualista: “Na Austrália ou no Brasil, nós não citamos Foucault, Bourdieu, Giddens, Beck, Habermas etc. porque eles conhecem algo mais profundo e poderoso sobre nossas sociedades. Eles não sabem nada sobre nossas sociedades. Nós os citamos repetidas vezes porque suas ideias e abordagens tornaram-se os paradigmas mais importantes nas instituições de conhecimento da metrópole - e porque nossas instituições de conhecimento são estruturadas para receber instruções da metrópole.” (Connell: 2012; p. 10).

¹⁷⁴ Para uma introdução da crítica pós-colonial à sociologia, *Vide*. (Costa: 2006).

¹⁷⁵ “O subalterno não pode falar. Não há nenhum valor atribuído à “mulher” integrado a listas de prioridades globais. A representação não definiu. A mulher intelectual como intelectual tem a tarefa circunscrita que ela não deve rejeitar como floreiro.” (Spivak: 1988; p. 313). Para Spivak, o subalterno não pode falar no sentido de que não há nenhum esforço de dialógico a fim de compreender suas condições de subordinação. Por meio de tal assertiva, a autora questiona a própria posição do pensador pós-colonial influenciada pelas reflexões derridianas sobre as questões de alteridade, do outro. Tece críticas ao conceito de sujeito subalterno, conceito fundante do próprio grupo de pesquisa em

Em outra perspectiva, há aqueles que acreditam não fazer mais sentido nortear-se entre os modelos modernos e pós-modernos pelo simples fato da modernidade não constituir-se enquanto estrutura social. Nesse sentido, a modernidade seria um mito incorporado no século XVII por meio da distinção entre representação científica (Boyle) e representação política (Hobbes), um discurso inventado pelo próprio homem sem conexão alguma com as mudanças e experiências hodiernas. Este mito fundador na qual modernos e pós-modernos estariam aprisionados provém de um sistema referencial estéril nas diversas formas de replicação do binarismo entre sujeito cognoscente e âmbito objetual, pois, “[n]a prática, portanto, eles se situam na velha matriz antropológica, repartem as competências das coisas e das pessoas, e ainda não fazem nenhuma separação entre a força social pura e o mecanismo natural puro.”¹⁷⁶

De fato, estas vertentes teóricas descritas à cima tornaram visíveis os contrastes entre a produção de conhecimento atual e o de dois séculos e meio atrás num quadro geopolítico global. Também, esses posicionamentos podem alertar para a necessidade de se atentar às aplicações teóricas descontextualizadas. No entanto, as reivindicações por uma reorientação e desprovincialização da teoria social, que terminaram por impactar nas reflexões acerca da disparidade de produção e reprodução acadêmica entre centro e periferia, parecem ainda enquadrar-se no contexto de incertezas, exaustões e inquietudes que caracterizam o modo moderno de proceder racionalmente no paradigma de crítica e crise. O discurso teórico da pós-modernidade caracteriza-se, nesse sentido, como uma decorrência de autocrítica umbilicalmente conectada às possibilidades de autocrítica oriundas da sociedade moderna.

Além disso, as posições anteriormente comentadas apresentam um modelo de crítica comum, de simplificação do moderno. Tanto os que defendem a condição pós-moderna como as vertentes pós-coloniais, acabam por se utilizar de estratégias teórico-conceituais que possibilitam reduzir a complexidade social daquilo que se está observando por meio de uma ostensiva politização contra interesses políticos hegemônicos. Essa estratégia teórica apresenta-se na caracterização inflacionária da leitura política ou da leitura econômica, misturando os discursos teóricos inadequados a certos tipos de projetos políticos. Esquecem, por exemplo, de averiguar as

historiografia de estudos subalternos na qual a autora faz parte. Para Spivak, o pensador pós-colonial não estaria tornando visíveis as condições de subalternidade ao colocar-se como representante dos subalternos. Antes disso, seria cúmplice de uma lógica colonial e estaria praticando sequestros de fala.

¹⁷⁶ (Latour: 1994; p. 35).

inconsistências conceituais da dicotomia *West/Rest*¹⁷⁷, além de reforçar as fronteiras entre as diversas formas que assumem, neste caso, o paradoxo entre universalismo (anistórico e descontextualizado) e particularismo (singularidade e excepcional).

Talvez seja possível afirmar que a teoria social brasileira a partir da década de 30, sobretudo a conhecida pelos intérpretes do Brasil, tenha seguido o percurso de aprofundamento das reflexões sociais sobre as singularidades regionais, tomando como referência a busca por uma autenticidade nacional. Essa foi à estratégia teórica de Gilberto Freyre ao apropriar-se da antropologia cultural de Franz Boas a fim de descrever a cultura brasileira em *Casa Grande & Senzala*¹⁷⁸. Também foram as influências do pensamento de Max Weber na incorporação despreocupada de Sérgio Buarque de Holanda, ou em na filiação teórica mais cuidadosa de Raymundo Faoro ao adaptar os âmbitos conceituais de estamento e patrimonialismo aos contextos sociais presente em *Os donos do poder*¹⁷⁹. No entanto, ainda assim não se consegue lidar com o paradoxo, projetando singularidades à modernidade “a brasileira” de Freyre, ou ao ressaltar uma condição híbrida, com aspectos pré-modernos devido a uma herança ibérica do Estado brasileiro em Faoro¹⁸⁰. Ou mesmo aquelas tendências do pensamento

¹⁷⁷ (Knöbl: 2006).

¹⁷⁸ Apesar de desvincular-se de pensar uma sociedade brasileira singular, e não uma mera reprodução ibérica como nas interpretações de Sérgio Buarque de Holanda, no prefácio da primeira edição do livro, Gilberto Freyre destaca a importância determinante de Franz Boas e do método do materialismo histórico para sua obra. *Vide*. (Freyre: 2003; p. 31-2).

¹⁷⁹ Num primeiro momento, tal influência pode ser contestada como equivocada comparando com a advertência presente no prefácio da segunda edição do livro em que Faoro tenta se desvincular de um weberianismo ortodoxo: “Adverta-se que este livro não segue, apesar de seu próximo parentesco, a linha de pensamento de Max Weber. Não raro, as sugestões weberianas seguem outro rumo, com novo conteúdo e diverso colorido.” (Faoro: 2011; p. 13). De fato, traçando uma comparação entre as categorias principais entre Weber e Faoro, a proposta do brasileiro é inovadora às categorias do alemão no que diz respeito ao *patrimonialismo estamental* ou *estrutura patrimonial estamental* – “uma particularidade talvez ibérica, talvez ibero-americana” (Faoro: 1993; p. 26) – em substituição a neutralidade característica da burocracia em Max Weber. No entanto, reporta-se a Weber como norteador de suas reflexões ao disputar o sentido do conceito de patrimonialismo weberiano com o patrimonialismo presente em Sérgio Buarque de Holanda na diferença entre funcionário patrimonial e funcionário burocrático, das obras de Gilberto Freyre, do Estado patrimonial em Sérgio Buarque de Holanda e do capitalismo-burocrático de Caio Prado Junior. (Faoro, *op. cit.*, p. 18-25).

¹⁸⁰ Em artigo recente, Jessé Souza produz uma leitura equivocada da tese da modernidade periférica como um prosseguimento na tradição dos intérpretes do Brasil, só que com uma “linguagem cibernética”. Tal leitura torna-se incompatível com pressupostos teóricos e conceitos centrais assumidos por Neves, por exemplo, da sociedade mundial caracterizada pela multicentricidade e policontextualidade. Souza afirma que a obra de Neves busca definir traços de autenticidade cultural da sociedade brasileira, o que torna sua crítica infundada. Não faz sentido afirmar que Neves tenta, por meio do conceito de modernidade periférica, inferiorizar as condições sociais brasileiras ou latino-americanas, se nem o conceito de sociedade brasileira ou sociedade latino-americana são considerados por Marcelo Neves. Além disso, como será visto mais adiante, a tese da modernidade periférica pretende oferecer outro quadro analítico mais adequado do que o estruturado sob o primado luhmanniano da diferenciação funcional, a fim de descrever eventos correntes na sociedade mundial, entre centro e periferia. (Souza: 2013; p. 162 e ss).

brasileiro que recorrem a um universalismo generalista na crença de que os transplantes de ideias europeias paulatinamente ajudariam a dirimir problemas de má-formação política e social, denominadas de “o Estado enquanto demiurgo da sociedade”: seriam aqueles que observavam cujo olhar social, “[n]o limite, a sociedade civil parece um subproduto da atividade demiúrgica do estado (...) Em geral tomam escritos europeus como se fossem expressões indiscutíveis da formação das nações europeias, modelos definitivos para as outras sociedades. Idealizam o que, em certos casos, os europeus também idealizam.”¹⁸¹

Dentre as posições até agora levantadas no presente tópico, que retratam minimamente as tensões entre as teorias da modernização e suas vertentes críticas, a tese de Marcelo Neves se manifesta de forma diferente e inovadora. A modernidade periférica possui diferenças estruturais, descritivas e metodológicas importantes que, se não analisadas pormenorizadamente, podem suscitar alguns equívocos ao serem confundidas às tendências semelhantes presas às regionalidades como os da tradição dos intérpretes do Brasil, a base dos argumentos pós-coloniais ou os pensamentos pautados na condição pós-moderna. Estas diferenças serão explicitadas de modo mais aprofundado adiante, mas algumas definições podem ser previamente antecipadas.

Em suma, as diferenças se mostram mais latentes ao referir-se, precipuamente, ao esgotamento da semântica convencional de entender a sociedade enquanto agrupamentos sociais que compartilham de uma unidade linguística e de uma determinada cultura delimitados territorialmente, ou seja, inseridos em um Estado. “[O] título de sociedade só pode ser concedido apenas uma vez”¹⁸², não fazendo mais sentido se referir a uma sociedade brasileira, uma sociedade argentina ou uma sociedade norte-americana, mas, apenas, a sociedade mundial¹⁸³. Não faz mais sentido utilizar-se de critérios territoriais ou étnico-culturais para delimitação da sociedade. Basta retornar historicamente de maneira retrospectiva às independências, insurreições analisando as respectivas mudanças das parcelas territoriais agregadas ao Estado brasileiro que se percebe o anacronismo em delimitar a sociedade aos moldes territoriais estatais.

Algumas confusões ainda podem persistir acerca do conceito de sociedade mundial (*Weltgesellschaft*) desenvolvido por Niklas Luhmann que influencia

¹⁸¹ (Ianni: 2000; p. 57).

¹⁸² (Stichweh: 2012; p. 02).

¹⁸³ (*Ibid*, p. 02 e ss); (Luhmann: 2006; p. 110 e ss); (Neves: 2013; p. 17-18); (Teubner: 1996; nota 6).

diretamente a teoria dos sistemas em Marcelo Neves¹⁸⁴. O obstáculo epistemológico de entender a sociedade como um grande conglomerado de indivíduos ainda suscita o equívoco de pensar a sociedade mundial enquanto constituída por uma unidade indivisível de pessoas concretas e relações humanas¹⁸⁵. Diferentemente dos indivíduos e das relações humanas, é a comunicação que constitui a operação social inevitável, pois entram em jogo todas às vezes que surgem situações dependentes ou não da ação social¹⁸⁶. A comunicação assume o papel de unidade elementar da sociedade¹⁸⁷, cujas pessoas passam a ser, de acordo com a teoria dos sistemas, observadas enquanto endereços de processos de comunicação¹⁸⁸, de modo que não há um sujeito transmissor e outro receptor de elementos comunicativos. Só a comunicação pode comunicar e somente uma rede de comunicação enseja o que se entende por ação¹⁸⁹.

A comunicação é entendida como uma realidade emergente constituída por um encadeamento de três elementos subsequentes e complementares entre si, quais sejam, informação, mensagem (ou expressão performativa) e compreensão. Trata-se da seleção de uma informação específica, a seleção da expressão dessa informação e o mau entendimento, bom entendimento ou não entendimento, ou seja, e a seletiva compreensão da informação inicial. Desse modo, não há uma espécie de replicação de estágios de pensamento entre pessoas no processo comunicativo, ou mesmo, que esse processo tenha como finalidade o entendimento do elemento informativo deflagrador do processo.

A título de ilustração, por exemplo, no contexto de uma sala de aula em que o professor está esclarecendo a dúvida de um aluno, os pensamentos do professor não são linguisticamente externalizados em sua completude. As informações são selecionadas e estas desencadeiam um processo comunicativo cujas implicações estão para além do aluno que deseja esclarecer o mal entendido porque a resposta do professor diante da

¹⁸⁴ A semântica nacional ainda persiste em alguns autores que afirmam uma filiação a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo no Brasil. Villas Bôas Filho, por exemplo, ainda fala em uma “sociedade brasileira” (Villas Bôas Filho: 2009; p. 357 e ss), como se houvesse, entre os traços de diferença que integram a sociedade “no” Brasil, uma identidade cultural homogênea que caracterizadora de uma nação, contrastando com a premissa da sociedade mundial.

¹⁸⁵ (Ribeiro: 2013; p. 109).

¹⁸⁶ (Luhmann: 1992; p. 252).

¹⁸⁷ (Neves: 2013; p. 06)

¹⁸⁸ (*Ibid.* p. 251).

¹⁸⁹ (Luhmann: 1992; p. 251). Não cabe aqui aprofundar mais sobre as diferenças entre as concepções teóricas dos sistemas e das teorias da ação. Para maiores informações sobre os desafios enfrentados pelas teorias sociológicas da ação pelo enfrentamento de questões na teoria dos sistemas, *Vide.* (Bachur: 2010; p. 83-98).

dúvida pode ser entendida de maneira diversa dentre os demais alunos. Além disso, a dúvida, e mais especificamente, o pedido por esclarecimento feito pelo aluno apontam para a não finalidade desse processo. O estado de ânimo do professor – se ele está nervoso, sereno, entusiasmado ou desinteressado - ao tentar esclarecer a dúvida do aluno, também faz parte da resposta, adentrando-se ao conteúdo das informações recepcionadas pelo aluno no momento de explanação do professor. A persistência do aluno em insistir na dúvida por meio do mesmo questionamento ao final da tentativa por parte do professor, ou seja, o dissentimento com relação ao pronunciamento do docente indica que o autocontrole da comunicação não se encerra apenas entre os interlocutores e pode ser observado em outras várias circunstâncias ao mesmo tempo, levando-se em consideração o contexto dos dois estarem presentes numa sala de aula em um colégio qualquer com o plano pedagógico “x” e etc. Se a próxima resposta do professor for “você não me entende” ou “você não está preparado para entender o que isto querendo dizer”, tal fato demonstra a possibilidade de comunicar-se por meio da comunicação dissensual e tende a levar o processo comunicativo aos seus limites, ou seja, a comunicação pode comunicar-se também de modo paradoxal. Só que, o limite comunicativo de não continuidade do processo, seja por falta de paciência do professor, seja pelo próprio autocontrole do sistema, seja pela tentativa do aluno em gastar o tempo daquela aula, pode encerrar um processo comunicativo, o que gera a iminência de um risco. O risco tende a ser dirimido por instituições. Elas também integram o sistema de comunicação na qual o questionamento do aluno estaria envolvido, por exemplo, na realização da função pedagógica conferida ao professor de ensino do conteúdo.

Em seus escritos, percebe-se que Marcelo Neves possui uma filiação teórica às concepções luhmannianas ao pensar a sociedade moderna enquanto sociedade mundial e ao considerar a comunicação como unidade elementar da sociedade¹⁹⁰. No entanto, ao contrário do que se pensa, Neves não toma como critério de validade a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para justificar suas proposições teóricas¹⁹¹. Discorda da

¹⁹⁰ (Neves: 2011; p. 133, 155 e 191, 198); (Neves: 2013; p. 67 e 281).

¹⁹¹ “Eu sou, por assim dizer, um discípulo um tanto heterodoxo de Luhmann. Mesmo na minha tese de doutorado, não trabalhei no modelo tradicional de simples aplicação de teorias. Tomei o caso brasileiro para questionar aspectos básicos da teoria mesma. É a tentativa de oferecer um modelo alternativo. (...) Mais importante, portanto, é pensar como Luhmann em um ponto: a reflexão tem que se adequar às transformações estruturais. Além do mais, para nós no Brasil, cabe salientar que a perspectiva de observação do modelo luhmanniano originário é diferente de nossa perspectiva de observação.” (Neves: 2004; p. 130 e 132).

concepção de modernidade em Luhmann (e Habermas) e, a partir do arcabouço teórico luhmanniano, ou seja, a partir de uma perspectiva interna da teoria utilizando-se dos instrumentos conceituais e analíticos adequados à teoria luhmanniana, propõe uma releitura ampliativa do conceito de modernidade. Neves propõe, portanto, uma extensão das possibilidades em diferentes formas de diferenciação da sociedade.

Na linguagem das revoluções científicas¹⁹², a pretensão de Niklas Luhmann era elaborar uma teoria geral da sociedade que provocasse rupturas paradigmáticas. Deferiu ataques tanto às premissas clássicas da teoria do conhecimento e da filosofia do sujeito (Kant e Hegel) em conexão com as preocupações sobre as condições de possibilidade da ordem social (Simmel e Durkheim); ruptura e continuidade com uma teoria dos sistemas como teoria da ação (Parsons) e ruptura e continuidade com o princípio da circularidade na cibernética (Foerster, Maruyama, Wiener e Ashby), a teoria geral dos sistemas, o construtivismo operacional e as teorias da diferenciação social (Marx, Spencer, Simmel, Durkheim e Weber)¹⁹³. Luhmann formula um novo paradigma para as ciências sociais desvinculado da ideia de sujeito, objeto e ação, cuja leitura da modernidade concentra-se não em uma sociedade em dois níveis como preceitua Habermas, mas em uma sociedade funcionalmente diferenciada. A crítica de Marcelo Neves incide principalmente sobre a maneira hiperbólica com que Luhmann apreende a diferenciação funcional na sociedade mundial. Novamente com Thomas Kuhn, a crítica de Neves a Luhmann pode ser lida como uma decorrência da revolução paradigmática: “[g]uiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente”¹⁹⁴. A tese de Neves conta com o potencial de reformulação de parte preponderante na teoria dos sistemas luhmanniana, como foi descrita pelo próprio teórico social alemão.

A fissura é provocada pela tese da modernidade periférica desenvolvido por Marcelo Neves, que levanta uma série de objeções à abrangência universal e a uniformidade pela qual a teoria social luhmanniana descreve o processo de diferenciação funcional da sociedade moderna. Brevemente, Luhmann explica a

¹⁹² (Kuhn: 2011).

¹⁹³ (Bachur: 2010; p. 141). *Vide*, também, sobre a mudança de paradigma da teoria geral dos sistemas à teoria geral dos sistemas sociais (Luhmann: 1998; p. 27-35).

¹⁹⁴ (Kuhn: 2011; p. 147).

emergência da sociedade moderna por meio dos critérios de *complexidade*, “a presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas”¹⁹⁵, e *contingência*, o risco a ser considerado “de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”¹⁹⁶.

Em uma análise retrospectiva, voltando-se às sociedades diferenciadas de modo segmentário com relações tribais, há um baixo grau de complexidade porque os participantes da comunicação não são provocados a uma percepção acurada dos desvios de comportamento, das mudanças na comunidade. Os desvios são esperados como possibilidade, reduzindo as chances de serem captados como situações fora daquela comunidade específica, inesperados ao fluxo em que a comunidade segue em suas manifestações tradicionais. A contingência é impossibilitada nesses contextos, pois o presente passa a ser determinado pelo passado, não havendo abertura para o futuro. A manutenção da mística fundamentadora da sociedade é realizada por meio de atividades ritualísticas, que consolidam as expectativas através da repetição, “entre os presentes, de práticas que refletem e modelam comportamentos cotidianos, esperados como evidentes.”¹⁹⁷

Em outro contexto, nas sociedades medievais baseadas na distinção fundamental entre nobreza e plebe ou povo comum, ou seja, diferenciadas hierarquicamente, os graus de complexidade e contingência são diferentes com relação ao contexto anterior. Os desvios comportamentais são percebidos e entendidos como pertencentes à própria

¹⁹⁵ (Neves 2013; p. 15).

¹⁹⁶ (Ibid, p. 16). De modo similar, Luhmann: “Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (Luhmann: 1983; p. 45-46). Neves, neste trecho, também deixa claro o que entende por complexidade e contingência no contexto da sociedade mundial moderna: “Nessa acepção, afirma-se que a sociedade mundial (moderna) é supercomplexa porque as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação concreta. A complexidade implica, por sua vez, contingência. Esta significa que, entre as diversas possibilidades, pode-se atualizar-se uma que não era esperada, importando ‘perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.’ A supercomplexidade e supercontingência da sociedade global de hoje envolvem o aumento da necessidade de seleção, mas exigem mecanismos seletivos que não excluam, definitiva e absolutamente, nenhuma possibilidade. A redução seletiva de complexidade conduz ao aumento de complexidade, ou seja, os mecanismos seletivos destinam-se a transformar complexidade desestruturada em complexidade estruturada, sem desconhecer, portanto, a heterogeneidade de valores, interesses e discursos, assim como a pluralidade de sistemas existentes na sociedade.” (Neves: 2001; p. 332-3).

¹⁹⁷ (Ibid. p. 08).

comunidade. Nesse contexto social, já se faz presente uma série de procedimentos fundamentados em uma moralidade religiosa para tratar desses desvios e, a partir da escrita, a comunicação passa de uma estrita condição entre os participantes a um nível de difusão comunicativa que possibilita mais informações desviantes por exceder aos eventos estritos entre emissor e receptor da comunicação. No entanto, as possibilidades alternativas de comportamento desviante não ultrapassam os dogmas religiosos nem a moralidade fundamentadora do amalgama entre política, direito e religião. Os pensamentos e comportamentos estranhos e desafiadores aos dogmas hegemônicos à época, como foram os de Giordano Bruno, Baruch de Espinoza e Galileu Galilei, deveriam ser desprezados, processados e rejeitados, ao contrário do pensamento escolástico de Tomás de Aquino que se adequava muito bem as justificativas e manutenção dos limites dogmaticamente impostos.

Em outras palavras, “[os] próprios instrumentos procedimentais de solução de conflitos destinam-se basicamente a averiguar a adequação das condutas ao modelo estrutural de expectativas evidentes e inquestionáveis. Isso significa a presença de um plexo de valores, imediatamente válido como padrão de comportamento em todas as esferas da vida social, que legitima a dominação da camada superior [nobreza].”¹⁹⁸ Um exemplo de como os procedimentos jurídicos esbarravam em dogmas religiosos mas dali não conseguiam ultrapassar pode ser observado na primeira parte dos estudos de teologia política medieval de Ernst Kantorowicz. O autor se concentra nos relatórios de Edmund Plowden em que investigou a categoria mística que fundamentava a autoridade real, o argumento de que o rei nascia de modo gêmeo e possuía dois corpos, um perecível e físico, e outro eterno, extraterreno e espiritual¹⁹⁹. Desse modo, “[a] moral conteudística, religiosamente fundamentada, ao mesmo tempo excludente na dimensão pessoal ou social e totalizante na dimensão material e temporal, atua como freio aos desvios inovadores, na medida em que estabelece que o proveniente ‘de baixo’ [povo ou plebe] deve adequar-se ao fixado ‘em cima’.”²⁰⁰

Na sociedade moderna, a diferenciação²⁰¹ ocorre de modo funcional, ou seja, as condições de possibilidade da ordem social estão diretamente ligadas à parcial

¹⁹⁸ (Ibidem, p. 9).

¹⁹⁹ (Kantorowicz: 1998; p. 21-33).

²⁰⁰ (Neves: 2013; p. 9-10).

²⁰¹ O conceito de diferença é crucial para a teoria geral dos sistemas luhmanniana. O destaque torna-se pertinente para evitar má-compreensões de se tratar de uma teoria cibernética de engenharia social: “Toda

sistematização de elementos comunicativos que não se sobrepõem, mas sim, se diferenciam em termos de especificidade temática. Com a difusão comunicativa da escrita por meio da imprensa e, posteriormente, com o surgimento de novos meios de comunicação em massa, os graus de complexidade e contingência são radicalizados. O manancial de possibilidades e a velocidade com que a dinâmica das mudanças sociais se realiza fazem com que surjam pressões de delimitação dos elementos e relações (sistema) na qual sempre alguma informação vai ser excluída e algo vai ficar de fora do campo de análise (ambiente).

Desse modo, não há mais uma unidade referencial privilegiada sobre os demais²⁰². Não há uma unidade racionalmente organizada capaz de explicar a sociedade ou tomada como ponto de partida para se buscar essa explicação, tal como a história, a política, a ação comunicativa ou o discurso. Diante da impossibilidade de unidade organizativa da sociedade e diante do caos aflitivo da perda de uma esfera social que garanta uma orientação privilegiada, “desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.”²⁰³ Assim ocorre a múltipla distinção e mútua implicação entre sistema e ambiente. Os sistemas sociais lidam com seu ambiente de modo a reduzir a complexidade desestruturada advinda deste, ao mesmo tempo em que ampliam sua própria complexidade e, portanto, sua capacidade seletiva.

Seguindo a linha descritiva até o parágrafo anterior, na qual a sociedade moderna é caracterizada pela diferenciação sistêmico-funcional em face de uma excessiva complexidade e contingência, Neves e Luhmann estariam de acordo. As divergências entre os dois, que proporcionou uma reformulação pelo próprio Luhmann da sua teoria geral dos sistemas, ocorre na medida em que Neves confere outro olhar às relações estabelecidas pelo teórico social alemão entre diferenciação sistêmico-

a teoria está baseada, então, em um preceito sobre a diferença: o ponto de partida deve derivar da disparidade entre sistema e meio, caso se queira conservar a razão social de Teoria dos Sistemas. Quando se escolhe outra diferença inicial, obtém-se então como resultado outro corpo teórico. Assim, a Teoria dos Sistemas não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com a categoria do ser, mas sim com a diferença.” (Luhmann: 2011; p. 81).

²⁰² “Conforme o exposto, a teoria luhmanniana nega um espaço privilegiado de observação a partir do qual se possa refletir abrangentemente sobre a sociedade. Toda e qualquer observação é parcial. A diferença entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos sistemas sociais autopoieticos, cada um dos quais com uma respectiva própria do mundo e da sociedade. É nesse sentido que se define a sociedade moderna como multicêntrica e policontextural.” (Neves: 2013; p. 67).

²⁰³ (Ibidem, p. 16).

funcional, autonomia operacional dos sistemas e relacionamento entre sistema e meio ambiente.

Sob um mesmo processo de diferenciação funcional na sociedade mundial moderna, ocorre que, nem sempre tal diferenciação e formação de sistemas sociais autônomos implicariam em uma redução de complexidade, contingência e abertura para o futuro com relação ao ambiente²⁰⁴. “Ao contrário”, para Marcelo Neves, “é possível que isso [a diferenciação sistêmico-funcional] leve a um maior grau de complexidade, contingência e abertura para o futuro”²⁰⁵, afetando de modo degenerativo a autonomia funcional dos sistemas e, como se trata de uma forma de dois lados (sistema/ambiente)²⁰⁶, ensejando relações seletivas instáveis entre sistema e seu respectivo ambiente.

Admite-se uma dupla possibilidade de complementação da releitura de Marcelo Neves, e não a soma zero de uma (a explicação da modernidade luhmanniana) pela outra (a explicação da modernidade de Marcelo Neves). De um lado, há uma diferenciação sistêmico-funcional que proporciona uma complexidade social satisfatoriamente estruturada com o predomínio de inclusão na relação dos sistemas às pessoas. De outro, uma situação marcada pela complexidade social insuficientemente estruturada, com limitações à diferenciação sistêmico-funcional e com o predomínio da exclusão na relação dos sistemas às pessoas. Diante disso, essa dupla possibilidade de observação da sociedade levanta dúvidas sobre o primado da diferenciação social enquanto insuficiente para explicação da sociedade mundial moderna.

Marcelo Neves introduz os conceitos de modernidade periférica e modernidade central, enquanto tipos ideais, ou seja, ferramentas interpretativas que nunca são encontradas puramente na realidade social²⁰⁷, adequados às possibilidades anteriormente descritas da sociedade mundial. Os conceitos se mostram analiticamente frutíferos, em especial, com relação à análise de regiões estatalmente delimitadas onde é possível observar as insuficiências de autonomia sistêmica do direito e da política. O desenvolvimento de tipos ideais, nesse sentido, é visto como uma exigência às ciências

²⁰⁴ “Não se questiona aqui que uma sociedade é moderna na medida em que alcança um alto grau de complexidade, contingência e abertura para o futuro. É verdade que isso *exige* diferenciação sistêmico-funcional. Entretanto, muito frequentemente, a realização desta é insuficiente, sem que a sociedade torne-se menos complexa e contingente, tampouco se reduza a sua abertura para o futuro.” (Ibidem, p. 17).

²⁰⁵ (Ibid, p. 17).

²⁰⁶ (Luhmann: 2011; p. 88).

²⁰⁷ (Neves: 2013; p. 227).

sociais para que se consiga captar essas diferenças presentes em contextos sociais de complexidade insuficientemente estruturada. Passa a fazer pouco sentido que, partindo do primado da diferenciação funcional planejada a todos os componentes da sociedade mundial, se consiga descrever os nítidos contrastes em meio às diferenças regionais presentes em diversas localidades do globo.

Neves, no entanto, não se atem apenas à teoria luhmanniana. A releitura ao conceito de modernidade de Jürgen Habermas ocorre de maneira diversa. O autor brasileiro parte de uma perspectiva teórica externa à teoria da ação comunicativa que sintetiza a compreensão da sociedade moderna habermasiana. Marcelo Neves discorda da primazia da noção de intersubjetividade, essencial para a sustentação teórica do conceito de ação comunicativa e, conseqüentemente, que serve de base às relações capazes de serem descritas por tal conceito, as orientadas para o entendimento na reprodução do mundo da vida. O problema dessa noção, segundo Neves, é que Habermas sobrecarrega o mundo da vida com sua pretensão consensualista. Contudo, isso não significa que a contribuição habermasiana seja completamente desconsiderável desde o princípio. Apenas que a capacidade explicativa da arquitetura teórico-conceitual habermasiana é afetada por pautar-se numa pretensão consensualista de análise diante da complexidade da sociedade moderna caracterizada pelo dissenso estrutural. Diante disso, Neves propõe uma releitura da concepção habermasiana “à luz da teoria dos sistemas”²⁰⁸, por entender que, mesmo diante das dificuldades explicitadas anteriormente, o mundo da vida e a esfera pública são elementos conceituais que podem servir à explicação de esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente presentes na sociedade moderna.

Nesse ponto, percebe-se uma grande diferença teórica entre Neves e Luhmann, pertinente ao presente trabalho. Trata-se de aceitar, ou não, a formação social de uma esfera pública pluralista traduzida, na linguagem da teoria dos sistemas, como o âmbito de comunicações não estruturadas sistemicamente. Luhmann admite a moral e o protesto como formas não estruturadas sistemicamente, no entanto, não considera também a esfera pública, apenas fala do público enquanto dimensão funcional do sistema político. Para Neves, não há uma justificativa plausível para tanto²⁰⁹.

²⁰⁸ (Neves: 2013; p. 125).

²⁰⁹ “Embora a teoria sistêmica luhmanniana admita, tanto para a sociedade em geral quanto para a política e o direito acoplados constitucionalmente, a relevância da moral e do protesto com formas não

Segundo Marcelo Neves, o mundo da vida pode ser considerado uma esfera social na qual “a comunicação é reproduzida através da linguagem natural cotidiana”, não ocorrendo uma generalização precisa de um código de preferência estruturado na forma sim/não, como o código ter/não-ter é sistemicamente delimitado à economia ou lícito/ilícito é sistemicamente delimitado ao direito. No mundo da vida, “[a] preferência entre ‘sim’ e ‘não’ é difusa e imprecisa.”²¹⁰ Ao contrário de Habermas que observa na interação mediada linguisticamente uma propensão ao entendimento, “[o] entendimento parece ser imanente como *telos* à linguagem humana”²¹¹, Luhmann e Marcelo Neves partem da premissa de que a comunicação é marcada por um problema de compreensibilidade caracterizada pela improbabilidade inerente ao sucesso comunicativo (o entendimento). No entanto, em Luhmann, precede ao entendimento uma opção de aceitação da informação, que pode proceder com um “sim” ou com um “não”, na qual a comunicação linguística encontra sua unidade organizativa²¹², diferenciando-se dos demais sistemas de acordo com a especialização da linguagem de cada um organizada pelos respectivos códigos binários, assim como o do direito e da economia acima citados.

Neves parte de uma terceira posição distinta dos demais. Na comunicação, além da linguagem natural organizadamente estruturada, e da linguagem especializada cuja unidade depende dos códigos binários, existe uma zona cinzenta marcada pela “multifuncionalidade e a imprecisão da linguagem cotidiana mediante a qual se

estruturadas sistemicamente de comunicação, ela não aceita o conceito de esfera pública como âmbito de comunicações não estruturado sistemicamente, mas apenas o conceito de ‘público’ como dimensão funcional do sistema político. Essa ortodoxia sistêmica dificulta certas análises mais apuradas da sociedade supercomplexa do presente.” (Neves: 2013a; p. 120).

²¹⁰ (Neves: 2013; p. 125).

²¹¹ (Habermas: 1988: p. 454). Por ser uma obra anterior à teoria da ação comunicativa, tal opinião tão cara à teoria social de Jürgen Habermas poderia ser entendida como superada posteriormente. No entanto, o que se verifica é justamente o contrário. O Habermas posterior à teoria da ação comunicativa também acredita na intuição “segundo a qual o *telos* do entendimento habita a linguagem.” (Habermas: 2002; p. 77). A confirmação desse pensamento pode ser apreendida na passagem autobiográfica na qual Habermas comenta as experiências pessoais que influenciaram sua obra. O autor confirma que “[d]e fato, a tríade constituída pela esfera pública, pelo discurso e pela razão dominou minha vida política e meu trabalho científico. Toda a obsessão, no entanto, possui raízes na história de uma vida.” Nessa passagem, o autor relata sua experiência escolar sobre a dificuldade de se comunicar com seus colegas, e da incompreensão deles visto sua dificuldade se expressar em decorrência de sua fissura labiopalatal. Dessa experiência de vida, Habermas afirma buscar, assim como outros filósofos, por meio da força da linguagem uma comunhão, ou seja, o entendimento que pode ser traduzido por meio da filosofia da linguagem e a teoria moral por ele desenvolvida. Nas palavras de Habermas: “Minhas pesquisas tomam esse paradigma como fio condutor. O princípio da filosofia da linguagem e a teoria moral que desenvolvi nesta linha poderiam ter-se inspirado em duas experiências pelas quais passei durante a época da escola: (a) a de que os outros não me entendiam (b) a de que não aceitavam tal fato”. *Vide.* (Habermas: 2007; p. 21-24).

²¹² (Luhmann: 2006; p. 176-177).

reproduz o mundo da vida.”²¹³ Pressupondo a ocorrência de uma linguagem comum à sociedade que se diferencia das linguagens especializadas, o problema da compreensibilidade que envolve a linguagem comum do mundo da vida, na concepção de Neves, não se resolveria, então, nem isoladamente pela capacidade organizativa propiciada pelos códigos, nem pelos sentidos construídos nas interações interpessoais mas, em parte, por ambos. “A compreensibilidade manifesta-se, no plano da comunicação, mediante ações (incluindo a omissão) ou linguagem (incluindo o silêncio) que respondem, com sentido, à mensagem”. E adverte: “[a]inda não é o entendimento intersubjetivo (acordo, consenso), que só se apresenta com a partilha linguisticamente intermediada de expectativas por *ego* e *alter*”²¹⁴, ou seja, o entendimento não é impossível, mas, sim improvável e eventual. Tal constatação torna a teoria habermasiana, de acordo com Neves, limitada para a reconstrução racional do mundo da vida.

Mais adiante, o conceito de Neves de mundo da vida será relacionado às dificuldades e possibilidades de concretização do Estado Democrático de Direito com relação à legitimação do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do STF. Nessa ocasião, outro conceito próximo que será mais bem desenvolvido no presente trabalho será o de esfera pública, que se diferencia do modelo apresentado por Habermas. Para uma breve exposição antecipada, na concepção de Marcelo Neves, esfera pública pode ser definida “como uma área de tensão entre direito e política como sistemas funcionais acoplados estruturalmente pela Constituição, por um lado, e os demais sistemas funcionais e o mundo da vida, por outro. Nela, não há apenas divergências entre valores, expectativas, interesses e discursos referentes a pessoas e grupos, mas, sobretudo, se afirma o dissenso entre as exigências e pretensões que emergem dos diversos sistemas funcionais em relação aos procedimentos do sistema jurídico e político. Nesse sentido, cabe dizer que a esfera pública é a arena do dissenso.”²¹⁵. Esta diferença é crucial para a compreensão do processo de legitimação do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, enfrentado, a seguir, nos termos da teoria dos sistemas de Marcelo Neves. No entanto, antes disso, faz-se necessário compreender outro ponto importante que não deveria ser exposto sucintamente.

²¹³ (Neves: 2013; p. 126).

²¹⁴ (*Ibid*, p. 126).

²¹⁵ (*Ibid*, p. 123-124).

3.1. O direito na sociedade (mundial) moderna, multicêntrica ou policontextural

O fato de que a sociedade moderna caracteriza-se pela diferenciação, pela pretensão de autonomia das diversas esferas sociais e por sua extensão para além dos territórios estatais, cria exigências a quaisquer proposições teóricas que pretendem basear-se na realidade social. Qualquer teoria que se propõe debruçar sobre aspectos da sociedade como a abordagem de problemas constitucionais ou, no que se propõe o presente trabalho, analisar o processo de legitimação de um procedimento jurisdicional, deve, então, ser apresentada em face dos limites e possibilidades que lhe são impelidas pelas condições estruturais da própria sociedade.

Uma dessas exigências diz respeito a uma falta característica da sociedade moderna, o caráter *multicêntrico* e *policontextural* da sociedade. Quer dizer, respectivamente que, “não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição”, e que também “não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos.”²¹⁶ A falta provém da ausência de um centro hierárquico sobre as demais esferas sociais marcada pelo amálgama pré-moderno do direito, da política e da moral religiosa. Desse modo, afasta-se a possibilidade de uma unidade orientadora e um ponto de observação único ou socialmente privilegiado. Toda observação da sociedade é parcial e interdependente uma da outra e em cada contexto, na política, no direito, na economia, na religião, na família, na arte, na educação, e etc., “[fazem-se] observações da sociedade como um todo, que concorrem com a observação da teoria social [uma observação pretensiosamente abrangente do ponto de vista científico].”²¹⁷

Portanto, a consideração da multicentricidade e policontexturalidade da sociedade moderna faz com que, com relação à legitimidade, sejam consideradas não só aspectos internos ao direito ou à política enquanto subsistema funcional da sociedade. Faz-se necessário, contudo, obter noções da própria evolução da sociedade por meio de um acompanhamento básico dos demais subsistemas sociais em suas peculiaridades, para que se possam entender melhor suas mútuas implicações. Em suma: desenvolver uma análise teórica consistente sobre o tema da legitimação de um procedimento jurisdicional, por esbarrar no quesito legitimidade, necessita em ater-se às mútuas

²¹⁶ (Neves: 2009; p. 23-24).

²¹⁷ (*Ibid*, p. 25).

implicações entre direito e ciência, direito e economia, e direito e política, e etc., entendendo as seguintes diferenciações não como isolamento, mas como “uma intensa capacidade cognitiva perante o entorno.”²¹⁸

Outra exigência (policontexturalidade) relaciona-se as diferentes conformações dos subsistemas sociais no contexto da sociedade mundial, cada qual com suas peculiaridades. Importante salientar para que se evitem maiores confusões que, ao se referir à sociedade mundial, não necessariamente se reporta ao significado de uma ordem internacional nem mesmo ao que convencionalmente se denomina por globalização. “A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial”²¹⁹, na qual se refere às relações entre Estados. Neves atenta-se também para a noção controversa de globalização, que impõe um significado ideologicamente inflacionado a esse fenômeno global centrada em Estados nacionais na qual globalização reporta-se às relações entre diversas sociedades regionalizadas²²⁰. Ao contrário, “[a]ntes cabe considerar globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial”, que se desenvolve estruturalmente desde o século XVI e somente no final do séc. XX torna-se evidente, ou seja, “a sociedade passa a (auto-)observar-se e (auto)descrever-se como mundial ou global.”²²¹

Essas possíveis confusões estão ligadas a um modo específico de pensar os antigos dilemas que permeiam o uno e o múltiplo apresentado no diálogo entre Teeteto e o estrangeiro de Eléia, ou do todo que precede as partes na explicação dos aspectos políticos da natureza humana. Como enfrentar esse paradoxo? Uma possível reconsideração desses dilemas torna-se possível ao se pensar que o todo, a sociedade, não supera as partes, mas que constantemente é recriado por elas, e as partes também não superam o todo, mas se reinventam a cada instante impactando nas concepções acerca do todo. Nesse sentido, a sociedade moderna enquanto sociedade mundial não implica necessariamente na exclusiva consideração ou desconsideração de uniformidades, seja dos diversos sistemas sociais conformados em seus respectivos âmbitos de comunicação, seja na idealização de partes como a união de sociedades delimitadas por grupos étnicos ou mesmo da união de sociedades delimitadas de grupos

²¹⁸ (*Ibid*, p. 25).

²¹⁹ (*Ibid*, p. 27).

²²⁰ “No presente contexto, não se trata de discutir o modelo prescritivo, neoliberal da ‘globalização’, segundo o qual se recomenda, em nome da eficiência econômica, o desmonte dos mecanismos do Estado de bem-estar”. (Neves: 2011; p. 192).

²²¹ (Neves: 2009; p. 27).

estatais. A sociedade mundial não é formada por uma conjunção das partes no todo, mas deve ser pensada na sua contínua (re)construção. Em outras palavras: “A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *unitas multiplex*.”²²²

Considerando, então, a sociedade mundial enquanto *unitas multiplex*, além da pluralidade dos âmbitos de comunicação, vale ressaltar que a multiplicidade da sociedade mundial também se manifesta nas diferentes formas de reprodução dos respectivos sistemas sociais. Essas diferentes dinâmicas podem ser melhor explicitadas ao comparar os demais âmbitos comunicativos. Por exemplo, a política e, em menor grau, o direito, ainda dependem de organizações cujas potencialidades de incidência estariam, de modo relativo, delimitadas territorialmente. A política e o direito (principalmente o direito constitucional), além de se diferenciarem funcionalmente como sistemas da sociedade mundial, ainda dependem, para reprodução de suas esferas comunicativas, da segmentação territorial em Estados. Desse modo, pode-se falar em sistemas políticos e sistemas constitucionais distinguindo-os territorialmente, um sistema constitucional brasileiro e um sistema constitucional norte-americano.

Outros âmbitos comunicativos, contudo, “não dependem de segmentação territorial para se reproduzirem”²²³ como a economia, a técnica, a ciência e a mídia. Distanciando-se das teses de um capitalismo mundial concentradas nas descrições econômicas, Neves não despreza completamente a plasticidade e capilaridade do sistema econômico na sociedade mundial moderna para fins de sua reprodução. Apenas considera que, apesar do caráter multicêntrico da sociedade, alguns códigos de preferência atuam de modo diverso, com certa primazia²²⁴ em relação a outros. Nesse sentido, “a economia está equiparada com o mais forte código binário entre um ‘sim’ e um ‘não’, a saber, a diferença entre ‘ter’ e ‘não ter’.”²²⁵ Tal observação vale também

²²² (*Ibid*, p. 26).

²²³ (*Ibid*, p. 30).

²²⁴ Marcelo Neves esclarece que o primado econômico na sociedade moderna “não se trata de um primado ‘onticamente essencial’ nem forçosamente de perda da autonomia dos outros sistemas sociais, mas cumpre considerar que, nos ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna), a economia (associada à técnica e à dimensão da ciência a esta vinculada) constitui o mais relevante fator, a ser observado primariamente.” (*Ibid*, p. 28-29).

²²⁵ (*Ibid*, p. 29). Num primeiro momento, tal afirmativa do primado estrutural da economia na sociedade mundial moderna, pode ser considerada como exagerada. Tomando como pressuposto o dinheiro enquanto meio central de reprodução do sistema econômico, “um meio de pagamento cartal que serve de meio de troca” (Weber: 2012; p. 46), ou sob uma análise sociológica em termos de observação da

para a mídia que intermedeia as informações difundidas na opinião pública, esta compreendida como “o ‘meio’ produzido e reproduzido pelo sistema de comunicações de massa”²²⁶. Assim, pela regularidade e amplitude de difusão de informações cotidianas, cria-se na comunicação societária uma espécie de fixação, uma forma de seleção que confere maior relevância a algumas informações pela mídia em detrimento de outras. Trata-se dos saberes²²⁷, no que pode ser genericamente considerado de saber comum, que se diferencia do conhecimento dos especialistas.

Vale destacar, mais uma vez, que a primazia da mídia, ou seja, do sistema de comunicação de massa, não significa dizer que há uma monocentricidade na mídia. Apenas que a significação estipulada para formação da opinião pública é mais forte do

racionalidade formal da economia vinculado à propriedade, nas palavras de Max Weber, “o meio de cálculo econômico ‘mais perfeito’, isto é, o meio formalmente mais racional de orientação da ação econômica” (Weber: 2012; p. 53), as potencialidades de entranhamento e plasticidade do sistema econômico na sociedade moderna podem ser minorados, suscitando observações simplificadoras. Sob tal perspectiva, o uso do dinheiro enquanto racionalidade formal da economia é sempre um uso comunitário, uma ação social que garante as trocas indiretas, a homogeneidade de valores materializados em trocas intercambiadas de coisas ou créditos, mesmo não sendo capaz de estipular um valor absoluto, mas visando uma estimação, um parâmetro razoável a ser aceito. (Weber: 2012; p. 53 e ss). No entanto, faz cada vez mais sentido o fato de que tal definição do dinheiro se mostra caduca, pois novas formas de dinheiro surgem com a evolução tecnológica. Como salienta Elena Esposito, “se o dinheiro tem sido sempre misterioso”, chamado até de um substituto técnico de Deus, “um Deus de nosso tempo” como afirmou Simmel, “hoje em dia esse mistério tem adquirido outra dimensão, emergindo novos enigmas que antes permanecem obscurecidos. Nas últimas décadas a economia tem mudado profundamente, sobretudo devido à maior relevância das finanças e pela introdução de instrumentos abstratos e transparentes com os *derivativos financeiros*.” (Esposito: 2013; p. 30). Se observarmos os desenvolvimentos tecnológicos correlacionando-os num ponto de vista temporal com a absorção de novas técnicas pela economia, principalmente ligadas ao processamento de dados e difusão de informação por meio da rede mundial de informação de hipermidias, observa-se o surgimento de outros meios não materializados de reprodução do sistema econômico, ou seja, meios independentes de qualquer enlace patrimonial com o futuro. “Igualmente ao dinheiro tradicional que se baseia na homogeneização dos bens para um enlace com o futuro, os derivativos realizam o rendimento vertiginoso de criação do futuro e alcançam um segundo nível de homogeneização para relacionar-se com o tempo de uma maneira nova. Deste modo, podem ser considerados uma nova forma de dinheiro. Neste caso, entretanto, o pressuposto é um novo passo de abstração que se permite uma liberdade de movimento antes inconcebível – uma ‘desmaterialização’ que conduz à reprodução financeira de qualquer investimento sem necessidade de contar com o dinheiro para fazê-la. Neste nível, já não tem muito sentido manter a distinção entre economia real e economia de papel, já que tudo se homogeneiza em um fluxo indiferenciado de dinheiro abstrato. Os derivativos são uma forma altamente autorreferencial do direito, no sentido que não se referem a nada externo, se não somente ao dinheiro e sua circulação. Nos mercados financeiros, o dinheiro continua a gerar mais dinheiro. Seu valor é criado, não em referência ao mundo, mas em referência ao futuro.” (*Ibid*, p. 33). Como exemplo deste desapego, Esposito cita os CDS (*credit default swap*), ou numa tradução possível, permuta de incumprimento creditício, “que permite ingressar em uma espécie de seguro sem a necessidade de que o comprador realmente possua os ativos que deseja proteger, ou inclusive possa sofrer realmente em uma perda. É como se um estivesse assegurado contra o incêndio de uma casa que não se possui, ou antes o risco de acidentes de automóvel de outra pessoa. Se se não produz o dano, então se obtém a compensação sem sofrer o dano. Esta independência do dinheiro relacionado à propriedade é uma novidade fundamental e representa uma mudança decisiva nas operações das finanças e na economia em sua totalidade.” (*Ibid*, p. 31).

²²⁶ (Neves: 2009; p. 29).

²²⁷ (*Ibid*, p. 29-30).

que pelas forjadas nas produções científicas presentes na educação, na economia, na medicina e etc. A própria possibilidade de crítica aos absurdos e simplificações por meio da mídia corroboram para que a multicentricidade faça mais sentido do que o monopólio dos significados por meio do sistema de comunicação em massa²²⁸. Mas, como afirma Neves, “essas reações só serão tratadas como expressão de ‘saberes’ no plano da comunicação societária mais abrangente se forem novamente selecionadas e transmitidas pela mídia. Ou seja, os ‘saberes’ científicos, educacionais, médicos, econômicos e técnicos que valem na ‘opinião pública’ produzida e reproduzida pelos meios de massa não se identificam (muitas vezes divergem radicalmente) dos ‘saberes’ da ciência, da educação, da medicina, da economia, embora aqueles predominem sobre esses, constituindo ‘saberes’ da sociedade em contraposição aos ‘saberes’ especializados dos expertos.”²²⁹ Desse modo, o problema das tomadas de decisão vinculantes de procedimentos constitucionais referentes aos Estados, ou seja, dependentes de uma segmentação territorial, “torna a política e o direito relativamente fracos diante dos sistemas que se reproduzem no plano mundial de forma cada vez mais intensa”²³⁰.

O aumento das limitações da capacidade regulatória do Estado na sociedade mundial moderna, analisada nas sucessões de eventos dos subsistemas sociais, na descrição de Neves, tem sido interpretada de outra forma. Nesta, o problema regulatório do Estado é atribuído ao termo genérico de *governança transnacional*. Entende-se por governança transnacional os regimes jurídicos pouco formais que se proliferam hodiernamente em meio a uma rede de conexões que fogem da classificação de atores públicos e privados ou dos âmbitos internacional e doméstico. Neste cenário, emergem ordens jurídicas internacionais, transnacionais (*lex mercatória*, *lex esportiva* e *lex digitalis*) e supranacionais, como a União Europeia, fora dos parâmetros do direito internacional público clássico, capaz de prever as ordens jurídicas dos Estados ordenadas, genericamente, por seus tratados e convenções²³¹. Essas estruturas jurídicas conectam-se às esferas econômica, científica e tecnológica e aos procedimentos políticos e jurídicos, mantendo-se independentes da atividade estatal. Esses regimes híbridos desafiam a forma de governo representada e garantida pelo Estado

²²⁸ (*Ibid*, p. 30).

²²⁹ (*Ibid*, p. 30).

²³⁰ (*Ibid*, p. 31).

²³¹ *Vide*. (Neves: 2009: 115-234).

constitucional. As discussões teórico-conceituais acerca da governança transnacional pregam o esgotamento cognitivo da ótica de um constitucionalismo conformado na governança democrática do Estado constitucional e sinalizam para uma atualização conceitual do constitucionalismo²³² em busca de um “constitucionalismo sem Estado”²³³. O problema da legitimidade, restrito a âmbitos comunicativos regionalizados, nesse sentido, é visto como impróprio para regulação das atuações no âmbito transnacional, ou seja, estão para além das capacidades controladoras do Estado. Por isso o uso da palavra governança, que suscita uma rede de conexões em detrimento da palavra governo, mais aproximada da capacidade hierárquica impositiva do Estado²³⁴. Os questionamentos suscitados por essa constelação teórica são céticos quanto ao conceito de constituição delimitada no âmbito do Estado nacional. Num primeiro momento, pode-se pensar que faz mais sentido seguir por essa agenda teórica que parte da incapacidade regulatória do Estado frente aos novos problemas de governança transnacional, os problemas ecológicos, de defesa contra células terroristas pulverizadas ou mesmo de incapacidade regulatória do Estado frente às violações de direitos por meio das práticas econômicas de corporações multinacionais.

No entanto, pode-se pensar adiante através de um paradoxo, como colocado por Marcelo Neves: “A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial”, ou seja, “o Estado ainda é um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial”²³⁵. Tal fato envolve a questão presente neste trabalho, pois os pressupostos de legitimação do sistema político, jurídico e constitucional, ou seja, o problema das tomadas de decisão coletivamente vinculantes ainda permanece dependente de processos regionais ligados aos Estados constitucionais, apesar da sociedade moderna apresentar-se enquanto sociedade mundial.

A economia e a mídia e os meios de comunicação de massa também influenciam no processo de legitimação e são fatores a serem observados para averiguação do problema investigado no presente trabalho. No entanto, diante de tal observação, pode-

²³² *Vide.* (Joerges, Sand e Teubner: 2004; p. II, e IX-X).

²³³ (Teubner: 2004; p. 07 e ss).

²³⁴ Para uma introdução explicativa desse debate teórico *Vide.* (Neves: 2009; esp. 53-113). Para uma introdução em um framework diferente, mas não menos explicativo (Joerges: 2004; p. 339-375).

²³⁵ (*Ibid.*, p. 34).

se pensar que o mais acertado seria de investigar a legitimidade apenas quanto à observância de processos de tomadas de decisão coletivas. O presente trabalho segue por um caminho diverso, de aprofundamento na tessitura social regionalizada. Por exemplo, com relação à economia, não somente em sistemas constitucionais situados em países periféricos, mas também em regiões de centro, os respectivos modelos normativos de Estado Democrático de Direito são tensionados destrutivamente de acordo com suas deficiências funcionais peculiares e as tendências expansivas do código econômico no plano global. O déficit regulatório do Estado constitucional (termo genérico que abrange tanto os situados em países de centro como periféricos), tal como descrito por Neves, cria reflexos em outro nível enquanto déficits normativos na sociedade mundial e relacionam-se às dificuldades de eficácia social das normas constitucionais. Mas a falta de eficácia, umbilicalmente ligada ao problema da legitimação, se abordada de modo unilateral, não confere um quadro de análise satisfatório que sintetize todo o problema.

Assim, tomando enquanto ponto de partida o desenrolar bifurcado da modernidade é possível notar que as dificuldades de legitimação estão para além da eficácia social das normas constitucionais. Faz-se necessário atentar-se a outra problemática, as relações circulares parasitárias que se desenvolvem sob as peculiaridades funcionais dos países centrais e periféricos em seus respectivos modelos normativos de Estado Democrático de Direito. Em um nível de análise mais abrangente, no plano do sistema da sociedade mundial (de fora para dentro), é possível observar a expansão de problemas sociais típicos dos países periféricos às organizações dos países centrais, denominado por Neves de “periferização do centro”, que pode ser descrito enquanto expansão dos contextos de “constitucionalização simbólica”²³⁶ aos países centrais. Em um nível de análise regional, observa-se a reprodução de círculos sociais destrutivos que afetam (de dentro para fora) o processo de legitimação do Estado constitucional desencadeados pela insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Este novo fator é denominado por Neves de “desconstitucionalização fática no processo concretizador do direito” ou “concretização jurídica desconstitucionalizante”²³⁷.

²³⁶ (Neves: 2011; p. 196 e ss, esp. 199).

²³⁷ (Neves: 2013; p, 256).

Esse ponto será aprofundado adiante, de maneira gradativa. Primeiramente, a análise da legitimação do direito será realizada em acompanhamento às proposições teóricas de Neves acerca da evolução social do direito. Alguns pontos relevantes para uma melhor compreensão do processo de legitimação serão destacados adiante para um melhor entendimento do que representa a positivação do direito na sociedade moderna. Depois, deve-se focar mais na estrutura normativa do Estado Democrático de Direito, suas exigências e seus processos de legitimação. Por fim, chega-se a uma possível releitura através da obra de Neves acerca do processo de legitimação do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do STF.

O que realmente chama atenção na exposição de Neves, além da premissa de multicentricidade e policontextualidade, é que os processos de legitimação envolvidos no Estado constitucional não dependem somente de operações endógenas ao próprio sistema jurídico, político ou constitucional, que se organizam primariamente em contextos regionalizados. E, acrescido ao cenário nacional, a teoria constitucional não pode fechar os olhos às constelações pós-nacionais como apresentadas pelo problema da governança transnacional, pois estes, em alguma medida, terminam por resvalar em âmbitos regionalizados.

Nesse sentido, importam também as operações exógenas, desregionalizadas, desconsideradas pelas pesquisas que se focalizam no comportamento institucional do STF e do Congresso Nacional, ou mesmo nos estudos com base em uma pragmática de suas decisões jurídicas. O que se quer dizer com isso, portanto, é que deve ser levado em consideração também os processos sociais que ocorrem em um nível de análise da sociedade mundial, sem que as eventuais dificuldades das instituições compreendidas em contextos regionalizados, tais como o Estado constitucional, os tribunais e cortes constitucionais, as instituições legislativas, sejam absorvidos e considerados inexpressivos às reflexões teóricas que tomam como pano de fundo a sociedade mundial moderna, multicêntrica e policontextual. Assim como as teorias constitucionais que se fixam única e exclusivamente nos eventos estatais, os direcionamentos teóricos que se orientam no contexto estrito de uma sociedade mundial também podem cair em armadilhas concêntricas ao desconsiderarem o papel fundamental do Estado constitucional hodierno, mesmo que suas limitações coercitivas ou garantidoras de justiça não façam mais jus à imponente imagem de Têmis ou ao vigor representada pela figura do Leviatã.

3.2. O modelo de Estado democrático de direito ou Estado constitucional na sociedade moderna

Marcelo Neves define o Estado democrático de direito ou Estado constitucional como uma invenção da modernidade. A difícil relação entre Têmis e Leviatã, desse modo, afigura-se no grande desafio enfrentado pelo Estado democrático de direito em compatibilizar um vínculo construtivo entre uma concepção de justiça concretizável e um poder político expansivo. Apesar das dificuldades regulatórias e incapacidades de generalização normativa no âmbito global, o Estado democrático de direito ainda é “um dos principais focos possibilitadores da reprodução construtiva da sociedade mundial moderna, tanto no que se refere à sua complexidade sistêmica quanto no que concerne à sua heterogeneidade de interesses, valores e discursos.”²³⁸ O processo de legitimação desse modelo de Estado passa pela tensão entre dois âmbitos plurais de extrema complexidade que se retroalimentam: a pluralidade de procedimentos propiciados pela positivação do direito; e a pluralidade de interesses, valores e discursos que se materializam na sociedade moderna. O Estado democrático de direito também é denominado, por isso, de Estado constitucional porque a estrutura social da Constituição possibilita, de certa forma, o equilíbrio entre esses dois plexos, promovendo o desintrincamento entre o poder e a lei, ou seja, a diferenciação entre a política e o direito e a reciprocidade paradoxal entre democracia e Estado de direito.

Nesse sentido, nos litígios presentes em casos judiciais concretos, em meio à tensão entre a racionalidade política e a racionalidade jurídica, Neves ressalta o papel dos tribunais constitucionais como “ponte de transição entre racionalidades diversas”²³⁹. A preservação da autonomia do direito e da política e a relação de reciprocidade entre as duas esferas sociais terminam por se concentrarem nas decisões judiciais proferidas, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de uma tarefa delicada e extremamente significativa. Estão em jogo, nestes tipos de decisão judicial, ou o fortalecimento da reciprocidade entre democracia e Estado de direito, ou a extensão hipertrófica em detrimento dessa relação construtiva, denominada, nos termos do autor, por judicialização da política ou politização do direito²⁴⁰.

²³⁸ (Neves: 2013; XIX).

²³⁹ (Neves: 2009; p. 77).

²⁴⁰ (*Ibid*, p. 76-7; Neves: 2013; p. 235; Neves: 2013b; p.194-5).

De fato, Neves não nega que o Estado de direito e a democracia relacionam-se de modo paradoxal, aumentando o grau de dificuldade nas tomadas de decisão por parte do tribunal constitucional. Não se trata, no entanto, de um paradoxo permanente e imutável como experiência do impossível. Embora intermitente, incapaz de influenciar de forma permanente e generalizada, o paradoxo entre Estado de direito e democracia não é definitivamente estabilizado, mas “é suscetível de ser controlado e solucionado nos casos concretos da emergência de conflitos entre a racionalidade jurídica e a política.”²⁴¹ Para tanto, depende de tomadas de decisão adequadas em que, no âmbito interno do procedimento jurisdicional, apresentam-se no uso de argumentos, justificativas, modelos de interpretação jurídica e técnicas de decisão utilizadas em cada caso e, no âmbito externo, às intrincadas relações entre o procedimento jurisdicional e os demais componentes do Estado democrático de direito.

Não por acaso, Neves ressalta as dificuldades de realização desta ambiciosa missão confiada a esta concepção de Estado. Ao explicitar as estruturas que possibilitam a reprodução construtiva da sociedade moderna, também tece ressalvas aos obstáculos sociais à positivação do direito, à pluralidade de valores e à concretização da Constituição, que tornam essa tarefa ainda mais desafiadora. Talvez essa seja a grande diferença entre os projetos teóricos de Neves e Habermas sobre o direito, a política, o papel do Estado e a Constituição na modernidade. Além das potencialidades que as estruturas modernas possibilitam, Neves também se atenta para as dinâmicas destrutivas e relações parasitárias presentes na sociedade manifestadas não apenas na técnica, na economia ou na administração, mas também no próprio âmbito constitucional. É nessa forma de dois lados, ou dito metaforicamente, é neste cenário entre luzes e sombras que também será mantido o palco à exposição adiante.

3.2.1. Legitimidade procedimental, Estado democrático de direito e Esfera pública: intermediação do dissenso conteudístico por meio do consenso procedimental

A sociedade moderna é marcada pelo pluralismo de valores, interesses e discursos que se manifestam entre os indivíduos e os mais diversos grupos sociais. Assim, ao mesmo tempo em que padrões de comportamento são mais ou menos esperados entre as pessoas, estas cotidianamente desempenham suas ações levando em

²⁴¹ (Neves: 2009; p. 77).

consideração as preferências individuais, as relações de interesse ou são fundadas em argumentações conflituosas e consensuais sobre valores e expectativas. Evidentemente que determinadas preferências, interesses e discursos impulsionam ações destrutivas, terminam por minar as possibilidades de contínua reinvenção e transformação da pluralidade ética e moral. Discursos de ódio, práticas racistas e misóginas, a homofobia, a transfobia e fundamentalismos religiosos, configuram casos extremos que sujeitam a problematização dessas preferências e comportamentos e, dependendo do caso, coibição jurídica e política. Por tanto, mesmo em meio à existência de uma pluralidade ética e moral, algumas preferências e ações mostram-se mais reprováveis que outras. Questiona-se por que e de que modo se diferenciam esses valores considerados destrutivos e construtivos na sociedade no contexto do Estado democrático de direito. Os conceitos de mundo da vida e esfera pública se mostram úteis para refletir sobre essa questão primordial para se pensar o processo de legitimação do Estado democrático de direito.

Neves entende o significado de pluralismo enquanto “todos os valores, interesses e expectativas [que] possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos”²⁴². Desse modo, aproxima-se da concepção habermasiana na medida em que uma moral tradicional, conteudística e hierárquica torna-se incompatível à exigência do pluralismo na sociedade moderna. Como vimos, para Habermas, a integração social na modernidade fica comprometida, num primeiro momento, pelas conseqüentes perdas deste centro moderador das demais esferas sociais, que definiam o sentido de vida boa e impunham uma determinada concepção de justiça aos indivíduos e coletividades.

Como dito anteriormente, Habermas acredita que, paralelo à reprodução material da sociedade pela especialização e autonomia sistêmica, desenvolveu-se uma esfera extra-sistêmica que fornece o horizonte pelo qual os agentes comunicativos se movimentam e refletem sobre o todo social em meio à difusão de uma consciência moral universalista. O mundo da vida funcionaria, dentre outras funções, como estrutura equivalente e propiciadora de integração social. Mesmo diante da pluralidade de identidades éticas e esferas discursivas autônomas, a moralidade social apenas se desarticulou institucionalmente com advento da modernidade. Na sociedade moderna, a

²⁴² (Neves: 2013; p. 132).

moralidade fragmentada nas pretensões de validade das expressões linguísticas, ainda é capaz de condicionar as demais esferas sociais integradas sistemicamente. Nesse sentido, analisando o mundo da vida, Habermas acredita na possibilidade de racionalização dessa dimensão da sociedade moderna, ou seja, que é possível identificar a partir de consensos construídos intersubjetivamente, na prática cotidiana do mundo da vida, a coordenação da ação por meios comunicativos. A esfera pública nortearia a tematização e problematização de expectativas, valores, interesses e âmbitos discursivos, garantindo a reprodução construtiva do mundo da vida e, protegendo-a, de fluxos sistêmicos colonizadores.

Neves considera, contra a tradição da teoria dos sistemas, o mundo da vida e a esfera pública enquanto conceitos frutíferos para a compreensão das dinâmicas sociais. As relações intersubjetivas orientadas para o entendimento também são relevantes à reprodução do mundo da vida, entende, assim, o autor brasileiro. Não é de todo incompatível pensar o conceito de mundo da vida enquanto espaço social não estruturado sistemicamente. No entanto, diante da diversidade contraditória de valores, interesses e discursos que permeiam a sociedade moderna, ao contrário do que preconiza Habermas, “torna-se praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida”²⁴³. Neves propõe, portanto, uma releitura dos conceitos de mundo da vida e esfera pública deflacionados das pretensões consensualistas que se manifestam no empreendimento teórico de Jürgen Habermas²⁴⁴.

O mundo da vida consiste, dessa forma, em uma esfera que constantemente interfere nos sistemas funcionais. Contudo, ao invés de reproduzir-se, como os últimos, por meio de um código comunicativo próprio, o mundo da vida desenvolve-se sem uma unidade referencial. Manifesta-se de modo generalizado em meio à linguagem natural do cotidiano. Assim, antes de um segundo nível extra-sistêmico da sociedade moderna, o conceito de mundo da vida de Marcelo Neves encerra-se na “base da construção sistêmica”²⁴⁵ de cada uma das esferas sociais, mais especificamente, do direito, da política, da arte, da economia e etc. Trata-se de um mundo da vida fragmentado que se

²⁴³ (*Ibid*, p. 127).

²⁴⁴ “O modelo habermasiano de compreensão da sociedade moderna a partir primacialmente da noção de intersubjetividade (e, portanto, do conceito de agir comunicativo) parece-me insuficiente em face da complexidade do mundo social contemporâneo. (...) Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade”. (*Ibid*, p. 195).

²⁴⁵ (*Ibid*, p. 126).

reproduz em meio às múltiplas funções e imprecisões que marcam as expressões linguísticas e as interações no dia-a-dia. O entendimento intersubjetivo na forma de acordo pode ocorrer, mas tornam-se eventuais. Além disso, Neves afirma que “a moral está assentada no mundo da vida, expressando-se na linguagem natural.”²⁴⁶ A partir da noção de reconhecimento do outro e abertura às diferenças de preferência pessoal e coletiva, interesses e âmbitos discursivos, a moralidade que permeia a base da construção dos demais sistemas sociais demonstra fortes indícios de que, a reprodução do mundo da vida baseia-se na exigência do dissenso que circunda seu âmbito comunicativo. Diversamente, como apontado por Habermas, o dissenso é um risco para manutenção da pluralidade, pois se apresenta como fator desagregativo que enfraqueceria a autonomia do mundo da vida. Em Neves, o dissenso conteudístico é visto como catalisador, não da manutenção, mas de transformação e reinvenção das pluralidades éticas e morais que permeiam o mundo da vida. Faz sentido dizer, no entendimento de Neves, que a moralidade não apenas enfraquece os sistemas funcionais corrompendo-os, como imaginava Luhmann, mas possibilita reciclagens e aprendizagens por meio da tematização e problematização dos seus estados de normalidade. Antes de se chegar a um consenso intersubjetivo concreto, faz-se necessária uma abertura para o outro, reconhecendo-o como pessoa e tornando-se responsivo às divergências que porventura podem acontecer explicitamente, com ações e expressões linguísticas, ou implicitamente, com omissões e o silêncio. “Portanto, justamente o respeito às diferenças e à autonomia de esferas plurais de comunicação constitui o fator de integração do mundo da vida.”²⁴⁷ Pode-se dizer com Neves que, na sociedade moderna, configura-se uma exigência em favor da pluralidade e mutabilidade ética e moral que propicia o reconhecimento às diferenças e a heterogeneidade de valores e interesses²⁴⁸.

²⁴⁶ (*Ibid*, p. 129).

²⁴⁷ Sob uma orientação teórica bem diferente da de Neves, Miroslav Milovic parece marcado pela mesma intuição ao enfrentar a ética do discurso habermasiana em situações de dilemas que envolvem minorias sociais. (Milovic: 2004; p. 111).

²⁴⁸ “Caso se pretenda continuar a falar de uma fundamentação moral do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna, parece-me mais adequado, em vez de recorrer-se a um modelo consensualista que tem como padrão a discussão acadêmica, afirmar-se que ele se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. De acordo com isso, a Constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como ‘fundamento do consenso’, mas sim como ‘um fundamento consentido do dissenso’”. (Neves: 2013; p. 146-7).

Nesse sentido, a esfera pública como âmbito social racionalmente reconstruído do mundo da vida é conceituada como “campo de tensão entre mundo da vida, de um lado, e sistemas político e jurídico, de outro, ou mais precisamente: como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição enquanto acoplamento estrutural desses dois sistemas.”²⁴⁹ De modo recíproco, a Constituição seria o mecanismo de intermediação sistêmica ao mundo da vida através da esfera pública. Esta emerge do mundo da vida com pretensão de intermediar os interesses, valores e âmbitos discursivos às tomadas de decisão jurídicas e políticas, além das exigências dos diversos subsistemas da sociedade que pretendem ser generalizados jurídica e politicamente em meio aos procedimentos constitucionais.

Assim, a esfera pública compatibiliza a preservação de um pluralismo ético e moral com mecanismos procedimentais no Estado democrático de direito. Cabe ressaltar que tal processo se estrutura por meio de mecanismos de seletividade procedimental do dissenso, ou seja, as exigências dissensuais são canalizadas e intermediadas pelas decisões produzidas procedimentalmente. Para Neves, “[e]ste é o desafio fundamental do Estado Democrático de Direito em face da esfera pública, isto é, a estruturação dela através da canalização e intermediação procedimental (universalista e pluralista) dos enormes conflitos que a caracterizam, conflitos de expectativas, valores, interesses e discursos”²⁵⁰.

Desse modo, o problema da legitimação apresenta-se em meio a um paradoxo que se configura entre “consenso procedimental e dissenso conteudístico no Estado democrático de direito”²⁵¹. A pluralidade de procedimentos constitucionais deve, ao mesmo tempo, se mostrar aberta à pluralidade de valores, discursos e interesses, e absorver tais plexos de dissenso intermediados pela esfera pública, estruturando-os, de modo que as possíveis irritações decorrentes desse processo não acabem destruindo o consenso procedimental necessário para que se garantam respostas no sentido de coibir, com restrições jurídicas e políticas, interesses totalitários e particularistas. O consenso procedimental garante uma imunização dos procedimentos constitucionais às ingerências que negam tanto a pluralidade e circularidade procedimental presente no Estado democrático de direito, quanto o pluralismo dissensual oriundo do mundo da

²⁴⁹ (*Ibid.* p. 131).

²⁵⁰ (*Ibid.* p. 135).

²⁵¹ (Neves: 2013; p. 138).

vida que se torna gradativamente estruturável na esfera pública. Nesse ponto, para entender o que consiste o consenso procedimental, deve-se remeter, previamente, o conceito de positividade do direito enquanto exigência à autonomia do sistema jurídico e político.

Mais uma vez, Neves e Habermas discordam quanto aos aspectos do conceito de legitimação procedimental. Este compreende a positividade como momento na qual o direito torna-se autônomo e se diferencia plenamente da moral hierárquica pré-moderna²⁵². Habermas afirma que, com esse desintrincamento, o direito moderno adquire uma validade social mantida pela característica de coercibilidade, conferindo atribuições ao Estado, garantindo proteções jurídicas contra o Estado e tornando-se capaz de balizar os comportamentos por meio de expectativas normativas²⁵³. No entanto, a ideia de dominação legal e de direito coercitivo como sistema jurídico respaldado pela capacidade de estipular sanções do Estado é considerada simplificadora. Nesta concepção, Habermas considera, ao mesmo tempo, uma forma jurídica moderna baseada enquanto racionalidade lógico-formal capaz de renovar-se continuamente por estar entrelaçada à dimensão política, tornando-a legítima ao conectar-se comunicativamente às pretensões de validade reproduzidas cotidianamente nas interações sociais; e concretizando direitos fundamentais que criam iguais condições para participação nos processos de deliberação pública. Baseado em aspectos de sua teoria da ação comunicativa e teoria do discurso, Habermas pretende revelar a função sócio-integradora do direito moderno fundamentado em uma moral pós-convencional. Nas palavras de Habermas: “Nesta perspectiva, revela-se que a positivação do direito e a conseqüente diferenciação entre direito e moral são o resultado de um processo de racionalização, o qual, mesmo destruindo as garantias meta-sociais da ordem jurídica, não faz desaparecer o momento de indisponibilidade contido na pretensão de legitimidade do direito. O desencantamento de imagens religiosas do mundo não traz somente conseqüências destrutivas ao enterrar o ‘duplo reino’ do direito sagrado e profano correspondente à *hierarchia legum*; ele também leva a uma reorganização da validade do direito na medida em que transporta *simultaneamente* os conceitos

²⁵² (Habermas: 2010; p. 661 e ss esp. 663). TAC. (Habermas: 2010a; p. 79 e ss). FV.

²⁵³ “O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos funcionalmente necessários para o sistema de direitos e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos.” (Habermas: 2010a: 201).

fundamentais da moral e do direito para um nível de fundamentação pós-convencional.”²⁵⁴

De outro modo, Neves trata o problema do consenso procedimental como indissociável ao dissenso conteudístico, uma forma de dois lados (consenso procedimental/dissenso conteudístico).²⁵⁵ Os procedimentos jurídico-constitucionais só conseguem reforçar sua capacidade de generalização de expectativas normativas e, com isso, possibilitam a autonomia de seus âmbitos comunicativos, se se mantiverem cognitivamente abertos à heterogeneidade social. Nesse sentido, o Estado democrático de direito e sua pluralidade de procedimentos constitucionais são levados em consideração não como modelos completos, nem como definitivamente incompletos, mas permanentemente complementáveis. Assim, além da noção de autodeterminação do sistema jurídico por meio do emprego e alternância de decisões²⁵⁶ criticada por Habermas, Neves ressalta outra função da positivação do direito, a consolidação do código de referência (lícito/ilícito) no sistema jurídico.

Se as noções de licitude e ilicitude se mostram difusas na reprodução comunicativa do sistema jurídico, subordinações aos particularismos ou a subordinação dos critérios jurídicos aos critérios de outros sistemas (econômicos, políticos, morais, ou religiosos) podem ocorrer, acarretando efeitos destrutivos ao Estado democrático de direito. Os critérios de tomada de decisão do procedimento jurisdicional passariam a qualificar a licitude de acordo com relações pessoais, fatores econômicos ou juízos morais. Nesse sentido, ao invés das comutações discursivas como as intermediadas pela esfera pública e traduzidas aos sistemas jurídico e político, decorrem-se curtos-circuitos que sabotam a reprodução dos próprios sistemas²⁵⁷. Segundo Neves, para a manutenção das unidades de referência dos sistemas político e jurídico e possibilidade de consenso procedimental, o Estado democrático de direito se *autolegítima* na medida em que os procedimentos se imunizam contra ingerências externas de outras unidades de referência; ao mesmo tempo, se *heterolegítima* diante da esfera pública como espaço de

²⁵⁴ (Habermas: 2010a; p. 136).

²⁵⁶ (Luhmann: 1983; p. 237).

²⁵⁷ Adiante, no tópico (3.2.3), será aprofundada a relação complexa entre direito e política, esclarecendo um pouco mais a diferença entre interações construtivas (comutação discursiva) e destrutivas (colonização sistêmica).

interferência e interpenetração entre mundo da vida e sistemas político e jurídico, além de alimentado pelo fluxo de informações dos diversos subsistemas sociais diferenciados.

Portanto, ao contrário de problematizar a legitimação procedimental baseando-se no consenso, Neves entende que “[o]s procedimentos atuam seletivamente, mas não terão força legitimadora se ignorarem a continuidade do dissenso na esfera pública.”²⁵⁸ A tudo isso implica que, não necessariamente, a legitimação procedimental no Estado democrático de direito decorre, apenas, de uma ampla aceitabilidade consensual oriunda da esfera pública, nem do primado do princípio majoritário²⁵⁹ ou de princípios de justiça que priorizam os direitos individuais²⁶⁰.

A condição de possibilidade da legitimação procedimental, além da abertura à heterogeneidade social, depende da pluralidade e circularidade de procedimentos no Estado democrático de direito. Assim, os valores e interesses que pretendem destruir os procedimentos constitucionais, dependendo de cada situação concreta, podem comprometer a própria esfera pública pluralista e devem ser restringidos pelos sistemas jurídico e político. De acordo com Neves, “[é] nesse sentido que o princípio da ‘divisão de poderes’ tem relevância para a caracterização do Estado de Direito: não como fórmula de isolamento, mas sim como modelo de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental.”²⁶¹

3.2.2. Uma releitura do princípio da separação de poderes: pluralidade e circularidade de procedimentos no Estado Democrático de Direito

A ideia clássica de divisão dos poderes, que automaticamente nos rememora a tríade, Executivo, Legislativo e Judiciário, é passível de uma releitura nas teorias de Marcelo Neves e Jürgen Habermas. Contudo alguns esclarecimentos são necessários antes de discorrer sobre esta temática.

²⁵⁸ (Neves: 2013; p. 148).

²⁵⁹ Contrário a este posicionamento, Cf. (Waldron: 1999; p. 124 e ss). (Waldron: 2005; p. 355-60). (Waldron: 2012; p. 197-8).

²⁶⁰ Neste sentido seguem as críticas de Hart e Habermas à teoria de justiça em Rawls, *Vide.* (Hart: 1989; p. 247 e ss); (Habermas: 2002; p. 82 e ss).

²⁶¹ (Neves: 2013; p. 153).

Não há dúvida de que a pluralidade de procedimentos que compõem o Estado se encontra no texto constitucional²⁶² e, dessa observação, talvez, decorra-se uma fácil assimilação da tríade de Montesquieu ao se pensar o desenho institucional inserido na Constituição. No entanto, o nível de complexidade na sociedade atual faz com que o ente estatal necessite de mais do que três procedimentos para cumprir suas exigências funcionais. Além disso, como afirma Habermas, “falar de ‘legislador’, ‘justiça’ e ‘Administração’ sugere uma compreensão demasiado concreta, marcada pelas distintas formas de institucionalização que se conhece e que, assim, erra o nível de abstração que temos buscado”²⁶³. A presença dos procedimentos no texto constitucional também suscita a falsa impressão de superioridade que o procedimento constituinte originário possuiria sobre os demais procedimentos constituídos. Nesse sentido, como se configura a horizontalidade entre procedimentos? Não haveria uma hierarquia entre os procedimentos sendo levada em consideração a primazia do procedimento eleitoral ou procedimento político-parlamentar frente o procedimento jurisdicional?

Cronologicamente, o momento constituinte poderia ser ressaltado pela anterioridade com que se apresenta à ordem jurídica vigente. Assim, intuitivamente chama para si uma superioridade se comparado à ordem procedimental constituída. Contrapondo a ideia de superioridade pela anterioridade, pode-se partir do entendimento de que o “poder” constituinte, na verdade, torna-se um poder institucionalizado, ou seja, mais um dos procedimentos que integram a ordem jurídica. Nesse sentido, Neves entende que, do procedimento constituinte, resulta-se apenas o texto constitucional que regula, de modo abrangente, todos os procedimentos constituídos, mas não encerra as possibilidades decorrentes da Constituição, entendida, mais do que texto constitucional, como “plexo de sentidos normativos.”²⁶⁴ Em outras palavras, “[o] texto já define limites flexíveis à concretização constitucional. Mas é na prática dos diversos procedimentos que será revestido de sentidos normativos específicos.”²⁶⁵

²⁶² Existem exceções, obviamente. Por exemplo, o procedimento de *judicial review* não está presente no texto constitucional dos Estados Unidos nem de Israel.

²⁶³ (Habermas: 2010a; p. 261).

²⁶⁴ (Neves: 2013; p. 194). Não se trata de uma negligência ao poder constituinte como afirma Bercovici (Bercovici: 2013; p. 309). Este destaca, em outra perspectiva teórica, a centralidade do poder constituinte enquanto conceito sociológico jurídico que necessita, por isso, de uma delimitação das condicionantes culturais, históricas e materiais. No entanto, parece não distinguir bem a fronteira entre o constituinte e o constituído, quando afirma ser o poder constituinte a força popular necessária que possibilita “a concretização do projeto constitucional e da conclusão da construção da nação”. *Vide. (Ibid, p. 319).*

²⁶⁵ (*Ibid, p. 194).*

O Estado democrático de direito se autolegitima em meio às conexões e conflitos da pluralidade de procedimentos que se relacionam horizontalmente: os procedimentos eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo. Estes se heterolegitimam frente à esfera pública²⁶⁶, mantendo um controle recíproco de uns com os outros e considerando os direitos fundamentais de igualdade e liberalidade enquanto princípios do Estado democrático de direito²⁶⁷. “Assim sendo, os diversos procedimentos, estruturados circularmente, permitem que os valores e interesses presentes na esfera pública, assim como as exigências de esferas autônomas da sociedade, tenham sempre meios de acesso ao Estado de Direito.”²⁶⁸ A observância das relações circulares possibilita enxergar as possibilidades de mútua implicação de um procedimento sobre os demais. Ao mesmo tempo em que o procedimento jurisdicional e o político-administrativo estão vinculados à elaboração e aprovação das leis, as interpretações jurídicas nas decisões judiciais e executivas rearticulam normativamente a legislação, dinamizando a circularidade interprocedimental.

Justamente com relação à forma como se dão as relações interprocedimentais, em especial destaque entre o procedimento do controle de constitucionalidade e os procedimentos eleitoral e legislativo-parlamentar, que se concentram um grande número de controvérsias e discussões sobre a legitimidade de atuação dos tribunais constitucionais. O problema de algumas proposições teóricas inseridas nesse contexto é que, muitas vezes, tentam legitimar o papel do tribunal constitucional atribuindo-lhe relações interprocedimentais que, de fato, são incompatíveis à função jurisdicional. Por exemplo, os procedimentos políticos possuem um maior apelo legitimador pela proximidade aos âmbitos comunicativos entre a fronteira do sistema político e o dissenso da esfera pública. Nesse sentido, para conferir uma maior aparência de legitimidade aos tribunais constitucionais, fala-se em representatividade argumentativa

²⁶⁶ Em outra passagem, Neves complementa: “Essas considerações genéricas sobre a pluralidade de procedimentos pretenderam chamar atenção para duas dimensões do Estado Democrático de Direito. Por um lado, a circulação e a contracirculação dos diversos procedimentos funcionalmente especializados apontam para o processo de redução de complexidade e seleção de expectativas. Um procedimento central e superior seria inadequado para enfrentar a hipercomplexidade da sociedade moderna. Por outro lado, a pluralidade procedimental é uma resposta ao pluralismo da esfera pública.” (*Ibid*, p. 195).

²⁶⁷ Diferentemente, Kelsen relaciona a defesa da igualdade a uma concepção de justiça de tendência marxista, cujo significado polivalente manifesta-se como destrutivo à ordem jurídica. Cf. (Kelsen: 2000; p. 99-102).

²⁶⁸ (Neves: 2013; p. 196).

dos tribunais constitucionais²⁶⁹, numa clara alusão à relação exclusiva de representação política entre procedimento eleitoral e legislativo-parlamentar.

O procedimento eleitoral é definido por Neves como “fluxo permanente de heterolegitimação do Estado”²⁷⁰, ou seja, o procedimento não se constitui por meio do apoio ao resultado eleitoral, mas sim pela periodicidade e universalismo das eleições. A relação de representatividade também não deve pressupor uma homogênea unidade e transferência de interesses entre representante e representado ou de uma atribuição meritocrática aos parlamentares eleitos, como se os vitoriosos do processo eleitoral fossem melhores do que seus superados concorrentes. No Estado democrático de direito, a representação deve ser entendida enquanto “capacidade de um fluxo e refluxo permanente de informações entre a heterogeneidade do eleitorado e o pluralismo parlamentar, sem exclusões ou privilégios procedimentais.”²⁷¹ Apesar da proximidade, os procedimentos políticos eleitoral e parlamentar não se confundem. No cotidiano da atividade parlamentar, por exemplo, é possível observar certa independência dos procedimentos eleitorais, tais como, a composição das bancadas, eleições internas para ocupação dos quadros nas mesas diretoras, formulação e oposição às políticas de governo e estratégias de ausência e presença nas sessões de votação para sustar um determinado projeto de lei.

No entanto, para que se garantam o pleno funcionamento do procedimento eleitoral, assim como, do procedimento legislativo-parlamentar, ambos necessitam interrelacionar-se com os demais procedimentos administrativo e jurisdicional. O processo eleitoral depende de uma imunização com relação a valores e interesses que degeneram o sistema político afetando a institucionalização do voto secreto, universal, livre e igual. Nesse ponto, para obter tal imunização, as eleições se submetem às normas legislativas e ao controle jurisdicional do processo eleitoral. O reforço policial durante

²⁶⁹ Nesse sentido, (Alexy: 2009; p. 39-41). Tal argumento foi incorporado na prática do Supremo Tribunal Federal pelo min. Gilmar Mendes sem nenhum estranhamento de seus pares no plenário. Em seu voto na ADI de nº 3510 que, em meio a um jogo de palavras, incorpora o argumento de Alexy na qual “o parlamento representa o cidadão politicamente, e o tribunal constitucional argumentativamente”. *Vide*. ADI de nº 3150 min. Gilmar Mendes: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>> Visto em: 25 de agosto de 2014. Em outra perspectiva de análise, Thamy Progebinschi também propõe uma reconstrução do conceito de representação política, a fim de comportar a atividade jurisdicional dos tribunais constitucionais. *Vide*. (Progebinschi: 2010; p. 165-83).

²⁷⁰ (Neves: 2013; p. 187).

²⁷¹ (*Ibid*, p. 190). Sob uma outra perspectiva teórica mas em sentido semelhante à respeito do conceito de representação política. (Urbinati: 2006; p. 201 e ss).

os dias de votação nas seções eleitorais indicam, por exemplo, uma atividade do procedimento político-administrativo para manutenção da segurança pública que propiciam as condições necessárias durante os dias de votação. Dessa forma, “apesar da ‘liberdade’ do eleitor, há uma forte delimitação do procedimento eleitoral pelas demais instâncias procedimentais do Estado Democrático de Direito”²⁷². Do mesmo modo, o procedimento legislativo-parlamentar não se caracteriza mais pela clássica assunção do mandato pactuado entre mandante e mandatário. O veto legislativo e o controle jurisdicional também se configuram enquanto restrições à liberdade parlamentar.

A divergência central entre Habermas e Neves, no que diz respeito à separação de poderes, concentra-se na diferença estabelecida entre política e administração no Estado democrático de direito. Para o autor brasileiro, a administração se refere basicamente à instância burocrática do Estado encarregada de produzir decisões vinculantes, “incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa”²⁷³. Já a política refere-se à esfera social que se reproduz em meio à organização dos partidos políticos que se ocupam a “preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das chances de consenso e à construção de poder”²⁷⁴. As atividades administrativas, ao contrário do âmbito político, caracterizam-se pela rigorosa restrição a valores e interesses, prezando pela impessoalidade e pela legalidade. Dessa forma, exige-se, respectivamente, uma imunização da administração aos interesses concretos e particulares, ao mesmo tempo em que haja uma regularidade de tratamento de casos iguais²⁷⁵. Em suma, Neves acredita que uma relação construtiva dos poderes institucionalizados pode-se desenvolver a partir do momento em que administração e a ação política procuram manter seus âmbitos de atuação diferenciados uns dos outros, evitando uma politização excessiva dos âmbitos burocráticos parlamentar, judiciário e executivo. Vale ressaltar, no entanto, que o autor brasileiro não afasta a possibilidade de ocorrência da *particularização e politização da administração*. Estas situações desarranjam a lógica criteriosa das instâncias burocráticas, resultando em efeitos negativos para os que mais necessitam suprir suas necessidades básicas por meio de incentivos públicos. Como afirma Neves, “partindo-se de ‘baixo’ (subintegrados), a administração é envolvida com necessidades básicas concretas das camadas inferiores,

²⁷² (*Ibid*, p. 190).

²⁷³ (*Ibid*, p. 87).

²⁷⁴ (*Ibid*, p. 87).

²⁷⁵ (*Ibid*, p. 169).

que, sob essas condições, ‘não podem esperar’ e, portanto, são facilmente manipuláveis por concessões administrativas contrárias aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e moralidade administrativas; partindo-se de ‘cima’ (sobreintegrados), a administração é bloqueada por interesses particularistas de grupos privilegiados²⁷⁶.

Na concepção habermasiana, a influência política no âmbito administrativo é visto, ao contrário de Neves, com olhos mais otimistas. A distinção entre administração e política em Habermas é compreendida nos conceitos de poder comunicativo e poder administrativo. Resumidamente, Habermas admite a possibilidade de uma complementariedade entre essas duas esferas sociais, no entanto, precavendo-se quanto uma possível tendência expansiva e, conseqüentemente, destrutiva, do poder administrativo frente o poder comunicativo. O poder administrativo, assim como a economia e, em parte, o direito, integram a dimensão sistêmica da sociedade. O poder administrativo, estrutura burocrática estatal, relaciona-se com o direito enquanto meio de organização da dominação política. Por outro lado, apresenta-se como exercício da autonomia política, manifestada, na esfera pública, pelas vontades dos agentes comunicativos e pelas exigências de um direito legítimo. Por conseguinte, Habermas acredita no caráter transformador do direito de vincular o poder administrativo ao poder comunicativo. Isso implica dizer que as legislaturas e circulação comunicativa nas instituições legislativas teriam a função de mediar a influência da esfera pública na burocracia estatal.

²⁷⁶ (Neves: 2011; p. 82-3). Facilmente pode-se incorrer numa leitura equivocada, como em (Bachur: 2012; p. 76), em que se confunde subintegração (ou subcidadania) com exclusão e sobreintegração (ou sobrecidadania) como inclusão nos sistemas sociais. Nas palavras de Neves: “Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. *Portanto, os subcidadãos não estão excluídos.* Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (...) Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares ‘marginalizadas’ (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Mas, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.” (Neves: 1994 p. 261). Dessa forma, ao contrário do que afirma Bachur, “a garantia de impunidade é um dos traços mais marcantes da sobrecidadania” (*Ibid*, p. 261), ou seja, os sobreintegrados que, de certa forma, configuram-se como excluídos do sistema jurídico.

Exatamente, neste ponto, Habermas define sua concepção de divisão de poderes: “Se o direito deve ser normativamente fonte de legitimação e não simples meio fático da organização do poder, então o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. Essa retroligação do poder administrativo teleológico ao poder comunicativo, que produz o direito, pode realizar-se através de uma divisão funcional dos poderes, porque a tarefa do Estado de direito democrático consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização.”²⁷⁷ Nesse sentido, Habermas vê um certo primado da instância legislativa em relação aos demais procedimentos na legitimação da vontade e das opiniões políticas na esfera pública, mas não deixa de fazer uma ressalva quanto à necessidade de uma instância jurisdicional que estabeleça o controle de conformidade das leis aprovadas aos parâmetros constitucionais²⁷⁸.

Portanto, essa reflexão sobre o princípio da divisão de poderes pode ser levada em conta como uma noção inicial para análise seguinte sobre o procedimento jurisdicional, mais especificamente quanto ao controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, sobre a conexão entre o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e a separação de poderes, esclarece Habermas: “[a] crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; é sempre, portanto, uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes.”²⁷⁹

3.2.3. O controle judicial de constitucionalidade no procedimento jurisdicional: O paradoxo entre Estado de direito e democracia

O fato de que, por meio de uma decisão judicial, uma legislação pode ser extraída da ordem jurídica estatal ainda provoca certa suspeita às reflexões teórico-constitucionais. Mesmo sendo prática comum na sociedade mundial, a possibilidade de um tribunal qualificar negativamente a legislação conferindo-a o *status* de inconstitucionalidade ainda é amplamente discutida e, por muitos, considerada controversa. No entanto, os debatedores sobre essa temática quase sempre incorporam duas personas, ou de defensores dos juízes e cortes constitucionais ou de defensores dos legisladores e parlamentos. Limitada a estes moldes, as discussões teóricas sobre a

²⁷⁷ (Habermas: 2010a; p. 257).

²⁷⁸ (*Ibid.* p. 236).

²⁷⁹ (*Ibid.* p. 312).

legitimidade do procedimento de controle de constitucionalidade das leis vêm garantindo paulatinamente o seu esgotamento. A moldura dessas análises se insere numa concepção que ainda vê apartada a sociedade civil do Estado. A Constituição, nesse sentido, tem a função de garantir direitos individuais contra as possíveis arbitrariedades de tribunais comandados por um modelo estatal que parece não ter perdido suas feições absolutistas²⁸⁰.

Acredita-se, na presente dissertação, que às colocações de Neves e Habermas sobre esse tema em específico, o papel do procedimento jurisdicional e a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis, podem proporcionar ganhos qualitativos ao debate principalmente pelo satisfatório nível de abstração teórica das formas que assumem a comunicação na sociedade. Tanto Habermas como Neves enxergam com bons olhos o procedimento de controle de constitucionalidade, se adequadamente executados. Em suma, Habermas reconstrói discursivamente um procedimento de controle de constitucionalidade baseado nas críticas às noções de divisão dos poderes e direitos fundamentais do paradigma liberal e algumas formas metodológicas de aplicação das normas constitucionais. Na concepção de Neves, por outro lado, o controle de constitucionalidade das leis é visto como parte integrante do sistema constitucional e como canal de concretização das normas constitucionais.

Neves observa o procedimento jurisdicional em meio à pluralidade de procedimentos constitucionais presentes no Estado democrático de direito. Dessa forma, assim como é possível o controle jurisdicional de emendas à constituição (jurisdicional <=> legislativo-parlamentar) ou de atos administrativos (jurisdicional <=> político-administrativo), o procedimento jurisdicional também depende da alocação eficiente de recursos pelo executivo (político-administrativo <=> jurisdicional) e da subordinação ao texto legal (legislativo-parlamentar <=> jurisdicional). A estabilidade dessas relações de circularidade do procedimento jurisdicional entre os seus pares, acabam por reforçar as condições de autolegitimação e heterolegitimação do Estado democrático de direito.

A função específica do procedimento jurisdicional se resume a resolução de conflitos de interesse em meio à subordinação das decisões judiciais à lei. O foco das discussões teóricas a respeito da função jurisdicional consiste no dilema entre criação e aplicação das normas pelo decisor e o limite de atuação como legislador positivo. Sobre

²⁸⁰ (Habermas: 2010a; p. 317-18).

esse ponto, Neves tenta sanar possíveis confusões distinguindo conceitualmente o texto/ da norma e a aplicação/ da concretização. Segundo o autor brasileiro, “a lei, tal como emitida pelo legislador, ainda é apenas um texto que delimita fronteiras variáveis de interpretação normativa”, portanto, “o juiz é quem constrói a norma jurídica geral a partir de sentidos extraíveis do texto legislativo”²⁸¹. No âmbito constitucional, ao qual restringirei minha atenção pelos fins que proponho no presente trabalho, esse processo de construção das normas constitucionais se torna ainda mais relevante pela influência e o potencial de transformação que o plexo de sentidos constitucionais exerce sobre toda a ordem jurídica. Dessa forma, a heterolegitimação do procedimento de controle concentrado (procedimento jurisdicional <=> esfera pública pluralista), relaciona-se com os processos de interpretação e concretização das normas constitucionais.

A linguagem constitucional, no entanto, estrutura-se em um nível de maior de complexidade. De modo mais acentuado que a linguagem jurídica comum, as normas constitucionais caracterizam-se pela generalidade, conseqüentemente, pela imprecisão semântica (vagueza e ambigüidade²⁸²) de seus termos e expressões²⁸³. Contudo, longe de ser apenas um revés, “[a] linguagem constitucional é ambígua e vaga, dando ensejo a interpretações inovadoras.”²⁸⁴ Isso porque a diversidade de valores, interesses, âmbitos discursivos e expectativas, contraditórios entre si, permeiam os significados entre os espaços de imprecisão da linguagem constitucional, possibilitando o escoamento de uma série de interpretações na esfera pública, por vezes, também contraditórias.

²⁸¹ (Neves: 2013; p. 191).

²⁸² A ambigüidade, como explica Carrió, é “um fenômeno corrente e de aparência trivial.” (Carrió: 1986; p. 28). Trata-se de uma característica das linguagens naturais em que a variação de significado das palavras ocorre de acordo com os contextos de uso das expressões linguísticas. Por exemplo, se a palavra jogo, cotidianamente, pode ser definida como qualquer atividade esportiva de marcação de pontos, por que se chama de jogo o futebol, e o rugby, porém, não chamamos de jogo o boxe ou a luta greco-romana? Por essas e outras perguntas Carrió explica que a ambigüidade pode ser sanada se se tiver a preocupação de precisar, em todos os casos de possível dúvida, o sentido com que se emprega cada palavra ou expressão (Carrió: 1986; p. 30-31). Já a vagueza consiste quando não se tem dúvida sobre o uso contextual de uma expressão, mas se tem dificuldade em precisar o sentido dessas palavras. “Já sabemos o que quer dizer ‘jovem’ ou ‘calvo’. Não se trata aqui de um problema de ambigüidade. O problema seria outro: carece de sentido perguntar a que precisa idade se deixa de ser jovem, ou quantos cabelos tenho que ter para não ser calvo, ou quanto tenho que medir para ser alto.” (*Ibid*, p. 31).

²⁸³ “[O]s termos e expressões constitucionais são, com frequência, anfibológicos ou semanticamente ‘anêmicos’, na medida em que a determinação do seu sentido fica fundamentalmente na dependência do contexto de sua interpretação-aplicação; e, não raramente, são semanticamente ‘afásicos’, significando isto que a determinação do seu sentido passa a depender *exclusivamente* do contexto de sua interpretação-aplicação (significado contextual), faltando-lhes, por conseguinte, um significado de base”. (Neves: 1988; p. 134-5).

²⁸⁴ (Neves: 2013; p. 211).

Para Neves, o problema da interpretação dos textos constitucionais deve ser encarado de modo pragmático: “no Estado Democrático de Direito, o procedimento oficial de interpretação constitucional está aberto a todas as interpretações que emergem da esfera pública, mas o seu resultado importa sempre uma seletividade que rejeita expectativas relevantes. Daí porque se torna complexa a questão da legitimidade da interpretação constitucional.”²⁸⁵.

Seria, então, o órgão de decisão um legítimo representante da esfera pública pluralista? Não, a aplicação ou interpretação do texto normativo é parte de um processo seletivo realizado pelo decisor. Como toda seleção frente à contingência, a tomada de decisão implica em escolhas que desconsideram outras possibilidades. A interpretação do texto constitucional deve ser realizada de modo sensível à pluralidade de outras interpretações possíveis, no intuito de canalizar as várias versões do texto presentes na esfera pública. Na medida em que o decisor tem a difícil tarefa de extrair, dentre a infinidade de sentidos dos textos normativos, aquele específico a ser concretizado na norma de decisão, a atividade decisória decorre também de algum grau de discricionariedade por parte do decisor. Assim, ao contrário de Häberle, em que os juristas constitucionais envolvidos diretamente no caso concreto são apenas intermediários²⁸⁶ da esfera pública, o teórico brasileiro acredita que esta noção deixa de considerar o papel seletivo dos participantes do processo. Evidencia-se, nessa concepção, que mais de uma decisão composta por princípios e regras constitucionais pode ser justificável em um caso concreto, ao contrário do modelo da única decisão correta em casos difíceis²⁸⁷. Assim, admite-se que, no processo de concretização da norma constitucional, mesmo que se esforcem em canalizar as possíveis expectativas e interpretações oriundas da esfera pública, sobre qual sentido das normas constitucionais será ressaltado, não conseguem estabilizar todas as demais interpretações controversas que poderiam envolver o caso.

²⁸⁵ (*Ibid.* p. 204).

²⁸⁶ *Apud*, (Häberle: 1980; p. 82).

²⁸⁷ (Dworkin: 2011; p. 429 e ss). A única resposta correta implica na concepção de que há um melhor julgamento de casos que envolvem questões complexas de direito e moralidade política. Assim, o Juiz Hércules, por meio de sua postura hermenêutica, é capaz de acessar a dimensão moral de uma determinada comunidade política em que os princípios estejam adensados, preenchendo os espaços normativos que propiciariam uma decisão discricionária baseada em regras constitucionais. Comparando a comunidade política de Dworkin, e a concepção de esfera pública em Neves, observa-se que Dworkin, apesar de criticar os cétricos da moralidade, parece cétrico à pluralidade dissensual de valores, interesses e âmbitos discursos controversos, e das diferentes formas possíveis de interpretação presentes nessa comunidade.

Até agora, explicitou-se o processo de aplicação do texto normativo, enquanto atividade interpretativa cujas possibilidades de compreensão são as mais diversas. Para maiores esclarecimentos: interpretar uma norma consiste, primeiramente, na assimilação do programa normativo (dados linguísticos) e na intermediação destes com o âmbito normativo (dados reais, não-linguísticos). Concretizar, como afirma Müller, “não significa aqui, portanto à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. (...) ‘concretizar’ significa: *produzir* (...) a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.”²⁸⁸ Ou seja, o processo de concretização das normas constitucionais consiste na relação entre texto e realidade constitucional. No processo de concretização da norma, a esfera pública é considerada como foco de interpretações cujos sentidos são mediados pelo intérprete aplicador do texto constitucional. Ao mesmo tempo, a institucionalização da norma por meio da decisão judicial, passa a influenciar e ser influenciada pela realidade adstrita a sua incidência. Assim, “[a] concretização constitucional abrange (...) tanto os participantes diretos do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição quanto o ‘público’.”²⁸⁹ Mas, essa abrangência ou capacidade de generalização de expectativas normativas ao público, nem sempre é alcançada. Nestes casos, ocorre uma insuficiente concretização normativa dos textos jurídicos ou textos constitucionais, que não conseguem influenciar nem são influenciados pela esfera pública. Neves denomina essa falta de normatividade jurídica enquanto constitucionalização simbólica²⁹⁰.

²⁸⁸ (Müller: 2005; p. 131-32).

²⁸⁹ (Neves: 2011; p. 91).

²⁹⁰ (*Ibid*, p. 90 e ss). Como exemplo dessa situação de constitucionalização simbólica, uma pesquisa recente realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada avaliou o impacto da lei Maria da Penha, levando em conta a média de mortalidade de mulheres por agressões antes e após a vigência da lei. Os resultados constataram que, entre os períodos de 2001 a 2011 (a lei vigora desde 2006) a média de feminicídios por 100.000 habitantes manteve-se entre 5.410 em 2001, e 5.430 óbitos em 2011. Cf. (Garcia et al: 2013). Outra pesquisa, anterior, analisou 1.822 decisões relacionadas à aplicação da lei Maria da Penha em nove Tribunais de Justiça brasileiros: Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Roraima, Rio Grande do Sul e São Paulo; destacando-se as resistências de aplicação da lei por meio da declaração de inconstitucionalidade por parte dos desembargadores. Concluiu-se que não há uma rejeição generalizada por parte dos tribunais para aplicação da lei Maria da Penha com o argumento de que ela seja inconstitucional. O STF chegou a uniformizar entendimento da lei, em 2012, pelas decisões nas ADC 19 e ADI 4424. Lembrando que, desde 1979, vigoram tratados internacionais em que o Brasil é signatário cuja disposição visa a proteção da mulher: Convenção da Mulher (1979); Convenção de Belém do Pará (1994) e Conferência de Beijing (1995). Cf. (Rodriguez et. al: 2012).

Capítulo 03: O controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: bloqueios internos à concretização normativa do Estado Democrático de Direito

1. Introdução (objetivos do capítulo)

O presente capítulo pretende reproduzir os argumentos apresentados no debate teórico-constitucional dominante no Brasil que envolvem o modelo institucional de controle de constitucionalidade apresentado pela Constituição de 1988 com enfoque na expansão do âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se, para tanto, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, na tentativa de conciliar os argumentos desenvolvidos à proposta de delimitação da análise sobre o controle concentrado de constitucionalidade do STF.

São incorporadas ao debate, as pesquisas teórico-constitucionais com aporte metodológico nas ciências sociais e na ciência política, concentrando as atenções nas que se propõem analisar especificamente o STF em sede de controle concentrado. As pesquisas foram desenvolvidas pela professora Thamy Pogrebinschi (IESP-RJ), sob o nome “*Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*”²⁹¹ e “*A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais*”²⁹², coordenada pelos professores Juliano Zaiden Benvindo (UnB-DF) e Alexandre Araújo Costa (UnB-DF).

Inicialmente, os esforços serão voltados a uma descrição das atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988 a fim de conferir certa visibilidade à expansão de autoridade do STF para, em seguida, apresentar os argumentos teórico-constitucionais. A intenção, ao final do capítulo, é tecer uma análise crítica com base no aproveitamento de alguns pontos levantados pelos marcos teóricos, e assim, concluir, finalmente, com o argumento central do presente trabalho.

²⁹¹ (Pogrebinschi: 2011).

²⁹² (Benvindo e Costa; et al: 2014).

2. Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade

Uma dificuldade introdutória ao debate teórico acerca do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade consiste na falta de clareza e pluralidade tipológica em que se classifica esse procedimento exclusivo do STF. Observa-se uma prevalência de dois diferentes âmbitos classificatórios: a) Na utilização de binômios referentes aos modelos de controle de constitucionalidade - “concentrado e difuso”, “prévio e posterior”, “forte ou fraco”. b) Na utilização de tipos ideais relacionados às respectivas tradições jurídicas na qual se desenvolveram, tais como, o “modelo alemão”, o “modelo austríaco”, o “modelo norte-americano”, “modelo francês”, etc.

A primeira forma (a) tende a simplificações pela incapacidade de explicar de modo convincente a função atribuída ao procedimento em questão, como se um modelo fosse completamente independente do outro. A lógica disjuntiva por trás desse tipo de análise não especifica a relação que os polos mantêm entre si. A segunda (b) tende a confundir o referencial sócio-histórico e as peculiaridades entre as tradições jurídicas distintas, suscitando a transposição de reflexões jurídicas de modo atemporal e descontextualizado. Implicitamente, fomenta a importação de modelos institucionais prontos esquecendo-se das dificuldades de conformação destes às circunstâncias sociais dispostas localmente.

Deve-se ter em mente, ao tentar elaborar modelos tipológicos de classificação do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do STF “de que o momento para o pensamento institucional completamente inovador e ilimitado esgotou-se no dia 05 de outubro de 1988.”²⁹³ É possível o aperfeiçoamento procedimental do controle concentrado, no entanto, dentro dos limites e possibilidades relacionados ao modelo e funcionalidade regulamentados pelo direito positivo. Ao mesmo tempo, é impossível desvincular completamente o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade dos desdobramentos históricos da experiência europeia de Cortes Constitucionais que se desenvolveram a partir do pensamento de Hans Kelsen²⁹⁴.

Nesse dilema de sentidos entre o local e o global, a escolha de um tipo ideal que cumpre a função de um instrumento de análise capaz de nortear as reflexões acerca do

²⁹³ (da Silva: 2009; p. 219).

²⁹⁴ (Ginsburg: 2004; p. 85-87) e (Ginsburg: 2003; p. 96-99).

procedimento de controle concentrado de constitucionalidade deve estabelecer, também, as diferenças contextuais de funcionamento do próprio procedimento. Isso quer dizer que o tipo descritivo deve deixar claro quais limites funcionais podem ser observados de modo referencial que fazem ou não sentido às regras do jogo que norteiam o procedimento.

2.1. O controle de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira

Geralmente, as análises acerca do modelo de controle de constitucionalidade presente no texto constitucional tendem a dar uma maior ênfase ao Supremo Tribunal Federal. Iniciar a discussão acerca do procedimento exclusivo do STF sem expandir os olhos panoramicamente sobre as possibilidades de controle proporcionadas pela ordem jurídica brasileira, no entanto, pode ensejar a proliferação de argumentos retóricos que corroboram à transfiguração do controle de constitucionalidade como se fosse uma submissão das leis à guilhotina anulatória do judiciário.²⁹⁵

Diferentemente do que se costuma apontar, a ordem jurídica no Brasil possibilita que as organizações presentes nos três poderes procedam em alguma medida certo controle do *status* constitucional das leis, no intuito de evitar que legislações e demais regimentos incompatíveis à constituição possam integrar a ordem jurídica. Trata-se de uma guardiana compartilhada²⁹⁶. No poder legislativo verifica-se, por exemplo, no âmbito federal, a possibilidade de controle de projetos de lei e Medidas Provisórias pelo órgão da Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, disciplinadas, respectivamente, pelo art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara e pelo art. 101 do Regimento Interno do Senado. Quanto ao poder executivo, a Presidência da República também pode, utilizando-se de critérios constitucionais, sustar artigos, alíneas ou incisos de projetos de lei do legislativo, por meio do veto presidencial. Há também previsão de controle de constitucionalidade por meio do Tribunal de Contas da União pela súmula de nº 347 do STF.

²⁹⁵ (da Silva: 2009; p. 212).

²⁹⁶ Nesse ponto, vale a referência à pesquisa realizada sob a coordenação dos professores José Rodrigo Rodriguez e Marcos Nobre na qual se analisa o desempenho das instâncias de controle repressivo e preventivo de constitucionalidade das leis: Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Supremo Tribunal Federal e os vetos presidenciais do Poder Executivo. *Vide*. (Rodriguez e Nobre: 2010).

De fato, as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado se diferenciam pela capacidade vinculatória que as decisões provenientes deste órgão incidem sobre os demais poderes. Além da característica pretensamente vinculatória e sua capacidade coercitiva, o conjunto de procedimentos entorno do Judiciário aumentam as chances de que a concretização de normas constitucionais seja motivada por meio de uma decisão judicial que parta do próprio STF por ser um órgão de cúpula do Poder Judiciário. No entanto, deve-se precaver com as possíveis falhas de raciocínio que podem ser atribuídas a tal constatação. Isso porque, dependendo da perspectiva do observador, é possível notar episódios de interação interinstitucional em que rodadas de confronto entre instâncias decisórias²⁹⁷ são estabelecidas por conta de implicações recíprocas entre, por exemplo, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Alguns casos ilustrativos mostram de que maneira é possível uma reação por parte do legislador ao STF²⁹⁸. No julgamento acerca da cláusula de barreira (ADI de nº 1.351), o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal critério de restrição vinculativo aos partidos políticos violaria o art. 1º, V, art. 17 e art. 58, §1º da Constituição Federal, respectivamente, o pluralismo político como fundamento da República Federativa; a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos; e a representação proporcional dos partidos na composição das mesas e das comissões permanentes ou temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Dois meses depois da decisão do STF, o então senador Marco Marciel propôs, mediante emenda à constituição (PEC), o retorno à cláusula de barreira, desafiando a decisão do Supremo. A PEC de nº 02/2007 acrescentaria um parágrafo ao art. 17 da Constituição Federal, autorizando algumas distinções entre partidos políticos com base nos seus desempenhos eleitorais. No parecer que fundamenta a proposta, são pontuados os argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal referente a ADI de nº 1.351 (páginas 16 a 26)²⁹⁹, no sentido de explicar como a proposta se compatibilizaria à decisão do próprio STF.

²⁹⁷ Conrado Mendes denominará tal prática de rodadas deliberativas para explicar o modo de desafiar-se mutuamente entre instituições entre os poderes, especificando-se ao STF e ao Congresso Nacional (Mendes: 2012; p. 248-50).

²⁹⁸ Os casos são os mesmos destacados por Conrado Mendes (*Ibidem*, p. 256-63).

²⁹⁹ Conferir em endereço eletrônico: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40283&tp=1>>

Outro caso é o do Recurso Extraordinário de nº 197.807/RS, na qual a primeira turma do STF decidiu, em maio de 2000, por unanimidade de votos, que as mães adotivas não teriam direito à licença-maternidade de 120 dias assegurada às gestantes pelo art. 7º, XVIII da Constituição Federal. O ex min. Octávio Gallotti, relator do processo, afirmou que o benefício não podia ser estendido às mães adotivas por analogia, visto que o dispositivo constitucional faz menção à licença-maternidade gestante, restringindo-se, portanto, às mães biológicas. Seguiram o voto do relator os então ministros, Ilmar Galvão, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches. Em agosto do mesmo ano, a senadora Maria do Carmo Alves (PFL-SE) apresentou a PEC de nº 31, na qual acrescenta o inciso XVIII-A ao art. 7º da Constituição Federal, para incluir as mães adotivas no mesmo benefício. No parecer do projeto³⁰⁰, a decisão do STF é criticada por não levar em consideração uma apreciação consistente do sistema constitucional. A PEC aponta, pormenorizadamente, todos os dispositivos passivos de grave omissão na apreciação dos demais ministros, dentre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, a igualdade jurídica acerca dos direitos sociais (art. 6º da CF); o dever do estado de prestação de seguridade social, independente de contribuição com o objetivo, dentre outros, de assegurar a maternidade e a infância, sobretudo, ao amparo de crianças carentes (arts. 201, II, 203, I e II da CF); a seguridade da família e a indistinção jurídica entre os filhos adotados ou biológicos, também presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil (arts. 226 e 227, § 6º da CF / art. 41 do ECA e art. 1.605 do Código Civil anterior [1.596 do Código Civil atual]).

Os casos demonstram que o legislador, não necessariamente se porta de modo passivo e deferente diante da decisão judicial do STF que estabelece os critérios de constitucionalidade sobre determinada questão. Com outras palavras, “o legislador, quando aceita a posição do STF, nem sempre o faz por pura passividade ou deferência; quando tenta resistir e procurar novas vias para o mesmo fim legislativo que fora combatido pelo STF, tampouco recorre à pura pressão política ou sutis manifestações de força.”³⁰¹

³⁰⁰

Conferir

em

endereço

eletrônico:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=37111&tp=1>>.

³⁰¹ (Mendes: 2012; p. 258).

Nesse sentido, apesar da ampla possibilidade de concretização constitucional conferida ao STF pelo texto de 1988 e pelas reformas constitucionais posteriores, os argumentos de “supremocracia”³⁰² que implicitamente se baseiam na premissa pouco provável de que “a democracia brasileira passou a ser mais constitucional do que democrática e que o órgão mais poderoso dentro desse sistema constitucional é o Supremo Tribunal Federal”³⁰³, demonstram mais uma reatividade comum às hierarquias na modernidade, ou um tipo de falácia de força, cuja intenção seria fomentar o desenvolvimento crítico acerca do Supremo Tribunal Federal, no entanto, compromete uma visão adequada sobre o problema.

2.2. Qual é o modelo no Brasil? As tipologias de classificação do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal

A doutrina jurídico-constitucional tradicionalmente classifica o controle de constitucionalidade no Brasil como um modelo híbrido, misto ou eclético³⁰⁴, uma combinação de controle político e judicial, controle prévio e posterior e controle difuso e concentrado. Isso porque essas tipologias convencionais são fixadas em alguns modelos de tradições jurídicas em localidades diversas. Atribui-se, peremptoriamente, o modelo concentrado à tradição europeia-continental, o modelo difuso à tradição norte-americana e o modelo político e prévio à tradição francesa. Assim, o modelo brasileiro seria, resumindo numa afirmação problemática, uma síntese dentre aquelas tradições jurídicas.

Cada modelo constitucional estrangeiro possui uma dinâmica procedimental específica que, se comparadas horizontalmente como fazem essas classificações tipológicas, podem ser desconsideradas algumas peculiaridades inerentes a cada contexto em que as distintas tradições jurídicas foram social e historicamente consolidadas. Se, de um lado, a proximidade comparativa pode ensejar o desenvolvimento criativo de análises dos arranjos institucionais entre constituições distintas, de outro, informações importantes podem ser eclipsadas por esse tipo de análise comparativa pouco atenta às diferenças. Por exemplo, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, costumam-se

³⁰² (Vieira: 2008; esp. 458 e ss).

³⁰³ (Vieira: 1994; p. 76).

³⁰⁴ (Mendes: 2009; p. 1111); (Barroso: 2012; p. 87); (Leal: 2014; p. 151). (Bonavides: 2004; p. 325 e ss, esp. 332-33).

fazer aproximações do modelo brasileiro, em relação ao procedimento de controle difuso, com o de tradição norte-americana, e o de tradição europeia-continental ao procedimento de controle concentrado. Mas a diferença entre aspectos universais presentes nas tradições norte-americana e europeia-continental excedem a questão de quantos ou quais são os órgãos que atuam no controle.

Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, apresenta uma inquietude similar a essas tradicionais tipologias brasileiras, apresentando um esquema demonstrativo de diferenças que são ocultadas entre os modelos europeu-continental e norte-americano, baseado em aspectos históricos de formulação dos modelos (I), as questões acerca do mandato dos juízes (II), quantos órgãos exercem o controle (III), a possibilidade de audiências e sustentações orais (IV), a característica das sessões da decisão judicial (V), a formação final de uma ou mais de uma decisão judicial (VI), o modo de nomeação dos juízes (VII), e a característica das questões apreciadas (VIII).³⁰⁵

	Modelo continental europeu	Modelo norte-americano
I.	Fenômeno pós-autoritário *	Fenômeno ligado à formação de um sistema político e de auto-afirmação do Judiciário
II.	Juízes com mandatos	Juízes vitalícios *
III.	Monopólio da decisão sobre inconstitucionalidade *	Ausência de monopólio da decisão sobre inconstitucionalidade
IV.	Raramente há audiências ou sustentações orais	A regra é a existência de audiências e sustentações orais *
V.	Juízes decidem em sessões secretas	Juízes decidem em sessões abertas *
VI.	Decisão coletiva e unitária, geralmente sem votos divergentes	Decisões individuais, que, ao final, são somadas para se obter a decisão final, com publicação de opiniões divergentes *
VII.	Nomeação de juízes costuma exigir grandes majorias parlamentares	Nomeações pelo presidente, com aprovação por maioria simples no Senado *
VIII.	Decisões em geral sobre questões abstratas *	Decisões sobre casos concretos *

No que se refere ao procedimento de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil (indicadas pelo asterisco *), observa-se que as peculiaridades do Tribunal Constitucional no modelo europeu são bem diferentes do Supremo Tribunal Federal, que se aproxima mais, em vários pontos, na organização

³⁰⁵ (da Silva: 2009; p. 207).

burocrática de seleção dos ministros, modelo decisório e abertura das sessões, das Cortes Constitucionais, por exemplo, da Suprema Corte norte-americana. No entanto, outros equívocos poderiam ser destacados por um enfoque baseado em um paralelo entre STF e Suprema Corte. As coincidências entre o STF e a Suprema Corte norte-americana - as inspirações que a Suprema Corte provocam no STF e em estudiosos de direito constitucional desde a República Velha nos tempos de Rui Barbosa -, além das reflexões positivas, podem também suscitar o alargamento de pontos cegos sobre outras diferenças. Uma diferença importante de arranjo interno entre o STF e a Suprema Corte, pode ser observada quanto a maior capacidade de influência do *chief justice* norte-americano em seus pares se comparado ao presidente do STF. Então, no Brasil, o presidente do Supremo possui um cargo de dois anos, além de compor o cargo de chefia de outros órgãos ligados ao judiciário. Já o *chief justice* é indicado pelo próprio presidente dos Estados Unidos para exercer a função em tempo indeterminado. Assim, as chances do presidente do STF de pautar o debate e as argumentações entre os demais ministros é relativamente menor do que na *Supreme Court*. Desse modo, aproximações baseadas nesses silogismos podem, por exemplo, desenvolver certa euforia diante da hegemonia que a literatura norte-americana exerce sobre as reflexões acerca da revisão judicial esquecendo que, “[t]al literatura pode, eventualmente, ofuscar, direcionar e distorcer os termos do problema”.³⁰⁶

2.3. Ponto de partida: características do modelo brasileiro

De fato, o termo *concentrado* define intuitivamente o cenário em que o procedimento exclusivo do Supremo Tribunal Federal encontra-se posicionado, considerando apenas os ditames exegéticos. Indica a possibilidade de um procedimento de controle jurisdicional de constitucionalidade exercido por um único órgão judicial competente. Especificamente no que diz respeito à Constituição Federal de 1988, trata-se da função tradicional de um tribunal constitucional, a obrigação de julgar ações que versam sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos no âmbito federal e estadual. Inclui-se, também, a apreciação da constitucionalidade de emendas à Constituição para proteção do rol de cláusulas pétreas presentes no texto constitucional (art. 60, §4º da CF).

³⁰⁶ (Mendes: 2012; p. 32-35).

No entanto, essa classificação permanece silente quanto à sistematização do procedimento indicado para além do texto constitucional. O termo “concentrado” informa, apenas, as imagens, cores, moldura e estilo do que salta aos nossos olhos ao se observar o procedimento exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Não é capaz, no entanto, de explicar o que permeia as relações do procedimento concentrado entre os demais procedimentos inseridos no Estado democrático de direito, e às instâncias não procedimentalmente estruturadas que também implicam no processo de legitimidade procedimental.

Nesse sentido, buscando correlacionar características intra e extra procedimentais do controle concentrado no Brasil, destacam-se os seguintes pontos interseccionados: I. Autocompreensão do STF e a metodologia jurídica das decisões; II. Forma de institucionalização das decisões; III. Forma de interação com os demais procedimentos estatais.

III. A forma com que o Supremo Tribunal Federal autocompreende o papel de controle das leis e o modelo de interpretação (aplicação) do texto constitucional repercutem diretamente no processo seletivo de decisão judicial em sede de controle concentrado. Exemplo disso são as sensíveis modificações de orientação institucional e metodológica que ocorreram no STF pós-88³⁰⁷. Tomando emprestado o léxico kelseniano, na dinâmica jurídica, o Supremo passou da autocompreensão enquanto legislador negativo à afirmação do discurso de guardião da constituição³⁰⁸. Na estática jurídica, os métodos interpretativos da hermenêutica clássica e a centralidade nas regras, deram lugar ao uso e abuso de esquemas axiológicos, o fascínio pelos princípios e as técnicas de ponderação³⁰⁹.

II. O modo como Supremo Tribunal Federal se direciona sobre os casos concretos, em sede de controle concentrado, compromete o processo de institucionalização de suas decisões judiciais. Como observado por Virgílio Afonso da Silva, os ministros do STF tem o hábito de levarem seus votos prontos, lê-los na sessão de julgamento, e não deliberar os argumentos possivelmente divergentes dos demais colegas em plenário³¹⁰. Outro problema é a falta de unidade decisória e sedimentação

³⁰⁷ (Campos: 2011; p. 572 e ss).

³⁰⁸ Conferir a introdução do próximo tópico, Item. 3.

³⁰⁹ (Benvindo: p. 83 e ss); (Neves: 2013b; p. 175 e ss).

³¹⁰ (Silva: 2012; p. 217).

jurisprudencial. Pelo não compromisso de arguição coletiva, no sentido de uma uniformização em cada caso, a decisão final é composta pela soma dos votos individuais de cada ministro que, portanto, afastam-se de uma deliberação colegiada e tendem ao comportamento insular³¹¹. Nesse sentido, muitas vezes torna-se difícil assimilar a fundamentação da decisão judicial. Como aponta Neves: “Cada ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva no acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis.”³¹²

III. As relações entre os procedimentos constitucionais modificaram-se consideravelmente com o gradual aumento de competências e alteração dos efeitos decisórios do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade. Após a EC de nº 03/93, a Lei de nº 9.868/99 e com a EC de nº 45/2004, as decisões em sede de controle de constitucionalidade adquiriram, além de efeito *erga omnes*, também o efeito vinculante sobre os fundamentos decisórios. Há uma tendência, no controle concentrado, de expansão das competências do STF, o que modifica consideravelmente as expectativas que circundam as relações interprocedimentais. Esta expansão tem se apresentado em várias situações consideráveis: a) na extensão do efeito vinculante às decisões de controle difuso, o que implicaria a inutilização do art. 52, X da CF/88, de competência do Senado Federal³¹³; b) na transformação do mandado de injunção nos casos de omissão legislativa, possibilitando a elaboração do dispositivo legal pelo procedimento jurisdicional no Supremo e estendendo os efeitos da decisão do caso individual à eficácia *erga omnes*³¹⁴; c) Discute-se, ainda a ampliação do procedimento jurisdicional do STF alterando a função consultiva da reclamação do STF (art. 102, I, I

³¹¹ Nesse sentido, (Mendes: 2010).

³¹² (Neves: 2013: p. 199).

³¹³ (Mendes: 2004; p. 159 e ss).

³¹⁴ Mandado de Injunção de nº 670, cuja decisão passou a disciplinar todos os casos que envolvem o direito de greve dos servidores públicos. *Vide.* <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf>. Visto em: 12 de agosto de 2014.

da CF) e dotando-o de função jurisdicional, ou seja, possibilitando uma nova modalidade de controle de constitucionalidade via incidental³¹⁵.

Salvo alguns casos específicos³¹⁶, o Congresso Nacional³¹⁷ e o Executivo³¹⁸, vêm assimilando a interação com o Supremo comportando-se de modo construtivo ao serem instigados pelas decisões judiciais. O STF tem conseguido alavancar pautas adormecidas entre os demais poderes.

Pode-se citar entre os casos de omissão legislativa, o Mandado de Injunção de nº 670. O Supremo decidiu por aplicar a Lei de nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, ao direito de greve de servidores públicos, lacuna legislativa prevista no art. 37, VII da CF sobre o direito de greve³¹⁹. Apesar das possíveis críticas quanto ao conteúdo da decisão³²⁰, tal estímulo fez com que, antes do fim dos julgamentos, em maio de 2007, um anteprojeto fosse entregue à Casa Civil, que depois encaminharia ao Congresso Nacional.³²¹

Nesse sentido, alguns autores, tais como Conrado Mendes, manifestadamente se mostram otimistas às interpenetrações do procedimento jurisdicional ao legislativo-parlamentar. Antes de uma violação da separação de poderes, tratar-se-ia de um diálogo institucional, cujas mútuas irritações produziram resultados positivos ao modelo de Estado de direito: “O sistema de controle de omissões legislativas rompe com o princípio de que somente o legislativo inova, ou de que o ponto de partida de qualquer mudança, sempre, é o parlamento. A corte pode testar seu espaço e estimular reações que, mesmo contrárias, têm o potencial de criar um ônus de razão pública sobre o parlamento, que será obrigado a destampar a suposta neutralidade do *status quo*.”

³¹⁵ STF – Pleno, Rcl. 595/SE, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 23/05/2003; STF, MC em Rcl. 4.897/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/03/2007. Especialmente, Rcl. 3.014/SP (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 21/05/2010), na qual o min. Gilmar Mendes apresentou argumentação nesse sentido.

³¹⁶ Como a PEC de nº 33/11 que visa conferir poderes ao Congresso Nacional para sustar atos do Poder Judiciário em virtude do protagonismo alcançado pelo mesmo. <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/876817.pdf>>. Visto em: 12 de agosto de 2014.

³¹⁷ (Campos: 2013; p. 7938-7943). Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. “Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.” RIDB Ano 2 (2013), nº 8, 7881-7961

³¹⁸ (*Ibid*, p. 7943-7945).

³¹⁹ Ressalte-se que após 25 anos da Constituição Federal, dos 376 dispositivos que aguardavam lei complementar, 121 não foram regulamentados. 15 destes são dispositivos que integram o texto dos Direitos e Garantias Fundamentais. *Vide*. <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Visto em 12 de agosto de 2014.

³²⁰ Nesse sentido, (Benvindo: 2012; p. 12 e ss).

³²¹ (Mendes: 2010; p. 258-59). Ver também: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2007-05-14/governo-federal-estuda-limitar-greves-em-servicos-inadiaveis-60-dos-servidores>>. Visto em: 12 de agosto de 2014.

Desafiar, prudentemente, o parlamento a deliberar nem sempre corresponde a uma ação ilegítima. Na separação de poderes, funções são cambiantes.”³²²

De fato, a omissão legislativa não comporta em ação compatível à função do procedimento legislativo-parlamentar, caracterizando como exemplo de *desfuncionalidade* de acordo com o modelo de Estado democrático de direito. No entanto, Mendes talvez esteja menos preocupado com as diferenças e mais interessado nas semelhanças entre direito e política. Não seria confiar muito na capacidade do STF político, de mensurar suas interpenetrações ao Congresso Nacional? Ou, não seria confiar muito no Congresso Nacional, excluindo a possibilidade de desencargo de suas funções a fim de centralizar as atenções da esfera pública no STF? Antes de “destampar a suposta neutralidade do *status quo*”, tal percepção da legitimidade, presente na obra de Conrado Mendes, subestima a adaptação característica dos donos do poder, não percebendo que o câmbio de funções, entre o político e o jurídico, pode ser uma mudança para que tudo permaneça como está.

3. Os limites da atividade jurisdicional do STF: limites decisórios em sede de controle concentrado

As atividades no STF, apesar de sua função precípua, não se restringem à esfera decisória. Eventos e cerimônias oficiais também poderiam ser uma oportunidade para refletir como os ministros observam a função do próprio tribunal. O problema é que esses momentos não costumam ser muito agradáveis ao observador. Ao invés de argumentações e justificativas, do embate entre ideias, o que se vê são rituais formalizados, trocas de elogios e muita camaradagem. Talvez, entre outras razões, isso explique porque os estudos de caso são majoritários no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal.

No entanto, os eventos de renovação da presidência do Supremo Tribunal Federal têm chamado atenção em direção a uma maior observância complementar entre discursos e palestras dos ministros e suas decisões judiciais. Os ministros, em seus pronunciamentos marcados pelas boas referências aos demais colegas, mostram-se menos pressionados e se sentem mais desimpedidos de falarem o que pensam.

³²² (*Ibid*, p. 263).

Convidado a realizar a saudação oficial na posse do novo presidente do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o min. Luiz Fux proferiu um discurso que chama atenção pelo teor argumentativo. Diante de representantes dos demais poderes e da ampla cobertura da imprensa, além do lirismo tradicional em exaltar o papel do magistrado, as características pessoais e as capacidades técnicas dos então empossados presidente e vice-presidente, o min. Fux aproveitou a solenidade para defender o protagonismo que o STF vem desempenhando no cenário político e social no Brasil³²³. “Os últimos vinte e quatro anos foram testemunhas de que a ascensão institucional do poder judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, serviu bem à democracia e ajudou no avanço do processo político e social através da promoção de direitos fundamentais, das regras resguardadas do jogo democrático”. Em seguida, ele tece o seguinte comentário: “também não se pode desconhecer que corre pelos corredores das instâncias políticas em vozes mais ou menos nítidas e intensas, sempre abastecidas de roteiros de certos nichos acadêmicos, a crítica de que o Supremo Tribunal Federal estaria se arvorando em atribuições próprias dos canais de expressão de poderes compostos por mandatários eleitos. Em decorrência de tal juízo de censura, é comum o emprego do termo judicialização da política.” Em uma estratégia de contra-argumentação aos críticos, o min. Fux enaltece o retrato de um STF como porta-voz do poder constituinte comprometido com a refundação do Estado democrático de direito através da Constituição de 1988. Neste retrato, o Supremo “longe de sufocar a atuação dos demais poderes, convida-os a um debate frutífero”.

Em outra ocasião, Celso de Mello ressaltara uma transformação institucional que gradativamente vinha se consolidando na Corte brasileira. Trata-se do afastamento do modelo de autorrestrrição do STF pós-88³²⁴ aos casos difíceis que envolviam questões de grande apelo social. Naquela ocasião, já se comemoravam os 20 anos da Constituição de 1988, o “mais longo período de estabilidade democrática e normalidade institucional

³²³ O discurso não foi completamente disponibilizado no site oficial do Supremo Tribunal Federal, que apresenta um resumo: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224501>>. O conteúdo completo da solenidade, inclusive do referido discurso, pode ser encontrado em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9mlckYB8i3o>>.

³²⁴ (Campos: 2011; p. 545 e ss). Campos faz menção a uma tipologia comum na teoria norte-americana (e.g., Corte Warren, Corte Rehnquist ou Corte Roberts), denominando dois momentos distintos do STF pós-88, o padrão Moreira Alves e o padrão Gilmar Mendes. Ao me referir ao modelo de autorrestrrição, dirijo-me ao padrão decisório consagrado pelo ex-ministro Moreira Alves, mas não me utilizo da mesma terminologia por discordar do pressuposto de que as instituições são capazes de adquirir e reformular sua identidade comportamental independente do meio, ou seja, puramente de acordo com interesses do subjetivos.

de nossa vida republicana iniciada em 1889.”³²⁵ Ao fazer um balanço do momento institucional no Brasil, o min. Celso de Mello enfatizou a contribuição de outras entidades como a atuação do Ministério Público, o importante papel desenvolvido pela advocacia, pelos movimentos políticos que buscam maiores garantias de direitos sociais, pela imprensa livre, e etc. Todas essas instâncias contribuíram para que as forças políticas submetessem seus interesses e valores “às incertezas do jogo democrático”. Sobre o Supremo, o enfrentamento dos problemas relacionados à violação de direitos de terceiros e da comunidade foi denominado como um grande desafio confiado à Corte.

O min. Celso de Mello descrevia um cenário institucional em que a possibilidade de se buscar a estabilidade política passaria pela igual consideração do legislador democrático e da jurisdição constitucional por meio da “imane e aparente dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre jurisdição constitucional e legislador democrático”. Assim, a consolidação democrática passa por um digladiar constante entre instâncias políticas e jurídicas “que alimenta e engrandece o Estado de Direito”.

Após uma breve descrição, uma colocação parece consonante aos discursos dos dois ministros, que demonstram um compromisso, uma postura da Corte no enfrentamento das litigâncias que chegam ao Supremo Tribunal Federal. Os dois defenderam uma postura mais ativista para o enfrentamento dos desafios confiados ao crivo do STF. Nas palavras do min. Celso de Mello, as práticas de ativismo judicial, desempenhadas moderadamente e em momentos excepcionais, tornam-se uma “necessidade institucional” diante da omissão ou do retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição³²⁶.

Entretanto, diferentemente das considerações feitas pelo min. Luiz Fux, que transparece uma maior necessidade de reforçar os argumentos do Supremo como guardião da Constituição outorgada pelo poder constituinte, o min. Celso de Mello, anteriormente, acreditava que o desafio designado à Corte ainda estava muito distante de uma efetiva concretização: “Não há dúvida de que, a partir de 1988, a sociedade civil brasileira saiu fortalecida. A verdade é que essa constitucionalização, para muitos de

³²⁵ <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/posseGM.pdf>>.

³²⁶ (Campos: 2011; p. 541).

caráter simbólico, engendrou o surgimento de organizações sociais envolvidas criticamente na realização dos valores proclamados solenemente pelo texto constitucional.” Mas, o min. decano ponderou e, em alguns pontos, passou a titubear quanto a total desconsideração da tese de constitucionalização simbólica, ao dizer que, “em um país como o Brasil”, ainda se manifestam um precário acesso a direitos sociais básicos na qual “ainda não é garantido a milhões de pessoas”. Reconheceu que “há no país uma imensa demanda reprimida” proveniente da “procura daqueles cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicar, porque intimidados quer pela obsoleta burocracia judicial ou pelo hermetismo dos ritos processuais e da linguagem jurídica”.

A sensibilidade acerca das demandas sociais que ainda dificultam a concretização de direitos a grande parte da sociedade no Brasil, observada pelo min. Celso de Mello, parecem ter desaparecido no estado da arte apresentado pelo min. Fux acerca dos novos desafios a serem enfrentados pelo STF. Os problemas sociais parecem se resumir, nas palavras do ministro Luiz Fux, a uma disfunção proveniente da falha de representação do legislador ordinário. Se antes, a estabilidade democrática deveria ser alcançada pelo exercício dialético entre as instâncias jurídicas e políticas, atualmente, nas palavras do min. Fux, o projeto da Corte parece se pautar na confiança do progresso caracterizada pela sucessiva sofisticação do arranjo institucional proposto pela Constituição Federal, no incremento de uma postura cada vez mais ativista a ser adotada pelo Supremo e na insistência em se afirmar, em nome da Corte, como guardião da Constituição. Para o min. Fux, o STF juntamente às instâncias judiciais inferiores devem se encorajar ainda mais, com base no mau cumprimento do papel do legislador, em defender os interesses das minorias: “Nós, juízes não tememos nada nem a ninguém. Juízes devem se sentir desvinculados de subordinação hierárquica.”

Mas, o que demanda a necessidade de um protagonismo do STF? O que os ministros entendem por ativismo judicial ou judicialização da política? Em que medida tais fatores implicam em direção a uma Corte mais ativista, uma moldura de atuação denominada judicialização da política ou uma maior normatividade da constituição e, até que ponto, depende do comportamento unilateral do Supremo Tribunal Federal? Se a Constituição de 1988 é a razão para todas essas ocorrências, com base no artigo 23, inciso I que confere ao STF a guarda do texto constitucional, por que não estamos

celebrando os 25 anos de ativismo judicial? Enfim, o que representaria esses conceitos, afinal?

Estes questionamentos foram feitos e continuam fomentando uma série de debates teóricos entre juristas, cientistas sociais e cientistas políticos no Brasil. Evidentemente, não se trata apenas de uma discussão regionalizada. Muitas das reflexões que envolvem essa temática foram transplantadas de outras tradições constitucionais, oriundas, principalmente, de proposições teóricas europeias e norte-americanas. Mesmo nesses outros contextos, a delimitação conceitual do que seja ativismo judicial e judicialização da política não têm sido uma tarefa fácil. Por vezes, alguns debatedores conseguem escapar dos lugares comuns característicos desse debate teórico. Os que não adotam estratégias conceituais para tanto, acabam em uma via sem saída, engessados entre apenas duas possibilidades: ou a defesa ferrenha, ou às denúncias alarmantes de um STF mais ativista inserido em uma estática de judicialização da política. Nesse sentido, paralelo ao debate tradicional que vem se instaurando entre as discussões teórico-constitucionais no Brasil, além de se buscar outra conceituação por intermédio de uma abordagem descritiva do debate tradicional, as estratégias conceituais atreladas às proposições teóricas também podem dizer muito a respeito da conclusão de tais proposições, principalmente o nível adequado de abstração das análises constitucionais.

Mesmo diante das dificuldades apresentadas, a importância da temática desenvolvida no Brasil não deve ser prejudicada por problemas de incapacidade teórica. Acredita-se que, através da sistematização das informações decorrentes dessa literatura teórico-constitucional no esforço de oferecer outro ponto de vista, é possível avançar um pouco mais no debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal sobre limites de legitimidade da jurisdição constitucional do STF, especialmente, em sede do controle concentrado de constitucionalidade.

3.1. A expansão dos poderes do STF nos discursos teóricos da judicialização da política e do ativismo judicial

A expansão das atribuições do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado tem sido discutida sob os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Quando a temática se trata dos limites de atuação dos Tribunais ou Cortes Constitucionais uma dificuldade quase que unânime manifestada pelos autores consiste

na delimitação das fronteiras entre o direito e a política. Assumem formas indefinidas e imprecisas em meio às questões constitucionais. Ainda que se tente dissertar mantendo essa diferenciação, tal apontamento estaria sumariamente condenado às dúvidas, críticas e divergências. Talvez, essa dificuldade decorra da ansiedade de negação da ambivalência entre o jurídico e o político sobre as temáticas que se apresentam nesta zona fronteira (constitucional).

Nesse sentido, a interpretação das normas constitucionais, o modelo de interpretação utilizado pela Corte, o procedimento de controle de constitucionalidade, a decisão judicial que torna uma lei ordinária inconstitucional, muitas vezes são considerados ou substancialmente políticos, ou formalmente jurídicos. Da mesma forma ocorre com os termos ativismo judicial e judicialização da política. Estes não estão imunes das ansiedades unilaterais que permeiam as tentativas de explicação enquanto ações políticas ou ações jurídicas.

A fim de dirimir maiores confusões, faz-se necessário uma distinção prévia: o ativismo judicial diz respeito à aplicação expansiva e fundamentação retraída do direito pelos juízes e Tribunais observável a cada decisão judicial. Mais do que “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”³²⁷, corresponde a uma postura de institucionalização do direito cuja definição não deve ser buscada em um conceito monolítico, mas sim multifacetado³²⁸. Condicionada ao ativismo judicial, o seu “avesso complementar”³²⁹, a judicialização da política consiste na expansão de poderes do Judiciário em que as decisões de juízes e Tribunais passam a disciplinar produções técnicas (políticas de governo) ou decisões políticas do Executivo e Legislativo. Acompanhado ao termo, a politização da justiça é entendida, genericamente, como a utilização de critérios políticos nas tomadas de decisão judicial, resultando em uma “sobrecarga política do Judiciário”³³⁰.

3.1.1. O ativismo judicial

O ativismo judicial permeia uma série de conotações políticas e jurídicas que multiplicam seus significados. Antes mesmo de se condensar em um termo específico, uma ideia abstrata do termo aparece nos debates norte-americanos sobre os limites do

³²⁷ (Barroso: 2011a; p. 234).

³²⁸ Nesse sentido, (Campos: 2011; p. 553); (Marshall: 2002; p. 103-04).

³²⁹ (Nobre e Rodriguez: 2011; p. 09).

³³⁰ (Neves: 2013; p. 235-36).

poder Judiciário. No *The Federalist* 78, ao examinar detalhadamente as formas de organização do poder Judiciário, Alexander Hamilton introduz a temática do ativismo judicial tangencialmente ao discorrer sobre as interações entre o Judiciário e os demais poderes, especificamente, com relação ao Legislativo. Hamilton refuta o argumento de que o poder Judiciário seria hierarquicamente superior ao tornar-se capaz de anular atos do corpo legislativo em defesa da Constituição.

As premissas que regem este argumento consideram o parlamento como mais próximo do povo e, conseqüentemente, que o corpo legislativo seria “constitucionalmente juiz de seus próprios poderes”³³¹. Sensível em aproximar o povo da defendida Constituição, Hamilton contrapõe esse ponto de partida facilmente identificável à ideia de soberania do parlamento. O federalista já afirmava, contra as ideias britânicas, que “[m]uito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições.”

Sendo assim, sob esta perspectiva, “não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais”, com a Constituição, “do que com aquelas que não o são”, as leis infra-constitucionais. Percebe-se que mesmo antes da emergência do modelo norte-americano de *judicial review* com *Marbury v. Madison*, o problema da discricionariedade ou criatividade judicial, o artefato semântico em conexão ao problema do ativismo judicial já havia se manifestado. Este problema é persistente desde a fundação política dos Estados Unidos e é identificado como uma usurpação judicial do poder político constituído por meio dos procedimentos eleitorais, especialmente quando os juízes decidem de acordo com suas preferências políticas.

Decidir conforme as próprias convicções políticas parece ser o critério mais utilizado para identificação do fenômeno do ativismo judicial. Com isso, na literatura

³³¹ (Hamilton, Madison e Jay: 2003; p. 459). Para uma introdução ao debate sobre os federalistas, *Vide*. (Gargarella: 2006; p. 169-188). Gargarella, Roberto. “Em nome da Constituição: O legado federalist dois séculos depois”. In: (org). Atilio A. Boron. “Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx”. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política – FLCH: Universidade de São Paulo, 2006. p. 169-188.

norte-americana, assim como na receptora literatura constitucional brasileira, os critérios utilizados para análise de casos de ativismo judicial passam a se resumir a análise de decisões judiciais, ou seja, as decisões argumentativas e, dependendo do caso, a composição final. O problema de optar por esse critério é que as críticas e reflexões decorrentes das decisões passam a ser relacionadas de acordo com a identificação entre a convicção política dos analistas e a convicção política dos juízes, reduzindo aspectos jurídicos da decisão em conclusões puramente políticas.

Nesse sentido, casos muitas vezes considerados desprezíveis, tais quais, *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Plessy v. Ferguson* (1896), *Lochner v. New York* (1905) e *Korematsu v. United States* (1944) passam a ser criticados por sua postura ativista. Em contraposição, a superação do precedente de *Dred Scott* e *Plessy* pelo comemorado *Brown v. Board of Education* (1954), é tido por muitos como um exemplo positivo de decisão ativista legítima em prol da justiça social. Portanto, devem ser consideradas algumas dificuldades acerca do critério de convicção política, quanto à sua utilidade analítica para definição do ativismo judicial.

Não foi por acaso que o critério de distinção firmado na primeira menção ao termo ativismo judicial, decorre do artigo jornalístico de uma revista popular nos Estados Unidos, a *Fortune Magazine*. Com o título “The Supreme Court: 1947”, de Arthur Schlesinger Jr, o autor buscou identificar padrões que caracterizariam as tendências decisórias dos componentes da Suprema Corte naquela ocasião e estabeleceu dois perfis decisórios distintos. Assim, classificou os juízes por meio de um critério genérico, a visão de mundo jurídica³³². De um lado, os considerados ativistas (*Justices Black, Douglas, Murphy, e Rutledge*) justapondo-os contra os “juízes campeões da auto-restrição” (*Justices Frankfurter, Jackson, e Burton*)³³³. Schlesinger Jr considerava, além das convicções políticas dos juízes, suas vinculações acadêmicas e compreensões básicas acerca da relação entre direito e política, justiça e legitimidade.

Os juízes ativistas, denominados de *Black-Douglas view*, tinham vinculações acadêmicas com a Escola de Direito de Yale, na qual a racionalidade jurídica era compreendida como mais maleável do que a científica, “as fontes dos artifícios jurídicos, a ambiguidade dos precedentes, a gama de doutrinas aplicáveis, todas são tão

³³² (Kmiec: 2004; p. 1447).

³³³ (Kmiec: 2004; p. 1445-46); (Campos: 2011; p. 547).

extensas que na maioria dos casos em que há uma diferente opinião acerca de uma decisão judicial, os juízes podem dispensar os esforços da lógica jurídica (...). Um juiz sábio sabe que a escolha política é inevitável; ele não faz uma falsa pretensão de objetividade e exerce conscientemente o poder judicial com os olhos nos resultados sociais.”³³⁴ Logo, as decisões judiciais eram compreendidas como decisões “orientadas para o resultado, pois os resultados não são pré-ordenados”³³⁵.

Os juízes da auto-restrição judicial, denominados de *Frankfurter-Jackson view*, se abdicavam de tamanha responsabilidade. Eram mais céticos quanto às suas próprias noções individuais de justiça. Para eles, o direito tinha de ser tratado como um problema de lógica dos significados, “o direito tem fixado sentidos, e os desvios de tais sentidos são inapropriados, não interessando qual grupo deve ser beneficiado com a decisão judicial.”³³⁶ A *Frankfurter-Jackson view* compartilhava do entendimento de que todo o âmbito jurídico não diz respeito à política, portanto, a justiça era entendida como uma convicção político-social que não deve ser utilizada para preencher o significado de estatutos, do *common law* e da Constituição. “Mais importante, eles pensam que por existir várias noções públicas distintas de justiça, é injusto e injustificável impor uma em detrimento das demais.”³³⁷

Da clássica distinção de Schlesinger Jr, o discurso teórico do ativismo e da autocontenção ou auto-restrição judicial foram incorporados ao debate constitucional brasileiro com advento da Constituição de 1988. A convergência de alguns eventos históricos, por exemplo, o processo de redemocratização, a presença de várias matérias distintas no texto constitucional e o robusto sistema de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal³³⁸, recorrentemente são apontadas como as condições possibilitadoras do ativismo judicial. Mas o que significa isto afinal de contas?

Pragmaticamente, o uso do termo ativismo judicial tem sido atribuído ao juiz ou ao tribunal que intervém em demasia (quantitativo) sob questões de competência dos demais poderes. Tal estratégia conceitual é muito problemática pela ambiguidade que carregam os adjetivos de intensidade. O que seria muito ou pouco, nestes casos?³³⁹ O

³³⁴ (Schlesinger Jr: 1947). *Apud*, (Kmieciak: 2004; p. 1447).

³³⁵ (Kmieciak: 2004; p. 1447).

³³⁶ (*Ibid*, p. 1447).

³³⁷ (*Ibid*, p. 1448).

³³⁸ (Barroso: 2012a; p. 24 e ss).

³³⁹ Nesse sentido, (Dimoulis e Lunardi: p. 461-62).

ativismo judicial tomado como quesito quantitativo deixa de observar a situação em que se insere a tomada de decisão, o contexto histórico-social. Utilizando-se de uma metáfora grosseira, “[n]ão se pode chamar de ‘ativista’ um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia!”³⁴⁰.

Assim, o ativismo judicial, deve ser tratado como aspecto qualitativo. Consiste “[n]uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”³⁴¹ O oposto ao ativismo, é denominado de autocontenção ou auto-restrição judicial que poderia ser definida como “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.”³⁴² Nesse sentido, a principal diferença entre as duas posturas seria de ordem metodológica: “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”³⁴³

A complacência com o ativismo judicial geralmente se manifesta ao esperar, dessa postura jurisdicional, o aumento de sensibilidade do Judiciário às demandas sociais que possam se encontrar adormecidas nas instâncias genuinamente políticas. No entanto, levando em conta apenas as observações anteriores, essa postura seria observável apenas em estudos de casos, ou estudos sobre o perfil de orientação política e metodológica dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Além da casuística, pouco se discute sobre por que se torna tão difícil à tarefa decisória de equilibrar argumentação jurídica consistente com essa pretensa abertura às demandas sociais, seja por questões institucionais, seja por questões também históricas, considerando a ainda recente transformação do ambiente constitucional pós-88 no Brasil.

Ao realizar um estudo comparado entre o Tribunal Constitucional Federal na Alemanha e o Supremo Tribunal Federal e os semelhantes critérios metodológicos de interpretação (cunho axiológico), Benvindo esclarece que a questão do ativismo judicial apresenta-se de modo indissociável ao contexto sócio-histórico dos tribunais.³⁴⁴ Nesse sentido, concorda-se com este posicionamento. Uma observação teórico-constitucional

³⁴⁰ (*Ibid*, p. 462).

³⁴¹ (*Ibid*, p. 06).

³⁴² (*Ibid*, p. 07).

³⁴³ (*Ibid*, p. 07).

³⁴⁴ (Benvindo: 2010; p. 87).

dessas questões centrada apenas na análise de casos, no comportamento dos juízes ou dos tribunais, deixaria de perceber fatores externos aos procedimentos, a relação entre judiciário, parlamento e governo³⁴⁵, ou mesmo ao próprio Estado democrático de direito³⁴⁶, que condicionam o modo com que os procedimentos constitucionais operam e interagem entre si, e como as questões jurídico-constitucionais, antes mesmo de institucionalizadas, seja pela textualização ou pela decisão, são questões presentes da e na sociedade.

3.1.2. A judicialização da política

Como correlato ao ativismo judicial, a imprecisão conceitual do termo judicialização da política encontra forte presença. Numa tentativa de resolver este problema, Hirschl explica que o conceito de judicialização da política corresponde a um termo “guarda-chuva” que representa três processos inter-relacionados: a) a juridificação das relações sociais; b) a expansão de competência de juízes e tribunais à definição de políticas públicas, principalmente sobre os temas que envolvem demarcação de competências dos próprios procedimentos e dos demais poderes; c) e o que ele vai denominar de “judicialização da mega-política”, ou seja, a intervenção de tribunais e juízes em casos de grande impacto social (processos eleitorais; questões que envolvem planejamento macroeconômico ou segurança nacional; dilemas fundamentais

³⁴⁵ Mais ligado às questões político-constitucionais, a contribuição de Koerner também é considerável no sentido de buscar novas facetas para se explicar o ativismo judicial no Brasil. Porém, os argumentos de Koerner padecem de um realismo político ao afirmar que: “O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental. Com a aliança midificaram-se as formas de atuação do Tribunal, foram reforçadas suas bases de apoio, mas também provocaram reações e resistências, e aumentou o investimento pela oposição política e elites jurídicas divergentes em questões críticas para o governo. A dinâmica mais recente tem acentuado as tensões entre os regimes governamental e jurisprudencial, os conflitos entre juízes e governo. Mas o nobo papel assumido pelo STF também entra em divergência com a oposição e suas bases conservadoras, que tenderão a resistir a esse novo padrão de atuação. As fontes democráticas do poder político serão capazes de impulsionar movimentos que superem essas tensões e bloqueios.” (Koerner: 2013; p. 85).

³⁴⁶ Em artigo memorável sobre a questão do ativismo judicial, Teixeira conclui seu diagnóstico caracterizando o ativismo como patologia constitucional. No entanto, ainda está preso ao modelo de Estado apartado da sociedade civil, na qual o Estado configura-se como centro provedor das demandas sociais: “Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em ‘esfera pública’ de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano.” (Teixeira: 2012; p. 51).

de justiça restaurativa; transformações do regime político)³⁴⁷. Este último critério será dispensado no presente trabalho.

A juridificação³⁴⁸ diz respeito à concretização de direitos sociais baseados na igualdade de fato dos cidadãos. As principais discussões críticas e defesas do processo de juridificação diziam respeito à estagnação do modelo social-democrata no contexto da crise regulatória do Estado Social. À época, em meados dos anos 70, o modelo de Estado social começou a evidenciar sinais de esgotamento. Nesse sentido, Habermas descreve tal derrocada como um uma contradição entre fins e meios do projeto sócio-estatal: “[s]eu objetivo é a criação de formas de vida estruturadas igualitariamente, garantindo liberdade de movimentos à auto-realização e a espontaneidade individuais. Mas obviamente esse objetivo não pode ser diretamente alcançado pela transposição jurídico-administrativa de um programa político. A produção de novas formas de vida está além das forças de que o *médium* poder dispõe.”³⁴⁹ Assim como Habermas, Neves também descreve criticamente a juridificação do Estado social como problema dos Estados democráticos de direito na modernidade central, afirmando que “a regulação excessiva obstaculariza o surgimento de alternativas criativas a partir da esfera pública.”³⁵⁰ Poucas são as evidências bibliográficas quanto à dimensão de juridificação das relações sociais no Brasil, no sentido de ações administrativas típicas do modelo de Estado social. Obviamente, sabe-se que as políticas governamentais no Brasil, na última década, têm focado seus esforços nesse sentido. Na literatura sobre judicialização da política no contexto brasileiro, Loiane Verbicaro elenca, como característica impulsionadora da judicialização, “a hipertrofia legislativa ou sobrejuridificação da realidade social”³⁵¹, relacionada às sucessivas medidas provisórias que tentaram

³⁴⁷ (Hirschl: 2009; p. 144-6). O último critério será dispensado no presente trabalho, pois o autor o define como a interferência do judiciário em questões de “razão de estado”, para justificar o termo “mega-política”. Evita-se o terceiro critério por entender incompreensível a distinção mega-política e política ou micro-política.

³⁴⁸ Blichner e Molander se propõem mapear os possíveis significados do termo juridificação, assim como Hirschl, contudo, com o termo judicialização. Observa-se, neste caso, a confusão tipológica dos autores e Hirschl, entre “a” e “II”, entre “b” e “I”: I) juridificação constitutiva – como processo onde normas constitutivas para uma ordem política específica são estabilizadas ou alteradas no sentido de acrescentar competências ao sistema jurídico; II) O processo em que o direito assume uma atividade extensivamente regulatória; III) Juridificação como processo em que cada vez mais os conflitos são resolvidos pelo direito ou tomando-o como referência; IV) Como processo pela qual o sistema jurídico e a profissão jurídica adquire mais poderes em contraste com a autoridade política; V) Juridificação como moldura jurídica em que um grande número de pessoas tendem a pensar como sujeitos de direito, entre si e entre os outros. (Blichner e Molander: 2008; p. 38-9).

³⁴⁹ (Habermas: 1987a; p. 109).

³⁵⁰ (Neves: 2013; p. 232).

³⁵¹ (Verbicaro: 2008; p. 400).

estabilizar a crise sócio-econômica no Brasil do final do século XX.³⁵² Nada relacionado ao efeito social de programas de governo focados em justiça distributiva, para atender aqueles que não podem esperar.

A grande maioria dos estudos sobre judicialização da política no Brasil concentra-se em explicar as condições que possibilitaram a expansão do âmbito de atuação de juízes e tribunais na definição de políticas públicas, na invalidação constitucional de ações de outros poderes, além da interferência nos limites entre os órgãos políticos do Estado. A ocorrência da judicialização da política é vista como uma atribuição compensatória diante do déficit de funcionalidade dos demais poderes: “os tribunais são chamados a se pronunciar, onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.”³⁵³ Nesse sentido, atribui-se ao procedimento jurisdicional o papel de condicionador na formulação de políticas públicas, sendo tal atitude vista como um desdobramento não deletério das democracias contemporâneas. O fenômeno da expansão de atribuições é correlacionado, também, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que propiciaram “um canal novo de expressão ao processo de democratização social, pela facilitação do acesso à Justiça.”³⁵⁴ No entanto, esses primeiros estudos sobre o caráter democrático compensatório do poder judiciário tinham como referência os critérios da judicialização da política fixados nos estudos de Neal C. Tate e Törbjorn Vallinder, intitulado “*The global expansion of the judicial power*”. Estes examinaram os contextos jurídicos e políticos dos Estados pós-comunistas da antiga União Soviética, Israel, Malta, Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Austrália, Canadá, Holanda, Namíbia, Filipinas e Suécia, sob a tese de que a adoção do controle de constitucionalidade em diversos contextos do globo estaria relacionada à maior visibilidade do modelo de Estado de direito norte-americano da década de 80 e 90. A transposição dos critérios de Tate e Vallinder à observação do fenômeno da judicialização da política vem suscitando algumas críticas e a busca por novos critérios de orientação³⁵⁵. Veronese, destacando a grande repercussão das teses de Tate e Vallinder na ciência política e das ciências sociais no Brasil, observa uma característica problemática comum de transplante analítico: “A temática da judicialização da política está bem estabelecida na literatura

³⁵² Neste sentido, (Vianna; de Carvalho; Melo; Burgos: 1999; p. 49).

³⁵³ (Castro: 1996; p. 03).

³⁵⁴ (Vianna; de Carvalho; Melo; Burgos: 1999; p. 43).

³⁵⁵ Nesse sentido, (Rodrigues de Carvalho: 2004; p. 123 e ss).

brasileira, (...). Entretanto, a característica central dessa farta literatura tem sido utilizar um referencial teórico internacional para analisar a faceta nacional do fenômeno, sem, contudo, realizar estudos comparados.”³⁵⁶

Parece que, com as devidas considerações e diferenças entre as diversas abordagens aqui apresentadas, as reflexões constitucionais produzidas no Brasil sobre o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade parecem guardar uma série de confusões tipológicas e teóricas. Estas estariam relacionadas à persistência de análise restrita a modelos teóricos e reflexões universais, atribuindo uma horizontalidade comparativa entre os problemas constitucionais em contextos regionais distintos. Obviamente, não se exclui aqui a possibilidade de problemas constitucionais equivalentes se apresentarem nas mais diversas regiões do globo. No entanto, tal preponderância restritiva do universal em detrimento do local, ou seja, a preferência de se pautar por modelos e características universais para explicar a estrutura do sistema constitucional no Brasil não acompanharia nenhum ônus reflexivo? Antes de aporte cognitivo, não se poderia falar em controle cognitivo³⁵⁷?

Um olhar empírico mais atento à atividade procedimental do STF faz-se necessário para uma análise consistente dessa questão. Algumas pesquisas empíricas no Brasil sobre o controle concentrado de constitucionalidade tem mostrado que muitas hipóteses teóricas comumente aceitas no debate sobre o ativismo judicial e a judicialização da política não correspondem com a própria atividade institucional do Supremo Tribunal Federal e seus padrões de decisão.

3.2. Avaliações empíricas da atividade do Supremo Tribunal Federal: Análises institucionalistas e pesquisas empíricas acerca do controle concentrado de constitucionalidade

Numa perspectiva histórica, as pesquisas institucionalistas que emergem atualmente no âmbito da teoria constitucional sobre controle concentrado de constitucionalidade, especificamente neste trabalho, nos remetem ao surgimento das pesquisas empíricas do direito no Brasil na década de 60. Isso porque é possível, por meio de um retrospecto histórico dos programas de pesquisa empírica efetuadas no

³⁵⁶ (Veronese: 2009; p. 278).

³⁵⁷ Apropria-se do termo utilizado por David Kennedy (Kennedy: 2008; p. 858).

contexto brasileiro, observar os canais de pertinência temática difundida e, ao mesmo tempo, observar quais questões apresentam-se apartadas umas das outras.

Apesar de alguns acreditarem que o crescente interesse por pesquisas empíricas no Brasil decorre de fatores recentes de surgimento de “novos modos de aplicação do direito”³⁵⁸, não é de hoje que essa agenda investigativa se mostra relevante no cenário jurídico acadêmico. Anteriormente à Constituição de 1988, alguns pensadores foram decisivos na elaboração das primeiras pesquisas relacionadas ao campo sociológico jurídico, tais como, Pontes de Miranda com o trabalho de sociologia jurídica, o “*Sistema de Ciência Positiva do Direito*”, Ivo Dantas em “*Poder Constituinte e Revolução: breve introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*”, Felipe de Miranda Rosa em “*Sociologia do Direito*”, Claudio Souto em “*Introdução ao direito como ciência social*” e Roberto Lyra Filho em “*Criminologia Dialética*”. Um prosseguimento dessa linha de trabalho pode ser observado, sob a batuta de Claudio Souto no pioneirismo do Instituto de Ciências do Homem, também nos trabalhos de Joaquim Falcão e Eliane Junqueira, na tentativa de manter uma interdisciplinaridade das ciências sociais junto ao direito³⁵⁹. Na classificação de Claudio Souto, essa pode ser considerada o capítulo inicial da sociologia do direito no Brasil em sua etapa de desbravamento³⁶⁰.

Já na década de 80, investigações eram realizadas para se averiguar como deveriam ser os canais de acesso à justiça no Brasil sob a perspectiva de fragmentação da ordem social. A agenda de pesquisa empírica da época concentrava-se nos fenômenos da anomia e do pluralismo de ordens jurídicas paralelas à ordem jurídica dita “oficial”³⁶¹, observando as relações de dependência entre ordem jurídica oficial e não-oficial nas ocupações periféricas dos centros urbanos³⁶².

³⁵⁸ “Nossa hipótese básica é de que, no Brasil, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequentialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.” (Pargendler; Salama: 2013; p. 99).

³⁵⁹ (Cunha e da Silva: 2013; p. 27).

³⁶⁰ (Souto e Souto: 1997; p. 104-107).

³⁶¹ (Santos: 1988; esp. 147 e ss).

³⁶² Para uma visão panorâmica por meio dos relatos de Joaquim Falcão, *Vide*. (Sadek: 1995; p. 20-5). Vale destacar os esclarecimentos na análise de Eliane Junqueira que demonstra as diferenças entre as agendas de pesquisa do exterior e as desenvolvidas no Brasil: “A princípio, poder-se-ia imaginar que o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre este tema nos anos 80 estivesse diretamente relacionado com o movimento que havia começado na década anterior em diversos países do mundo, o ‘*access-to-justice movement*’, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o *Florence Project*, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation (1978). No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que

Com a Constituição de 1988 surgem outras agendas de pesquisa de cunho empírico. As investigações voltaram-se à problematização e reorganização do judiciário a fim de adequá-lo às condições e possibilidades decorrentes do arranjo institucional então disposto no novo texto constitucional. Nesse sentido, as investigações de cunho empírico acerca do judiciário passaram por uma sobreposição de atenções. Antes, norteavam-se às interrupções de conformação das normas jurídicas ao ambiente social relacionada às evidências cotidianas de dinâmicas de desigualdade e exclusão. Posteriormente, passaram a concentrar-se nos procedimentos e atividades das instituições do sistema jurídico especificados no novo texto constitucional.

Cita-se como um exemplo dessa transição que mescla essas duas agendas de pesquisa, as investigações de José Ribas Vieira e Eliane Junqueira acerca do “*Acesso a justiça*”, um projeto de pesquisa descritivo financiado pelo CNPq e levado a efeito por meio de entrevistas, principalmente com referência às associações de moradores do Rio de Janeiro. A análise baseia-se em uma perspectiva que adquiriu grande influência no Brasil com os estudos e Boaventura de Sousa Santos, sobre o surgimento, em uma favela do Rio de Janeiro, de um direito espontâneo incluindo a essa perspectiva os estudos de novas maneiras formais de acesso ao poder judiciário: a ação civil pública e o julgamento de pequenas causas. Nesse sentido, explica Claudio Souto: “[o] projeto de pesquisa abrangeu portanto a análise de formas institucionais alternativas (Juizado de pequenas causas, defesa dos consumidores) e de mecanismos não-institucionais (associação de moradores, linchamento, polícia, etc.) de resolução de conflitos.”³⁶³

De situações de exclusão social, as pesquisas empíricas no direito deram um salto, talvez, pelos impulsos otimistas que circundavam o início da década de 90 com o processo de redemocratização, conferido à Constituição de 1988 o posto de conquista simbólica e ressaltando seu caráter programático. A reestruturação de um novo sistema de justiça com o texto constitucional trouxe consigo uma gama de novas instituições com a finalidade de garantir a independência e autonomia do Poder Judiciário. Essas novidades impulsionaram as pesquisas de cunho empírico a fim de descrever e

ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tomarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas ‘minorias’ étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.” (Junqueira: 1996; p.389-90).

³⁶³ (Souto e Souto: 1997; p. 144).

compreender as novas funcionalidades ligadas aos mecanismos institucionais. O STF passou a ter atribuições predominantemente ligadas às questões constitucionais como órgão de cúpula do poder Judiciário e foi desonerado de atribuições transmitidas ao Superior Tribunal de Justiça³⁶⁴. Algumas organizações foram mantidas, como a Justiça Federal, e outras novidades foram criadas como o Conselho da Justiça Federal e os Juizados Especiais de Pequenas causas no âmbito dos Estados federados, territórios e do Distrito Federal. Outros foram destituídos e não se encontram mais na Constituição de 1988, como o Tribunal Federal de Recursos e o Conselho Nacional da Magistratura.

Desse modo, a agenda de pesquisa empírica de aperfeiçoamento institucional em detrimento da observância de eficácia social das normas constitucionais foi se consolidando e permanece uma perspectiva dominante às preocupações acadêmicas atuais. Tal perspectiva pode ser notada também mediante a centralidade das atenções voltadas ao Supremo Tribunal Federal.

Na perspectiva institucionalista, os problemas centrados no STF pela excessiva consideração do mesmo enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário provém, genericamente, das deficiências do sistema de justiça como um todo. Aspectos considerados “não-políticos” com relação ao judiciário como o crescente número de demandas judiciais e a ineficiência no processamento destas passam a compor o objeto desse tipo de análise³⁶⁵. Além disso, são observadas também as organizações e procedimentos que estruturam a base dos demais poderes, dando destaque às implicações recíprocas entre eles. Por exemplo, a utilização da mutação constitucional por meio de emendas à Constituição para instituição de políticas de governo³⁶⁶, ou

³⁶⁴ Uma das atribuições do STF repassadas ao STJ consiste na uniformização da aplicação do direito federal infraconstitucional, competência historicamente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma das poucas perdas de atribuição do STF com a Constituição de 1988, que acabou provocando reações adversas à época. Pode-se observar, como manifestação adversa, o pronunciamento do min. Moreira Alves na comemoração do centenário do STF: “Retirou-se-lhe [do STF], porém, a função, que desempenhou por mais de noventa anos, de Tribunal unificador da aplicação do direito federal infraconstitucional, instituindo-se, para exercê-la, embora de modo imperfeito o Superior Tribunal de Justiça. De sua competência saíram, também, a representação de interpretação e a advocatória, mas, em contrapartida, realçando-lhe a posição de cúpula do Poder Judiciário Nacional, outorgou-se-lhe competência para julgar originariamente as causas em que a magistratura é direta ou indiretamente interessada.” (Alves: 1991; p. 16). Nesse sentido, também. (Ferreira e Macedo: 2012; p. 08).

³⁶⁵ (Sadek: 2004; p. 85-90).

³⁶⁶ (Couto e Arantes: 2006).

mesmo, investigando o impacto do desenho institucional presente na Constituição para a estruturação dos regimes democráticos mais recentes, como o brasileiro³⁶⁷.

No que tange o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do STF, duas pesquisas que tentam conciliar um aspecto empírico-descritivo ao de proposições teórico-normativas podem ser destacadas pela compatibilidade de análise entre ambas e pelo problema destacado no presente trabalho. As duas expõem, em seus argumentos centrais, a necessidade de se tencionar, com estudos empíricos, argumentos teóricos considerados dominantes. Ao final, as linhas dominantes são amplamente refutadas, seja pelo caráter contrafactual, seja por uma absoluta não correspondência.

As pesquisas foram desenvolvidas pela professora Thamy Pogrebinski (IESP-RJ), com o nome de “*Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*” e “*A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais*”, e pelos professores Juliano Zaiden Benvindo (UnB-DF) e Alexandre Araújo Costa (UnB-DF). De fato, algumas dificuldades se apresentam a qualquer tentativa de compatibilizar os dois argumentos apresentados nessas pesquisas, pelas diferenças entre os bancos de dados utilizados e as considerações finais presentes nos dois trabalhos.

Em *Judicialização ou representação?*, Thamy Progebinski classificou todas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais propostas no período compreendido entre os anos de 1988 e 2009. Depois, foram acrescentadas as informações sobre todas as proposições legislativas (leis, emendas constitucionais, projetos de lei e propostas de emenda constitucional) que tiveram trâmite no Congresso Nacional durante o mesmo período e com o mesmo objeto das ADIs e das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais julgadas procedentes, mesmo que apenas parcialmente.

Algumas observações foram feitas no que diz respeito às ADIs que tinham por objeto Medidas Provisórias. Ficaram excluídas da análise as ADIs que arguíam a constitucionalidade de MPs convertidas em lei e não tiveram suas petições iniciais aditadas durante o processo de julgamento. Adentraram na análise das ADPFs, além de leis, emendas constitucionais, projetos de lei e emenda constitucional, mas também os

³⁶⁷ (Arantes e Couto: 2012).

decretos-lei e leis emanados antes da Constituição de 1988. Quanto às ADCs, também incluem decretos-leis do regime constitucional anterior ao de 1988³⁶⁸.

Em *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?*, foram analisadas todas as ADIs compreendidas entre os anos de 1988 e 2013. As justificativas de restrição do estudo às ADIs dizem respeito a sua preponderância dentro do controle concentrado (corresponde à aproximadamente 94% dos processos ajuizados) e o índice considerável de procedências desse tipo específico de ação. Também, foram justificadas a não inclusão das ADPFs, ADCs e ADOs por considerarem que uma avaliação conjunta de todos esses processos conduziria a resultados distorcidos, seja pela diferença dos critérios de avaliação da inconstitucionalidade por omissão, seja pela plurivocidade que um mesmo critério, adotado entre ações de tipos diferentes, pode adquirir no contexto do provimento especificado em cada tipo de ação. Para tanto, uma análise quantitativa que lida com esses provimentos de modo equivalente comparando os índices de procedência poderia levar a deturpações.

Também, algumas observações foram feitas quanto aos critérios de seleção das ADIs que compõem o universo analisado. Dentre as cerca de 4.900 ADIs analisadas pelo STF entre os anos de 1988 e 2013, o universo analisado pela pesquisa é composto por 4.727 processos. Foram estudadas as ADIs distribuídas até dezembro de 2012 (ADIs de nº 01 a nº 4893), excluídas as 97 ações que tratam de omissão, uma que foi convertida em ADPF e 68 casos na qual não existe um número correspondente aos casos autuados pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁹.

As conclusões das duas pesquisas seguem por linhas argumentativas diametralmente opostas. Thamy Pogrebinski traça um panorama de um progressivo aperfeiçoamento institucional provocado pelas relações interinstitucionais entre STF e Congresso Nacional, sob a tese de que não há qualquer problema de invasão do poder judiciário ao legislativo, tratando-se apenas de devaneios teóricos contrafactuais. Ao ensaiar uma reformulação do conceito normativo de representação, geralmente atribuída ao poder Legislativo em uma democracia representativa, ao final, a autora conclui no sentido de conservação das instituições e de seus mecanismos de relação. Nesse sentido, “mais do que serem compreendidas como instituições políticas representativas, não

³⁶⁸ (Pogrebinski: 2010; p. 13-15).

³⁶⁹ (Benvindo e Costa, et al: 2014; p. 12-14).

obstante seu suposto caráter contramajoritário, as cortes constitucionais devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do Poder Legislativo.”³⁷⁰

O argumento de Juliano Zaiden Benvindo, Alexandre Araújo Costa e os demais assistentes que compuseram a execução desta pesquisa, expõem um quadro preocupante quanto ao controle concentrado de constitucionalidade. A linha argumentativa é mais crítica do que a anterior, no sentido de demonstrar a emergência de reformas ao arranjo institucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Considerando um quadro geral das decisões e dos legitimados ativos das ações e relacionando com a jurisprudência restritiva do STF no sentido de uma preferência na admissão de questões corporativas quanto às entidades de classe, Benvindo, Costa e os demais pesquisadores concluem que, “o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público.”³⁷¹ Vejamos uma breve exposição dos trabalhos descritos acima.

3.2.1. Judicialização ou representação? Contestando o discurso teórico da judicialização da política e ativismo judicial do STF

Todos os esforços presentes do trabalho de Thamy Progebinschi acerca do estudo estatístico do controle concentrado de constitucionalidade se voltam contra o que ela denomina ser um argumento falacioso abraçado pela mídia e pela academia nos últimos anos sob a temática da judicialização da política: a de que o regime democrático estaria ameaçado por uma crise institucional originária. Trata-se de uma lógica argumentativa que, de acordo com a cientista política, assume várias personas, mas pode ser genericamente resumida sob o título de *silogismo da judicialização*. Uma característica comum a todas elas é a de que instâncias decisórias do poder judiciário operariam como uma trincheira estratégica de invasão ou ataque ao Poder Legislativo. “Acusado de legislar pouco e mal, o Legislativo seria ainda apresentado como responsável pela sobrecarga do Poder Judiciário, que não apenas habilitar-se-ia a legislar por ele, como muito trabalho teria para sanar os vícios da legislação supostamente malfeita. Apequenado o Legislativo, o Judiciário é projetado como um gigante, enquanto a política brasileira converte-se em uma metáfora de si mesma aos

³⁷⁰ (Pogrebinschi: 2011; p. 166).

³⁷¹ (Benvindo e Costa, et al: 2014; p. 77).

olhos daqueles que ainda se deixam encantar pela fábulas contadas pela imprensa.”³⁷² O elevado grau de difusão com que se apresenta o silogismo da judicialização seria, em termos comparativos, equivalente a insustentabilidade do argumento.

Os sinais de alerta costumam recair mais sobre o Supremo Tribunal Federal pela consideração exegética de instância superior de autoridade do Poder Judiciário. Além disso, de acordo com o silogismo criticado pela autora, o STF passaria a se posicionar no centro do sistema político tendo em vista a fragilidade da função do Congresso Nacional de representação democrática. Uma eventual inércia ou desfuncionalidade das instâncias legislativas incorreria no ativismo judicial do Supremo, corroborando para o agravamento de uma crise institucional.

Nesse sentido, a cientista política afirma que tanto a imprensa quanto a literatura especializada das ciências sociais e do direito usualmente baseiam seus argumentos na redundância entre as concepções de judicialização da política e de ativismo judicial do STF. A base empírica desses argumentos costuma ser a menção a casos julgados pelo Supremo que, na maioria das vezes, consistem sempre nos mesmos poucos exemplos, indicando uma alta probabilidade de se tratar de mais uma falácia de generalização³⁷³.

Pogrebinschi, como já salientado, tem uma forte preocupação com a base empírica de suas argumentações, no entanto, uma de suas teses, com forte apelo normativo³⁷⁴, destoa dessa linha argumentativa. Os dados apresentados por ela pretendem demonstrar que, “no que tange às relações entre Judiciário e Legislativo, não há de se falar em crise institucional que ameace a estabilidade da democracia brasileira. Ao contrário (...), tais relações permitem vislumbrar um experimentalismo político que tem o potencial de fortalecer a democracia representativa no Brasil.”³⁷⁵ Isso quer dizer que a autora não rejeita a possibilidade do reconhecimento do Judiciário como instituição política, “especialmente, do papel do STF no processo decisório e na

³⁷² (Pogrebinschi: 2011; p. 03-04).

³⁷³ Na opinião da autora, que frequentemente utiliza-se de uma linguagem estatística da ciência política: “O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retratação da capacidade de representação do Legislativo não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra.” (*Ibid*, p. 07-08).

³⁷⁴ “A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.” (*Ibid*, p. 10).

³⁷⁵ (*Ibid*, p. 10).

dinâmica institucional que envolve o Executivo e o Legislativo.³⁷⁶ O argumento central da autora pode-se resumir na seguinte passagem da sua pesquisa: “o STF, longe de ameaçar a expressão da vontade majoritária e enfraquecer o Congresso Nacional, revalida aquela e impulsiona este, contribuindo, assim, a chamada judicialização para o fortalecimento da representação política e para o revigoramento da democracia representativa no Brasil.”³⁷⁷

Até chegar nesse estágio normativo do argumento central da pesquisa, Pogrebischi rebate uma série de hipóteses por meio dos dados coletados, das decisões finais de ações constitucionais do STF contra leis federais e da produção legislativa do Congresso Nacional, incluídas no resultado estatístico de sua pesquisa. Em suma, as hipóteses e os dados direcionam-se no seguinte sentido³⁷⁸:

a) O STF não sofre de uma “dificuldade contramajoritária”, sendo muito inexpressivo o total de suas decisões que declaram a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional (13,32% das ADIs e ADPFs julgadas pelo STF que invalidam leis federais, correspondendo a 0,02% das 12.749 leis promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009);

b) O STF reforça a vontade majoritária expressa no Poder Legislativo federal, sendo muito expressivo o total de suas decisões que se posicionaram de modo deferente ao parlamento. Ao negar provimento às ADIs e às ADPFs ajuizadas contra leis do parlamento, abstendo-se preliminarmente de apreciar a inconstitucionalidade das leis em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o STF também confirma a decisão majoritária do Congresso Nacional. (Em 21 anos, 86,68% das tentativas de impugnação de leis do federais foram indeferidas pelo STF. Desse percentual, 74,35% foram decididas preliminarmente, sem a discussão do mérito.).

c) O STF não ocupa um suposto vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo. (Em 21 anos, a autora constata que, no momento em que o STF julgava procedente no todo ou em parte uma ADI ou ADPF contra norma do Congresso Nacional, havia uma média de 11,75 projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre exatamente o

³⁷⁶ (*Ibid*, p. 08-09).

³⁷⁷ (*Ibid*, p. 13).

³⁷⁸ Optou-se por transcrever quase que literalmente a exposição das hipóteses para resguardar a própria proposta empírica da pesquisa da autora no intuito de preservar os detalhes da pesquisa da autora. (Pogrebinschi: 2011; p. 10-13).

mesmo assunto específico da norma contestada. Além disso, na mesma época, a cada momento em que o STF prolatou decisões procedentes ou procedentes em parte em julgamentos contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, havia, em média 2,6 normas vigentes promulgadas pelo Congresso Nacional que tratavam exatamente dos temas sobre os quais o STF se manifestou.).

d) O STF não enfraquece o Poder Legislativo sobrepondo-se por meio de suas decisões à vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional. (A proporção de decisões do STF procedentes no todo ou em parte de uma ADI ou ADPF contra lei ou ato normativo emanado pelo Poder Legislativo federal, é de uma decisão para 6,85 projetos de lei propostos, logo em seguida, pelo Congresso Nacional sobre exatamente o mesmo assunto específico da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada, no todo ou em parte. Além disso, no que diz respeito às normas promulgadas pelo Congresso Nacional que tratavam exatamente dos mesmos temas sobre os quais o STF se manifestou em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a proporção é de uma decisão do STF para cada 1,29 norma promulgada pelo Congresso Nacional.)

e) Ao analisar o tempo de resposta do Congresso a uma decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal no todo ou em parte, observa-se que o Supremo propulsiona a agenda política do Congresso Nacional, fazendo com que este legisle sobre determinadas matérias e em determinados momentos. (Em média, o tempo de resposta para apresentação de projetos de lei, é de 16 meses após a decisão judicial. Considerando-se o primeiro projeto sobre cada um dos objetos de normas declaradas inconstitucionais, nota-se que 45,83% deles são apresentados em menos de 6 meses após o julgamento do STF. Quanto à legislação aprovada, são 23 meses a média de tempo decorrido entre a declaração de inconstitucionalidade de uma norma e a promulgação pelo Congresso Nacional de norma superveniente cuja iniciativa legislativa tenha sido posterior à decisão do STF.).

f) A proporção de ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal julgadas procedentes e improcedentes durante todo o período analisado é absolutamente simétrica. (Assim, considerando que, segundo a média de leis de iniciativa do Executivo que são aprovadas no Legislativo é de 85%³⁷⁹, não há que se falar em um STF

³⁷⁹ Esses dados são considerados de outra pesquisa empírica organizada pelos professores Fernando Limongi e Argelina Cheibub Figueiredo, denominada *Executivo e legislativo na nova ordem*

governista ou oposicionista, ou seja, o STF não se comporta uniformemente favorável ou desfavorável a nenhuma coalização majoritária formada no Congresso ao longo de todos os governos federais eleitos no Brasil desde 1988 até 2009).

g) O STF, no julgamento das decisões procedentes e procedentes em parte, tem se valido de três recursos institucionais (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; modulação de efeitos da decisão; interpretação conforme a constituição) que tendem a preservar o trabalho do Legislativo, limitando os efeitos das decisões, quando não é evitada a nulidade das leis declaradas inconstitucionais. (De 67 decisões que declaram procedentes ou procedentes em parte que importaram em declaração de inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle concentrado, 36 delas foram aplicadas alguma das técnicas apontadas pela autora. A autora considera significativo que, um terço das decisões do STF que implicam declaração de inconstitucionalidade de lei do Congresso Nacional o façam preservando-a em alguma medida. Também mostra que, das 67 decisões do STF, apenas 31 podem ser consideradas efetivamente decisões contramajoritárias, na qual não é essa tentativa de preservação ou reconsideração da decisão legislativa). Para Pogrebischi, isso indica “a adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte do STF.”³⁸⁰

3.2.2. A seletividade presente nas decisões do STF: A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?

Diferentemente do posicionamento de Thamy Pogrebinschi, a pertinente pergunta levantada nessa pesquisa empírica já antecipa uma abordagem crítica de análise do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade. Ora, se se coloca como possível a prevalência de alguns interesses particularistas extraídos a partir da análise das decisões em sede de ADI, significa dizer que a própria ideia inicial da função do procedimento, conseguinte, a própria legitimidade do procedimento exclusivo do STF estaria em risco.

A pesquisa organizada por Juliano Benvindo e Alexandre Araújo Costa tem por objetivo principal, explicitar, com base em dados empíricos, um perfil do controle concentrado de constitucionalidade pela descrição de evidências que caracterizam esse

constitucional. Destaca-se o gap temporal entre essa pesquisa e a em comento, tratando-se de um dado impreciso. (Figueiredo e Limongi: 2001; p. 49).

³⁸⁰ (Pogrebinschi: 2010; p. 13).

procedimento no contexto brasileiro. “Como uma democracia jovem, ansiosa por trazer resultados efetivos na defesa dos direitos e garantias dos cidadãos, examinar como tem sido exercido o controle de constitucionalidade nessa modalidade é, sem dúvida, um tema que traz interesse, sobretudo no que se refere às possibilidades de arranjos institucionais nesse contexto.”³⁸¹

Outra diferença que pode ser apontada ao comparar as duas pesquisas empíricas é que *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* consegue equilibrar bem o rigor estatístico, também apresentado na pesquisa anterior, com a contextualização teórica centrada em problemáticas sobre o arranjo institucional do sistema constitucional no Brasil. Apesar dos esforços de defesa do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil com um discurso teórico progressista quanto os resultados obtidos, em nenhum momento foi mencionado por Pogrebinski a questão diretamente ligada a seu tema, principalmente ao seu argumento normativo de fundamentação da representação política do Supremo Tribunal Federal.

Ao contrário, a análise de Benvindo e Costa se concentra em tencionar a premissa que atualmente fundamenta as agendas teóricas jurídico-políticas e de reforma institucional do STF em direção a uma progressiva concentração ou abstrativização do controle de constitucionalidade das leis: “a premissa de que o controle concentrado de constitucionalidade é, efetivamente, mais adequado para a defesa de direitos e garantias fundamentais e, portanto, condizente com o espírito democrático originário da Constituição Federal de 1988. Essa premissa é, por isso, o objeto de exame desta investigação: ela deseja mostrar até que ponto se pode realmente assumi-la como argumento plausível, sobretudo por intermédio do cotejo com dados empíricos diretamente obtidos a partir do exame, caso a caso, das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.”³⁸²

A defesa dessa premissa tem pautado reformas institucionais relacionadas ao STF no sentido de conferir outros procedimentos exclusivos que possibilitam novas formas controle de constitucionalidade das leis, por meio de súmulas vinculantes e da repercussão geral, por exemplo. Esses procedimentos já vêm produzindo alguns

³⁸¹ (Benvindo e Costa et al: 2014; p. 07).

³⁸² (*Ibid*, p. 12).

resultados práticos nada satisfatórios³⁸³. No entanto, o otimismo em relação ao controle concentrado de constitucionalidade ainda persiste. O argumento contrafático a ser desconstruído na pesquisa organizada por Benvindo e Costa atinge também a conclusão sugerida pela pesquisa de Thamy Progrebinschi de acordo com o direcionamento proposto pela autora. O argumento consiste na defesa retórica do ministro Gilmar Mendes ao controle concentrado de constitucionalidade: “possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade.”³⁸⁴

Por meio dos dados levantados pela pesquisa, descreve-se um cenário deveras preocupante ao procedimento em questão. Em suma, tentar-se-á classificar e resumir algumas teses apontadas em *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* e conciliar com os resultados empíricos da pesquisa.

a) As decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade não interessam igualmente aos legitimados dentre o rol determinado no texto constitucional e na jurisprudência do próprio STF como intuitivamente pode-se pensar. Os dados mostram uma disparidade entre os legitimados e a propositura da ação, que se concentra em quatro grupos, entre estes, os partidos políticos, o Procurador-Geral da República, as entidades de Classe e os governadores de estado. (O Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e as Assembleias Legislativas dos estados fizeram uso bastante restrito desse instituto, correspondendo apenas a 2% das ADIs ajuizadas no universo total dos processos de 1988 à 2012. A Mesa da Câmara não propôs nenhuma ADI desde a criação do instituto e a Mesa do Senado apenas uma única vez propôs uma ação).

b) No entanto, a classificação para obtenção do perfil das ações foi realizada pelo cruzamento de informações extra-decisórias, como quem era o proponente da ação, e intra-decisórias, com base nas temáticas e nos argumentos utilizados pelo STF à produção da decisão. Sob tais considerações, os que mais tiveram seus interesses atendidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade foram os governadores, cujo perfil das decisões geralmente correspondem de “conflitos políticos entre os governadores que obtiveram êxito (correspondentes a 20% do total das decisões

³⁸³ Sobre os problemas de ineficiência que vem sendo constantes no procedimento de repercussão geral, *Vide*. (Almeida: 2013). Para uma revisão mais aprofundada sobre os efeitos problemáticos da súmula vinculante, *Vide*. (Carvalho: 2012).

³⁸⁴ (Benvindo e Costa et al: 2014; p. 05).

analisadas) referem-se à garantia da iniciativa privada dos chefes do executivo com relação a certas matérias do direito administrativo”³⁸⁵. Também integram esse grupo, os partidos políticos, cujo perfil das decisões corresponde em sua maioria, “em função de seus interesses institucionais e de conveniências político-eleitorais, dado que a grande maioria das decisões se refere à impugnação de normas de direito eleitoral ou normas que refletem na distribuição de cargos eletivos, como é o caso do desmembramento de municípios, e no exercício do poder, como a criação e nomeação de cargos.”³⁸⁶. Já a atuação do Ministério Público por via do Procurador-Geral da República, as análises mostram que “somente o MP é o único ator sem a limitação da pertinência temática cujo êxito na defesa dos direitos fundamentais não foi preponderantemente ligada a interesses corporativos (como no caso dos Partidos Políticos) ou a interesses de grupos de pressão (como no caso da OAB).”³⁸⁷

c) O Supremo Tribunal Federal, por meio de uma jurisprudência defensiva, limita a participação de entidades de classe à defesa dos interesses corporativos, impossibilitando a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade que tratem de interesses públicos no que diz respeito a direitos fundamentais. “[O] fato é que essa alta participação das entidades corporativas nos julgamentos de procedência baseados em direitos fundamentais indica que esse tipo de argumentação está sendo utilizada amplamente na defesa dos interesses corporativos.”³⁸⁸ (As ADIs procedentes com base na defesa de direitos fundamentais representam 15% das decisões de procedência das Entidades de Classe que, com relação a todas as decisões do STF que invalidaram normas com base em direitos fundamentais, representa 27% do total. A pesquisa aponta para a possível confusão que a temática de argumentação em defesa de direitos fundamentais nas decisões do STF pode causar na atribuição direta, nesse contexto específico, a proteção direta de interesses públicos).

d) Entidades patronais como a Confederação Nacional do Comercio de Bens e Serviços e Turismo (CNC) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) tem uma atuação mais ativa que as dos trabalhadores, sendo preponderantes as decisões em defesa dos benefícios fiscais das entidades inseridas na temática de defesa de direitos fundamentais. “[T]iveram uma participação constante e exitosa nas ADIs as entidades

³⁸⁵ (*Ibid*, p. 74).

³⁸⁶ (*Ibid*, p. 75).

³⁸⁷ (*Ibid*, p. 76).

³⁸⁸ (*Ibid*, p. 77).

patronais e aquelas que defendem os interesses de servidores públicos, especialmente daqueles ligados ao sistema de justiça e à segurança pública (como juízes, delegados, defensores, membros do MP, advogados e policiais). Associações ligadas a outras profissões tiveram baixo índice de participação e índice nulo de procedência, o que indica que as classes envolvidas mais diretamente ligadas à aplicação do direito souberam aproveitar-se de modo mais eficaz dos processos de judicialização da política e que o STF foi bastante sensível às suas postulações”³⁸⁹.

e) O controle de constitucionalidade conduzido pelo STF, ao se realizar um triplo cruzamento de informações sobre aspectos que caracterizam o perfil geral das decisões dos atores, ao perfil político dos legitimados, com a jurisprudência restritiva do Supremo, conclui-se que o controle concentrado no Brasil “privilegia a garantia dos interesses institucionais e corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre peço MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.”³⁹⁰

f) “Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos. (...) Nessa medida, o processo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no que toca às ADIs, aparentemente não se mostra apto a gerar um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes para a população em geral, especialmente na medida em que os atores que podem protagonizar as ADIs estão mais vinculados aos seus interesses

³⁸⁹ (*Ibid*, p. 77).

³⁹⁰ (*Ibid*, p. 77).

corporativos e institucionais que à garantia do interesse comum. Assim, o discurso que deu margem à ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988, como uma forma de tornar socialmente mais aberto o controle concentrado, mostra-se na prática vazio, pois os novos legitimados atuam quase que apenas em nome de interesses de grupos específicos.”³⁹¹

g) “A questão a ser enfrentada é a dos processos de seletividade a partir dos quais são definidos os interesses que serão tutelados por meio do controle concentrado. Atualmente, há uma forte seletividade em termos de agentes legitimados (que fortalece o controle federativo e o corporativo), combinado com uma seletividade nas decisões judiciais (que privilegiam o controle formal e o material baseado em regras de estrutura administrativa, e não na eficácia dos direitos fundamentais). Assim, o problema fundamental não é de eficiência nem de celeridade, pois importa pouco saber quantos pedidos serão julgados e quando eles serão decididos, quando existe um comprometimento estrutural do sistema com redes de seletividade que contribuem para um esvaziamento das ADIs como forma de efetivação de direitos fundamentais e de garantia dos interesse público. De pouco adianta concentrar os esforços legislativos, administrativos e jurisprudenciais na conquista de uma maior eficácia, quando o problema fundamental do sistema de controle concentrado está nas formas perversas de seletividade que ele engendra.”³⁹²

4. Argumento final: Por que o controle de constitucionalidade no Brasil interessaria a alguém? A crise do Estado de direito sob a ótica de Marcelo Neves e Jürgen Habermas

Neste capítulo final, buscou-se sintetizar os problemas e alguns discursos teóricos que se propõem analisar tais problemas referentes à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, em sede do controle concentrado de constitucionalidade. Observou-se a ocorrência de dificuldades desde a formação de uma unidade decisória dos acórdãos, às pretensões de hierarquização do procedimento jurisdicional do STF em relação ao procedimento legislativo-parlamentar pela expansão do controle concentrado, a surpreendente reação positiva do Congresso Nacional frente

³⁹¹ (*Ibid.*, p. 77 e 79).

³⁹² (*Ibid.*, p. 80).

à expansão do controle como demonstra Thamy Pogrebinski, e, por fim, a grave situação de instrumentalização do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade por interesses particularistas, como apontaram Benvindo, Alexandre Costa e os demais pesquisadores de “*A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?*”. De fato, o Supremo e seus ministros tem demonstrado não seguir a risca o discurso de guardião da Constituição pela afinidade seletiva com que resguardam interesses bem definidos, a defesa da constituição apenas para promoção de direitos de servidores públicos e entidades de classe, especialmente, entidades patronais³⁹³.

Apesar de todas as evidências preocupantes que, segundo o modelo de Estado democrático de direito, configurariam uma situação de crise, as reflexões teórico-constitucionais que se debruçam por estas situações parecem contidas por um sentimento de otimismo, afastando-se de qualquer hipótese e diagnóstico de gravidade. Desse modo, os flagrantes desequilíbrios observáveis nas descrições do ativismo judicial e da judicialização da política, ao invés de apreendidas com certa cautela, passam a ser vistas como práticas de legitimação do procedimento jurisdicional em meio a uma função compensatória das instâncias políticas. Segundo essa visão, a expansão do poder judiciário na figura do STF se encaixaria perfeitamente “em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo.”³⁹⁴ Logo, as reiteradas práticas de controle das leis e de extensão das competências de controle exercida pelo STF, cujo

³⁹³ Nesse sentido, como exemplo de seletividade em seus julgamentos, pode-se citar a ADI de nº 1.625 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) que questiona o decreto de nº 2.100/96, expedido pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo conteúdo criaria dificuldades para o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. A Contag questiona a constitucionalidade do decreto pela convenção da OIT tratar de direitos sociais e pela denúncia não ter sido apreciada no Congresso Nacional. A ação foi distribuída pela primeira vez em 1997, e até o presente momento (2014) ainda não foi concluída a apreciação pelo Supremo. Observando o andamento processual constata-se uma série abusiva de pedidos de vista. Em 1997, foi feito um pedido de vista pelo então Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, que durou 04 anos. O min. Nelson Jobim também pediu vistas em 2003 do processo, que foi renovada e 2004, decidindo, antes de sua saída do STF, pela improcedência da ação. Joaquim Barbosa, também pediu vistas em 2006 e proferiu voto-vista, em 2009, pela procedência da ação. Logo em seguida, a então presidente do STF, min. Ellen Gracie, pediu vistas em 2009 e segurou o processo sem nenhuma decisão até sua ausência do Supremo. O processo encontra-se em tramitação no STF à aproximadamente 17 anos. Atualmente os autos encontram-se no gabinete da ministra Rosa Weber desde maio de 2014. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>> Visto em: 04/09/2014.

³⁹⁴ (Barroso: 2011a; p. 238).

questo de excepcionalidade parece ter se esvaído da memória dos analistas constitucionais, afincam-se cada vez mais como regra. A intensificação de contracircularidades do procedimento jurisdicional do Supremo Tribunal Federal frente à função legislativo-parlamentar, é apresentada como uma nova roupagem do tribunal, sendo vista como uma forma de “experimentalismo institucional” que “fortalece a democracia representativa, possibilitando uma resposta dialética às tentativas de superá-la.”³⁹⁵ As novidades são tomadas como aperfeiçoamento. Justamente, mantendo tal padrão argumentativo, as práticas institucionais passam a se adequar a novas facetas que indicariam uma transformação positiva do Estado democrático de direito. No entanto, não se atentam para a diferença do padrão de exigência da estrutura normativa do Estado democrático de direito, e a possibilidade de uma *normose institucionalizada*, que atenuam as falhas representativas do procedimento legislativo-parlamentar, e minoram os efeitos destrutivos de uma contínua expansão da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente das teses correntes no Brasil, cujas inovações teórico-discursivas ou as novidades das práticas institucionais são recebidas com muita complacência, Habermas e Neves ressaltam os inúmeros problemas e as dificuldades de concretização do Estado democrático de direito nas sociedades complexas. Entre as duas visões, há uma diferença fundamental quanto ao referencial de análise. Enquanto os discursos teóricos aqui analisados contentam-se em observar apenas a atividade das organizações, ou as relações institucionais estritamente delimitadas entre parlamento e tribunal constitucional, Habermas e Neves se debruçam sobre o Estado democrático de direito inserido no contexto social, estabelecendo uma conexão entre as dinâmicas sociais e as dinâmicas constitucionais institucionalizadas. Evidentemente, os marcos teóricos partem de perspectivas distintas. Nesse sentido, serão analisados em seguida a forma com que os autores observam as dificuldades de implementação do Estado democrático diante a complexidade da sociedade moderna, especificamente, aos problemas em destaque no contexto do Brasil.

³⁹⁵ (Pogrebinschi: 2010; p. 182).

4.1. A compreensão procedimental sobre a crise do Estado de direito: O projeto habermasiano de uma comunidade jurídica que se auto-determina politicamente

O diagnóstico de Habermas a cerca do Estado de direito pode ser resumido na seguinte passagem: “Os sinais de erosão do Estado de direito assinalam, sem dúvida, a tendências de crise; no entanto, o que ocorre é muito mais a *insuficiente institucionalização de princípios do Estado de direito*, que tornam a atividade estatal cada dia mais complexa, do que o diagnóstico sem saída de uma sobrecarga da atividade do Estado.”³⁹⁶ O filósofo alemão estrutura seu argumento levando em consideração não apenas as codificações, os modelos interpretativos, as doutrinas jurídicas ou as decisões judiciais, mas principalmente as genéricas imagens implícitas que cada fonte informativa observa a institucionalização do sistema jurídico na sociedade, suas estruturas, realizações, potencialidades e perigos. Trata-se daquilo que o autor denomina por compreensão paradigmática do direito.³⁹⁷

Nesse sentido, para entender os reais obstáculos de concretização do Estado democrático de direito, Habermas antecipa quais seriam as formas inadequadas de observação das relações entre Estado e sociedade. Segundo o autor alemão, dois paradigmas apresentam-se como concorrentes, o paradigma do Estado liberal e o paradigma do Estado social, cujos diagnósticos não conseguem apreender devidamente a complexidade da sociedade moderna, elencando características equivocadas de crise do Estado. Para tanto, Habermas apresenta o paradigma procedimental, que congrega elementos normativos e descritivos sobre uma teoria do direito fundada no discurso, uma teoria da sociedade fundada na comunicação e uma determinada concepção de direito como meio transformador das instâncias formais administrativas. Com o

³⁹⁶ (Habermas: 2010a; p. 522).

³⁹⁷ “Para caracterizar a compreensão paradigmática do direito, própria a determinada época social, introduziram-se as expressões: ‘ideal social’, ‘visão social’ ou, simplesmente, ‘teoria’. Todas tem a ver com concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais. (...) Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do ‘paradigma correto’.” (*Ibid*, p. 473-74).

“paradigma correto”, Habermas observa ser possível uma compreensão das demandas sociais e das implicações mútuas entre Estado de direito e sociedade moderna.

Segundo o autor, a disputa liberal e social das imagens estatais apresenta um quadro de crise exagerada do Estado que termina por neutralizar as reais possibilidades de concretização do Estado democrático de direito. Este quadro resume-se em dois pontos essenciais: a atividade regulatória adquirida pela administração em meio ao Estado social e a garantia jurisdicional de direitos fundamentais, que enfraquece as atividades legislativas do parlamento e, conseqüentemente, impulsiona uma reformulação do princípio clássico de separação de poderes. Sob a ótica liberal, somente através da legislação parlamentar era possível a programação do Estado. A regulação social pela administração pública ficava adstrita à garantia da lei e da ordem, sido vista com maus olhos às interferências na economia de mercado, anteriormente, compreendida como esfera social autorregulada. Com o Estado social, além das críticas provenientes de uma fixação do paradigma liberal, a administração antes mantenedora da ordem, passa a prestadora de serviços, “que assume tarefas de provisão, de elaboração de infraestrutura, de planejamento e de previsão de riscos, portanto, tarefas da regulação política em sentido amplo, age voltada para o futuro e para a cobertura de grandes espaços; suas intervenções tocam, além disso, as relações entre sujeitos privados e grupos sociais.”³⁹⁸

A forma liberal do direito presente nas legislações caracteriza-se pela garantia de direitos subjetivos, pelas especificidades civis e por ser voltada para o passado. Esta sede espaço outra forma mais ampliada do direito direcionada à garantia de direitos coletivos, relativa a medidas políticas, regulatórias e leis experimentais de caráter temporário. Como consequência desse processo de materialização de direitos, gerou-se, em contrapartida, uma maior indeterminação dos conceitos jurídicos e políticos e, portanto, estenderam-se consideravelmente as possibilidades interpretativas por parte dos juízes e tribunais. No entanto, o paradigma social começou a apresentar problemas na medida em que aumentaram as tarefas de regulação, tornando o legislador um figurante dispensável do Estado. Assim, a administração pública passa a contar com a cooperação de empresas, grandes organizações e associações, abrindo a possibilidade das atividades regulatórias serem mediadas economicamente entre a administração e

³⁹⁸ (*Ibid.*, p. 517).

seus cooperadores. Até mesmo os partidos políticos, antes catalisadores capazes de transformar a influência política e jornalística em poder comunicativo, passam a intermediar as negociações econômicas da administração pública e instrumentalizar a esfera pública objetivando aumento de sua capacidade de interferência no poder administrativo.

Segundo Habermas, para além desse quadro de crise sem saída, pode-se observar um processo de justificação, aprendizagem e estruturação dos fundamentos do Estado que garantem a eficácia da atividade estatal³⁹⁹. Nesse sentido, distinguem-se, dos problemas de crise do Estado, apresentados a cima, os seus níveis de legitimidade no domínio da administração. Assim, observando as aquisições: de manutenção da ordem e domesticação do poder estatal; da distribuição justa das compensações sociais e superação da pobreza produzida pelo capitalismo; e a tarefa de controle dos riscos coletivos prevenindo-se contra os irrefletidos desenvolvimentos tecnológicos da ciência e da técnica; - é possível traçar três níveis de justificação da administração⁴⁰⁰, três metas ideais diretamente relacionadas à legitimação do domínio estatal: “segurança jurídica, bem-estar social e prevenção.”⁴⁰¹

No entanto, o quesito estatal *legitimidade*, segundo Habermas, não se restringe apenas ao domínio da administração. As condições de eficácia administrativa possibilitam as condições de legitimidade do Estado, no entanto, estes dois aspectos da ordem política não são completamente coincidentes⁴⁰². Complementar à eficácia da administração estaria à implementação dos princípios que tornam possíveis a realização do Estado democrático de direito, perceptíveis não apenas nas operações concretas ao nível de administração pública, mas em outro nível de abstração. Somente analisando os fluxos comunicativos e as influências da esfera pública aos órgãos políticos e jurídicos é

³⁹⁹ Habermas conceitua a legitimidade enquanto “capacidade de um ordenamento político ser reconhecido. A *exigência ou pretensão de legitimidade* liga-se à conservação, no sentido da integração social, da identidade normativamente estabelecida de uma sociedade. As legitimações servem para satisfazer essa pretensão, ou seja, para mostrar como e por que instituições existentes (ou propostas) estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos de identidade de uma sociedade.” (Habermas: 1983; p. 224).

⁴⁰⁰ “Por ‘níveis de justificação’, desse modo, entendo as condições formais da aceitabilidade dos fundamentos, que conferem eficácia às legitimações; em suma, que lhes conferem a força de obter consenso e de formar motivos. Esses níveis podem ser colocados em ordem hierárquica. Às legitimações de um estágio superado, qualquer que seja seu conteúdo, são invalidadas quando se passa para ao estágio imediatamente superior: não é mais esse ou aquele fundamento, mas sim a *espécie* de fundamento que não convence mais.” (*Ibid*, p. 225).

⁴⁰¹ (Habermas: 2010a; p. 520).

⁴⁰² (*Ibid*, p. 521).

possível observar a legitimação do Estado democrático de direito e garantir uma comunidade jurídica que se auto-determina politicamente. “Neste contexto”, afirma Habermas, “é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, uma maior participação das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. (...) No paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é tida como a antessala do complexo parlamentar e como a periferia que *inclui* o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político.”⁴⁰³

Portanto, a atuação da esfera pública é de fundamental importância para a complementariedade do poder político legislativo-parlamentar e do poder jurisdicional de juízes e tribunais. Procedimentos institucionalizados que conectam essas duas dimensões de tensão e complementariedade, o procedimento eleitoral e outros canais de participação popular, convertem as diferentes formas de opinião pública em poder comunicativo. Nesse sentido, Habermas observa o processo de legitimação do Estado via poder comunicativo intermediado pela esfera pública: a) na autorização do legislador; b) na legitimação da atividade regulatória da administração; c) e pela mobilização crítica do direito e estímulo a atividade jurisdicional de assegurar os direitos indisponíveis (direitos fundamentais).

Contudo, há um detalhe que deve ser levado em consideração para uma devida transposição do modelo de legitimação do Estado democrático de direito na teoria do discurso. Habermas deixa claro que a delimitação institucional utilizada para realizar os estudos presentes no livro *Facticidade e Validade* são as tradições germânica e norte-americana. Assim, com relação aos estudos sobre jurisdição constitucional, são consideradas a doutrina jurídica e a atividade jurisdicional em que envolvem a Suprema Corte norte-americana e o Tribunal Constitucional Federal alemão. Num esforço comparativo, trazendo a analítica habermasiana ao contexto brasileiro, algumas dificuldades tornam a aparecer.⁴⁰⁴ A teoria discursiva do Estado democrático de direito parte de uma análise crítica da atividade de uma administração pública e uma jurisdição constitucional inseridas no contexto de um Estado social consolidado. No entanto,

⁴⁰³ (Habermas: 2010a; p. 528-29).

⁴⁰⁴ Diferentemente, numa aplicação direta do paradigma procedimental habermasiano, Cf. (de Oliveira: 2012 p.184 e ss).

difícilmente pode-se afirmar que a experiência de consolidação do bem-estar social no Brasil, a partir de 2004, seria equivalente aos mecanismos de seguridade social já consolidados nos Estados Unidos e na República Federal da Alemanha. Tal dificuldade comparativa incide, não apenas à metodologia utilizada pela jurisdição constitucional na no processo de aplicação do direito, mas sim quanto ao grau de concretização de direitos constitucionais e eficácia social do texto constitucional, elementos componentes das normas constitucionais. Nesse sentido, como aponta o estudo de Cláudia do Valle Benevides ao reconstruir historicamente o modelo de Estado de bem estar social institucionalizado no Brasil, a autora conclui que, “[o]s gastos sociais no Brasil estão em expansão, embora estejam ainda bem abaixo dos montantes registrados nos países mais igualitários. Além disso, gastos em serviços de cuidado, diante do envelhecimento populacional, e na educação pré-primária, que permitem a desfamiliarização, não são priorizados, prevalecendo gastos em áreas mais tradicionais.”⁴⁰⁵

Além da dificuldade estrutural da eficácia administrativa (bem estar social), outro reflexo da premissa de Estado social consolidado para uma devida apropriação da teoria habermasiana se manifesta na elaboração do conceito de esfera pública política presente nos estudos constitucionais de Jürgen Habermas. Ao lidar com o problema da legitimação do Estado democrático de direito, Habermas não leva em consideração a existência fática de situações de exclusão social. Nesse sentido, Pedro Ribeiro afirma que, “[t]anto a questão de ‘racionalização da dominação’, tal como formulado em 1961, quanto a problemática da ‘legitimação’ em Estados Democráticos de Direito em 1992 não acessam a questão da exclusão social presente em grande parte da sociedade mundial. Assim, ainda que Habermas delimite a esfera pública a um contexto político de legitimação, a questão da existência *fática* de severas restrições ao princípio da inclusão ‘de todos os potencialmente atingidos’ na esfera pública não parece ter sido bem resolvida dentro da teoria do autor.”⁴⁰⁶ Os pensadores racionais que comunicam-se entre si na formação de uma opinião pública e da interferência nas formas de institucionalização do poder estatal, estariam integrados socialmente no modelo da esfera pública habermasiana. Mas entre estes participantes da cidadania ativa, também haveria lugar aos que pensam diferentemente dos sujeitos racionais? Como as pessoas socialmente invisibilizadas, que vagam pelas ruas, poderiam participar racionalmente da

⁴⁰⁵ (Benevides: 2011; p. 84).

⁴⁰⁶ (Ribeiro: 2012; p. 203).

racionalização da esfera pública? Ou mesmo aqueles cujos pensamentos são excluídos ou os discursos não ressoam durante as deliberações políticas ou jurídicas, como estariam incluídos na esfera pública? Este é o ponto essencial da crítica de Niklas Luhmann ao conceito habermasiano de esfera pública: “Se todos podem desfrutar das mesmas condições de igualdade e liberdade, parece não haver mais exclusão – não mais escravidão legal, nenhuma impossibilidade de fala determinada estruturalmente, nenhum efeito sistêmico pelo qual muitos são excluídos do trabalho e da renda.” E complementa: “Isso reflete um criticismo ao contrário do valor conceitualizado se visto como um problema terapêutico ou como uma ajuda estrangeira. Aqueles que testemunharam as favelas e metrópoles sul-americanas, ou que estão cientes das muitas pessoas solitárias que vivem em suas comunidades, vão rapidamente chegar a conclusões bem diferentes.”⁴⁰⁷

4.2. A modernidade periférica como pano de fundo para compreensão do Estado democrático de direito no Brasil: por que o controle de constitucionalidade interessaria a alguém?

Não é à toa que se considere no Estado Democrático de Direito no Brasil, observando-se de modo indiferente às concepções sociológicas, ou seja, tomando-o como modelo normativo, a regência de um estado de exceção na qual nem o direito nem a política conseguem, evidentemente, estabilizar expectativas normativas de forma generalizada. No entanto, esta seria uma conclusão de quem afasta o modelo de Estado democrático de direito a possibilidade condicionamento de diversos fatores sociais. Deve-se, então, optar ou pela desilusão, ou pelo esforço descritivo de tentar compreender quais os fatores que condicionam as insuficiências de reprodução do modelo de Estado democrático de direito na sociedade moderna, mais especificamente, no contexto do Brasil. Ou seja, não basta constatar a quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade, mas sim, explicar o porquê o controle concentrado de constitucionalidade interessaria, de modo tendencioso, a interesses particularistas de servidores públicos, associações de servidores públicos, partidos políticos e mandatários.

⁴⁰⁷ (Luhmann: 1998a; p. 169-70).

Nesse sentido, a teoria de Marcelo Neves sobre o Estado democrático de direito leva certa vantagem com relação à teoria habermasiana, pois além de apresentar um modelo, assim como o filósofo social alemão, apresenta quais os paradoxos, e impotências que podem vir a comprometer o modelo de Estado democrático de direito. Como já descrito, tal modelo de Estado se insere no contexto de uma sociedade mundial, possibilitando a observância do condicionamento negativo do modelo estatal aos diversos fatores e estruturas sociais. Em suma, Neves oferece, ao descrever as dificuldades de implementação do modelo de Estado democrático de direito, uma visão gradativa do processo de concretização constitucional e enraizamento social, comparando-as às exigências normativas do modelo de Estado constitucional.

Nesse sentido, a sociedade moderna, na teoria de Neves, se reproduz primariamente com base no código econômico (ter/não-ter) que se expande hipertroficamente sob os sistemas sociais que necessitam de uma estruturação regionalizada (o direito e a política). Assim, “[a] dificuldade de impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas às relações e organizações econômicas transnacionais resulta em limites à realização do Estado Democrático de Direito.”⁴⁰⁸ Estas dificuldades decorrentes se manifestam em todo o globo, por exemplo, com relação a problemas ecológicos, de criminalidade econômica internacional, e etc.

Ao confrontar-se com as situações de ativismo judicial e judicialização da política, num primeiro momento, é comum a pressuposição de um Estado forte, soberano, capaz de garantir as necessidades sociais e, ao mesmo tempo, capaz de se impor-se irrestritamente à sociedade civil. Mediante a atividade burocrática e jurisdicional do Judiciário, o Leviatã estaria se expandindo de modo exagerado e impositivo à sociedade, utilizando um de seus tentáculos mais devastadores, o procedimento contra majoritário, ou seja, que independe do consentimento da maioria. No entanto, se intuitivamente pode-se pensar dessa forma, exclui-se a possibilidade de o problema consistir, exatamente, na dificuldade de generalização de expectativas normativas por meio do direito e da política, ou seja, um curto-circuito presente na própria forma do direito. Mas como seria explicada esta dificuldade presente na própria forma do direito? Neves afirma que, “[n]a modernidade periférica, à hipercomplexidade social e à superação do ‘moralismo’ fundamentador da diferenciação hierárquica, não se

⁴⁰⁸ (Neves: 2013; p. 218).

seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isso nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante.”⁴⁰⁹

A tese da modernidade periférica de Marcelo Neves torna-se aberta à hipótese de que a diferenciação funcional dos sistemas sociais não produziu os mesmos efeitos na sociedade mundial, mas sim, é possível notar que a flecha desse processo sócio-evolutivo apresenta-se de modo bifurcado. Sob tais premissas, as deficiências e possibilidades do Estado constitucional no Brasil são explicadas se se analisar o modelo de Estado democrático de direito no contexto da modernidade periférica. Nesse sentido, pode-se observar sob quais circunstâncias o controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal se revela ilegítimo.

Diante de uma situação de hipercomplexidade, as decisões judiciais devem ser tomadas visando o consenso procedimental e o dissenso contitudístico, que emerge da esfera pública pluralista. “A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito.”⁴¹⁰ Dessa forma, pode-se explicar porque interesses particularistas, tais quais os apresentados por Juliano Benvindo, Alexandre Araújo Costa e os demais pesquisadores, passam a instrumentalizar o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, sem cair em lugares comuns de atribuir tal disfunção apenas às organizações, como se a culpa fosse exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, ou seja, como se o Supremo estivesse à parte do todo social. Nesse sentido, esclarece Neves que não se trata de uma supremacia autoritária do Supremo, “[n]a verdade, trata-se antes de fragilidade do Estado perante as pressões de uma ‘sociedade desestruturada’ pela insuficiência de diferenciação funcional e ausência de uma esfera pública pluralista, fundada na universalidade da cidadania.”⁴¹¹ Nesse sentido, o ativismo judicial e a judicialização da política consistiriam em um resultado de vários fatores que

⁴⁰⁹ (*Ibid.*, p. 238).

⁴¹⁰ (*Ibid.*, p. 239).

⁴¹¹ (*Ibid.*, p. 243-44).

provocam um desarranjo derivado do modelo de Estado democrático de direito no Brasil, não somente na preponderância de uma organização estatal sobre outra.

As circunstâncias de ilegitimidade do controle concentrado de constitucionalidade revelam-se justamente na arbitrariedade seletiva apresentada pela prática do procedimento jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Tanto o consenso procedimental necessário de imparcialidade e legalidade ao não admitir qualquer privilégio da atuação estatal a grupos específicos, quanto o dissenso conteudístico também exigido, nos esforços de consideração universalista e filtragem de valores, interesses e âmbitos discursivos no processo de aplicação (interpretação) do direito, todas as duas exigências de legitimação do Estado acabam deteriorados quando decisões judiciais que privilegiam alguns grupos sociais em detrimento de outros são reproduzidas pelo procedimento jurisdicional exclusivo do STF.

Estas assimetrias, nas quais, alguns interesses são sobrevalorizados e outros subvalorizados pelo Supremo, podem ser descritos sob o contexto de relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional. Vale lembrar que, tais classificações não são posições absolutas, “não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas”, mas sim em situações observáveis na facticidade social. Ocorre que, parcelas da sociedade se apresentam regularmente situadas em um dos dois polos. Aqueles que se beneficiam, preponderantemente, das decisões judiciais em sede de controle concentrado, partidos políticos, mandatários, servidores públicos e associações de servidores, estariam sobreintegrados, enquanto que as minorias que dependem das decisões judiciais do Supremo para uma possível concretização de seus direitos, integrariam a condição de subintegrados. Tal relação, de subintegração e sobreintegração afigura-se de modo inseparável. Os grupos privilegiados, apoiados pela burocracia estatal, desenvolvem ações que bloqueiam a reprodução indiscriminada dos procedimentos que envolvem o Estado democrático de direito. Isso explica, de um modo geral, porque a organização legislativo-parlamentar, como demonstra Thamy Pogrebinski, ao invés de constantemente reivindicar seu espaço de atuação procedimental, compactua por meio de sua posição de inércia com as expansões do Supremo. Assim, os favorecidos pela jurisdição constitucional do STF, ou seja, os sobreintegrados estariam excluídos do sistema jurídico, na medida em que se posicionariam a cima desta esfera social, transformando-o em um “meio de consecução

de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.⁴¹² Tal fato evidencia a carência de cidadania da sociedade no Brasil. Relacionada tanto ao subintegrado quanto ao sobreintegrado, a cidadania é entendida como “mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres”⁴¹³. Em Habermas, no entanto, a cidadania é pressuposta, condição de possibilidade da esfera pública nas quais cidadãos livres e iguais poderiam comunicar-se discursivamente.

A presença de formas seletivas de assimilação da esfera pública na produção decisória do STF afeta a própria função da Constituição, a saber, a distinção entre política e direito, realizando um paradoxo que parece insuperável na atividade jurisdicional do controle concentrado: a atividade decisória em sede de controle concentrado passa a oferecer bloqueios sociais destrutivos à própria concretização constitucional. Dessa forma, o favorecimento de parcelas da sociedade pelo STF instrumentaliza a própria Constituição. Especialmente quanto às decisões de controle concentrado, àquelas que supostamente garantem a concretização de direitos fundamentais das minorias, por exemplo, a ADI de nº 4.277 e a ADPF de nº 132 (união homoafetiva), a ADPF de nº 186 (política de cotas às universidades) e a ADI de nº 3.510 (interrupção da gravidez de fetos anencefálicos), que fazem parte de uma prática residual do Supremo Tribunal Federal, funcionam muito mais como constitucionalização simbólica do que efetivamente como concretização do direito constitucional. Em tais decisões, o ativismo judicial do Supremo se mostra mais presente, pois as decisões são marcadas por uma grande apologia de valores fundamentais identificados na constituição, no entanto, precárias, com baixo grau de fundamentação e justificação da aplicação do direito realizada nas decisões judiciais. Assim, a decisão judicial proferida nestes contextos residuais geralmente se estrutura deficitariamente, tornando-se enfraquecida perante a esfera pública por conta da frágil capacidade vinculatória. Nesse sentido, a constitucionalização-álibi praticada pelo Supremo pode ser explicada segundo a seguinte metáfora: sob um cenário de um parlamento espelhado numa sociedade de abismos sociais, o Supremo assume a persona de falso-herói identificado com os valores constitucionais, que planeja, de forma ativista, irritar e provocar o procedimento legislativo-parlamentar como forma de

⁴¹² (*Ibid*, p. 250).

⁴¹³ (*Ibid*, p. 254).

correção racional do parlamento. No entanto, a atitude heroica do Supremo esconde, atrás das coxias, um diálogo cínico com o parlamento, este interessado justamente em se desonerar de casos difíceis e debates públicos de grande repercussão social. Assim, preocupado em manter o roteiro da tragédia, o Supremo passa a encenar (decidir juridicamente), em casos residuais, de modo despreocupado à consistência jurídica e adequação social de suas decisões. O enfraquecimento das decisões judiciais, provocado pela própria manutenção regular de favorecimento de grupos sociais específicos pelo STF, torna qualquer tentativa de concretização das normas constitucionais pelo tribunal, uma perniciosa “concretização jurídica desconstitucionalizante”⁴¹⁴. Assim, “[o] Estado democrático de direito não se realiza pela simples declaração constitucional de procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação de relações de subintegração e sobreintegração.”⁴¹⁵

Nesse sentido, observa-se uma relação circular entre a postura ativista do Supremo Tribunal Federal baseada na metodologia decisória adotada pela Corte (ativismo judicial), e a contínua expansão das competências jurisdicionais do STF capazes de absorver, das instâncias políticas, o foro discursivo de questões de grande repercussão social (judicialização da política). Tal relação, que se materializa no diálogo cínico entre parlamento e tribunal constitucional, revela-se enquanto concretização jurídica desconstitucionalizante no contexto do Brasil.

Como exemplo demonstrativo, pode ser elencado o caso da ADI de nº 4.277 e da ADPF de nº 132. Nesta decisão, foi requerido ao Supremo Tribunal Federal que interpretasse conforme a constituição o dispositivo no art. 1723 do Código Civil, a fim de estender os efeitos da união estável às uniões homoafetivas, ampliando o conceito jurídico de entidade familiar, textualmente restrito e excludente ao se considerar a expressão “entre o homem e a mulher”. Esse entendimento implicaria, na prática, na garantia de direitos civis de sucessões e direitos sociais previdenciários entre companheiros homoafetivos. Uma primeira dificuldade que se aponta no texto final do acórdão diz respeito à imprecisão das fundamentações jurídicas às razões de decidir que contrastam com a unanimidade com que o voto do relator foi recebido pelos demais

⁴¹⁴ (Neves: 2013; p. 256).

⁴¹⁵ (*Ibid.*, p. 258).

ministros⁴¹⁶. Essa dissonância se evidencia no entendimento presente nos votos dos min. Lewandowski, Peluso e Gilmar Mendes, que concordaram com a proteção constitucional à união homoafetiva, no entanto, discriminando negativamente a união de pessoas do mesmo sexo e diferenciando-a do conceito jurídico de família. Ou seja, para esses ministros, a orientação sexual ainda é determinante como critério de configuração do conceito jurídico de família, conferindo privilégios jurídicos às disposições sociais e biológicas dos casais héteros em detrimento dos casais homo, que não constituiriam em uma família, mas em um novo conceito jurídico de entidade familiar⁴¹⁷. No intuito de demonstrar alguma deferência ao poder legislativo, a matéria que se encontra em divergência entre os ministros - se a união entre duas pessoas do mesmo sexo representa uma família ou uma nova forma de entidade familiar ao sistema jurídico -, foi transformada em matéria aberta à conformação legislativa. Assim, se por um lado o ativismo judicial do Supremo e a expansão de suas competências se justificariam pela desfuncionalidade legislativa do parlamento, o “silêncio legislativo” como descreve o min. Luiz Fux, por outro, o Supremo mostrou-se conivente em parte ao silêncio parlamentar. Em decisão floreada de valores e princípios fundamentais, no final das contas, conferiu-se ao legislativo decidir pela igualdade ou não da união homoafetiva enquanto família civil. Neste caso, observa-se que a propensão metodológica de defesa e ponderação de princípios e valores fundamentais confere ao Tribunal o arbítrio de ampliar a dimensão simbólica de suas decisões em detrimento da consistência jurídica de seus argumentos. Nestas decisões ativistas, o Supremo aparenta identificar-se com valores constitucionais perante a esfera pública, ao mesmo tempo, que enfraquece suas próprias decisões judiciais. Assim, a exploração política do Supremo garante a expansão de suas competências decisórias (judicialização da política) que, no entanto, transparece uma legitimação do procedimento jurisdicional. Isso faz com que o parlamento se desonere politicamente das decisões sociais de grande repercussão e que o Supremo mantenha sua aparente proximidade a valores constitucionais, comprometendo a própria concretização da constituição.

⁴¹⁶ Nesse sentido, (Martins: 2014; p. 249).

⁴¹⁷ A obscuridade desse entendimento pode ser representada pela incompreensível retórica no jogo de palavras realizada pelo min. Lewandowski: “Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma ‘união estável homoafetiva’, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma ‘união homoafetiva estável’ [alguém entendeu a diferença com esse jogo de palavras?], mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.”(p. 112). < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Visto em: 12/09/2014.

Por fim, após um esforço argumentativo de responder o por quê do controle concentrado interessar a alguém, uma última questão, correlacionada àquela, pode ser colocada da seguinte maneira: quais os efeitos dessa relação patológica de concretização jurídica desconstitucionalizante do Estado democrático de direito, na qual contribui o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, ao favorecer interesses particularistas? Além da relação circular entre judicialização da política e ativismo judicial, exposta a cima, que ocorre no nível das organizações ou instituições, ou do déficit de concretização constitucional cujo efeito é sentido no nível dos sistemas sociais, outras consequências podem ser percebidas nas reflexões jurídicas sobre o direito constitucional. O discurso teórico que se debruça sobre o Supremo Tribunal Federal ou mesmo os utilizados pelos próprios ministros do Supremo, a função da jurisdição constitucional, e o controle concentrado de constitucionalidade, constantemente destacam o caráter político das decisões judiciais ou da dimensão política no processo de interpretação do direito. Por vezes, também, modelos teóricos são transplantados sem nenhuma preocupação da produção das ideias em um lugar específico, e da conformidade social na reprodução das mesmas ideias em outros lugares. Este diagnóstico se encaixa perfeitamente às importações teóricas que caracterizam tanto o discurso de judicialização da política e ativismo judicial comentados anteriormente, como as pesquisas empíricas sobre o controle concentrado de constitucionalidade destacadas na presente dissertação. Mais especificamente sobre as pesquisas empíricas, observa-se que o relativismo contextual coincide com a vigência da Constituição de 1988.

Rodriguez atenta para o fato de que as pesquisas e proposições teóricas do direito e das ciências sociais costumam comportar-se, sem se preocupar com evidências empíricas, de que seus modelos de racionalidade jurídica oferecem a melhor descrição da realidade do direito ao qual se referem⁴¹⁸. Durante algum tempo a busca por uma melhor descrição da realidade configurou-se um consenso entre os teóricos do direito, ou seja, “partia[-se] do pressuposto de que seria possível obter respostas para os conflitos jurídicos com a utilização de um método único capaz de produzir resultados unívocos.”⁴¹⁹ Vários modelos de racionalidade jurídica foram elaborados sob essa ótica, como por exemplo o baseado em casos jurídicos norte-americanos presente em *O*

⁴¹⁸ (Rodriguez: 2013; p. 66).

⁴¹⁹ (*Ibid*, p. 67).

império do Direito de Ronald Dworkin, ou na descrição do sistema jurídico elaborada por Hart em *O conceito de direito*. No entanto, não há um consenso teórico-discursivo entre quais modelos de racionalidade seriam mais eficazes ou menos eficazes na descrição da realidade jurídica, “não há acordo entre os pesquisadores e operadores do direito sobre qual deva ser esse padrão. Há várias posições em disputa, cada uma delas reivindicando ser a mais adequada para lidar com os problemas jurídicos contemporâneos”⁴²⁰. A plurissignificação das normas constitucionais pela diversidade com que se apresentam as reflexões jurídicas parece contrapor-se ao ensino de direito no Brasil. Contra essa constatação, muitos aprendizes do direito, indiferentes a qualquer ligação à realidade social e institucional, adquirem os modelos de racionalidade jurisdicional a partir de teorias como as de Alexy, Dworkin e Hart, e ao se depararem com decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, “os alunos podem ser levados a crer que os juízes brasileiros agem de maneira equivocada por não seguirem modelos de racionalidade judicial pensados para explicar e intervir normativamente sobre outras realidades.”⁴²¹ O problema não consiste na pluralidade de discursos teóricos do direito disseminados no contexto brasileiro, ou que se deve buscar um modelo teórico autêntico ao contexto brasileiro. O problema consiste em assumir a realidade apresentada pelo modelo de racionalidade jurídica, apreendido “antes de dar conta positivamente do que ocorre no Brasil, utilizando normativamente modelos estrangeiros como critérios para avaliar uma realidade que, por não se encaixar em seu modo de ver o direito, tenderá a ser considerada como essencialmente equivocada.”⁴²² Logo, acusações de que o Supremo não sabe argumentar juridicamente, ou não sabe se orientar em meio aos princípios ou regras presentes na constituição, ou mesmo, como deficiências procedimentais, por vezes, apenas representam uma inconformidade a determinados modelos teóricos. Assim, ao invés de confrontar modelos de racionalidade jurídica, faz-se necessário uma observação externa do sistema constitucional.

⁴²⁰ (*Ibid*, p. 67). Tal consenso teórico pode ser traduzido em termos kelsenianos à ficção de que uma norma jurídica apenas permite uma só interpretação jurídico-científica: “Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político.” (Kelsen: 2012; p. 396).

⁴²¹ (Rodriguez: 2013; p. 68).

⁴²² (*Ibid*, p. 68-69).

A falta de reflexão sobre as diferenças de localidade em que os modelos teóricos são elaborados e replicados, especialmente às reflexões constitucionais, guardam relação à instabilidade com que os sistemas jurídico e político se reproduzem no contexto do Brasil. Em meio a tantas sobreposições de fatores econômicos e políticos às decisões judiciais, torna-se muitas vezes insuportável ao teórico do direito pensar as condições sociais em que procedimentos e instituições apresentam-se enraizadas. Desse modo, a tarefa de deter-se sob as peculiaridades de reprodução do sistema jurídico e político em determinados contextos sociais é deixada de lado, sendo mais confortável assumir um falso panorama de estabilidade das esferas sociais contido nos modelos de racionalidade jurídica estrangeiros.

Com relação ao procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, esta falsa estabilização ocorre com certa frequência na reflexão constitucional no Brasil. Como já exposto no final do Capítulo 01, diversas tentativas interdisciplinares de abordagem teórica do direito, parecem confusas sobre as áreas limítrofes entre o direito e a política, especialmente, quando o tema é controle de constitucionalidade. Segundo Neves, “[t]al tentação parece-me apontar na contramão da história, porque leva à negação da complexidade social e da necessidade de definir com maior clareza as fronteiras do campo jurídico.”⁴²³ Sobretudo, no caso brasileiro, por conta da deficiência da autonomia do sistema jurídico e político, esta distinção configura-se de modo ainda mais problemático. A teoria do direito é sobrecarregada sob o discurso de interdisciplinaridade, intensificando o surgimento de variedades à reflexão do próprio direito, à análise econômica, aos estudos sociológicos ou aos modelos político-ideológicos. No entanto, a própria consistência jurídica de procedimentos e decisões judiciais, ou seja, a legalidade necessária para que operem de modo adequado, passa a ser esquecida e tratada apenas no âmbito da política. Assim, diante das arbitrariedades cometidas pelo STF, a dimensão política do Supremo é ressaltada em detrimento do cristalino déficit de legalidade que atinge o procedimento jurisdicional do Tribunal. Portanto, além de escandalizar as arbitrariedades da Corte, o discurso teórico de politização do Supremo Tribunal Federal oblitera, também, a facticidade social com que as instituições e procedimentos estariam enraizados. Nesse ponto específico, caberia uma crítica aos trabalhos de Pogrebinski e Benvindo e Costa, entre outros, pela não

⁴²³ (Neves: 2005; p. 213).

consideração de que as instituições, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, antes de reproduzirem suas lógicas procedimentais, estariam socialmente enraizados.

Em outra ocasião, sobre o mesmo tema, a adoção de modelos teóricos inadequados a determinados contextos sociais poderia ser mais problematizada. Trata-se das metodologias decisórias, ou seja, da estática jurídica adotada no procedimento jurisdicional para a realização das decisões judiciais. Neves atenta para o fato de que, no Brasil, há uma constante importação de modelos teóricos de regras e princípios de Estados constitucionais com sólida tradição jurídica. No entanto, o problema não se encerra somente em qual modelo deve ser escolhido, mas se, “na respectiva ordem constitucional, na relação recíproca entre doutrina e prática constitucional, desenvolve-se um modelo juridicamente consistente e socialmente adequado”⁴²⁴. Nesse sentido, Neves critica o principialismo que vem sendo desenvolvido no Brasil, afirmando que “o modelo é *superadequado* à realidade social e política. O que quero dizer com isso? Em uma ordem jurídica diferenciada da política, da economia e de outras esferas sociais, o direito e a Constituição (em sentido jurídico) mantêm certa ‘distância da realidade’.”⁴²⁵

Portanto, a dificuldade de concretização das normas constitucionais por meio das decisões judiciais em sede de controle concentrado também está relacionada: a) com o modo pela qual as abstrações do sistema constitucional são pensadas; b) a forma com que os teóricos do direito e os próprios operadores do direito constitucional teorizam e fundamentam suas razões; c) além da pertinência que a facticidade social se abriga nestas reflexões.

Conclusões

Buscou-se demonstrar, no decorrer do presente trabalho, que a questão da legitimidade do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, não se resume apenas na observância pragmática do Supremo por meio de estudos de casos, ou mesmo de avaliar a prática constitucional do STF sob os critérios de determinados modelos de racionalidade jurídica. Antes de tudo, os elementos que compõem a análise de legitimidade do procedimento de controle concentrado devem ser entendidos como

⁴²⁴ (Neves: 2013b; p. 188).

⁴²⁵ (*Ibid*, p. 191).

constructos sociais, ou seja, as práticas do STF e mesmo a forma com que os juristas ou teóricos do direito refletem sobre o procedimento, devem ser consideradas.

O percurso desta dissertação foi traçado, principalmente, sob as bases teóricas de dois autores, Jürgen Habermas e Marcelo Neves, que tentam refletir o direito, a política, as organizações, as decisões judiciais, os modelos de reflexão jurídica e a própria Constituição como fruto e semente da e na sociedade. Assim, as divergências e complementariedades entre os dois autores possibilitam observar que o problema da legitimidade está ligado às tentativas de se responder a questão-chave para todo e qualquer observador do todo social: como a ordem social é possível. Para tanto, não basta a habilidade de elaboração de modelos de analíticos cada vez mais sofisticados em meio a vários conceitos e pressupostos teóricos. Exigem-se, também, ao teórico do direito, a sensibilidade de se olhar em volta, de considerar as práticas cotidianas, as mais diversas formas de agências e vivências, além da abertura a outros contextos sociais que não são propriamente aquelas comuns e acessíveis aos autores. Isso porque, dependendo dos pressupostos, das proposições teóricas e dos contextos em que os modelos de pensamento são trabalhados, estes podem se tornar cada vez mais distantes às vinculações fáticas e dos aspectos peculiares de cada forma de sociabilidade teoricamente forjada.

Nesse sentido, tentou-se, no primeiro capítulo, realizar uma descrição introdutória, partindo de algumas considerações epistemológicas, metodológicas e foi apresentado o problema do presente trabalho: sob quais circunstâncias o controle concentrado de legitimidade manifesta-se como ilegítimo. Em seguida, delimitou-se, por meio de uma análise crítica de várias estratégias de abordagem do direito, qual seria a mais adequada para análise do problema em questão. Posteriormente, foi comentada a intenção de se utilizar a metáfora de Raymundo Faoro, entre esquadros e trapézios, decorrente de suas análises literárias sobre a obra de Machado de Assis, além da relação desta passagem com o presente trabalho.

No segundo capítulo, foram descritas as convergências e divergências das estratégias conceituais entre Jürgen Habermas e Marcelo Neves. Os dois modelos de Estado democrático de direito mantiveram-se em destaque. O confronto entre os dois autores foi descrito contrastando-se a exigência de uma fundamentação democrática do sistema jurídico, em Habermas, por meio do processo de legitimação alimentada pelas

práticas deliberativas, e a autofundamentação do sistema jurídico e político enquanto autolegitimação combinada às exigências de heterolegitimação, pois o sistema jurídico estaria aberto às irritações e aprendizagens provenientes de seu meio ambiente.

No terceiro e último capítulo, preocupou-se em descrever os argumentos apresentados no debate teórico-constitucional dominante no Brasil que envolvem o modelo institucional de controle de constitucionalidade apresentado pela Constituição de 1988 com enfoque na expansão do âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal. Destacou-se, para tanto, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, na tentativa de conciliar os argumentos desenvolvidos à proposta de delimitação da análise sobre o controle concentrado de constitucionalidade do STF. Mas além de discursos eminentemente teóricos, foram incorporadas ao debate do ativismo judicial e da judicialização da política, duas pesquisas teórico-constitucionais que concentram suas atenções nas que se propõem analisar especificamente o STF em sede de controle concentrado, a pesquisa de Thamy Pogrebinski, “Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil” e a pesquisa desenvolvida pelo grupo Observatório do Supremo Tribunal Federal, “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais”, coordenada pelos professores Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa. Ao final do capítulo, apresentou-se o argumento final centrado no problema do presente trabalho, em que se teceu uma análise crítica com base no aproveitamento de alguns pontos levantados pelos marcos teóricos agregando-se elementos das pesquisas empíricas ao discurso hegemônico do ativismo judicial e judicialização da política.

Obviamente, não foi ambicionada, no presente trabalho, uma proposição teórica que conseguisse conferir uma única resposta correta ao problema levantado. Esta pretensão mostra-se incongruente aos próprios pressupostos adotados nesta dissertação que tenta se inserir no contexto de uma sociedade moderna marcada pela pluralidade e pelo dissenso contitudinário radical, até mesmo no nível das reflexões jurídicas e políticas. Nesse sentido, três propostas de pesquisa podem ser sugeridas no sentido de dar continuidade ao enfrentamento do problema levantado no presente trabalho. A primeira, diz respeito a como pensar o princípio da separação de poderes renunciando a ideia de uma sociedade delimitada estatalmente. Portanto, trata-se de investigar como se manifesta, atualmente, a pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado

constitucional em relação às instâncias decisórias de diversos regimes jurídicos e organizações transnacionais, no contexto de uma sociedade mundial cada vez mais complexa. Uma segunda investigação, já proposta por José Rodrigo Rodriguez, consiste em analisar empiricamente o processo de argumentação jurídica no intuito de se mapear o modelo de racionalidade da jurisdição brasileira, destacando como juízes e tribunais justificam suas decisões judiciais e, qual relação das justificativas com espaços decisórios que asseguram a produção de arbitrariedades decisórias, o que o autor vai denominar de zonas de autarquia⁴²⁶. Uma terceira proposta de pesquisa, diz respeito a uma continuidade ao projeto *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade* desenvolvido pelo grupo de pesquisa Observatório do Supremo Tribunal Federal. Diz respeito a apreender os dados coletados sobre a argumentação jurídica das decisões judiciais e da seletividade do procedimento jurisdicional do Supremo no sentido de garantir a repercussão de interesses particularistas, mas que se descentre do nível institucional e passe a investigar como se dar o processo de eficácia social das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, ou seja, centre-se no enraizamento social das decisões judiciais do STF em casos de grande repercussão social. Desse modo, poder-se-ia intentar conferir outra resposta à questão colocada no presente trabalho, *por que o controle concentrado de constitucionalidade interessaria a alguém*.

Após apresentar algumas propostas de investigação que complementariam o enfrentamento oferecido à pergunta inicial, deve-se deixar claro uma posição arbitrária assumida no presente trabalho, enquanto ponto de partida. Trata-se de uma defesa do olhar contextual sobre os problemas constitucionais, principalmente os relacionados às

⁴²⁶ “Denomino *zona de autarquia* o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Uma observação importante: será rara a ocasião em que os organismos de poder afirmem simplesmente ‘Decido assim porque eu quero’ ou ‘Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer’. É de se esperar que esteja presente alguma forma de *falsa fundamentação* cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias. Uma zona de autarquia, portanto, existe na ausência de fundamentação, ou seja, de uma justificação em que a autoridade levanta pretensões de validade fundadas em normas jurídicas, as quais, quando necessário, podem ser sustentadas sem contradição. Não se pode sustentar racionalmente A e não A ao mesmo tempo; não se pode recusar, racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questioná-la; também não se pode, racionalmente, desqualificar o interlocutor que demanda por minhas razões ou impedir que outro faça o mesmo, desde que cumpra os requisitos dos procedimentos que preveem oportunidades em que é possível falar diante da autoridade. A existência de zonas de autarquia no interior de uma ordem jurídica, cujo discurso de legitimação seja marcado pelo conceito de estado de direito, ajuda a evidenciar os setores, os espaços em que tal discurso funciona como mero instrumento de dominação. Sob a aparência de direito, portanto, podem ser tomadas decisões meramente arbitrárias, ou seja, que não se pode reconstruir racionalmente. Cabe à pesquisa vigiar as autoridades para que isto não ocorra.” (Rodriguez: 2013; p. 69-70).

questões de legitimidade. Tal postura teórica está ligada ao que intuitivamente considera-se como um dos pontos cegos presente nas teorias constitucionais dominantes no Brasil. As teorizações constitucionais parecem iluminadas sob um horizonte de esperança e automática efetivação da constituição. O otimismo que envolve o texto constitucional de 1988 é alimentado teoricamente pela identificação de problemas constitucionais equivalentes que surgem em localidades diferentes, por tanto, inseridas em um mesmo lugar (sociedade mundial) que abre a possibilidade de se apreender uma literatura constitucional estrangeira e aplicá-la de modo indiferente às distintas situações presentes em determinados contextos sociais. Logo, é esperado que o mesmo antídoto que respondeu positivamente ao contexto A, sirva de igual modo ao contexto B. Por um lado, essa intensa transposição de discursos teóricos estrangeiros propiciam debates cada vez mais adequados à complexidade do âmbito constitucional. De fato, boas ideias costumam não se limitar a determinadas fronteiras. Por outro lado, todavia, isso não implica dizer que o processo social de enraizamento dessas ideias ocorra de igual modo entre localidades diversas. E a confusão que tal pretensa igualdade de conformação possa servir, implica em restrições cognitivas e possibilidades da real dimensão dos problemas constitucionais.

Para tanto, pode-se ilustrar o presente argumento a um fato ocorrido no ano passado, 2013, na comemoração dos 25 anos da Constituição Federal de 1988. Um jornal de grande circulação reuniu três juristas de renome para discutir sobre as possíveis melhorias e as conquistas durante os 25 anos da Constituição Federal de 1988. Em comum acordo, os três, Luís Roberto Barroso, Nelson Jobim e Virgílio Afonso da Silva, concordaram que o saldo é bastante positivo. Os elogios e comentários de sucesso se estenderam desde o período de transição no Brasil à comemoração da estabilidade institucional que se encontra atualmente. Até mesmo uma frase de um ex-presidente, José Sarney, foi lembrada e prontamente contestada, de que, depois da Constituição de 1988, o Brasil tornar-se-ia ingovernável pela extensa garantia de direitos do atual texto constitucional. Pelo contrário, segundo os especialistas. São necessárias apenas algumas reformas, supridas com rearranjos internos às organizações. Assim, os especialistas acabam confirmando um determinado modo de ver a Constituição, sem pensar na descontinuidade do próprio olhar.

O esquadro, ou seja, o modelo aprendido pelos especialistas de observarem a realidade constitucional, não passa pela auto-reflexão de posicionar-se teoricamente

entre o realismo e a ficção. A teoria, assim como a sociedade, constitui uma ambivalência, um realismo ficcional, que, dependendo do olhar teórico, pode desencadear a cristalização de uma dimensão em detrimento de outras. Os especialistas parecem esquecidos de que, ao redor da Constituição de 1988, existem “classes sociais, grupos de *status*, camadas ou estamentos, corporações militares, maçônicas ou religiosas; fazendeiros, negociantes, banqueiros, políticos, funcionários e empregados; comendadores e conselheiros do Império ...”⁴²⁷. Nesse sentido, a pirâmide e o trapézio, de acordo com a relação entre teoria e realidade constitucional, podem ser escondidas, desveladas ou apenas consideradas. A anual comemoração da Constituição de 1988, de um lado, pode fomentar as transformações sociais possíveis de serem alcançadas pela concretização da constituição. Por outro, dependendo do olhar, pode escamotear os esquadros e trapézios dominantes. A teoria constitucional entre esquadros e trapézios consiste no esforço de problematizar a adoção dos próprios modelos de racionalidade, considerando a atividade teórica enquanto mediador entre o local e do mundial, entre o universal e do particular, esforçando-se na elaboração de conceitos e mecanismos institucionais capazes de traduzir as implicações mútuas de ideais constitucionais e aspectos da realidade conformados em um determinado contexto social. Portanto, antes de comemorar algumas folhas de papel, espera-se que as festividades também incluam os momentos de concretização da Constituição de 1988.

Referências Bibliográficas

Almeida, Fábio Portela Lopes. “Quando a busca pela eficiência paralisa o judiciário”. <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>.

Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional”. *In*: “Neoconstitucionalismo(s)”. (ed). Miguel Carbonell. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 31-47.

Alford, C. Fred. “Is Jürgen Habermas’ Reconstitutive Science Really Science?”. *Theory and Society*. vol. 14, 1985, p. 321-340.

Alves, José Carlos Moreira. “Centenário do Supremo Tribunal Federal.” Pronunciamento feito na Sessão Comemorativa ao Centenário da Instalação do Supremo Tribunal Federal. *Revista LTr*. São Paulo: Ed. LTr, vol. 55, n. 08, agosto de 1991.

⁴²⁷ (Bosi: 2003; p. 14).

Arantes, Rogério B.; Couto, Cláudio G. “Construção democrática e modelos de Constituição.” *Dados*, v. 53, n. 3, p. 545-585, 2010.

Arguelhes, Diego Werneck; Leal, Fernando Angelo Ribeiro Leal. “O Argumento das Capacidades Institucionais: Entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 38, p. 7-50, 2011.

Bachur, João Paulo. “Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann”. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

_____. “Inclusão e exclusão na teoria dos sistemas sociais: um balanço crítico”. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. BIB*, São Paulo, nº 73, 1º semestre de 2012.

Barroso, Luís Roberto. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Brazil’s unbalanced democracy: Presidential hegemony, legislative fragility and the rise of judicial power”. Conferência em Yale Law School, 2011. <<http://www.law.yale.edu/news/12802.htm>> Acesso em: 22/12/13.

_____. “Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo”. *In.* (org.) André Luiz Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. “As novas faces do ativismo judicial”. Salvador: Editora JusPodivm, 2011a. p. 225-270.

_____. “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro” 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” *Cadernos [SYN] THESIS*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a.

Benevides, Cláudia do Valle. “Um Estado de Bem-estar social no Brasil?” Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Economia, 2011.

Benvindo, Juliano Zaiden. “Racionalidade jurídica e validade normativa: da metafísica à reflexão democrática”. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

_____. “On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism”. Heidelberg; New York: Springer, 2010.

_____. “Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro.” *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012.

Benvindo, Juliano Zaiden; Costa, Alexandre Araújo (org.), et al. “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais”, Pesquisa financiada pelo CNPQ e realizada pelo grupo de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, “Observatório

do Supremo Tribunal Federal”. Relatório completo disponível no endereço eletrônico: <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>, 2014.

Bercovici, Gilberto. “O poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013, p. 305-25. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>>.

Bonavides, Paulo. “Curso de direito constitucional”. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

Bosi, Alfredo. “Raymundo Faoro leitor de Machado de Assis”. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 355-376. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200022>.

Bosi, Alfredo. “Machado de Assis: o enigma do olhar.” 1ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

Blichner, Lars Chr; Molander, Anders. “Mapping juridification.” *European Law Journal*, v. 14, n. 1, p. 36-54, 2008.

Brunkhorst, Hauke. “Solidarity: from civic friendship to a global legal community”. Cambridge, Mass: MIT Press, 2005.

_____. “Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global.” *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 26, n. 76, p. 7-38, 2011.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. “Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.” *In.* (org.) André Luiz Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. “As novas faces do ativismo judicial”. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 541-595.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. “Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.” *RIDB Ano 2* . 2013, nº 8, p. 7881-7961

Cardoso, Gustavo Vitorino. “O direito comparado na jurisdição constitucional.” *Revista DIREITO GV*, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010.

Carrió, Genaro. “Notas sobre derecho y lenguaje”. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

Castro, Marcus Faro. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política” Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública” (1ª sessão). XX Encontro Anual da ANPOCS, 1996.

Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Revista Isonomía*. nº 16, 2003.

Copi, Irving M. “Introdução à Lógica”. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. “Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.” RIDB Ano 2 (2013), nº 8, 7881-7961

Connell, Raewyn. “A iminente revolução na teoria social.” Translated by João Maia. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2012, vol.27, n.80, pp. 09-20. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092012000300001>>.

Costa, Alexandre Araújo e Gomes, Kelton de Oliveira. “Supremo em Números: a dimensão política da pesquisa quantitativa sobre a atividade judicial”. Área Temática: AT09, Direito e Judiciário no 8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2012. <http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/12_7_2012_19_47_30.pdf>.

Costa, Sérgio. “Desprovincializando a sociologia: a contribuição pós-colonial”. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2006, vol.21, n.60, pp. 117-134. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092006000100007>>.

Couto, Cláudio Gonçalves; Arantes, Rogério Bastos. “Constituição, governo e democracia no Brasil.” *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan. “Efeito vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil”. Editora Consulex, 2012.

“Pesquisa empírica em direito” (coord.) e (org.) Cunha, Alexandre dos Santos; da Silva, Paulo Eduardo. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

da Silva, Virgílio Afonso. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais* 798, 2002. p. 23-50.

_____. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. *In*: Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

da Silva, Virgílio Afonso; Wang, Daniel Wei Liang. “Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?” O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Rev. direito GV* [online]. 2010, vol.6, n.1, pp. 95-118. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100006>>.

da Silva, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.” *Revista de Direito Administrativo, Brasil*, 250, ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>.

Dahl, Robert. “A democracia e seus críticos”. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

de Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni. “Teoria da Constituição”. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Intia via, 2012.

Dimoulis, Dimitri e Lunardi, Soraya Gasparetto. “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”. *In*: Fellet, André Luiz Fernandes; Giotti de Paula, Daniel e Novelino, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 459-473.

Dworkin, Ronald. “Levando os direitos a sério”. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2011.

Ely, John Hart. “Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.” São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

Esposito, Elena. “Los misterios del dinero”. *Revista Mad – Universidad de Chile*, nº 29, septiembre de 2013, p. 26-34.

Faoro, Raymundo. “A aventura liberal numa ordem patrimonialista”. *Revista USP*, São Paulo, nº. 17, 1993.

_____. Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

_____. “Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro”. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2011.

Ferreira, Siddharta Legale e Macedo, Marco Antonio Ferreira. “A ‘Corte’ Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade.” *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, vol. 2. ago./dez. 2012. p. 01-32.

Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther. “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999, 2003.

Figueiredo, Argelina Cheibub e Limongi, Fernando. “Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional.” 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

Freyre, Gilberto. “Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal”. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.

Friedrich, Müller. “Métodos de trabalho do direito constitucional”. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Garcia, Leila Posenato et al. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. IPEA. Disponível em: < http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em, v. 28, 2013.

Gargarella, Roberto. “Em nome da Constituição: O legado federalist dois séculos depois”. *In*: (org). Atilio A. Boron. “Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx”. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política – FLCH: Universidade de São Paulo, 2006. p. 169-188.

Ginsburg, Tom. "Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases." Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. "The global spread of constitutional review". *In*: Whittington, Keith E., R D. Kelemen, and Gregory A. Caldeira. "The Oxford handbook of law and politics". Oxford. New York: Oxford University Press, 2008.

Grau, Eros Roberto. "O direito posto e o direito pressuposto". 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Habermas, Jürgen. "Técnica e Ciência como Ideologia". Lisboa: Edições 70, 1968.

_____. "Teoría analítica de la ciencia y dialéctica". *in*: Adorno, Theodor W. et al. "La disputa del positivismo en la sociología alemana". (trad.) Jacobo Muñoz. Colección "Teoría y realidad": Estudios críticos de filosofía y ciencias sociales. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973.

_____. "Contra um racionalismo minguado de modo positivista". *in*: Adorno, Theodor W. et al. "La disputa del positivismo en la sociología alemana". (trad.) Jacobo Muñoz. Colección "Teoría y realidad": Estudios críticos de filosofía y ciencias sociales. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973a.

_____. "Conhecimento e interesse, com um novo posfácio". Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. "A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar ao esgotamento das energias utópicas." *Novos Estudos CEBRAP*, v. 18, p. 103-114, 1987a.

_____. "La lógica de las ciencias sociales" Madrid: Editora Tecnos, 1988.

_____. "Passado e futuro". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. "Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral", em *Die Zeit*, n.º 18 em 29 de abril de 1999. trad. Daniel Nogueira Leitão e Verônica Andrade e Florian Hoffman. "Bestialidade e humanidade: uma guerra na fronteira entre o direito e a moral". Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bestialidade-e-humanidade-uma-guerra-na-fronteira-entre-o-direito-e-moral>>.

_____. "Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos". 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. "Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. "Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. "Teoría de la acción comunicativa". Madrid: Trotta, 2010.

_____. “Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2010a.

_____. “Concepções da Modernidade: Uma retrospectiva de duas tradições”. In: Habermas, Jürgen. “Jürgen Habermas: Obras escolhidas”. Lisboa: Edições 70, 2010b.

_____. (trad.) Wesseling, Marcelo José. “Depois de trinta anos: notas acerca de Conhecimento e interesse.” *Problemata: Revista Internacional de Filosofia* vol. 2.2 p. 332-341, 2011.

Hamilton, Madison e Jay. “O federalista”. Belo Horizonte: Editora Lider, 2003.

Hart, Herbert L. A. “Rawls on Liberty and its Priority”. In: Daniels, Norman (ed). “Reading Rawls: critical studies on Rawls' A theory of justice.” Stanford, California: Standford University Press, 1989.

Hesse, Konrad. “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha” (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). 20ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Hirschl, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 139, 2009.

Holmes, Pablo. “Briga de família ou ruptura metodológica na Teoria Crítica (Habermas x Honneth)” *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 21, nº 01, 2009, p. 133-155.

Honneth, Axel. “Teoria Crítica”. In. “Teoria social hoje”. org. Anthony Giddens e Jonathan Turner. São Paulo: Editora UNESP, 1999. pp. 503-552.

Ianni, Octavio. “Tendências do pensamento brasileiro”. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo*, 12(2): 55-74, 2000.

Joerges, Christian. “Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle”. In: Joerges, Christian, Sand, and Gunther Teubner. “Transnational governance and constitutionalism.” Oxford Portland: Hart Publications, 2004.

Junqueira, Eliane Botelho. “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo.” *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

Kantorowicz, Ernst H. “Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval”. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *92 Cal. L. Rev.* 2004, p. 1441-1478.

Kelsen, Hans. “A democracia.” 2ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

_____. “Teoria pura do direito”. 8ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

Kennedy, David. *Mystery of Global Governance*, The. *Ohio NUL Rev.*, v. 34, 2008. p. 827-60.

Koerner, Andrei. “Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88.” *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, July 2013, p. 69-85.

Knöbl, Wolfgang. “Max Weber, as múltiplas modernidades e a reorientação da teoria sociológica”. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152582006000300002&lng=en&nrm=iso>. access on 21 Dez 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582006000300002>.>

Kuhn, Thomas S. “A estrutura das revoluções científicas”. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

Latour, Bruno. “Jamais fomos modernos: ensaios de Antropologia simétrica”. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

Leal, Saul Tourinho. “Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

Leal, Saul Tourinho. “Controle de constitucionalidade moderno.” 3ª edição Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

Lindquist, Stefanie A. and Cross Frank B., “Measuring Judicial Activism”. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

Luhmann, Niklas. “Sociologia do Direito I”. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. “What is communication?”. *Communication theory*, v. 2, n. 3, p. 251-259, 1992.

_____. “Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoria general”. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. “*Quod Omnes Tangit*: Remarks on Jürgen Habermas’s Legal Theory”. In: *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. (org). Michel Rosenfeld and Andrew Arato. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998a. p. 157-172.

_____. “La sociedad de la sociedad”. México: Herder Universidad Iberoamericana DAAD Cátedra Guillermo y Alejandro de Humboldt, 2006

_____. “Introdução à Teoria dos Sistemas”. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. “Inclusão e exclusão”. In: “Dossiê Niklas Luhmann”. org. Roberto Dutra e João Paulo Bachur. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

Lúkacs, Georg. “Ensaio sobre literatura”. Rio de Janeiro: Editôra Civilização Brasileira S. A, 1965.

Liotard, Jean-François. “A condição pós-moderna”. 14ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

Maia, Cristiano Soares Barroso. “A sentença aditiva e o Supremo Tribunal Federal: Entre o Estado de Direito e Soberania Popular”. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15616/1/2013_CristianoSoaresBarrosoMaia.pdf> .

Mariana Pargendler and Bruno Meyerhof Salama. 2014. "Law and Economics in the South: The Role of Brazilian Courts" *The Selected Works of Bruno Meyerhof Salama*. Marshall, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 101-140.

Martins, Leonardo. “Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional.” *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. v. 01, nº 01. 2014, p. 245-279.

Mattei, Ugo. “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law.” *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, 1994.

Mendes, Conrado Hübner. “Controle de Constitucionalidade e Democracia”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.” São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Onze ilhas. Folha de São Paulo <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>> visto em: 12 de agosto de 2014.

Mendes, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, nº 162, 2004.

Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de direito constitucional”. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

McCarthy, Thomas. “The Critical Theory of Jürgen Habermas.” *Massachusetts Institute of Technology*: 1985.

_____. “Ideals and illusions: on reconstruction and deconstruction in contemporary critical theory.” *Massachusetts Institute of Technology*: 1991.

Milovic, Miroslav. “Comunidade da diferença”. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí: Unijuí, 2004

Miranda, Roberta Drehmer de. “A ‘reinvenção’ do direito alternativo” – Neoconstitucionalismo, garantismo penal e ‘Direito das minorias’. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editora, 2014.

Möllers, Christoph. The three branches: a comparative model of separation of powers. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

Neves, Marcelo. “Teoria da Inconstitucionalidade das leis”. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente.” Dados, v. 37, nº 2, 1994. p. 253-276

_____. “Justiça e diferença numa sociedade global complexa”. *In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.* org. Jessé Souza. Editora UnB: 2001, p. 329-363.

_____. “Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas”. *In: Jessé Souza. (Org.). Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea.* 1ª ed. Brasília: UnB, 2001a, v. , p. 111-163.

_____. “A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: Entrevista com Marcelo Neves”. (org). Rômulo Figueira Neves, Plural; Sociologia, USP, São Paulo: 11: 121-133, 2º sem 2004.

_____. “E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido”. *In: André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr.. (Org.). Niklas Luhmann: Do Sistema social à Sociologia Jurídica.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004a, p. 145-173.

_____. “Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: O Paradoxo da Interdisciplinaridade.” *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre,* v. 1, p. 207-214, 2005.

_____. “Transconstitucionalismo”. 01. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. “Entre consistência jurídica e adequação social: uma trajetória por caminhos íngremes”. Brasília: UnB, 2010.

_____. “A constitucionalização simbólica”. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas”. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. “A constituição e a esfera pública: Entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento”. *In. Dossiê Niklas Luhmann.* org. Roberto Dutra, João Paulo Bachur. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013a.

_____. “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.” São Paulo: WMF Martins fontes, 2013b.

Nobre, Marcos e Rodriguez, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2011, n.91, pp. 05-20. ISSN 0101-3300. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000300001>>.

“Série Pensando o Direito: processo legislativo e controle de constitucionalidade.” coord. Rodriguez, José Rodrigo. Nobre, Marcos. n° 31/2010. Ministério da Justiça. Ver na íntegra pelo endereço eletrônico: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/31Pensando_Direito.pdf>.

O’Donnell, Guillermo. “Uma nova institucionalização: América Latina e alhures”. *Lua Nova*, n° 37, 1996.

Oliveira Filho, José Jeremias de. “Patologia e regras metodológicas”. *Estud. av.* [online]. 1995, vol.9, n.23, pp. 263-268.

Parisi, Francesco. “Positive, normative and functional schools in law and economics”. *European Journal of Law and Economics*, v. 18, n. 3, p. 259-272, 2004.

_____. “Scuole e metodologie nell’analisi economica del diritto”. *Riv. critica di*, 2005. <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2005/Parisi1.pdf>>.

Pedersen, Jørgen. “Habermas’ Method: Rational Reconstruction” *Philosophy of the Social Sciences*. vol. 38, n° 04. 2008, p. 457-485.

Pogrebinschi, Thamy. “Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Power, Michael K. “Habermas and the Counterfactual Imagination” *in*. Habermas on law and democracy: critical exchanges. orgs. Michel Rosenfeld e Andrew Arato. University of California Press, 1998, p. 207-225.

Pinzani, A. Dutra, D.V. “Jürgen Habermas e a herança da teoria crítica”. *In*: Almeida, J. Bader, W. O pensamento alemão no século XX. Vol.I. cap.V, São Paulo- SP, Editora Cosac Naify, 2013.

Rawls, John. “Uma teoria da justiça”. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. “O liberalismo político”. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

Rodriguez, José Rodrigo. “Franz Neumann, o direito e a teoria crítica”. *Lua Nova* [online]. 2004, n. 61, pp. 53-73.

Rodriguez, José Rodrigo et al. “Disputando a aplicação das leis: a constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos tribunais brasileiros.” *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, 2012.

- Rodriguez, José Rodrigo. “Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)”. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- Sadek, Maria Tereza. “Judiciário: mudanças e reformas”. *Estudos avançados*, v 18, n. 51, p. 79-101, 2004.
- _____. “O Judiciário em debate.” (org). Maria Tereza Sadek, São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.
- Santos, Boaventura de Sousa. “Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito”. *Revista crítica de Ciências Sociais*, nº 24, março de 1988. p. 139-72.
- Souto, Cláudio e Souto, Solange. “Sociologia do direito: uma visão substantiva”. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- Schwarz, Roberto. “As idéias fora do lugar”. *In*. Schwarz, Roberto. “Cultura e Política”. São Paulo: Paz e Terra, 2005, pp. 59-84.
- Schwarz, Roberto. “Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social no início do romance brasileiro”. 5ª ed. São Paulo: Duas cidades, 2000.
- Slaughter, Anne-Marie. “A Global Community of Courts.” *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003, p. 191–220.
- Sunstein, Cass R. e Adrian Vermeulle. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vl. 101, n. 4, 2003.
- Olson, Kevin. “Do Rights Have a Formal Basis? Habermas’ Legal Theory and the Normative Foundations of the Law”. *The Journal of Political Philosophy*: vol. 11, nº 03, 2003, p. 273-294.
- Ribeiro, Pedro Henrique Gonçalves de Oliverira. “Entre Eclusas e Espelhos: A esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos”. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito de São Paulo – USP. 2012.
- _____. “Luhmann ‘fora do lugar’? Como a ‘condição periférica’ da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas”. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2013, vol.28, n.83, pp. 105-123. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000300007>>.
- Rodrigues de Carvalho, Ernani. “Em busca da judicialização da política no Brasil”. *Revista de Sociologia e Política* nº 23, 2004, p. 115-126.
- Souza, Jessé. “Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o ‘culturalismo cibernético’”. *In*: Dossiê Niklas Luhmann. (org). Roberto Dutra, João Paulo Bachur. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 149-182.

Spivak, Gayatri Chakravorty. "Can the Subaltern Speak?" In: Nelson, Cary; Grossberg, Larry (Eds.). *Marxism and Interpretation of Culture*. Urbana: University of Illinois Press, 1988. p. 271-313.

Stichweh, Rudolf. "En torno a la génesis de la sociedad mundial: Innovaciones y mecanismos" *Revista Mad - Universidad de Chile*, N° 26, Mayo de 2012, pp. 1-16.

Teixeira, Anderson Vichinkeski. "Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política." *Rev. direito GV* [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 037-057.

Teubner, Gunther. "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society, 1996. in. *Global Law without a State*, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, p. 3-28, 1996. <<http://ssrn.com/abstract=896478>>

_____. "El Derecho como Sujeto Epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho." *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 25, p. 533-571, 2002.

_____. "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?" Joerges, Christian, Sand, and Gunther Teubner. "Transnational governance and constitutionalism." Oxford Portland: Hart Publications, 2004.

Urbinati, Nadia. "O que torna a representação democrática?" *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 191-228. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 Sept. 2014.

Vieira, Oscar Vilhena. "Império da lei ou da corte?" *Revista USP*, n° 21, 1994. p.

_____. "Supremocracia." *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n° 2, Dez. 2008. p. 441-463.

Veronese, Alexandre. "A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo". *Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa)*, v. 3, p. 249-281, 2009.

Vianna, Luiz Werneck; de Carvalho, Maria Alice Resende; Melo, Manuel Palacios Cunha; Burgos, Marcelo Baumann. "A judicialização da política e das relações sociais". Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Villas Bôas Filho, Orlando. "Teoria dos sistemas e o direito brasileiro". São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Voirol, Olivier. "Teoria Crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução." *Novos estudos-CEBRAP*, n. 93, 2012, p. 81-99.

Ulen, Thomas S. "Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law", *A. U. Ill. L. Rev.*, p. 875, 2002.

Viehweg, Theodor. “Tópica e jurisprudência”. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Waldron, Jeremy. “The Dignity of Legislation.” Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. “Law and Disagreement.” New York: Oxford University Press, 2004.

_____. “The Core of the Case Against Judicial Review”. Yale Law Journal. vol. 115, nº 6. 2006. p. 1346-1406.

_____. “Democracy”. *In*: Estlund, David M. “The Oxford handbook of political philosophy”. New York: Oxford University Press, 2012.

Weber, Max. “Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 4ª ed. 3ª impress. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

Whittington, Keith H. and Kelemen, R. Daniel. “The Study of Law and Politics”. *In*: org. Keith E. Whittington; R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira. “The Oxford Handbook of Law and Politics”. Oxford and New York: Oxford University Press, 2008.

_____. “Introduction for Law and Politics: Critical Concepts in Political Science”. *In*: “Law and Politics: Critical concepts in political science”, K. Whittington, ed., Routledge, 2012. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2072580>>

Wiggershaus, Rolf. “A Escola de Frankfurt história, desenvolvimento teórico, significação política”. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.