

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA

***INTELLIGENTSIA JURÍDICA, DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL***  
***Interesses e ideologia na base da Constituição de 1988***

Luseni Maria Cordeiro de Aquino

Dissertação apresentada ao Departamento de  
Sociologia da Universidade de Brasília / UnB  
como parte dos requisitos para a obtenção do  
título de Mestre

Brasília, agosto de 2002

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

*INTELLIGENTSIA JURÍDICA, DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL*  
*Interesses e ideologia na base da Constituição de 1988*

Autora: Luseni Maria Cordeiro de Aquino

Orientador: Doutor Eurico Antônio Gonzalez Cursino dos Santos

Banca: Prof<sup>a</sup>. Doutora Maria Francisca Pinheiro Coelho (UnB)  
Prof. Doutor Luis Augusto Sarmiento C.de Gusmão (UnB)  
Prof. Doutor Caetano Ernesto P. de Araújo (Suplente/UnB)

*À minha mãe,  
por tudo o que juntas  
temos compartilhado,  
e pelo seu apoio  
incondicional,  
sempre*

## AGRADECIMENTOS

*O primeiro a agradecer é, certamente, o meu orientador, o professor Eurico Gonzalez Cursino dos Santos. Agradeço sobretudo pelo respeito, confiança e generosa compreensão ao longo da elaboração deste trabalho. Do início ao fim, a sua postura como interlocutor me obrigou a um exercício cotidiano – às vezes extenuante, porém sempre recompensador – de me desembaraçar das minhas confusões mentais, formular insights na forma de argumentos e assumir responsabilidade por cada palavra dita ou rabiscada no papel. E, nos momentos de dúvida, ele foi sempre hábil em me ajudar a reencontrar o caminho.*

*Sou grata também aos professores Caetano Ernesto de Araújo e Luís de Gusmão pelos comentários feitos por ocasião da qualificação do projeto de dissertação. Sua leitura atenta, bem como sua capacidade de antecipar algumas de minhas pretensões onde eu mesma não conseguia formulá-las, foram essenciais para que eu pudesse me certificar das estratégias a serem adotadas para a consecução deste trabalho. Também agradeço à professora Maria Francisca Pinheiro Coelho, por seus valiosos comentários durante a defesa, e aos demais professores do curso de Mestrado, com quem tive oportunidade de debater os temas mais instigantes das ciências sociais. Gostaria de registrar especialmente os nomes de Elimar Nascimento, Carlos Benedito e Mariza Veloso.*

*Agradeço ainda ao CNPq, pelo auxílio financeiro, e a todos os funcionários do Departamento de Sociologia, pelo suporte administrativo, particularmente ao Evaldo.*

*Aos meus colegas de turma, na UnB, agradeço a acolhida e a solidariedade nos momentos mais difíceis da nossa empreitada, com carinho especial ao Patury e ao Alexandre.*

*Aos amigos de toda hora, especialmente à Ana, ao Lucas, à Ivanna, à Cátia, à Mônica, à Luciana, ao Ari, ao Antônio, e aos recém incorporados Joana e Bráulio, e Lício e Ori, os agradecimentos são das mais diversas ordens, mas devem-se principalmente ao apoio constante e à compreensão diante da minha indisponibilidade para as coisas mais simples que fazem das amigas o que elas são.*

*A minha família, agradeço o incentivo e a disposição para ajudar sempre que foi preciso. Foram todos muito importantes neste processo, como de fato têm sido fundamentais em toda a minha vida.*

*Ao Celso, parceiro com quem dividi, a cada dia, as angústias e alegrias da elaboração deste trabalho, agradeço pela paciência e, principalmente, pela capacidade de me motivar nos momentos em que o final desta jornada parecia não existir, e em que eu quase me esquecia do porquê de tudo isso. Poder contar com sua presença ao meu lado foi uma grande “sorte”, e também por isso sou profundamente agradecida.*

## SUMÁRIO

Resumo .....	VI
Abstract .....	VII
Résumé .....	VIII
Introdução.....	1
Capítulo 1: Direito e justiça social na Constituição de 1988.....	7
I - Constitucionalismo contemporâneo, direito e justiça social .....	7
II – Direito e justiça social: um eixo para o marco institucional democrático brasileiro ..	19
III - A garantia institucional dos direitos e a defesa da Constituição: a força política do direito na Constituição de 1988 .....	31
Capítulo 2: Entre o Estado e a sociedade – construção e reatualizações na identidade das elites jurídicas brasileiras.....	43
I – Antecedentes (1): Os juristas e a construção do Estado Nacional - elementos da auto-imagem dos atores jurídicos e da cultura jurídica brasileira .....	43
II – Antecedentes (2): Modernização autoritária e crise política do direito .....	58
III – A crise política do direito e o dissenso no meio jurídico: as elites jurídicas rumo à sociedade .....	69
Capítulo 3: Crise social do direito, elites jurídicas e ação política: a gênese de uma <i>intelligentsia</i> jurídica brasileira na passagem dos anos 80 .....	83
I – Crise sócio-econômica, transformações sociais e pressões sobre o direito .....	83
II - A crítica do direito vigente e o debate entre a <i>intelligentsia</i> jurídica .....	99
Capítulo 4: As elites jurídicas e o processo constituinte – a dinâmica dos interesses e das ideologias na base da Constituição de 1988 .....	118
I – Os atores jurídicos no cenário pré-Constituinte: luta política e luta corporativa.....	118
II – O projeto da Comissão Afonso Arinos e a definição dos termos dos debates constituintes.....	132
III – As propostas da <i>intelligentsia</i> jurídica para a nova Constituição: interesses político-corporativos e ideologia do direito como instrumento de justiça social.....	142
Considerações Finais .....	165
Referências Bibliográficas .....	171

## RESUMO

Alguns setores do meio jurídico brasileiro foram atores centrais no processo de fundamentação e justificação de todas as mudanças que coroaram a recente reconstitucionalização do país, constituindo-se em um dos principais responsáveis pela nova racionalização jurídica das relações entre Estado e sociedade no Brasil. Esta dissertação trata de um aspecto específico da atuação das elites jurídicas brasileiras no processo constituinte de 1987-88, o qual diz respeito à defesa de uma concepção do direito como instrumento de realização de justiça social.

Tendo em vista o fato de que a cultura jurídica brasileira esteve tradicionalmente associada à noção de Estado de Direito como critério minimalista de exercício do poder, constitui-se como objetivo central deste trabalho desvendar alguns dos meandros do processo em que emergiu, em meio a esse quadro valorativo, uma ordem jurídico-institucional que incorpora considerações sobre as condições sociais do país e consagra a justiça social como princípio ético de organização da democracia brasileira.

A partir da análise de alguns dos principais condicionantes sócio-políticos da atuação das elites jurídicas brasileiras nos debates constituintes (tais como a sua cultura e identidade profissionais, os seus interesses corporativos, e as relações de força entre o campo do direito e o campo do poder), conclui-se que a assunção de um papel ativo do direito na promoção da justiça social não era um conteúdo original da bandeira do jurismo brasileiro. De fato, esta era uma demanda dos setores organizados da sociedade civil que foi estrategicamente incorporada pelas elites jurídicas – por meio do constitucionalismo comunitário importado dos países ibéricos – na medida em que não inviabilizava suas pretensões de fortalecimento do campo jurídico, mas, ao contrário, contribuía para a afirmação ideológica de seu status como campo autônomo e politicamente ativo.

## ABSTRACT

Some groups of jurists played a very important role in the process that brought about the most significant innovations of the Brazilian Constitution of 1988. This dissertation concerns one aspect of their participation in the constitutional debates of 1987-88, which is referred to the proposition of a conception of the law and the judicial system as instruments of social justice.

Considering the traditional relevance that the rule of law principle has had as a minimal criterion for the exercise of power in the Brazilian juridical culture, this dissertation aims to disclose some aspects of the process through which emerged an institutional framework that takes substantive social issues into consideration and elevates social justice to the position of the main ethical value of the Brazilian democracy.

From the analysis of some of the socio-political determinants of the juridical elite positions on the constitutional debates (such as their professional culture and identity, their corporate interests, and the relationship between the juridical field and the field of power) we conclude that the job of promoting social justice assigned to the law and the judicial system was not an original claim of the juridical elite. In fact, such a request was originally made by the organised movements in the civil society and was strategically assimilated by the juridical *intelligentsia* – through the communitarian constitutionalism imported from Portugal and Spain – as long as it did not jeopardise its intention of strengthening the juridical field but, on the contrary, contributed to confirm its ideological status as an autonomous and politically active piece of the Brazilian democratic life.

## RÉSUMÉ

Certains groupes de juristes ont joué un rôle essentiel dans le procès qui a apporté les innovations les plus significatives à la Constitution brésilienne de 1988. Le présent mémoire concerne un aspect spécifique de la participation de l'élite juridique aux débats constitutionnels de 1987-88, qui se rapporte à la proposition d'une conception du droit et du système de justice comme des instruments de la justice sociale.

En raison de l'importance traditionnelle que la notion de l'État de droit a eu comme un critère minimaliste pour l'exercice du pouvoir dans la culture juridique brésilienne, l'objectif primordial de ce travail, c'est la révélation de quelques aspects du procès à travers lequel a été survenu un ordre constitutionnel qui comprend des questions sociales substantives et qui élève la justice sociale à la condition de principe éthique fondamental de la démocratie au Brésil.

À partir de l'analyse de quelques facteurs sociaux et politiques qui ont conditionné l'action des élites juridiques aux débats constitutionnels (comme, par exemple, leurs culture et identité professionnelles, leurs intérêts corporatifs, et des rapports de force entre le champ du droit et le champ du pouvoir politique), on arrive à la conclusion que la tâche assignée au droit et au système de justice de concourir à l'accomplissement de la justice sociale au pays n'était pas une proposition originale des élites juridiques brésiliennes. En effet, cela était une aspiration originaire des groupes organisés de la société civile qui a été assimilée par l'*intelligentsia* juridique – à travers le modèle communitariste importé des Constitutions ibériques – à condition que cette nouvelle tâche ne constitue pas une menace pour ses souhaits de fortifier le champ juridique, mais, au contraire, qu'elle contribue à la confirmation idéologique de ce status comme un champ autonome et politiquement actif de la vie démocratique au Brésil.

## INTRODUÇÃO

*“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder”*

- Ferdinand Lassalle, *A Essência da Constituição* -

O tema da justiça social tem sido uma preocupação constante na agenda política democrática. Em linhas gerais, o projeto de construção de sociedades justas está intimamente ligado à promessa democrática de inclusão igualitária e busca institucionalizar ordens tais em que direitos e oportunidades de vida distribuam-se eqüitativamente entre os cidadãos. No Brasil, o ordenamento institucional promovido pela Constituição promulgada em 1988 reflete a centralidade adquirida por esse tema na organização política das sociedades contemporâneas. Num texto que é tido por muitos como claramente progressista – tanto em relação à tradição constitucional brasileira, quanto comparativamente a outros arranjos democráticos no mundo – os “ditames da justiça social” foram institucionalizados como fundamentos ético-jurídicos a partir dos quais devem estar organizados os diversos setores da vida do país.

Conforme apontam os especialistas em Direito Constitucional, a afirmação do compromisso com a construção de uma sociedade justa, em termos sociais, representou a primeira vez na história brasileira que uma Constituição definiu fins substantivos para o Estado e seus Poderes. Em que pese o concerto de forças políticas que esteve por trás da construção da nova institucionalidade, alguns setores do meio jurídico foram atores centrais no processo de fundamentação e justificação de todas as mudanças que coroaram a reconstitucionalização do país, constituindo-se em um dos principais responsáveis pela nova racionalização jurídica das relações entre Estado e sociedade, e especialmente pelo sentido que a associação entre direito e justiça social assumiu na Carta de 1988.

No entanto, os estudos sobre a cultura dos profissionais do Direito no Brasil têm destacado o seu caráter conservador, associado a um liberalismo privatista e esvaziado de conteúdos democráticos, distante, portanto, da defesa de direitos que não se relacionam imediatamente à garantia formal de autonomia e liberdade de ação aos cidadãos. Tendo em vista o papel efetivamente desempenhado pelos atores jurídicos na formulação da atual Constituição brasileira, é fundamental entender o

processo através do qual emergiu, em meio a uma cultura jurídica associada à noção de Estado de Direito como critério minimalista de exercício do poder, uma ordem jurídico-institucional que incorpora considerações sobre as condições sociais do país e consagra a justiça social como princípio ético de organização da democracia brasileira. Este é, em linhas gerais, o objetivo deste trabalho.

Uma interpretação possível para este fenômeno seria a de que a inflexão na trajetória do constitucionalismo brasileiro representada pelo texto de 1988 foi o resultado de uma profunda renovação da cultura jurídica no país. Entretanto, vários estudos recentes têm apontado a configuração de uma crise envolvendo as instituições e as práticas dos atores jurídicos no contexto pós-88, a qual estaria relacionada, fundamentalmente, à inadequação dessas instituições e práticas às mudanças introduzidas pela nova Constituição (Faria, 1992; Sadek, 1995, Vianna *et al.*, 1997; Arantes, 1997). Neste sentido, sugere-se, por exemplo, que a nova inserção constitucional do Judiciário – que desencadeou mudanças significativas tanto no nível das estruturas deste Poder, quanto no da atuação de seus profissionais – corresponderia uma grande dificuldade no sentido de incorporar as pretensões de justiça e as expectativas sociais motivadas pelo novo marco legal.

Os diagnósticos da crise vivenciada pelo Judiciário ao longo dos anos 90 autorizam pensar que as inovações trazidas pela Constituição de 1988 tiveram um outro determinante que não uma completa renovação da cultura jurídica brasileira. A partir desta suposição, a investigação que ora se apresenta volta-se para o contexto em que se inseriam as elites jurídicas brasileiras previamente aos debates constituintes, procurando caracterizar as principais motivações que orientaram a sua atuação no sentido de defender uma associação até então inédita entre o direito e fins substantivos como a justiça social. A hipótese central do presente trabalho é de que o processo que levou à proposição de princípios jurídicos e mecanismos institucionais inovadores pode ser explicado pela lógica dos interesses que permeavam a condição política das elites jurídicas naquele contexto. Em outras palavras, o que se pretende aqui é esclarecer os vínculos existentes entre as propostas apresentadas por alguns setores-chave da elite jurídica e sua inserção no cenário político da época.

Dois aspectos fundamentais estão contidos na perspectiva aqui adotada: em primeiro lugar, a idéia de que a mudança institucional a que correspondeu a introdução

de novas concepções e valores no quadro referencial do direito brasileiro não foi a consequência necessária de um processo de evolução natural da ordem jurídica, mas o resultado da ação de atores sociais específicos e, portanto, de uma escolha institucional; em segundo lugar, a assunção de que a escolha feita por esses atores foi motivada por interesses concretos, visando objetivos definidos.

Certamente as transformações que a nova ordem constitucional imprimiu ao quadro do direito no país não corresponderam, nem exclusivamente, nem diretamente, aos anseios e interesses da elite jurídica. Outros fatores intervieram neste processo. No entanto, um dos objetivos deste trabalho é discutir exatamente em que medida o novo papel de algumas instituições e profissionais jurídicos na defesa, e até mesmo na promoção, da Constituição e dos valores fundamentais que esta consagra – dentre os quais se destaca a justiça social – esteve entre os objetivos efetivamente pretendidos pelo atores jurídicos quando da proposição de algumas das linhas mestras do novo texto constitucional.

Este estudo insere-se num campo de pesquisas que, muito recentemente, tem destacado o papel dos operadores jurídicos e do Poder Judiciário na democracia brasileira. Aparentemente, a valorização de um Estado centralizado e forte – marca fundamental da cultura política do país – conduziu as análises tradicionais dos fenômenos políticos na direção das esferas do Estado representadas pelo Poder Executivo e, secundariamente, pelo Legislativo, fazendo com que as instituições judiciárias e seus principais atores permanecessem durante muito tempo ausentes das áreas de pesquisa nas ciências sociais brasileiras, a despeito de sua notória centralidade na vida política do país.

O privilégio concedido aqui à atuação dos profissionais jurídicos remete, de forma ainda mais fundamental, à evidência que a reconstrução da institucionalidade política, após anos de regime autoritário, trouxe para um conjunto de profissionais que se relaciona de forma mais imediata e estreita com os aspectos teórico-doutrinários do direito e com a engenharia institucional das Constituições. Enquanto profissionais responsáveis pela reatualização das concepções institucionalizadas do direito, os atores jurídicos não apenas participam ativamente do processo de construção social do direito, como tendem a ter uma atuação de destaque no processo de construção constitucional. Se uma Constituição não é direito puro, ela é um *corpus* de regras que

conta, de maneira imprescindível, com a forma jurídica, com a lógica de racionalização e organização do direito, o que lhe permite a legitimação das formas políticas da dominação social. Daí o interesse pelos atores jurídicos e por sua competência social e técnica específica no processo de construção constitucional.

Tomando-se a Constituição de 1988 não como produto de uma ruptura radical com a tradicional cultura jurídica brasileira, mas sim como resultado de uma ação politicamente orientada, acredita-se que o desvendamento do sentido de mudança ali manifesto pode contribuir para a avaliação do seu significado sobre uma efetiva renovação das concepções dominantes sobre o direito e a justiça no país. Em última análise, acredita-se que o esclarecimento de algumas das motivações que estiveram por trás dos princípios institucionalizados no texto que ordenou a democracia brasileira pode permitir não apenas um mapeamento dos meandros do pensamento jurídico brasileiro no momento fundante da nova democracia, mas também algum esclarecimento sobre a medida em que as alterações institucionais se inserem num processo maior de consolidação de valores e práticas democráticas no país, tomando-se como referência o meio jurídico.

O trabalho divide-se em quatro partes. No primeiro capítulo procede-se, à luz das tendências do debate constitucional contemporâneo, a uma caracterização das relações entre o direito e a justiça social presentes na Constituição de 1988. Em seguida, o capítulo 2 empreende uma reconstrução da inserção sócio-política dos atores jurídicos na história brasileira, buscando destacar os vários elementos presentes na conformação de sua identidade e cultura profissional, bem como apontar os revezes que estas sofreram no longo percurso que vai desde a formação do Estado brasileiro até a irrupção do ciclo de modernização autoritária da década de 60. O terceiro capítulo é dedicado a discutir os efeitos da conjuntura sócio-econômica do período autoritário sobre o campo jurídico e seus profissionais, com vistas a caracterizar o vínculo inédito que se estabeleceu a partir de então entre o campo jurídico e a dinâmica social brasileira. Finalmente, o último capítulo pretende fornecer uma descrição contextualizada das principais motivações por trás da atuação das elites jurídicas nos debates em torno da nova Constituição brasileira, enfatizando o sentido específico que esses atores imputaram à relação entre o direito e a justiça social numa ordem democrática.

Resta ainda uma última palavra de introdução a este trabalho. O tema de fundo da investigação que aqui se realiza é o da mudança, no caso, as mudanças recentes no mundo do direito no Brasil. Este é um tema caro à Sociologia. Já se chegou mesmo a sugerir que “talvez toda sociologia seja sobre a mudança”, se se tem em mente o fato de que “toda a realidade é dinâmica pura, um fluxo de mudanças com velocidade, intensidade, ritmo e andamentos variados” (Sztompka, 1998). Certamente, a explicação da mudança social se dá de acordo com os princípios metodológicos empregados pelo analista. Este estudo aborda o tema a partir da perspectiva da sociologia da ação. Essencialmente, os pressupostos da mecânica dos interesses na estrutura de orientação da ação fornecem a base teórico-metodológica do trabalho ora apresentado, embora não se desconsidere a existência de um contexto institucional que define as condições da ação e estabelece relações de interdependência entre os diversos atores sociais.

No que se refere à lógica de operação do processo de mudança que aqui se analisa, adota-se uma perspectiva diferente de boa parte da literatura que explica o resultado da ação segundo o pressuposto da intencionalidade do ator. No lugar da suposição de que a mudança social resulta essencialmente da agregação de efeitos não-esperados da ação (Weber, 1993; Boudon, 1979, 1984), este trabalho assume a possibilidade de que a mudança reflita também um projeto de ação prévio, especialmente quando se trata da ação coletiva. No fundo, o que se admite aqui, com base em sugestões de vários outros autores (Hirschman, 1979; Sztompka, 1996, Reis, 2000), é que a causalidade histórica se estabelece em algum ponto da conjunção entre as ações intencionais realmente impetradas pelos atores sociais e seus muitos efeitos, antecipados e não antecipados.

Este é um ponto de relevância fundamental no presente trabalho, pois atribuir a certos setores jurídicos a capacidade de formular e defender ativamente propostas políticas para o país implica reconhecê-los enquanto sujeito coletivo, ou seja, enquanto um conjunto de atores sociais que, orientados por interesses comuns, articula-se como ator político. É preciso admitir, portanto, que, da perspectiva da sociologia da ação, pode-se referir o princípio da intencionalidade, no caso dos atores coletivos, a elementos produtores de “solidariedade” entre seus componentes, a interesses efetivamente comuns. O objetivo deste trabalho é exatamente identificar os interesses

comuns que foram responsáveis pela mobilização dos vários setores das elites jurídicas em torno da proposição de uma concepção inovadora de direito para a democracia brasileira.

## **CAPÍTULO 1: DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*“(...) se a constituição não é panacéia universal, se não pode trazer remédio para todos os males sociais, a verdade é que nenhum outro instrumento jurídico está mais próximo de tais propósitos”*

- Evaristo de Moraes Filho, *A Ordem Social num Novo Texto Constitucional* -

*“(...) a função do direito (...) sendo de fazer atuar e concretizar a concepção da justiça predominante na sociedade”*

- René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo* -

### **I - Constitucionalismo contemporâneo, direito e justiça social**

Uma ambivalência muito singular tem marcado a abordagem ao tema constitucional: de um lado, tem-se o peso do significado simbólico da Constituição como ato fundante do político, ou seja, como a codificação ou o “contrato” que organiza a vida da sociedade a partir de dispositivos normativos, estabelecendo o direito e definindo o poder “como possibilidade distinta do mero exercício da dominação” (Chauí, 1987: 158). Do lado oposto a este idealismo constitucionalista, tem-se a visão realista ou pragmática, evidenciando o fato de que a Constituição, longe de “fundar” as bases da organização social, “se enfrenta com realidades dadas, interesses estabelecidos”, refletindo em grande medida a correlação de forças vigentes na sociedade (Sader, 1987: 199).

De uma perspectiva estritamente sociológica, o realismo da segunda postura apresenta questões de relevância fundamental para se pensar tanto o aspecto de engenharia institucional envolvido na feitura das Constituições, quanto as condições de eficácia social dos seus dispositivos. As bases mais remotas da Sociologia do Direito, lançadas por Ferdinand Lassalle, consubstanciam a postura realista ao sustentar que a “essência da Constituição” são seus fundamentos sociais e políticos, são “os fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade” e informam as leis e instituições jurídicas (Lassalle, 2000: 10). Segundo Lassalle, estes fatores reais de poder conformam a constituição real e efetiva das sociedades e, se se pretende que as

“Constituições de papel” sejam boas e duradouras, é vital que correspondam àquela constituição real.

Não se pode negar, contudo, o fato de que os textos constitucionais são compostos por dispositivos que incorporam idéias e princípios abstratos – como liberdade, igualdade, ou justiça –, ligados a concepções valorativas sobre o “dever ser” e em grande medida descolados do imediatismo da realidade social. Uma vez transpostas para o discurso do direito, essas concepções valorativas radicadas no reino da moral e reelaboradas pela filosofia política e pelo debate público ganham qualidade de princípios jurídicos, e passam a organizar normativamente a vida social, sendo possível extrair-se deles conseqüências concretas. Neste sentido, Konrad Hesse (1991) afirmou que, ao lado do poder das forças políticas e sociais, a Constituição contém uma força vital própria que se sustenta no “sentimento constitucional” da comunidade. A força ativa da Constituição deriva, segundo Hesse, da combinação entre a sua força normativa e as forças sócio-políticas, o que impulsiona a capacidade da Constituição de “construir o futuro com base na natureza singular do presente”.

Considerar esta dupla dimensão do tema é uma tarefa ainda mais importante no contexto atual, quando as Constituições ampliaram consideravelmente sua pretensão normativa, deixando de prover tão somente um estatuto jurídico da organização do Estado e passando a inserir as esferas econômica, social e cultural no rol de dimensões fundamentais da ordem jurídico-institucional das sociedades contemporâneas. De fato, o constitucionalismo moderno surgiu, em fins do século XVIII, como um movimento político-jurídico cujo objetivo principal era a limitação do poder absoluto dos monarcas e a proteção dos interesses dos indivíduos frente a este poder; para tanto, propôs-se a construção de um novo Estado, submetido ao direito e com organização estabelecida em um documento legal superior, a Constituição. No entanto, a idéia de Constituição típica do projeto de organização dos Estados modernos sofreu uma profunda ampliação ao longo dos séculos XIX e XX: às premissas de liberdade individual que caracterizavam o garantismo das Constituições liberais, somaram-se o valor democrático da igualdade social, econômica e cultural – o que deu origem ao Constitucionalismo social – e, mais recentemente, o valor da dignidade humana – que organiza a estrutura do chamado Constitucionalismo comunitário (Siqueira Castro, 1995).

Se, em termos institucionais, este influxo de novos valores significou a extensão da forma de sociabilidade política que organiza a relação entre o indivíduo e a coletividade – isto é, a cidadania e o conjunto de direitos e deveres que a define –, é fundamental perceber que, do ponto de vista sócio-histórico, a incorporação de novos valores correspondeu a processos reais no nível das relações sociais, a lutas políticas por novas conquistas travadas dentro e fora do mundo institucional do direito. Assim, aos direitos formais garantidores das liberdades clássicas – e que não impunham outra coisa “além da organização do Estado, com os freios e cautelas assecuratórios das liberdades de traçado jusnaturalista, e da enunciação de um elenco de direitos e garantias que consubstanciavam a própria essência do ideário da constituição da era moderna” (Siqueira Castro, 1995: 16) – vieram somar-se os direitos sociais, “frutos da guerra e dos ideários socialistas da solidariedade que incendiaram o discurso político em meados do século XIX e que espelham as necessidades materiais para a inserção e florescimento da individualidade no convívio social” (*idem*: 04), e, posteriormente, a partir do pós-guerra, os direitos humanos, como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum, ao meio ambiente equilibrado, entre outros, os quais foram eleitos “para identificar o amplo espectro de proteção jurídica das virtualidades dos seres humanos” (*idem*: 06).

Fica claro, portanto, que a reformulação dos conteúdos normativos das Constituições ao longo do século XX acompanhou de perto a dinâmica democratizante que marcou o período. Cabe aqui recuperar um aspecto fundamental da argumentação desenvolvida por Habermas (1997) acerca das relações entre o direito, a moral e a política nas sociedades democráticas contemporâneas. Rejeitando tanto o determinismo sociológico quanto a postura normativista pura, Habermas afirma que o direito é uma categoria de mediação entre “facticidade” e “validade”, entre a realidade social e a pretensão normativa, e que a sua força repousa na aliança fundamental entre a positividade e a pretensão à legitimidade validada consensualmente, através da política democrática. A partir dessas premissas, conclui o autor que qualquer discussão adequadamente conduzida sobre o direito nas sociedades atuais deve fazer jus à idéia moderna da autoconstituição de uma comunidade de “parceiros do direito”.

Neste sentido, o processo que elevou novos temas à categoria de matérias constitucionais e expandiu o escopo dos direitos do cidadão e do homem esteve

sempre ligado à conversão de novos atores sociais e de novas demandas em “fatores reais de poder”. Tal dinâmica envolveu a constante resignificação do valor-base da liberdade, que passou “da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos e da liberdade dos modernos para a liberdade dos pós-modernos” (Siqueira Castro, 1995: 06). Em um primeiro momento, foram as lutas sociais pela proteção ao trabalho e por garantias mínimas de condições de vida às classes não-proprietárias que impulsionaram as transformações no mundo do direito, provocando o surgimento de mecanismos jurídico-institucionais restritivos aos efeitos do poder econômico sobre a condição trabalhadora; num segundo momento, este processo relacionou-se ao referencial mais amplo da condição humana e foi protagonizado tanto pela reação humanitária internacional às atrocidades cometidas pelos diversos regimes políticos do início do século, quanto pelos movimentos surgidos desde a década de 1960 em defesa dos chamados direitos pós-materiais, como os movimentos pacifistas, ecológicos, étnicos, entre tantos outros.

O constitucionalismo social nasceu em conexão com a primeira onda de lutas e reivindicações descrita. Os confrontos sociais que marcaram a segunda metade do século XIX na Europa; as grandes greves e os movimentos reivindicatórios dos trabalhadores urbanos; o crescimento dos partidos socialistas e de sua representação política nos governos liberal-democráticos; a formulação e ampla difusão de uma doutrina de justiça social da Igreja Católica; os efeitos da 1ª Guerra Mundial e os impactos da Revolução Russa; a crescente importância do Estado no desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro – tudo isso contribuiu de forma decisiva para a inserção de uma nova “ordem econômica e social” no bojo das Constituições liberais desde princípios do século XX (Wolkmer, 1989)<sup>1</sup>.

Uma leitura sociologicamente orientada da emergência do constitucionalismo social possibilita constatar que esta esteve ligada à percepção de que a sociedade contemporânea envolvia complexas relações de dependência e desigualdade que, estando além das formas de regulação da sociabilidade primária, condicionavam fortemente as contingências da vida humana. Em outras palavras, se a expansão do

---

<sup>1</sup> Na verdade, já em 1848, na França e na Alemanha, e em 1874, na Suíça, dispositivos de legislação social para proteção dos trabalhadores haviam sido inscritos em textos constitucionais, embora não tenham perdurado, sobretudo nos dois primeiros casos. Foi apenas ao longo do século XX que o constitucionalismo social se consolidou, com os textos mexicano e alemão do início do século e, posteriormente, com o Texto Político Espanhol, de 1931, e com a Constituição italiana de 1947, alguns dos exemplos mais típicos. Cf. Moraes Filho, 1986.

capitalismo e a crescente penetração do princípio de mercado nas relações sociais eram responsáveis pela gradual expansão das liberdades civis e do igualitarismo político, bem como pela crescente inclusão democrática de novos setores sociais ao *status* de cidadão, também reproduziam desigualdades sociais através da assimetria nas relações entre capital e trabalho; desigualdades essas que tinham efeitos potencialmente disruptivos sobre a estabilidade do poder político e da própria cooperação social (Polanyi, 1970).

Segundo Robert Castel (1998), o início do século XIX teria testemunhado a manifestação de uma forma de miséria que, paradoxalmente, acompanhava o desenvolvimento da riqueza e o progresso da civilização. A crescente percepção de que esta indigência não era devida à falta de trabalho, mas à organização deste sob a forma do trabalho livre, teria possibilitado a consciência do fato de que a desregulamentação social era um aspecto próprio da vida moderna sob a ordem econômica capitalista, ensejando a problematização dos aspectos de risco ou vulnerabilidade advindos da própria cooperação em termos de uma “questão social”. Nas palavras de Castel, “a ‘questão social’ é uma aporia fundamental sobre a qual uma sociedade experimenta o enigma de sua coesão e tenta conjurar o risco de sua fratura. É um desafio que interroga, põe em questão, a capacidade de uma sociedade (o que, em termos políticos, se chama uma nação) para existir como um conjunto ligado por relações de interdependência” (Castel, 1998: 30).

Deste ponto de vista, o constitucionalismo social pode ser compreendido, sociologicamente, como um formato específico do processo histórico descrito por Castel como as “metamorfoses” na formulação da questão social, formato este em que a atenção aos problemas sociais foi convertida em matéria de justiça e se infiltrou definitivamente no princípio da governabilidade fundado no direito, abandonando a justificativa até então elaborada com base em argumentos de natureza moral<sup>2</sup>. A incorporação desta mudança ao quadro normativo do Direito Constitucional decorria diretamente do fato de que a coesão da sociedade, diante de um horizonte mais amplo

---

<sup>2</sup> De fato, quando reconhecida a existência de uma “questão social” a ser tratada, a resposta liberal tradicional consistiu na proposição de ações voluntárias organizadas pelas elites, segundo o princípio da caridade e da beneficência, que poupavam a intervenção do Estado e jamais foram formuladas com base em argumentos de justiça social. Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, “a tradição liberal novecentista levou a uma distinção: a justiça comutativa-retributiva tornou-se uma questão de direito e a justiça distributiva tornou-se política” (Lopes, 1994:25) – entendendo-se aqui por política aquilo que não corresponde à aplicação do direito, ou seja, as ações que não se fundam na obrigação jurídica.

de compatibilização entre os imperativos da ordem econômica capitalista e a perspectiva democrática de inclusão igualitária, exigia a formulação de instrumentos de proteção aos aspectos mais vulneráveis da cooperação social.

Este novo modelo constitucional surgiu, portanto, como uma crítica reformista à “cegueira social” do direito liberal clássico, segundo o qual a garantia de justiça estava “no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade” (Habermas, 1997:138). Em contraposição a essa lógica puramente formal, o modelo jurídico do constitucionalismo social operava segundo uma concepção substantiva de justiça, de acordo com a qual a mera garantia legal de direitos era uma garantia imperfeita, na medida em que a liberdade concreta de grande número de titulares de direitos podia estar ameaçada pela sua incapacidade estrutural de efetivá-los segundo sua livre disposição. Neste contexto, a idéia de justiça social passou a exigir a introdução de um elemento de intencionalidade na lógica jurídica, configurando-se como um princípio normativo compensatório a ser aplicado aos mecanismos institucionais de distribuição dos benefícios e riscos advindos do próprio processo de cooperação social.

O novo paradigma de direito foi construído a partir da materialização das idéias abstratas de liberdade e igualdade em duas direções básicas, conforme as distingue Habermas (*idem*): em primeiro lugar, através da materialização do direito privado, no sentido de se especificar deveres de proteção social aos mais fracos em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autodeterminação individual – foi o que se deu, por exemplo, com a introdução do princípio da função social da propriedade dentro do clássico direito de propriedade, ou com a inserção do princípio de violação positiva do contrato ou do dever de informação, de conselho e de cuidado, dentro do direito contratual. Em segundo lugar, a substantivação do direito ocorreu através da introdução de uma nova categoria de direitos fundamentais no bojo do constitucionalismo, os direitos sociais, como forma de garantir a proteção aos aspectos fundamentais da vida social e de compensar, através de prestações positivas, um amplo setor da sociedade cujo acesso aos bens produzidos socialmente era insatisfatório<sup>3</sup>. Este modelo jurídico, pleno de materialidade e fundado na

---

<sup>3</sup> Evaristo de Moraes Filho definiu da seguinte forma a inscrição constitucional dos direitos sociais: “as disposições sociais têm por objeto instituições da vida em sociedade (casamento, família), categorias humanas (infância, juventude), grupos e classes da sociedade (operários, patrões, empregados, funcionários, camponeses, classe

substantivação da idéia abstrata de igualdade entre os indivíduos, foi incorporado de forma inaugural na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

Em linhas gerais, o constitucionalismo social possibilitou que uma lógica de equilíbrio e acomodação, fundada em princípios de razoabilidade, passasse a organizar o direito, exigindo deste uma intervenção constante sobre organização social. Neste sentido, o direito tornou-se crescentemente pragmático e aproximou-se da lógica de operação da política, deixando de se orientar pelo princípio garantista da “certeza do direito” e voltando-se para o futuro, numa perspectiva prospectiva, transformadora e dirigista da ação. Por esta via, a ruptura que o purismo liberal estabelecera entre o direito e a política entrou em crise, e o direito tornou-se cada vez mais ativo, mais político<sup>4</sup>.

Na verdade, a introdução de direitos de ordem econômico-social no bojo da problemática constitucional configurou uma crise mais ampla do paradigma liberal de direito. A qualidade do direito como um instrumento de promoção da justiça social passou a incorporar a sua capacidade de produzir resultados justos do ponto de vista coletivo, além do seu compromisso já estabelecido com a perspectiva dos indivíduos. Ao introduzir no universo jurídico-institucional uma lógica que não se destinava mais a regular apenas as relações dos indivíduos tomados isoladamente, mas que buscava realizar justiça difundindo o direito nos grandes contextos de interação dos grupos sociais, o constitucionalismo social reforçou as tendências de reformulação teórico-filosófica das relações entre o direito e a justiça, que caracterizaram o século XX.

De fato, a consolidação de uma concepção de direito subordinada à noção do socialmente justo colocou em evidência o problema da definição da idéia de justiça em

---

média), forças sociais (trabalho, capital), a atividade e os interesses da sociedade econômica e de seus fatores (indústria, agricultura, comércio, crédito, etc), as relações que surgem daí e as questões que com elas se relacionam, enfim, a cultura, a arte, a ciência, a educação, os interesses culturais da sociedade. Em resumo: seu objeto e seu fim são a sociedade e sua vida em seus aspectos e relações materiais, morais, culturais” (Moraes Filho, 1986:13).

<sup>4</sup> Insistindo no argumento da falácia ideológica quanto à rígida separação entre direito e política, Lopes chama atenção para o fato de que o Direito Constitucional foi sempre uma área em que as fronteiras entre direito e política estiveram esfumadas, pois “saber o que exatamente diz a regra constitucional em cada caso é uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação da regra já existente (a Constituição) e de formulação de uma nova regra, pois em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra” (Lopes, 1994: 25). Particularmente depois da materialização do direito que marcou o constitucionalismo social, passou-se a lidar com a necessidade de uma constante elevação de novos direitos à categoria de direitos constitucionalmente garantidos, numa lógica cada vez menos garantista e mais impositiva, evidenciando a profunda relação existente entre direito e política, a qual fora obscurecida pela ideologia liberal.

termos contemporâneos. Num tempo em que as visões do mundo se desvencilharam quase que completamente das grandes certezas metafísicas, a idéia de justiça social como uma normatividade que se impunha *sobre* a organização da sociedade guardava um elemento de exterioridade que não era compatível com uma justificativa racional – no sentido de pragmática, de não-metafísica – para as relações entre as estruturas do direito e os princípios de justiça. Neste sentido, o grande debate filosófico das últimas décadas buscou exatamente formular concepções do justo inspiradas em fundamentos novos, remetidos à própria lógica de organização das sociedades.

Um dos grandes esforços neste sentido foi feito por John Rawls (1981). Partindo de uma concepção das sociedades democráticas como sistemas eqüitativos de cooperação entre indivíduos livres, iguais e razoáveis, que defendem concepções particulares do *bem*, Rawls postulou uma teoria da justiça de uma perspectiva puramente intuitiva. Para tanto, fundou sua teoria em princípios procedimentais, construídos a partir de um modelo teórico de “contrato social”. Por este modelo, indivíduos agindo com base em sua percepção razoável – o que neste caso é o mesmo que racional, imparcial – do mundo e dos demais indivíduos optariam sempre por estabelecer determinados princípios de justiça para orientar as suas relações entre si<sup>5</sup>.

De fato, os princípios de justiça formulados por Rawls são apresentados como os únicos mecanismos pré-políticos capazes de atuar como parâmetros de um poder político que se quer comprometido com a produção de legislações que garantam resultados substantivamente justos em sociedades democráticas pluralistas. Ou seja, os princípios de justiça seriam construtos racionais capazes de garantir que, em contextos sócio-políticos plurais, os critérios de organização da estrutura básica da sociedade que deveriam orientar a elaboração de Constituições justas não desrespeitassem as múltiplas concepções do bem, sob pena de se ferir a inviolabilidade moral de cada um dos membros da sociedade.

---

<sup>5</sup> São dois os princípios de justiça que, segundo Rawls, se aplicam às instituições básicas da sociedade. O primeiro, denominado princípio das liberdades iguais, sustenta que cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade possível, sendo que esta liberdade deve ser compatível com uma liberdade similar para os demais indivíduos. Este princípio refere-se aos direitos liberais clássicos: liberdades política de não constrangimento à livre expressão e à reunião, liberdade de consciência e de pensamento, autonomia pessoal e direito à propriedade, liberdade de ir e vir sem restrição arbitrária, entre outros. O segundo princípio – o princípio da eqüitativa igualdade de oportunidades – estabelece que as desigualdades econômicas e sociais são arbitrarias, a menos que seja razoável esperar que resultem em vantagens para todos e desde que as posições e ocupações ligadas a elas estejam abertas a todos. Este princípio, na verdade, combina-se com um terceiro, o *princípio da diferença*, o qual incorpora a idéia de que as desigualdades sócio-econômicas, ainda que sejam vantajosas para todos, só devem ser aceitas quando representarem o maior benefício possível para os membros em situação menos privilegiada. Cf. Rawls, 1981.

Um dos mais significativos conjuntos de críticas formuladas à teoria da justiça de Rawls, o comunitarismo, voltou-se exatamente contra a idéia de uma teoria procedimental da justiça social, buscando aprofundar os aspectos propriamente sociológicos de uma concepção da justiça. Neste sentido, Michael Walzer (1999) sustentou que questões de justiça estão sempre circunscritas a uma comunidade de sentido específica, na qual os entendimentos compartilhados por seus membros acerca do significado dos bens sociais funcionariam como os parâmetros que orientam sua produção e justa distribuição. Assim, o espaço de definição da justiça e da lógica distributiva seria delimitado de acordo com os sentidos e as práticas sociais concretas que justificam a produção mesma desses bens, e não a partir de um ponto de vista o mais neutro possível que garanta a realização privada das variadas concepções do bem sustentadas pelos indivíduos. A justiça, para Walzer, é uma propriedade da própria cooperação social, um modo de ser das relações sociais que incorpora e reitera continuamente os fundamentos da vida comunitária. Neste sentido, o sujeito da justiça seria a própria sociedade, bem como os significados culturais e os valores que ela formula.

Do ponto de vista dos comunitaristas, a teoria de Rawls reflete uma concepção de justiça social condicionada pela validade universal atribuída à prioridade de determinados valores sobre outros na lógica de organização das sociedades modernas – no caso, o fundamento individualista da vida social e das concepções do bem. Contrariamente, os comunitaristas alegam que existe um fato sociológico básico nas considerações implícitas na delimitação dos contornos das idéias de bem, que são conformadas socialmente, ao longo da vida sócio-cultural de uma comunidade, e que são essas definições coletivas do bem que estabelecem os fins últimos da justiça. Assim, as definições que contam para a garantia de realização da justiça social são aquelas estabelecidas na própria cooperação e que se fundam nas fontes de solidariedade social. Por isso, uma sociedade justa não se define pelo respeito à pluralidade dos indivíduos, mas sim pelo respeito ao pluralismo dos bens sociais, de seus significados e dos princípios que orientam a sua distribuição. Em outras palavras, as questões de justiça social exigem, do ponto de vista comunitarista, a sua fundamentação a partir de um novo paradigma do direito, que ultrapasse as limitações

que o modelo individualista impõe ao pensamento sobre as fontes de solidariedade e sobre os valores comuns numa sociedade.

Este sentido “sociológico” da noção de justiça, remetido às instituições concretas da organização social de cada comunidade política, é um elemento característico daquele que é sintomaticamente denominado constitucionalismo comunitário (Siqueira Castro, 1995; Cittadino, 2000). O constitucionalismo comunitário tem sua matriz na Lei Fundamental de Bonn de 1949 e dois de seus exemplos mais notórios são a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição da Espanha de 1978. Esta versão contemporânea do constitucionalismo surgiu no imediato pós-guerra em resposta à segunda onda de lutas e reivindicações a que se referiu anteriormente e tem o seu núcleo na linguagem dos direitos humanos<sup>6</sup>. Constituindo uma importante faceta da crítica jusnaturalista à legitimidade auto-referente do positivismo jurídico, o constitucionalismo comunitário posiciona-se criticamente em relação aos abusos do poder sobre a pessoa, introduzindo considerações de ordem ética no seio do Direito Constitucional. Neste sentido, este novo modelo de constitucionalismo consolida-se, antes de tudo, como um movimento humanitarista no âmbito do Direito Constitucional, que não pretende impor uma institucionalidade radicalmente nova à organização do Estado social, mas sim reestruturá-la. Isto se faz, simbolicamente, pela colocação dos direitos inalienáveis do homem à frente de questões relacionadas à forma política do Estado ou à organização das estruturas da sociedade.

A incorporação do princípio da dignidade humana ao constitucionalismo contemporâneo provocou uma significativa mudança no tratamento dos direitos fundamentais: os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que o constitucionalismo democrático havia consagrado ao longo de dois séculos passaram a justificar-se, neste novo quadro, como extensões do valor ilimitado da dignidade humana, que constitui o vértice das novas Constituições. Esta racionalização dos direitos humanos como princípios constitucionais implicou um esforço de conversão da

---

<sup>6</sup> A linguagem dos direitos humanos foi consagrada primeiramente nos grandes tratados internacionais do pós-guerra, em consequência da mobilização internacional em relação às atrocidades cometidas pelo nazismo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, já incorporava a perspectiva de que seus princípios e valores fossem acatados pelos vários Estados nacionais. Neste sentido, a idéia de proteção aos direitos humanos carregava desde o início uma pretensão de eficácia que se estendia para além dos limites jurídicos da competência nacional exclusiva, fundando um sistema normativo global, uma espécie de comunidade política mundial, e ensejando um grande esforço de cooperação internacional para sua defesa.

concepção dos direitos dos cidadãos – até então concebidos enquanto direitos subjetivos tutelados pela ordem jurídica como garantia da inviolabilidade moral de cada membro da sociedade – em direitos cuja natureza e conteúdo são a expressão dos fundamentos coletivos da própria comunidade social. Neste sentido, além da introdução de concepções éticas no mundo do direito, o novo constitucionalismo também aprofundou o sentido sociológico dos direitos fundamentais enquanto direitos informados pela própria realidade social, “pelos valores de uma visão sócio-cultural de justiça” (Siqueira Castro, 1995: 39).

Uma outra característica marcante do constitucionalismo contemporâneo é a sua abertura do ponto de vista material, isto é, a sua pretensão de abranger os mais variados aspectos da vida social e de ser, em certo sentido, total. Para o constitucionalismo comunitário, a noção de relevância constitucional adquire um sentido novo, o qual se relaciona com a capacidade do sistema normativo de assimilar em detalhe e com profundidade todo o conjunto de questões consideradas relevantes para a comunidade política. Carlos Roberto de Siqueira Castro define o fenômeno da abertura constitucional ou da “constituição aberta” como efeito da crescente “ampliação e universalização das pautas ontológicas do modelo democrático, que abriu-se a todo tipo de aspirações conducentes à melhoria qualitativa do convívio social e ao mais amplo florescimento do espírito humano” (*idem*: 30)<sup>7</sup>. Neste sentido, a Constituição seria o resultado da incorporação ao universo do direito e do constitucionalismo de uma concepção cada vez mais “intuitiva”, “pragmática”, “razoável” e “plural” de justiça, a qual estaria calcada na própria ambiência sócio-cultural e nos valores assimilados pelas comunidades políticas.

Na medida em que a Constituição pretende traduzir um sistema de valores substantivos que identifica a própria comunidade, o processo de sua concretização depende de que essa comunidade seja capaz de controlar as ações e omissões do poder público, no sentido de impedir que a atualização política das normas constitucionais descaracterize a integridade da própria constituição, e, com isso, a concepção de justiça que ela incorpora. Neste sentido, o teor especificamente político

---

<sup>7</sup> A idéia de constituição aberta foi formulada por Peter Häberle, a partir da idéia de sociedade aberta de Karl Popper. Integrante da Nova Hermenêutica alemã, Häberle defendeu o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição pela via de um processo aberto e público em que todas as forças da comunidade política participem da interpretação (Häberle, 1997; Citadino, 2000).

do constitucionalismo democrático está no alargamento do círculo dos “intérpretes informais da constituição” (Cittadino, 2000), o que faz da sua realização um exercício cotidiano da participação política democrática. Em outras palavras, o constitucionalismo comunitário configura uma concepção de cidadania ativa, potencialmente capaz de avaliar e tomar posições diante das forças políticas que apresentam projetos alternativos de realização dos fins constitucionais.

Mas se o constitucionalismo comunitário reconhece à comunidade o dever de velar pela sua Constituição e realizar o seu direito de auto-determinação através dos mais diversos mecanismos de participação política, também protege esta comunidade quanto às disputas que não são resolvidas politicamente. Dada a importância da tarefa de explicitação cotidiana do sentido das normas constitucionais, a tutela formal da Constituição é exercida através do controle jurídico-político da constitucionalidade das leis e atos normativos, atribuído a um conjunto especializado de intérpretes – normalmente uma corte constitucional. Avalizados não apenas pelo seu saber jurídico, mas principalmente pela sua “imersão” na própria comunidade, esses intérpretes da Constituição estão encarregados de guardar os valores constitucionais básicos, reatualizando-os a cada decisão sobre a razoabilidade das regras jurídicas e das políticas propostas pelos poderes públicos.

A partir desta breve análise, é possível constatar que o processo ininterrupto de ampliação da pretensão normativa das Constituições, através da incorporação de novos direitos e valores, exacerba a perspectiva caracteristicamente moderna de construção das condições de liberdade e igualdade através do direito (Siqueira Castro, 1995), reatualizando as pretensões de justiça que estão na base do constitucionalismo contemporâneo em face das novas demandas da sociedade. Neste sentido, o Direito Constitucional atual pretende não apenas assegurar direitos, mas ser um instrumento de promoção de direitos e de realização da justiça social numa acepção ampla, que não se refere apenas ao aspecto material da distribuição dos benefícios e riscos sociais, mas que incorpora também a dimensão simbólica de reafirmação dos valores que conformam uma determinada comunidade de sentido e que devem, por isso mesmo, orientar as instituições sociais.

## **II – Direito e justiça social: um eixo para o marco institucional democrático brasileiro**

O ordenamento institucional promovido pela Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização da ordem política do país, incorpora a ampla pretensão normativa do constitucionalismo contemporâneo. Sendo assim, além de garantir o devido espaço e proteção para as liberdades de cunho liberal-individualista e que se realizam na esfera privada, no mercado e na sociedade civil, o texto constitucional busca também organizar as condições para a promoção do desenvolvimento e do bem-estar social na sociedade brasileira, ampliando o rol de direitos sociais assegurados aos cidadãos e inserindo como matéria jurídica temas substantivos que não pertenciam ao conjunto de preocupações da tradição constitucional do país.

A ampla pretensão normativa da Constituição de 1988 ficou explícita já em seu preâmbulo, onde os constituintes declaram que seu objetivo foi “instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”. Ao incluir temas que vão desde a garantia dos direitos subjetivos tradicionais até a preocupação com a justiça e o desenvolvimento da sociedade brasileira, este preâmbulo revela o vasto escopo de valores que foram tidos como legitimamente institucionalizáveis em um Estado comprometido com a consolidação da democracia no país.

Para explicar a fundação do novo texto constitucional em princípios tidos como a expressão de valores caros à sociedade brasileira, muitas análises têm apontado a influência decisiva do constitucionalismo comunitário contemporâneo, especialmente aquele de matriz ibérica, sobre o recente processo constituinte brasileiro (Siqueira Castro, 1995; Vianna *et al.*, 1999; Cittadino, 2000). Amplamente difundidas entre constitucionalistas e no meio jurídico em geral, as Constituições democráticas de Portugal e Espanha – elaboradas no final dos anos 70 após a derrocada dos regimes autoritários que dominaram esses países durante várias décadas – teriam servido de modelo para a engenharia da nova democracia brasileira, fornecendo boa parte dos

fundamentos éticos que inspiram os compromissos assumidos pela Constituição de 1988 com os valores supremos da comunidade política nacional.

Não se pode desconsiderar, contudo, o fato de que esta institucionalidade comprometida com metas amplas e consideravelmente diferenciadas – muitas das quais de teor substantivo e aberto – foi articulada em meio ao complexo contexto de negociações políticas que caracterizou a Nova República. Como vários estudiosos do processo de transição à democracia já demonstraram, a liberalização do regime autoritário esteve ligada antes às suas dificuldades em resolver seus problemas de adaptação política do que a uma alteração radical na correlação de forças entre os seus protagonistas e os seus opositores (Martins, 1988; O'Donnell & Schmitter, 1988). Neste sentido, as pretensões do regime em relação à condução de uma transição política tida como inevitável estiveram sempre presentes no que se constituiu numa verdadeira negociação com as forças redemocratizantes, inclusive no processo constituinte.

Essas, por sua vez, incorporavam tanto as demandas pela remoção do “entulho autoritário”, que obstruía antigos canais da atuação política, quanto as reivindicações por espaços institucionais novos para acolher os atores políticos surgidos ao longo dos anos 70 e 80. Antigos e novos atores – uns reivindicando o restabelecimento de suas liberdades e garantias, outros pleiteando sua incorporação à comunidade política e a garantia de novíssimos direitos – encontraram-se nos debates constituintes e deste embate surgiu uma Constituição que não consegue disfarçar seu caráter de Carta-compromisso.

De fato, várias foram as forças sociais que, tendo se mobilizado politicamente no contexto da transição, pretenderam participar da construção da nova institucionalidade democrática e inserir aí suas concepções de direito e de justiça. Reunindo desde os políticos que haviam negociado a transição com os militares até os movimentos populares, passando pelos partidos de oposição e pelos *lobbies* dos grupos econômicos e das associações profissionais e de classes, os debates constituintes foram marcados por uma verdadeira “avalanche” de demandas, todas associadas ao desejo de mudança impulsionado pela reinstitucionalização da ordem democrática.

Siqueira Castro relacionou o caráter compromissário da Constituição ao fato de esta ter representado uma etapa do lento e gradual processo de transição do

autoritarismo para a democracia, e não o desfecho de uma “ruptura revanchista” com as instituições vigentes (Siqueira Castro, 1995: 81). Tendo sido estabelecida em meio ao “compromisso pacificador” que marcou a liberalização do regime autoritário, sua missão principal teria sido a de servir de porto seguro para a consolidação da democracia social-pluralista e, por isso, teria encarnado a síntese dos diversos ideais de mudança que marcaram a luta pela redemocratização e os debates constituintes.

Luiz Werneck Vianna e demais autores (1999) destacaram a ausência de uma vontade política constituída quando do início dos debates constituintes, que não se basearam em nenhum anteprojeto de constituição<sup>8</sup>. Dados, de um lado, a inexistência de um projeto hegemônico capaz de corresponder à amplitude ideológica da aliança que presidira à transição para a democracia, e, de outro, o fato de que o novo texto constitucional era ele próprio parte do processo de transição – e não o resultado de sua conclusão –, a vontade constituinte teria sido marcada por um alto grau de indeterminação, donde as composições e soluções de compromisso entre forças díspares que marcaram o processo constituinte (Vianna *et al.*, 1999: 39).

Bolívar Lamounier e Amaury de Souza (1990) também destacaram o caráter conciliador do texto constitucional. Enfatizaram, porém, os elementos relacionados às diferentes inclinações ou mentalidades que conformam a cultura política brasileira e que estiveram representadas nos debates constituintes. Na verdade, os autores associaram a natureza conciliadora da Constituição às características da própria cultura política brasileira, tida como um *conflict-avoidance* game, ou seja, como uma cultura que, refletindo uma ordem patrimonial e profundamente desigual de organização do poder, faz uso freqüente de estratégias conciliatórias e pragmáticas para prevenir a emergência de conflitos no espaço público. Para estes autores, se a Constituição pode ser vista como “um esforço coletivo para passar a limpo o país”, é essencial perceber que este esforço se erigiu sobre as diferentes expectativas que

---

<sup>8</sup> A Assembléia Nacional Constituinte (ANC) optou por não adotar qualquer projeto prévio como ponto de partida para as discussões. Tal decisão, tomada sob o argumento da “autonomia política dos constituintes”, inviabilizou tanto a instalação de uma Comissão interna da ANC para redigir um documento-base, quanto a recepção do anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (a Comissão Afonso Arinos), que havia sido instituída exatamente para produzir estudos que pudessem subsidiar as discussões e trabalhos da ANC. Apesar disso, dada a repercussão dos debates da Comissão Afonso Arinos sobre a opinião pública, seu anteprojeto acabou circulando informalmente pelos bastidores do Congresso e teve partes de seu texto copiadas pelos constituintes, até ser, depois de algum tempo, definitivamente apresentado como sugestão à Mesa da Constituinte (Cittadino, 2000). A respeito do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, ver capítulo 4.

estiveram presentes nos debates constituintes e que dificilmente poderiam ser completamente satisfeitas pelo “*fiat legislativo*” (Lamounier & Souza, 1990: 101).

Seja pela ótica da liberalização do regime autoritário, pela via da conjuntura política das forças redemocratizantes ou pela ênfase nas características mais consolidadas da cultura política brasileira, estas análises apontam o fato de que a Constituição de 1988 reflete uma vontade constituinte que legislou sob a influência de um conjunto de forças heterogêneas e ideologicamente diversas, buscando, antes de qualquer coisa, estabelecer entre elas um compromisso em torno da nova ordem democrática. Até mesmo José Afonso da Silva, um dos mais ativos defensores da Constituição de 1988, reconhece que ela foi um produto das circunstâncias (Silva, 1990). Afirma, porém, que o novo texto constitucional é “razoavelmente avançado”, sugerindo que “talvez suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições que decorreram do processo de sua formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e, por isso mesmo, de muitas negociações” (*idem*: 39).

Retomando-se os termos da análise de Lamounier & Souza, por exemplo, pode-se perceber em vários dos novos dispositivos constitucionais avanços que, de fato, estão relacionados aos compromissos tópicos e pontuais que reuniram os distintos “estratos” da cultura política brasileira em torno da Constituição de 1988. Assim, por exemplo, a incorporação de um extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas ao quadro institucional responderia às expectativas de revisão das premissas individualistas do direito brasileiro sustentadas pela vertente de “rejeição indiscriminada ao passado”. Do mesmo modo, o triunfo do presidencialismo sobre a bandeira do parlamentarismo, o arranjo neo-corporativista do sindicalismo brasileiro e a inclinação nacionalista (não exatamente estatizante) da organização da ordem econômica corresponderiam às reivindicações intervencionistas e reguladoras do econômico e do social da segunda vertente da cultura política brasileira, aquela marcada pelo legado getulista. Finalmente, a revisão do princípio da soberania popular através da institucionalização da democracia participativa (via mecanismos como a iniciativa popular de legislação, o plebiscito e o referendo popular) e a ênfase conferida aos direitos humanos seriam as respostas às reivindicações da terceira vertente, dominada pelos movimentos sociais que se constituíram ao longo do autoritarismo militar, e que

se desenvolveu em torno de um conceito eminentemente participativo e substantivo de democracia.

Por outro lado, dado o imperativo de legitimidade da Constituição frente a forças políticas marcadas por profundas clivagens ideológicas e de interesses – o que impedia que o teor geral do novo texto se identificasse imediatamente com a agenda de alguma delas em particular –, os constituintes viram-se obrigados a uma visão hiper inclusiva da relevância constitucional, o que marcou o texto não apenas pelo alto grau de abrangência no que se refere ao conteúdo, mas também pela minúcia no tocante ao tratamento das matérias. Neste sentido, a incorporação de uma série de valores e princípios normativos abertos e de conteúdo indeterminado, sobretudo no que diz respeito aos temas mais polêmicos e às propostas mais radicais dos setores econômica e socialmente marginalizados, também refletiria as dificuldades em que se processaram os debates constituintes. Termos ao mesmo tempo engajados e vagos, como “função social da propriedade”, “interesse público”, “bem comum”, “dignidade da pessoa humana”, “justiça social”, entre outros, permeiam toda a estrutura do texto constitucional. Neste sentido, observaram Vianna e seus co-autores que “a solução de compromisso a que chegou o constituinte foi a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração de direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato” (Vianna *et al.*, 1999: 41).

Essas constatações colocam questões relevantes quanto à eficácia da pretensão normativa da nova Carta. Essencialmente, tem-se o problema da efetividade dos novos direitos e princípios constitucionais, que ficou remetido a um cenário futuro de disputas políticas pelo estabelecimento de seu sentido original, tanto nas especificações da legislação ordinária quanto no desenho das políticas públicas do Estado. Por outro lado, no entanto, tem-se o conteúdo de “promessa” desses direitos e princípios normativos, os quais comportam um inegável sentido de mudança em relação à ordem anterior, e em nome dos quais fez-se legítimo lutar política e juridicamente por transformações na sociedade brasileira. Deste ponto de vista, valem

também as palavras de José Afonso da Silva, segundo quem a Constituição “abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida” (Silva, 1990: 08)<sup>9</sup>.

É interessante notar que a inédita mobilização social e política em torno do recente processo constituinte, particularmente no que se referiu aos setores populares, exigiu que os debates necessariamente voltassem atenção para a sociedade e para a dinâmica de interesses que lhe é própria<sup>10</sup>. Em outros termos, as condições em que se deu a feitura da nova Constituição brasileira provocaram uma revisão da perspectiva a partir da qual tradicionalmente se estabeleceu a institucionalidade jurídica no país, num sintomático deslocamento na equação tradicional entre os interesses do Estado e os interesses da sociedade. Assim, em oposição ao modelo precedente, centrado na perspectiva do Estado e de suas prerrogativas de poder e organização frente à sociedade, a nova sintaxe constitucional – ainda que não subverta a importância do pólo estatal na organização da vida social e política do país – reposicionou o pólo da sociedade em relação àquele, buscando incorporar ao mundo institucional do direito a lógica da dinâmica sócio-política do país, em processo de crescente democratização e reorganização. Como sugere Siqueira Castro, o eixo central da configuração supralegal do Estado Democrático de Direito brasileiro “projeta-se muito mais à sociedade e ao mundo, do que propriamente à organicidade dos poderes representativos da soberania” (Siqueira Castro, 1995: 20).

A abertura do processo constituinte aos vários aspectos da complexa trama das relações sociais no país – um fato inédito na história constitucional brasileira, possibilitado, em larga medida, pela própria revitalização das práticas democráticas e pela pressão exercida pelos setores populares sobre as fronteiras da comunidade política – fundamentou a formulação de um texto que, da perspectiva de outros analistas, se aproxima do modelo de “Constituição-total”, isto é, da Constituição que, no seu aspecto normativo, não é norma pura, “mas a norma em sua conexão com a

---

<sup>9</sup> Muitos analistas da Constituição de 1988 argumentam que esta institucionalização de valores abertos e remetidos ao futuro consiste, de fato, numa estratégia de “constitucionalização simbólica”. Enfatizando o papel das normas jurídicas como meios para a consecução de objetivos políticos, sociais ou econômicos, afirmam que as normas programáticas foram incorporadas ao texto constitucional como estratégia de fortalecimento do poder simbólico da ordem em vigor (Faria, 1993; Neves, 1994).

<sup>10</sup> Não apenas foi relevante a mobilização popular na campanha pelas eleições diretas e no movimento em prol da convocação de uma Constituinte exclusiva, como também foi notória a participação popular organizada nos debates políticos que precederam a ANC e no próprio processo constituinte, sobretudo nas audiências públicas. Tal mobilização garantiu que a definição dos temas e das prioridades da ANC fosse influenciada pelos movimentos sociais e populares, não sendo controlada exclusivamente pelas elites políticas que haviam conduzido a transição. Cf. Dossiê Constituinte, 1986.

realidade social, que lhe dá conteúdo fático e sentido axiológico” (Silva, 1990:43). Deste prisma, as regras constitucionais não seriam outra coisa que veículos imperfeitos de idéias e valores resultantes do sentimento generalizado de justiça numa comunidade (Dallari, 1976).

Percebe-se que, se o peso das disputas no contexto constituinte relativizava a capacidade de uma proposta estruturada tão somente em torno de elementos teórico-filosóficos responder à diversidade de demandas e interesses em jogo, os pressupostos específicos do constitucionalismo comunitário adequavam-se com precisão às circunstâncias políticas daquele momento. Isto porque o teor ideológico da resposta que oferecia ao problema constitucional, ao contrário de exigir a completa redução da complexidade social à teoria, tomava essa complexidade como um dado da realidade e se propunha a englobar os seus aspectos fundamentais na engenharia institucional, como forma de fazer justiça à própria realidade social.

O fato é que a idéia de justiça social consagrada na Constituição de 1988 – ora explícita, ora implicitamente<sup>11</sup> – como princípio ético de organização da vida democrática brasileira tem a pretensão globalizante do constitucionalismo comunitário, não ambicionando a Constituição ser um ordenamento justo apenas do ponto de vista dos interesses de cada um dos cidadãos brasileiros, mas também no que diz respeito à sociedade como um todo, a qual envolve, além de cada um dos cidadãos tomados individualmente, outras variadas e igualmente valiosas formas de vida, sejam elas coletivas, simbólicas, etc. Neste sentido, ela guarda também o teor intuitivo e pragmático a que aludiu Siqueira Castro, segundo quem o conteúdo da idéia de justiça social se refere à “justiça” dos aspectos contextuais da vida social e, exatamente por isso, é aberto, indeterminado, porém pleno de substantividade (Siqueira Castro, 1995).

A consagração de uma idéia pragmática de justiça social como valor a ser observado na organização da vida social tem conseqüências concretas em termos da ordem jurídico-institucional. Assim, por exemplo, o artigo 1º da Constituição estabeleceu que o Estado democrático de direito brasileiro tem como fundamentos não

---

<sup>11</sup> O artigo 1º da Constituição federal afirma que a construção de uma sociedade justa é um dos objetivos da República brasileira; já o artigo 170, que estabelece os princípios da ordem econômica, destaca a sua organização em observância aos “ditames da justiça social”; finalmente, o artigo 193 estabelece a justiça social como um dos objetivos da ordem social da Constituição brasileira. No entanto, há vários dispositivos constitucionais implicitamente comprometidos com a garantia de realização de uma justiça referida aos contextos das relações sociais, como é o caso dos direitos coletivos, dos direitos dos trabalhadores, ou do próprio direito assegurado a alguns atores políticos de defender a Constituição e suas normas da ação inconstitucional dos poderes públicos, como se verá adiante.

apenas a soberania, a cidadania e o pluralismo político – princípios mais tipicamente relacionados à definição político-formal do Estado –, mas também os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, numa caracterização claramente substantivista da ordem política brasileira. Como aponta José Afonso da Silva (1990), a concepção de Estado democrático do Direito assim conformada funda-se não apenas nos princípios democrático e da constitucionalidade, mas também no princípio da proteção dos direitos fundamentais, o qual, estando diretamente relacionado ao valor da dignidade da pessoa humana, expande-se por toda a Constituição como um de seus núcleos fundamentais e como um parâmetro que deve orientar o entendimento e a interpretação do sistema constitucional<sup>12</sup>. Sintomaticamente, o texto de 1988 estabelece uma nova “topografia constitucional”, em que os direitos fundamentais de cidadania (Título II) precedem mesmo os princípios que tratam da organização nacional (Título III a VI), contrariamente às demais Constituições brasileiras.

De fato, a institucionalização do valor da dignidade humana enquanto princípio constitucional implicou a fixação de um vasto rol de direitos e garantias fundamentais (artigos 5º a 17). Tal conjunto de direitos expandiu em muito o padrão garantista vigente no constitucionalismo brasileiro, pois assegurou não apenas as tradicionais liberdades civis, mas ampliou o acesso da sociedade à participação política, promoveu a inserção de sujeitos coletivos no âmbito do direito e expandiu os direitos econômicos e sociais que vigoravam até então. Assim, de um modelo em que predominava o teor liberal, fundado na garantia das liberdades-autonomia e dos direitos tradicionais de participação, passa-se a um modelo muito mais abrangente e substantivo, em que os vários aspectos da dinâmica social são incorporados como matérias de relevância constitucional. Um dos efeitos mais significativos do privilégio concedido à dignidade humana no novo ordenamento jurídico foi a universalização do *status* de cidadão para todos os brasileiros. Tal inovação rompeu com a proteção social corporativista até

---

<sup>12</sup> A relevância constitucional do valor da dignidade humana e dos direitos fundamentais no documento que simboliza a ruptura com o regime autoritário é de tal ordem que o constituinte chegou mesmo a atribuir aos direitos humanos internacionais uma natureza especial de norma constitucional na ordem política brasileira, estabelecendo, no § 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias estabelecidos na Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Cf. Piovesan, 1998.

então vigente no país e com o modelo da “cidadania regulada”, pelo que a Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição cidadã”<sup>13</sup>.

A garantia de uma ampla gama de direitos substantivos, de ordem econômica e social (dispostos entre os artigos 6º e 11, e também nos artigos que tratam da ordem econômica e social), insere-se imediatamente no âmbito de reverberação do valor da dignidade humana. O direito ao trabalho e a proteção do trabalhador, os direitos à educação, à moradia, à saúde, à previdência social ou à cultura, dentre tantos outros que compõem o campo de atenção à esfera social e que visam assegurar aos cidadãos uma existência digna, “conforme os ditames da justiça social”, implicam a estruturação de um amplo conjunto de políticas de bem-estar social e impõem uma série de obrigações materiais ao Estado, tanto no que se refere à prestação de serviços quanto à regulação de determinadas atividades.

O capítulo que trata de seguridade social (artigos 194 a 204), por exemplo, denota a extensão que o valor da justiça social assume no novo quadro constitucional. Os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, que compõem a noção de seguridade social, estruturam-se com base nos princípios de uma complexa noção de justiça. Envolvem, de um lado, aspectos distributivistas, os quais estão incorporados, por exemplo, nos dispositivos que postulam a universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, e a equidade na forma de participação no custeio; por outro lado, envolvem também os aspectos “simbólicos”, ligados aos valores compartilhados pela comunidade nacional, os quais reconhecem a relevância pública do tema e requerem a provisão, pelo conjunto da sociedade, de uma estrutura de ações de “segurança social” a que todos os cidadãos têm justo direito de acesso enquanto dela necessitarem.

Uma outra inovação fundamental introduzida no quadro jurídico pela nova Constituição federal refere-se à tutela dos direitos metaindividuais, tanto coletivos quanto difusos, o que caracterizou uma ruptura com o referencial liberal-individualista

---

<sup>13</sup> O conceito de “cidadania regulada” formulado por Wanderley Guilherme dos Santos (1987) reflete com acuidade os aspectos problemáticos da legislação social brasileira até os anos 80, e traduz a idéia da limitação da cidadania a um código de direitos restritos aos setores modernos da economia. Tal como foram institucionalizados no Brasil desde os anos 30, os direitos sociais estiveram sempre identificados com direitos a que se tem acesso devido ao pertencimento formal ao mundo do trabalho, e não à dimensão simbólica dos valores compartilhados pelos membros de uma comunidade política. Mais do que isso, esses direitos permaneceram por muito tempo associados à idéia de benefícios concedidos pelo Estado benevolente de acordo com a lógica do “quem tem ofício tem benefício” (Gomes, 1988).

típico dos ordenamentos jurídicos brasileiros. Direitos coletivos e direitos difusos têm como objeto bens cuja fruição é supra-individual, não podendo ser dividida entre seus titulares; no caso dos primeiros, entretanto, os titulares do direito compõem um grupo social orgânico, definido, e os vínculos que os unem são claramente objetivos, como é o caso do grupo de condôminos de um dado edifício; quanto aos direitos difusos, estes protegem titulares que integram um grupo social indefinido em que o único vínculo que os une é o eventual dano ao bem do qual são destinatários, tal como acontece com os usuários de bens e serviços coletivos, por exemplo (Piovesan, 1995; Lopes, 2000; Silva, 2001).

A passagem do garantismo individual ao garantismo coletivo afastou a nova Constituição de uma concepção individualista sobre as relações sociais e vinculou a universalização da cidadania ao acesso de interesses metaindividuais ao Estado. Por esta via, o marco institucional abriu-se de fato para a dinâmica de organização e articulação da sociedade civil, num claro reconhecimento da problemática dos interesses e conflitos coletivos na sociedade brasileira, evidenciada desde a década de 1970 com o revigoramento dos movimentos sociais. Pressionando as fronteiras do direito estabelecido, os representantes dos movimentos sociais organizados chegaram à Constituinte dispostos a lutar pela institucionalização de uma nova concepção de justiça no país e, em vários sentidos, tiveram suas reivindicações incorporadas ao novo marco constitucional. Assim, por exemplo, o inciso XXI do artigo 5º, ao estabelecer que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, reconhece aos partidos políticos, sindicatos, associação civis e outras organizações o direito de se fazerem presentes diante da Justiça como sujeitos de direito, o que legitima o tratamento jurídico a causas e interesses de natureza coletiva e amplia as condições de acesso à justiça por parte daqueles atores que muito dificilmente poderiam enfrentar sozinhos os vários custos de uma ação judicial.

Também no que se refere à ampliação do acesso à justiça, a Constituição assegurou aos estados a possibilidade de criar, quando da organização de sua estrutura local de justiça, juizados de pequenas causas, para a conciliação, julgamento e execução de “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menos potencial ofensivo”, bem como juizados de paz, para exercer atribuições conciliatórias,

sem caráter jurisdicional (artigo 98). Através destes mecanismos, largamente desformalizados e compostos também por juízes leigos ou cidadãos eleitos por voto direito, o constituinte previu a possibilidade de maior penetração dos conflitos sociais cotidianos na esfera da Justiça, valorizando a conseqüente ampliação da prestação jurisdicional também como uma realização de objetivos de justiça social, especialmente no que se referia à vivência dos setores populares.

É fundamental perceber que tanto a constitucionalização de diversos direitos econômicos e sociais quanto o reconhecimento de novos sujeitos (coletivos e populares) de direito revelam a influência direta que a noção ampliada de justiça social exerceu sobre a concepção de titularidade de direitos na Constituição de 1988. Não apenas novos sujeitos foram reconhecidos como legítimos detentores de direitos – o que os habilitou a atuar judicialmente na promoção e defesa desses mesmos direitos –, como também a própria constitucionalização de um amplo elenco de direitos econômicos e sociais, de quem são titulares o conjunto da sociedade brasileira, em alguns casos, e setores específicos da população, em outros, refletiu o reconhecimento de que há uma variedade de bens cuja natureza é coletiva ou pública, e não individual, e que a proteção desses bens é uma questão de justiça e dá origem a verdadeiros “direitos sociais”, no sentido de que se referem à própria sociedade em seu conjunto.

Por outro lado, a constitucionalização de um amplo conjunto de direitos individuais e coletivos como uma espécie de “tradução institucional” do valor da dignidade humana e do compromisso com a justiça aumentou consideravelmente as responsabilidades positivas do Estado, pois tornou a efetivação desses direitos fundamentais –direitos que supostamente encontram base em valores sociais e políticos consagrados pela evolução histórica da sociedade brasileira (Silva, 1990: 40) – uma questão de observância aos “ditames da justiça social”. Neste sentido, a ênfase sobre o “interesse público” estipulou objetivos concretos a serem cumpridos pelo Estado, objetivos esses que, indo além da garantia de direitos de liberdade aos cidadãos e da defesa da ordem política, projetam-se como verdadeiros fins substantivos. Neste sentido, o artigo 3º da Constituição fixou, como os objetivos fundamentais da ordem política brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme apontam os especialistas, o estabelecimento de fins substantivos a serem cumpridos pelo Estado é um fato inédito na história brasileira, constituindo-se numa verdadeira mutação constitucional. De fato, a Constituição reconheceu problemas substantivos que afetam a organização da vida social no país (como a pobreza, as desigualdades e a marginalização social) e incorporou à estrutura normativa a pretensão de orientar o Estado no sentido de promover funções redistributivas e transformadoras da realidade. Consagrou-se, por esta via, uma concepção dirigista da Constituição, atestando claramente a incapacidade do modelo liberal de Estado para lidar com a questão social, e projetando, por sua vez, a estrutura de um Estado de bem estar que incorpora um conteúdo programático de transformação social. Segundo afirma José Afonso da Silva, “o constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas da liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que às vezes se chama de constituição-garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura (...)” (Silva, 1997: 08).

Esta concepção dirigista ou programática da Constituição impõe a adequação das políticas públicas ao texto constitucional. Neste sentido, as normas programáticas representam, enquanto instrumento constitucional de preservação de direitos fundamentais, a impulsão do processo de mudança social pela via da juridicidade, ou seja, a utilização do direito como instrumento político da realização de uma justiça que, no limite, envolve mudanças sociais efetivas. Ao instrumentalizar o direito em prol da justiça social, a Constituição de 1988 consagrou uma concepção promocional do direito, um direito ativo, comprometido com a reconstrução da realidade sócio-econômica a partir do projeto expresso pelas normas constitucionais.

É importante notar, neste sentido, que a idéia de justiça social não se restringiu, no novo texto, ao imperativo de ampliação do espaço público com vistas a refletir com

justiça as vivências em torno das quais se organiza a sociedade brasileira, aquilo a que José Afonso da Silva se referiu como “as condutas valoradas historicamente” e que conformam “os elementos constitucionais do grupo social” (Silva, 1997:43). Realizar justiça social significou também incorporar o conteúdo novo e transformador das novas vivências trazidas ao espaço público; significou, em outras palavras, romper com a injustiça histórica das relações sociais estabelecidas no país, o que impôs a “desnaturalização do social” e a sua problematização diante dos imperativos democráticos.

Paradoxalmente, portanto, a Constituição de 1988 consagra uma semântica tal em que realizar os objetivos da justiça social envolve tanto o respeito a determinados padrões culturais quanto o seu desafio. Esta constatação reforça a percepção de que o eixo da Constituição de 1988 se funda na associação entre o direito e uma noção ampla de justiça, que incorpora, ao mesmo tempo, o respeito pela normatividade que “emana” da sociedade e a possibilidade de transformação das estruturas sociais. Compreendida desta forma, a idéia de justiça social pode ser considerada como o ponto de equilíbrio da complexa solução de compromisso em que se fundou o novo texto constitucional.

### **III - A garantia institucional dos direitos e a defesa da Constituição: a força política do direito na Constituição de 1988**

Numa clara compreensão de que a direitos a prestações positivas correspondem deveres igualmente positivos do Estado, a nova Constituição instituiu um amplo conjunto de mecanismos jurídicos de interpelação dos poderes públicos para defesa daqueles direitos, cuja aplicabilidade imediata foi assegurada no texto constitucional (artigo 5º, LXXVII, § 1º). Institutos novos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade e o já referido direito de representação coletiva – além do tradicional *habeas corpus* e da ampliação da abrangência da ação civil pública –, são mecanismos processuais destinados a garantir a eficácia dos direitos fundamentais assegurados pela

Constituição. Dada a sua relevância, boa parte desses mecanismos integra o artigo 5º, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, enquanto alguns outros se dispersam pelo texto constitucional.

Em linhas gerais, estes mecanismos possibilitam à sociedade civil agir juridicamente na defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988. Como aponta Gisele Cittadino, uma das principais medidas do constituinte no sentido de garantir a eficácia das normas constitucionais foi a ampliação da “comunidade de intérpretes informais da Constituição”. A comunidade de intérpretes da Constituição é composta pelo conjunto de agentes a cargo de quem está a intermediação do controle da constitucionalidade das leis – no caso do Brasil, este papel é exercido pelo Poder Judiciário. Seguindo a lógica da democratização do espaço público, a nova Constituição federal tornou possível que atores tão variados quanto os partidos políticos, as associações civis, as entidades de classe, o Ministério Público ou mesmo o cidadão comum (em alguns casos), provoquem o Judiciário quando julgarem que as normas constitucionais estão sendo ou infringidas ou desconsideradas pelos poderes públicos.

Fica claro, portanto, que, se o constituinte esteve atento para o problema da concretização das normas constitucionais, particularmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a solução institucional proposta para lidar com esta questão foi a de atribuir aos próprios destinatários da Constituição (e a seus representantes) a função de vigilância quanto a sua efetivação. Na qualidade de membros integrais da comunidade política organizada pelo texto constitucional e de titulares dos direitos ali assegurados, os setores organizados da cidadania foram tomados como os intérpretes informais dos princípios contidos na Constituição e dos valores que eles representam, capazes de atuar politicamente em sua defesa. Desta forma, este instituto constitucional assegurou aos vários grupos da sociedade brasileira um direito radicalmente novo de participação política. Pode-se afirmar, portanto, que, se do ponto de vista jurídico-institucional é a linguagem dos direitos fundamentais que concentra relevância, do ponto de vista da questão político-jurídica, é o tema da participação, da cidadania ativa, que se torna o centro da Constituição.

Esta inclusão das entidades da sociedade civil no rol dos atores com atribuição política de controlar a constitucionalidade dos atos dos poderes públicos implica, em

caráter pioneiro na história brasileira, o reconhecimento dos legítimos interesses da cidadania em relação ao controle do Estado, bem como a confiança em sua capacidade organizacional para exercê-lo. A valorização da dimensão associativa típica da democracia é um elemento fundamental do desenho político-institucional da nova Constituição. Júlio Aurélio V. Lopes, em análise sobre a relação entre a contribuição das instituições políticas para a consolidação de práticas democráticas no país, observa que as inovações institucionais da Constituição de 1988 “tornam a efetivação dos diversos direitos de cidadania (civis, políticos, sociais etc.) dependente da inserção ativa de interesses coletivos no Estado, através de várias modalidades de participação (além da estritamente eleitoral)” (Lopes, 2000: introdução).

No que se refere aos direitos relativos à participação política tradicional, a Constituição de 1988 também inovou, instituindo um sistema de participação semi-direta, no qual mecanismos de participação direta complementam as tradicionais instituições da democracia representativa, numa clara tentativa de aproximar a dinâmica instituinte do direito da sociedade. Desta forma, admitiu-se, através da iniciativa popular, que diferentes setores da sociedade apresentem projetos de lei ao Legislativo; pelo instituto do referendo popular, tornou-se possível submeter projetos de lei aprovados pelo Legislativo à apreciação da sociedade; e, pela via do plebiscito, possibilitou-se a decisão sobre temas específicos pela população antes mesmo da instalação dos debates para a formulação de um projeto do Legislativo (Cittadino, 2000: 47-48).

Contudo, é a participação no controle da administração pública, possibilitada pelos diversos mecanismos processuais referidos acima, a grande arma da sociedade para a preservação de seus direitos de cidadania. Conforme argumenta Flávia Piovesan, esses instrumentos jurídicos são de fundamental importância, pois permitem superar a visão de que normas programáticas, como as que compõem grande parte da Constituição de 1988, não têm força de lei e, conseqüentemente, não conferem nem permitem exigir fruição alguma (Piovesan, 1995:122)<sup>14</sup>. O seu papel na nova ordem

---

<sup>14</sup> José Eduardo Faria (1993) faz referência a esta diferença de *status* que o meio jurídico tradicionalmente tendeu a imputar às normas programáticas em comparação com as normas procedimentais. Estas últimas, tradicionalmente relacionadas ao reconhecimento dos interesses privados, tendem a ser privilegiadas na decisão jurídica, já que são normas a respeito das quais “a doutrina e a jurisprudência têm tido poucas dúvidas quanto ao seu alcance, sentido e eficácia”. No que se refere às normas programáticas, fundadas em conceitos abertos e indefinidos como “bem comum”, “fim social” e “interesse público”, estas são normas de caráter substantivo, as quais não estabelecem um

institucional é exatamente o de garantir a adequação das ações públicas às normas constitucionais, contribuindo assim para a efetividade do sistema de direitos ali assegurados e para a realização da pretensão normativa da Constituição.

Como já se afirmou anteriormente, a garantia do direito de representação coletiva (artigo 5º, XXI) cumpre um papel fundamental na nova ordem institucional. Antes da Constituição de 1988, a concepção de direito coletivo juridicamente institucionalizada no Brasil envolvia um âmbito de proteção muito restrito. Até 1985, os únicos interesses reconhecidos como coletivamente representáveis em juízo diziam respeito aos dissídios coletivos na Justiça do Trabalho e ao questionamento da disposição do patrimônio público que importasse prejuízo a determinado setor social, através da ação popular (existente desde 1934); com a instituição da ação civil pública, naquele ano, as associações civis, o Ministério Público, as unidades federativas e os componentes de sua administração indireta passaram a poder acionar o Poder Judiciário nos casos de responsabilização por danos morais e/ou materiais ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico, turístico, estético.

A nova Constituição ampliou em muito o alcance da ação civil pública. A partir daí, este instrumento processual passou a poder ser empregado na representação coletiva dos diversos interesses de associações civis e de classe e – o que é ainda mais significativo – foi colocado à disposição do Ministério Público para proteção de quaisquer interesses difusos e coletivos, além dos casos já tradicionais de proteção ao patrimônio público e social e ao meio ambiente (artigo 129, III). Este novo dispositivo constitucional não apenas impõe aos promotores públicos a propositura de ações sempre que houver lesão aos interesses difusos e coletivos, como também possibilita que indivíduos isolados e as próprias associações civis acionem o Ministério Público como uma espécie de aliado na maximização de interesses marginalizados (Lopes: 2000).

Este novo papel institucional do Ministério Público remete a outros aspectos além apenas da atribuição da tarefa de defesa dos interesses difusos e coletivos. Relaciona-se também ao fato de que a instituição foi investida, em caráter inédito, da função mais ampla de zelar pela efetivação dos direitos constitucionais, devendo

---

sentido unívoco para a decisão jurídica e, muitas vezes, envolvem o posicionamento político dos aplicadores do direito, o que tende a torná-las objetos menos freqüentes de sua atenção.

inclusive promover as medidas necessárias a sua garantia junto ao poder público e aos serviços de relevância pública (artigo 129, II). Esta nova configuração funcional do Ministério Público só foi possível em virtude do fato de que o órgão foi desvinculado da estrutura do Poder Executivo, tornando-se uma instituição independente, em termos administrativos e funcionais, dentro do Estado. Assim, despido do caráter auxiliar em relação aos Poderes do Estado e incumbido apenas de “funções essenciais à justiça”, o Ministério Público se constitui em um verdadeiro defensor dos direitos da sociedade. Enquanto órgão do campo jurídico, o Ministério Público foi institucionalizado como veículo dos interesses dos vários grupos da sociedade até o Judiciário, isto é, como ator político encarregado de acionar um Poder que tradicionalmente age apenas quando provocado pelos interessados. Tendo em consideração o fortalecimento do Ministério Público no novo texto constitucional, muitos analistas chegam mesmo a atribuir-lhe a condição de Quarto Poder na institucionalidade democrática brasileira.

Mas o poder do Ministério Público revela apenas uma faceta do ativismo jurídico no quadro da Constituição de 1988. Se o novo texto conferiu uma prioridade fundamental aos direitos individuais e coletivos, a ponto de reservar a um organismo autônomo do próprio Estado a tarefa de fiscalizar a sua observação pelos poderes públicos e de promover ações judiciais para a defesa dos direitos supra-individuais, papel tão ou mais relevante na garantia desses direitos coube ao Judiciário. Como o Judiciário é um poder inerte, o que viabiliza a sua mobilização é o conjunto de instrumentos processuais disponibilizados para atuação da sociedade civil em defesa dos seus novos direitos e da própria Constituição. Através desses instrumentos, o Judiciário pode ser chamado não apenas a solucionar conflitos interindividuais, mas a tomar decisões sobre ações dos poderes públicos.

Isto significa dizer que todos os instrumentos processuais disponibilizados pela novo texto para tutelar os direitos fundamentais, como também todo o conjunto das normas constitucionais, transformam o Poder Judiciário em um espaço de luta política legítima para os diversos interesses individuais e coletivos, especialmente contra a atuação dos poderes públicos que infrinjam aquelas normas. Sendo assim, a eficácia da nova Constituição está ligada não somente à mobilização político-jurídica da sociedade civil (e de seus representantes, dentre os quais pode-se incluir o Ministério Público), como já se viu, mas também à operosidade das varas e tribunais de justiça

espalhados pelo país e das suas instituições superiores, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF).

O núcleo fundamental do ativismo político do Judiciário refere-se à questão do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. A necessidade deste controle remete ao tradicional princípio da constitucionalidade, segundo o qual a Constituição é o vértice do sistema jurídico do país, devendo todos os demais ordenamentos legais estar de acordo com as normas prescritas constitucionalmente. No Brasil, o controle de constitucionalidade esteve, desde a Constituição de 1891, a cargo do Judiciário. Inspirado no modelo americano, este controle era exercido de forma difusa, ou seja, cada juiz, atuando no seu respectivo tribunal, tinha o poder de examinar os fundamentos constitucionais das leis envolvidas nos casos concretos levados a juízo. Uma vez entendido que a lei era inconstitucional, o juiz estava autorizado a não aplicá-la ao caso concreto. Neste sistema de controle técnico-jurídico da constitucionalidade das leis, o STF atuava única e exclusivamente como vértice do Judiciário, julgando recursos extraordinários referentes a decisões dos tribunais que envolvessem questões de constitucionalidade.

No entanto, desde a Emenda Constitucional de 1965, editada pelo regime autoritário para viabilizar a intervenção federal nos estados (Arantes, 1997: 96), este sistema difuso foi minado. A partir daí, o STF foi autorizado a julgar representações diretas de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos federais ou estaduais encaminhadas pelo Procurador-Geral da República. O controle de constitucionalidade deixava, assim, de referir-se exclusivamente a matérias jurídicas específicas e aos conflitos entre particulares, podendo ser aplicado, em tese, a qualquer lei formulada pelo Legislativo ou ato normativo editado pelo Executivo<sup>15</sup>. Teve origem aí um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que, combinando aspectos do antigo sistema de controle difuso com os novos aspectos do controle concentrado em um órgão superior, tornou o exercício desse controle uma tarefa com viés político.

A Constituição de 1988 confirmou este sistema híbrido de controle de constitucionalidade, legitimando um poder que havia sido atribuído à cúpula do Judiciário através de um ato legislativo aprovado em circunstâncias de anormalidade

---

<sup>15</sup> Dada a natureza eminentemente política desta função, muitos países optaram por entregá-la a um órgão distinto do Judiciário, constituindo cortes ou tribunais constitucionais, como é o caso da Áustria, Alemanha, França, Portugal, Espanha, entre outros.

política. Dotado do *status* institucional de guardião-mor da Constituição (artigo 102), o STF foi imbuído da tarefa de garantir que os dispositivos constitucionais sejam efetivamente respeitados pelas leis formuladas pelo Legislativo e pelos atos normativos do Executivo. No caso da nova Constituição, este papel político do Judiciário foi significativamente ampliado por causa da extensão normativa daquela e do vasto conjunto de direitos individuais e coletivos cuja vigência cobram a ação desse Poder. Como afirmou Maria Tereza Sadek, “as possibilidades de atuação política do Judiciário, ou mais precisamente do organismo encarregado do controle de constitucionalidade das leis, dependerá sempre dos constrangimentos impostos pelo modelo institucional adotado” (Sadek *apud* Arantes, 1997: apresentação). Neste sentido, é interessante observar que, no caso brasileiro, não é um novo conjunto de atribuições que revoluciona o papel desempenhado pelo Judiciário, mas precisamente a ampliação do alcance de alguns instrumentos já existentes e o próprio conteúdo das normas constitucionais que impõem novas obrigações positivas aos poderes públicos.

Assim, cabem, por exemplo, as seguintes medidas: a concessão do mandado de segurança, individual ou coletivo (neste caso, por partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações civis), sempre que um direito líquido e certo estiver ameaçado pela ilegalidade ou abuso de poder da autoridade pública (artigo 5º, LXIX e LXX); a concessão do mandado de injunção quando a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, LXXI); a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que fira as normas constitucionais, a partir de ação direta de inconstitucionalidade proposta ao STF por um grupo específico de atores sociais e políticos (artigo 102)<sup>16</sup>; a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, uma vez constatada o dano, a partir da ação popular proposta por qualquer cidadão (artigo 5, LXXIII); declaração de inconstitucionalidade por omissão e advertência do Poder competente no caso de omissão da medida necessária para

---

<sup>16</sup> O artigo 103 da Constituição federal estabelece que os seguintes atores podem propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente a República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, a Mesa das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Aos mesmos atores cabe a proposição das ações de inconstitucionalidade por omissão.

tornar efetiva uma norma constitucional a partir de ação proposta ao STF (artigo 103, parágrafo 2º).

Todas estas medidas ou decisões possíveis de serem adotadas pelos juízes e pelos ministros dos tribunais superiores e do STF correspondem a formas de atuação política do Judiciário, as quais têm conseqüências mais ou menos intervenientes sobre a soberania dos demais poderes do Estado. No caso da declaração de inconstitucionalidade por omissão, por exemplo, o fato de que ao Judiciário cabe dar ciência da referida omissão ao Poder competente representa apenas uma “censura” política a este Poder; já no caso da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a interferência do Judiciário é absoluta, na medida em que suspende os efeitos legais dos atos dos demais Poderes.

Esta interferência no âmbito de atuação dos outros Poderes poderia ser ainda maior se o efeito político do mandado de injunção não estivesse drasticamente minimizado pelo fato de que a Constituição não conferiu aos juízes, de forma expressa, o papel de legisladores suplementares. Tal como configurado na legislação inglesa e americana, o mandado de injunção faz da decisão do juiz um instrumento de integração entre a omissão pública e o cidadão no caso concreto, na medida em que autoriza a legislação por “equidade”, ou seja, ao juiz é dado o poder de suprir, em cada caso, a lacuna legislativa, garantindo assim o pronto exercício do direito (Silva, 1989; Cittadino, 2000). Este mecanismo teria sido introduzido na nova Constituição para garantir eficácia especialmente aos direitos sociais, normas programáticas por natureza, tidas por muitos como não passíveis de garantia jurídica. Como o mandado de injunção não teve uma formulação precisa na Constituição de 1988, a conseqüência de sua aplicação tem sido a mesma da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, também o fato de que a nova Constituição estipulou um sistema super-rígido de democracia constitucional (Vieira, 1999) contribuiu para ampliar o escopo do ativismo político do STF. Oscar Vilhena Vieira destacou o fato de que a competência atribuída a este órgão para decidir sobre a compatibilidade das decisões dos demais Poderes em relação às normas constitucionais inclui a avaliação das propostas de reforma do próprio texto constitucional. Como foram ampliadas as cláusulas sob reserva de constitucionalidade – que agora incluem a forma federativa de

Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4) – foi ampliado também o poder do Judiciário sobre a vontade de eventuais maiorias formadas nos órgãos de representação popular, que deve ser sempre submetida à conformação com o texto constitucional.

Em termos institucionais, portanto, a nova ordem reforçou o papel do Judiciário, especialmente do STF, no jogo político como uma “instância superior de resolução de conflitos entre Legislativo e Executivo, e destes com os particulares atingidos por medidas lesivas de direitos e garantias previstos na Constituição” (Arantes, 1997: 110). Além de exercer o controle direito de constitucionalidade, o Judiciário se tornou o órgão para o qual se voltam o Legislativo e o Executivo nas disputas sobre o alcance e legitimidade de seus respectivos atos enquanto Poderes explicitamente políticos. Do ponto de vista da sociedade civil, o fato de que a nova Constituição ampliou a quantidade de agentes legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade contribui para aumentar a penetração de demandas políticas no interior do STF; ao mesmo tempo, a “descoberta” das potencialidades oferecidas pela Constituição envolve, como aponta José Eduardo Faria, a possibilidade de que os atores recorram ao Judiciário inspirados por uma percepção politizada das normas constitucionais, “valorizando a ‘justiça’ em detrimento do ‘jurídico’ e substituindo o ‘legal’ pelo ‘legítimo” (Faria, 1993:57).

Tal fato evidencia a ampla abertura ao tema da justiça social na institucionalidade democrática brasileira, não apenas como valor constitucional, mas também como princípio orientador de pretensões jurídicas legítimas. A este respeito a afirmação de José Reinaldo de L. Lopes sobre as transformações sofridas pelo direito brasileiro no cenário recente é bastante adequada: “de uma ordem garantista, em que o a cesso ao Judiciário se restringiria a pedir proteção para a conservação do que já se tem, passamos a uma ordem promocional, em que se pode recorrer ao Judiciário para obter o auxílio que ainda não se tem, mas se deseja ter por força de ‘promessas constitucionais’ política ou legalmente feitas” (Lopes, 1998:70).

As garantias institucionais de proteção aos direitos fundamentais e de tutela da própria Constituição conformam o pano de fundo para um fenômeno recente, comum nas democracias contemporâneas, que tem sido descrito como “judicialização da

política”. A judicialização da política caracteriza uma forma de interação entre o Judiciário e o sistema político – os demais Poderes, o governo, os partidos políticos, as associações civis, a opinião pública – que é marcada pelo “ativismo judicial” daquele, ou seja, por uma “nova disposição dos tribunais judiciais de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais” (Castro, 1997:148). Tal fenômeno reflete exatamente a tendência contemporânea à inserção política do Judiciário e dos seus agentes no debate acerca das ações do demais Poderes do Estado: chamados a se posicionar judicialmente a respeito da adequação das políticas públicas às normas constitucionais, os juízes imprimem necessariamente a suas decisões uma avaliação sobre a razoabilidade da política à luz dos princípios normativos das constituições.

A judicialização da política – ou ativismo jurídico, ou ainda “o governo dos juízes” – tem recolocado em debate a tradicional teoria da separação dos Poderes. Na verdade, o fato de que a ampliação do controle de constitucionalidade pelo Judiciário – o que, no Brasil, é de fato um monopólio – garante a este Poder uma significativa capacidade de ingerência política sobre o Executivo e o Legislativo seria por si só uma evidência de que o antigo princípio liberal deixou de adequar-se às pretensões políticas da atualidade. Conforme argumenta Mauro Cappelletti (1990), o constitucionalismo moderno substituiu o princípio democrático-revolucionário da separação dos poderes pelo princípio dos *checks and balances*. Por este princípio, afirma-se não tanto uma rígida separação, mas uma relação de *sharing of powers*, voltada para o controle da expansão do poder político. Tal configuração política é tão mais importante no cenário político contemporâneo quando se considera o gigantismo legislativo e administrativo das modernas estruturas do Estado, particularmente dos Estados de bem-estar social, que ampliaram crescentemente a sua competência sobre novas áreas da vida social. Deste ponto de vista, o crescimento do Poder Judiciário seria um processo análogo ao que já vinha ocorrendo em outras esferas das sociedades contemporâneas, fazendo-se necessário para fortalecê-lo perante os demais poderes e, principalmente, para garantir o respeito à Constituição por parte dos “ramos políticos” do poder.

Por sua vez, a necessidade de proteger a Constituição dos ramos políticos do poder estaria diretamente relacionada à dinâmica da democracia, ao fato de que o pluralismo da política democrática traz consigo uma incerteza fundamental, e o risco

sempre iminente de ruptura das fronteiras das comunidades políticas. Antoine Garapon (1999) percebeu na judicialização da política um fenômeno social que refletiria uma espécie de reação ao “desamparo da política”. Segundo o autor, os atores políticos do mundo contemporâneo têm dificuldade para exprimir suas reivindicações políticas em termos puramente ideológicos, recorrendo ao apelo universal do direito para expressar seu “ideal democrático desencantado”. Neste sentido, o direito teria se convertido na linguagem da política contemporânea, “na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça” (Garapon, 1999: 39). Num tal cenário, o Judiciário e os juízes, encarregados de reatualizar a obra do constituinte, teriam se convertido nos guardiões das promessas de justiça da constituição, que, por definição, é incompleta, aberta a realizações diversas e, por isso mesmo, de concretização incerta.

O fato de que o ativismo jurídico é uma tendência contemporânea, que reflete transformações que ocorrem na própria dinâmica das sociedades democráticas e que tornam a legitimação jurídica da política parte importante do próprio jogo político, fornece um marco de fundo para entender as transformações que têm ocorrido também na vida política brasileira. A própria conformação do constitucionalismo comunitário, deste ponto de vista, guardaria relações com a lógica mais ampla desses processos. A nova inscrição do Judiciário no quadro constitucional brasileiro como “agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o ‘justo’ contra a ‘lei’” (Vianna *et al.*, 1999:21) identifica-o como “guardião dos valores fundamentais” que consubstanciam a Constituição. Uma vez que esta incorpora, como um verdadeiro imperativo de justiça, a pretensão de refletir as bases da convivência social – as regras constitucionais não sendo outra coisa que os veículos dos valores partilhados pela comunidade –, a tutela da Constituição converte o Judiciário no guardião dos valores que fundam a própria sociedade brasileira e, portanto, no “guardião das promessas de justiça”, inclusive social, que ela se fez.

No entanto, de um ponto de vista sociológico, se se considera a Constituição de 1988 como um produto da ação política dos constituintes e dos grupos organizados da sociedade brasileira, e mais, como o resultado de um processo de debates e negociações que coroaram um lento e tortuoso processo de transição do autoritarismo à democracia, torna-se necessário esclarecer as condições efetivas sob as quais se

consagrou o protagonismo político do Judiciário e de instituições jurídicas como o MP em conexão com o compromisso assumido pelo texto constitucional com os objetivos de justiça social. Isto é particularmente relevante quando se considera que a cultura jurídica brasileira tem sido descrita como conservadora e privatista, distante da defesa de direitos que não se relacionam imediatamente com o marco do garantismo liberal.

O objetivo central deste trabalho é compreender as relações das elites jurídicas brasileiras – especialmente no que se refere ao tripé do sistema de justiça do país, isto é, advogados, magistrados e promotores de justiça – com o conteúdo substantivo da Constituição de 1988. Neste sentido, os capítulos que se seguem serão dedicados a pensar o papel desempenhado por estes atores na conformação deste cenário de ativismo jurídico “potencial”, o qual se insere no quadro maior do compromisso inédito assumido pelas estruturas institucionais do país, inclusive o direito, com a realização dos objetivos de justiça social contidos na própria Constituição. Em certo sentido, o que se quer é esclarecer o desenho de alguns dos fundamentos mais básicos da Constituição por uma via que se coloque entre as tendências do direito constitucional internacional e da própria dinâmica democrática contemporânea e os interesses mais específicos das elites jurídicas brasileiras.

## **CAPÍTULO 2: ENTRE O ESTADO E A SOCIEDADE – CONSTRUÇÃO E REATUALIZAÇÕES NA IDENTIDADE DAS ELITES JURÍDICAS BRASILEIRAS**

*“(...) a história de nossos bacharéis veio a, posteriormente, se confundir com a história de nosso Estado, com períodos de prevalência ao apego utópico, igualitário, e períodos de práxis centralizadora-autoritária, refletindo sempre a evolução dos conflitos no âmbito da sociedade civil. Conflitos sempre orientados para o obsessivo controle do aparelho do Estado. Tudo isso escreve a história de nossos bacharéis como história de arautos da ditadura e de pastores da libertação.”*

- Joaquim de Arruda Falcão Neto, *Os Cursos Jurídicos e a Formação do Estado Nacional* -

### **I – Antecedentes (1): Os juristas e a construção do Estado Nacional - elementos da auto-imagem dos atores jurídicos e da cultura jurídica brasileira**

Ao longo da história brasileira, os profissionais jurídicos desempenharam um duplo papel fundamental, atuando durante décadas tanto em sua área específica quanto na esfera política, como principais administradores do Estado e representantes da sociedade. Esta dupla atuação conformou nesses profissionais uma auto-imagem bivalente, referenciada tanto a sua faceta de operadores técnicos do direito, quanto a sua faceta de elites políticas. Interessa aqui especialmente discutir o segundo desses papéis, bem como a natureza da cultura jurídica que foi capaz de engendrar nesses profissionais os elementos ideológicos que permitiram este acúmulo de funções<sup>1</sup>.

O papel político desempenhado pelos profissionais jurídicos brasileiros tem raízes históricas profundas e remete ao próprio processo de construção do Estado nacional após a Independência. Conformando um corpo profissional dotado de grande homogeneidade ideológica, juristas e magistrados foram os principais profissionais – senão os únicos com a qualificação técnica adequada e em quantidade abundante – a assumir as tarefas políticas envolvidas na administração do novo Estado soberano (Venâncio filho, 1982; Carvalho, 1996). Naquele contexto, a necessidade de quadros

---

<sup>1</sup> O termo cultura jurídica, aqui, diz respeito ao conjunto de valores que orientam a organização e aplicação do saber jurídico e que se constitui fundamentalmente como um subproduto do processo de educação e treinamento por que passam os profissionais do Direito.

para ocupar os cargos de uma burocracia em crescimento motivou a instituição de uma verdadeira política de formação de elites. Tal política incluía, além da própria educação superior na área do Direito, o treinamento dos bacharéis na magistratura e a sua condução às carreiras político-administrativas dentro da burocracia do Estado e no Legislativo (Carvalho, 1996; Adorno, 1988)<sup>2</sup>.

Os cursos de Direito brasileiros buscaram, desde a sua criação em 1827, oferecer uma formação generalista e polivalente que capacitasse os bacharéis não apenas para o exercício de funções jurídicas, mas também para as tarefas de governo e para a resolução dos problemas ligados à manutenção da ordem institucional. Sendo assim, prevalecia a ênfase no espírito humanista, retórico e pouco objetivo, sem que a formação de um *ethos* propriamente científico fosse contemplada (Venâncio Filho, 1982: 36). A estrutura curricular abrangente, pouco específica e uniforme dos cursos evidenciava esta diretriz e, de fato, foi a marca que caracterizou a sua evolução no país<sup>3</sup>.

Vários estudiosos já atestaram o caráter simplório, em termos de doutrina jurídica, dos cursos do Império, destacando ainda a prática corrente do autodidatismo entre professores e alunos. De fato, atestam que a rotina da sala de aula era marcada pelo caráter ornamental, com a exposição à doutrina e aos códigos de forma quase literal, sem maior empenho de análise, crítica e sistematização de idéias (Venâncio Filho, 1982; Adorno, 1988). Por outro lado, destacam também as várias atividades extracurriculares em que os estudantes se envolviam (como o jornalismo acadêmico, o teatro, a literatura, a música, as sociedades estudantis, o ativismo político) como os verdadeiros veículos para o movimento de idéias nas faculdades de Direito,

---

<sup>2</sup> José Murilo de Carvalho, ao analisar a importância das elites na condução dos processos de construção do Estado moderno, esclarece que, diferentemente do modelo das revoluções burguesas clássicas, em que a homogeneidade ideológica dessas elites esteve imediatamente ligada à origem social uniforme de seus membros, as classes dominantes brasileiras do pós-Independência se constituíam de estratos heterogêneos, incorporando setores centrais e setores marginais do sistema agrário-escravista, fazendeiros e mineradores, produtores para o mercado externo e produtores para o mercado interno, latifundiários de uma região e latifundiários de outra. Ou seja, embora reunidos no setor dominante da estrutura social brasileira, estes grupos tinham interesses que muitas vezes não se aproximavam ou até se contrapunham, o que freqüentemente alimentava conflitos entre eles. Daí que meios complementares à origem social fossem essenciais na conformação da homogeneidade ideológica da elite política, de forma a garantir a superação dos eventuais conflitos entre as classes dominantes e o acordo em torno da organização do poder no país. Cf. Carvalho, 1996.

<sup>3</sup> Do currículo inicial constavam as seguintes disciplinas: Direito Natural, Direito Público (inclusive o eclesiástico), Direito das Gentes e da Diplomacia, Direito Pátrio Civil e Criminal, Direito Comercial e Marítimo, e Economia Política; posteriormente, nos anos de 1850, foi introduzida a cadeira de Direito Administrativo, em função das necessidades do Estado em crescente expansão (Venâncio Filho, 1982). Sintomaticamente, como observaram Faria e Campilongo (1991), deixou-se de fora a História, as Ciências Humanas e a Teoria do Conhecimento como áreas afins à formação jurídica, o que permaneceu sem maiores alterações até muito recentemente.

respondendo mais diretamente pela formação doutrinário-ideológica dos bacharéis. Venâncio Filho chegou mesmo a afirmar que a vida acadêmica dos estudantes de Direito não se dava na sala de aula, mas fora dela. Esta combinação de fatores teria sido responsável por conferir à formação que a Faculdade de Direito ofereceu aos estudantes durante o Império um caráter primordialmente político.

Se a formação obtida nas escolas de Direito era pouco sistemática no que se refere aos conteúdos doutrinários da dogmática jurídica, não significa que fosse inócua, sobretudo em termos ideológicos. Dado o fato de que a formação superior estava a cargo de lentes de origem eclesiástica ou formados em Portugal, predominavam, como método de conhecimento e corrente teórico-filosófica, o normativismo e o jusnaturalismo de matriz católica. Por estas vias, consolidou-se nas escolas de Direito brasileiras um individualismo “de base e de método”. Isto porque o principal efeito de uma concepção do direito a partir da tríade natureza, razão e indivíduo era o tratamento das relações sociais como relações contratuais entre partes individualizadas, racionais e iguais, dotadas de autonomia e liberdade, a parte precedendo o todo e o direito do indivíduo, enquanto direito natural, estando acima do direito da comunidade. Por outro lado, o privilégio concedido ao ordenamento dos valores jurídicos a serem positivados pelo Estado, em detrimento da apreensão da realidade brasileira, fazia com que, diante de ideais e modelos importados, os estudantes adotassem uma postura idealista e voluntarista, sempre na perspectiva de transpô-los para país. Como sugere Venâncio Filho, faltava aos bacharéis “a educação científica necessária à compreensão de um país que mais do que nenhum outro precisava de uma política construtiva” (Venâncio Filho, 1982:278).

Este contexto intelectual conformou o caminho pelo qual se deu a divulgação entre os bacharéis das idéias do moderno constitucionalismo liberal, com ênfase no primado do direito e na garantia dos direitos individuais<sup>4</sup>. Tal quadro favoreceu a conformação de uma visão estritamente formal de justiça, como o resultado do restabelecimento do equilíbrio “original” das relações entre os indivíduos; o padrão de

---

<sup>4</sup> À época, o liberalismo era tido como o substrato ideológico fundamental para a consolidação da soberania nacional. Reelaborado nas escolas de Direito, o liberalismo à brasileira do século XIX esteve ligado à contundente defesa da liberdade, tanto da nação quanto dos “cidadãos” frente ao poder político representado pela Monarquia Constitucional – apesar das eventuais dificuldades de conciliação de ambas as perspectivas. No entanto, foi sempre um liberalismo de elites, tópico, que permaneceu distante da sociedade e das preocupações com a igualdade e com as questões democráticas, pelo menos até o advento do abolicionismo e do republicanismo (Adorno, 1988; Bosi, 2000a). Como sugeriu Sérgio Adorno, a academia ensinava o bacharel a ser liberal, e não democrático.

arbitragem exigido por esta visão era tão somente o comutativo, através do qual os conflitos intersubjetivos são resolvidos por um sistema de trocas de benefícios/danos tidos como equivalentes. Desta forma, consolidou-se uma concepção de direito primordialmente como técnica de controle social (Faria, 1984), a serviço da manutenção ou do restabelecimento da “ordem”, a qual marcaria profundamente a organização e funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

Foi apenas mais tarde, já na década de 1870, que este quadro sofreu algumas modificações, com a penetração e difusão do positivismo no ambiente teórico-filosófico das faculdades de Direito<sup>5</sup>. A “reação científica” do período voltou-se essencialmente contra a predominância do jusnaturalismo metafísico na formação dos bacharéis. O positivismo representou, portanto, uma crítica radical à visão idealizada da sociedade e ao plano lógico da compreensão do direito em vigor no meio jurídico da época – e até mesmo do ideário liberal, embora esta não tenha sido uma tendência dominante, pelo menos inicialmente<sup>6</sup>. Em lugar do racionalismo abstrato e do idealismo do dever-ser do direito natural, a reação positivista propôs a produção de um saber jurídico empiricamente controlado, fundado no conhecimento do direito efetivamente positivado pela vontade do legislador e pelo poder do Estado.

No entanto, o positivismo não alterava as concepções do direito e da justiça vigentes, e o modelo formal liberal continuou solidamente firmado no meio jurídico. De um modo geral, a orientação dos cursos jurídicos permaneceu majoritariamente humanista, generalista e voltada para as funções do Estado. Embora começasse a despontar a tendência a um maior pragmatismo na formação profissional dos estudantes, poucas foram as medidas adotadas. Talvez a de maior significado para o interesse deste trabalho, ainda que sem repercussão radical sobre o teor da formação jurídica, foi a reforma que, também na década de 1870, dividiu os antigos cursos de Direito em duas áreas: ciências jurídicas e ciências sociais, as primeiras pra formar

---

<sup>5</sup> Juntamente com o positivismo, também o marxismo e o darwinismo, todos estes corpos de idéias críticos da metafísica, penetraram no ambiente intelectual brasileiro e foram importantes inclusive como impulsionadores do envolvimento dos bacharéis nos movimentos abolicionista e republicano. Inserida neste contexto cientificista, a fracassada proposta de Reforma do Ensino Livre, de 1879, por exemplo, foi um programa de idéias liberais (liberalismo filosófico) com claro impulso cientificista, o qual contrapunha a ciência e o método experimental ao ensino excessivamente literário e livresco das escolas do Império (Venâncio Filho, 1982:155).

<sup>6</sup> Alfredo Bosi empreendeu uma sugestiva análise do papel dos ideais positivistas como base ideológica de eventos ulteriores, referidos ao processo de modernização autoritária e socializante do pós-30. Seu estudo remete esta influência ao longo processo de “modelagem mental” de cunho positivista e crítico das instituições liberais que caracterizou o castilhismo gaúcho desde a década de 1890 e que teve influência determinante sobre a formação política e ideológica da geração de juristas que liderou a Revolução de 30. Cf. Bosi, 2000b.

magistrados e advogados, e as segundas, diplomatas, administradores e políticos em geral. Estabelecia-se, aqui, uma primeira fissura na formação jurídico-política dos bacharéis, a qual distinguia formalmente os conteúdos técnico-doutrinários dos políticos, embora a formação permanecesse dentro das faculdades de Direito.

O ciclo de homogeneização dos bacharéis se completava com seu treinamento e socialização na magistratura, na burocracia do funcionalismo público e no circuito dos cargos políticos. Até meados do século XIX, dados os interesses eminentemente políticos que orientavam a formação jurídica, bem como a estrutura ocupacional relativamente simples do Império, uma parte pequena dos bacharéis seguia a carreira jurídica. Como afirma Adorno em relação à escola do Largo de São Francisco, “a academia paulista foi responsável pela profissionalização de bacharéis que se dispersaram pela vida pública, nas carreiras políticas, nas artes e no jornalismo. Poucos foram aqueles que se distinguiram como juriconsultos ou magistrados” (Adorno, 1988:137). No que diz respeito à minoria que era absorvida nas carreiras especificamente jurídicas, a maior parte ingressava na magistratura; uma parcela bem menor destes juristas atuava exclusivamente como professores nas escolas de Direito; e apenas uma quantidade muito pequena dos bacharéis saídos das escolas de Direito dedicava-se à advocacia, já que poucas possibilidades eram oferecidas no ramo da representação de interesses na restrita sociedade civil brasileira da época<sup>7</sup>.

O fato de que os bacharéis que seguiam carreira jurídica tornavam-se majoritariamente magistrados contribuiu decisivamente para que a cultura jurídica brasileira se constituísse informada por um viés legalista, baseado na supervalorização da lei como princípio de direito e no zelo excessivo pelo ordenamento jurídico<sup>8</sup>. Caracteristicamente associado à noção liberal de Estado de Direito como critério básico, senão único, a ser observado no exercício do poder, a idolatria do direito positivado refletia a concepção formalista de que a aplicação da lei era garantia da

---

<sup>7</sup> A figura do promotor de justiça, titular da ação penal, além de não ser uma profissão prestigiada socialmente, não configurava profissão jurídica em sentido estrito. Havia apenas uma preferência pelos instruídos em leis na nomeação dos promotores, feita pelo Imperador ou pelos presidentes de província (Costa Machado, 1989, *apud* Macedo Jr., 1995: 40). Esta tradição permaneceu ainda por muitas décadas no sistema judicial brasileiro.

<sup>8</sup> O registro em que se dá a atuação profissional dos magistrados, servidores do Estado cuja tarefa consiste basicamente na aplicação do direito positivo, favorece tal postura. No caso do Império, tal tendência era agravada ainda, conforme lembra Falcão, pelo fato de que “a maior parte dos conflitos que envolviam cotidianamente nossos cidadãos no Brasil agrário era resolvida pela Igreja ou pelo proprietário rural. A lei canônica era a principal reguladora das relações civis” (Falcão, 1984:99). Neste contexto de disputa entre códigos distintos, a atuação dos magistrados implicava a própria defesa da ordem institucional, da legitimidade do direito estatal.

realização da certeza do direito e, conseqüentemente, da justiça. Por outro lado, a própria auto-imagem da magistratura enquanto guardiã do direito tendia a apresentar um tom fundamentalmente conservador e isolacionista, fundado na noção de esterilização política, que fazia da Justiça uma instituição distanciada da sociedade e das questões substantivas. Dos quadros da magistratura, uma reduzida parcela de bacharéis ascendia às carreiras políticas mais elevadas, como chefes de polícia, presidentes de províncias, deputados, senadores ou ministros de Estado – o que determinava uma clara predominância da burocracia estatal na condução da vida política brasileira.

Quanto à esmagadora maioria dos bacharéis, esta era incorporada à burocracia civil, no exercício de atividades não-jurídicas, compondo os quadros dos ministérios, da diplomacia, da administração das províncias, etc. Consolidou-se aí, pela via dos estreitos vínculos com os interesses do Estado Monárquico centralizador, um outro valor fundamental na mentalidade dos bacharéis e juristas do Império, qual seja, o estatismo, a valorização dos interesses do Estado em detrimento da dinâmica própria dos interesses sociais – de resto amplamente reprimida pela rígida estratificação social herdada do período colonial. Além disso, em um contexto em que o Estado era o grande centro da vida social e política brasileira, o seu fortalecimento não tinha apenas a dimensão de valor político, mas se constituía num interesse material muito concreto, na medida em que o controle do Estado era fonte de um poder político considerável.

Dada a enorme restrição do espaço público no Brasil da época e a própria diferenciação incompleta entre Estado e sociedade civil, o compromisso com a construção do Estado adquiria uma dimensão ideológica importante, qual seja, a da construção da própria nação. A partir da precária distinção entre o estatal e o público, os bacharéis que conduziram a consolidação do Estado nacional conformaram sua própria auto-imagem com um teor bastante específico: viam-se como juristas dotados de consciência de elite política, cuja inclinação era atuar como publicistas, como verdadeiros “homens de direito público” (Vianna, 1986: 85). “A sociedade seria a obra de arte deles” (*id. ib.*); eles que se constituíam, assim, nos “juristas-políticos” do Império<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> O jurista-político foi, segundo Vianna, um personagem símbolo da cultura jurídica dominante no Brasil e componente tradicional das elites jurídicas brasileiras. Do ponto de vista deste trabalho, é fundamental reconhecer a sua relevância como personagem político, pois acredita-se que as sombras deste personagem, ou as reminiscências

Uma conseqüência interessante do processo de construção do Estado brasileiro, em que prevaleceu a mentalidade jurídica no exercício da política e na direção do aparato estatal, foi que essas atividades assumiram o significado de construção do poder pelo direito. Conforme afirma Vianna, a política era representada “como uma derivação da norma e da regra jurídica, e não como expressão de interesses” (*id. ib.*). Curiosamente, na sua vertente política, o direito organizava o público, em contraste radical com o teor liberal-privatista da formação doutrinária que os bacharéis recebiam nos cursos jurídicos. Fica claro, portanto, que a cultura jurídica que se conformou naquele contexto foi efetivamente capaz de motivar os bacharéis ao duplo papel que desempenhariam na história brasileira, refletindo os valores mais caros à dogmática jurídica moderna, liberal e individualista, de um lado, e os compromissos com o princípio publicista inerente à construção da política pelo direito e à representação dos interesses do Estado – e posteriormente da sociedade –, de outro.

Com a consolidação do Estado monárquico a partir da segunda metade do século XIX, o problema inicial da concentração do poder cedeu espaço ao tema da participação no poder, isto é, ao problema da ampliação do espaço da participação como forma de garantir a legitimidade do poder político (Carvalho, 1996). A maior diversificação das elites propiciada pelo surto de industrialização pós-1850 – com a reversão de recursos após a extinção do tráfico de escravos – e o conseqüente problema de absorção da participação política de novos setores sociais exigiam mudanças na condução da política imperial. Por outro lado, as pressões por uma ampliação do rol de interesses com acesso ao Estado contestavam a presença esmagadora de magistrados e juristas no âmbito da representação política no Legislativo. Dito de outra forma, exigia-se o estabelecimento de uma distinção, até então confusa, entre os representantes da sociedade e aqueles que representavam os interesses do Estado. Em essência, estas pressões refletiam a incipiente diferenciação entre Estado e sociedade civil no Brasil.

Tal situação política abria espaço para a emergência de um profissional com perfil novo: o advogado. Como aponta Carvalho, os advogados são profissionais liberais que, atuando como instrumentos de interesses da sociedade, incorporam

---

desta auto-imagem, impulsionaram o sentido da atuação das elites jurídicas brasileiras em vários momentos, até mesmo recentemente, quando da luta pró-redemocratização e dos debates que orientaram a feitura da Constituição de 1988, como se verá adiante.

facilmente a função de representação política como extensão de sua atuação profissional (Carvalho, 1996). Por outro lado, a própria estrutura do mercado de trabalho para bacharéis em Direito nos centros urbanos começava a oferecer possibilidades mais amplas no campo judicial da representação de interesses. É neste contexto que os advogados começam a ganhar importância na sociedade brasileira da época e que cresce a sua presença nas funções políticas. Prova cabal da centralidade assumida pelos advogados na política brasileira de então é o fato de que, ao final do século XIX, a elite política já era composta predominantemente de advogados, em clara oposição ao domínio dos magistrados no início do período (*id. ib.*). Com isso, havia-se passado de uma elite política predominantemente burocrática para uma elite de profissionais liberais.

Assim, se a formação jurídica manteve o formato e a orientação iniciais, a atuação profissional dos bacharéis em Direito experimentou mudanças significativas, o que teve repercussões importantes sobre o panorama da cultura jurídica brasileira. O principal efeito dessas mudanças referiu-se à relativização da orientação estatizante e à introdução de “atitudes mentais” novas. Enquanto profissionais que atuam como porta-vozes de interesses que muitas vezes se colocam em oposição à ordem estabelecida e questionam sua legitimidade, os advogados se relacionam com o Estado de uma forma completamente diversa dos magistrados. Assim, se a orientação política dos magistrados tende a ser eminentemente estatista e conservadora, os advogados, que são mais sensíveis à dinâmica dos interesses sociais e às reivindicações por mudanças, tendem a um maior progressismo político (Carvalho, 1996).

Sintomaticamente, à relativização do peso da orientação estatizante correspondeu a redução da capacidade do direito para a construção do poder. O fato de que a atuação profissional dos bacharéis passou a distribuí-los entre a magistratura e a advocacia e de que esta carreira, por sua vez, não contava com nenhuma estrutura formal de socialização de seus membros, determinou uma relativa perda da homogeneidade ideológica inicial dos profissionais do Direito, assegurada agora basicamente pela via da formação jurídica. Com isso, embora mantivessem seu predomínio na condução da vida política brasileira, esses profissionais perdiam uma importante fonte do seu poder.

Esta situação ficou evidente com a proclamação da República, um movimento desfechado por militares, principais antagonistas dos bacharéis, em termos de origem social, de formação intelectual e de ideologia, na cena política imperial. O Estado seguiu sendo o principal organizador da vida sócio-política no país, mas os atores jurídicos começaram a ver suas atribuições diminuídas, ficando as funções decisórias cada vez mais a cargo de outros atores, como os próprios militares e os profissionais oriundos das escolas tecnológicas, sobretudo os engenheiros. Paradoxalmente, vivia-se o ápice do “bacharelismo” e o início de sua crise.

Ainda que em declínio, o bacharelismo permaneceu como a tônica na vida política brasileira depois de 1889, compondo-se as elites republicanas principalmente de bacharéis em Direito. Por outro lado, o fim do Império e a Constituição de 1891, de teor fortemente liberal, se não conduziram ao aumento imediato do âmbito do sistema político em termos da participação popular, lançaram as bases para uma maior dinamização da vida social no Brasil. Com isso, solidificava-se a sociedade civil, ambiente de atuação preferencial do advogado, o que compensava, em termos de prestígio social e mesmo político, a perda de espaço dos bacharéis e juristas dentro do Estado. Refletindo a crescente relevância social do profissional liberal do Direito, o período republicano foi marcado por sucessivas reformas do ensino jurídico<sup>10</sup>. Novos cursos, regidos por um novo currículo, surgiram nas principais capitais, ameaçando a hegemonia de São Paulo e Recife como centros mais antigos e conceituados na formação de bacharéis. A ampliação do número de vagas disponíveis repercutiu diretamente sobre a base social dos estudantes dos cursos de Direito, que passaram a incorporar novos setores da sociedade, numa primeira onda de democratização do ensino jurídico no país.

Os últimos anos da Primeira República foram marcados por uma grande instabilidade política, dentro e fora dos círculos de poder oligárquico: de um lado, acirravam-se as disputas intra-oligarquias regionais pelo controle do poder central, e, de outro, mobilizava-se crescentemente a sociedade civil imersa em conflitos sócio-econômicos novos e sob inspiração das vanguardas culturais e ideológicas

---

<sup>10</sup> No final dos anos 20, um decreto reformula os currículos dos cursos jurídicos, introduzindo cadeiras como Direito Público Internacional, Direito Privado Internacional, Ciência das Finanças e Filosofia do Direito. Segundo Venâncio Filho, embora esta reforma tenha certamente ampliado as fronteiras do conhecimento jurídico no país, não representou uma mudança na orientação dos cursos, e a formação dos bacharéis seguiu sendo textualista e não especializada, prevalecendo o espírito retórico (Venâncio Filho, 1982:217).

européias<sup>11</sup>. Em meio a este contexto, consolidou-se no meio intelectual brasileiro, especialmente entre juristas, um pensamento voltado para os problemas de organização do poder no país, cujo caráter era predominantemente nacionalista e antiliberal. Ainda sob influência da reação científica do final do século XIX, particularmente do positivismo, mas também do historicismo e das teorias organicistas, muitos bacharéis e juristas haviam se aproximado de correntes ideológicas como o corporativismo; tal tendência era reforçada pelo fato de que o liberalismo oligárquico estava perdendo prestígio no meio jurídico face à crescente diversificação da origem social de seus membros.

Este movimento ideológico articulou-se em torno de um conjunto de ensaios histórico-sociológicos que criticavam o modelo jurídico-político liberal da Constituição republicana de 1891. Criticavam-no tanto por seu idealismo face à realidade brasileira, quanto por sua “ineficiência” diante das disputas regionalistas intra-oligárquicas e dos movimentos de classe que tornavam a vida política “instável”. Ao liberalismo e à idéia liberal de mercado que engendrava tais práticas, os “pensadores autoritários dos anos 20” contrapunham uma “ideologia de Estado”, que conferia prioridade factual e ética ao princípio da autoridade na vida política do país (Lamounier, 1997:357)<sup>12</sup>. Orientados por uma visão orgânico-corporativa da sociedade, valorizavam a harmonia social obtida através das complementaridades funcionais que a própria diferenciação social engendrava e, com base no conhecimento objetivo da evolução histórico-política do país, pretenderam formular um outro modelo jurídico-constitucional mais adequado à realidade brasileira. Elisa Reis interpretou assim o sentido de suas proposições: “Com base na evidência esmagadora de que os direitos políticos liberais não se efetivavam no contexto brasileiro viciado nas práticas oligárquicas, os críticos do *status quo* propunham não lutar para a afirmação daqueles direitos, e sim sancionar uma concepção diferente de direito na qual a coleção de indivíduos planteada pelo

---

<sup>11</sup> A década de 1920 foi marcada, segundo as palavras de Vianna (1986), pela contestação do particularismo da ordem oligárquica por parte dos novos atores surgidos da “modernidade republicana”, como o empresário industrial, o oficial militar originário da classe média e o operário. O autor cita as greves operárias de 1917, 1918 e 1919, a criação do Partido Comunista (em 1922), os levantes da juventude militar (sobretudo a Coluna Prestes), a Semana de Arte Moderna (de 1922) e a constituição do centro católico Dom Vital e do primeiro núcleo integralista como mobilizações sociais que explicitavam a radicalidade da dissidência entre o Estado oligárquico e uma sociedade civil que se modernizava (Vianna, 1986: 90).

<sup>12</sup> Dentre os quais destacam-se nomes como os de Alberto Torres, Gilberto Amado, Azevedo Amaral, Jackson de Figueiredo, Oliveira Vianna, Francisco Campos, todos de formação jurídica.

liberalismo deveria ceder lugar a um indivíduo coletivo, um todo orgânico nacional tutelado pelo Estado” (Reis, 1998: 78).

Um aspecto fundamental da ideologia que assim se desenvolveu dizia respeito à proposta de um princípio de autoridade, encarnado no Estado, como regulador da vida social. Se a concepção de sociedade que defendiam era antiliberal e negadora da democracia, a sua concepção de um Estado forte, autoritário, não contrastava radicalmente com a prática política do Estado brasileiro que, desde o Império, atuava como organizador da sociedade por meio do direito. A novidade estava em que, agora, o Estado deveria ser também benevolente, além de forte; deveria promover a solidariedade social e guardar a sociedade, além de organizá-la. Neste sentido, a valorização do Estado e da sua preeminência sobre a sociedade, ou seja, o autoritarismo, era uma reatualização do elemento estatizante típico da cultura jurídica – a novidade ficava por conta da introdução de uma ideologia de paz social, de uma concepção não liberal e corporativa da sociedade.

Veio então a Revolução de 1930, que culminou a crise social, política e econômica do final dos anos 20. Este evento marcou um momento político fundamental na história brasileira, em que o Estado foi completamente reorganizado em função dos imperativos da modernização econômica pela via da industrialização substitutiva de importações. O advento da política desenvolvimentista estabeleceu uma situação ambivalente para os bacharéis de Direito: para o Estado capitalista brasileiro, outros perfis profissionais se tornavam centrais – de fato, o Estado ofereceu um grande estímulo à criação de cursos técnicos de nível superior com o objetivo de formar o novo profissional que a industrialização pedia; por outro lado, no entanto, este Estado interventor atuava, mesmo sob uma forma autoritária de exercício do poder, através da lógica jurídica, usando o direito como instrumento de construção da modernização e de implementação da ideologia de paz social. Neste quadro, embora os bacharéis em Direito continuassem a perder espaço no processo decisório, resguardaram ainda uma importância fundamental na lógica de operação do novo Estado.

É fundamental considerar o fato de que a própria ideologia justificadora da modernização capitalista pós-30, que priorizava a normalização das relações sociais como recurso de legitimação do poder, tinha suas origens no campo jurídico. O Estado que buscou legitimar-se recorrendo a um discurso de caráter público, no qual se

projetava como uma instância normativa que modelava a sociedade segundo o interesse nacional (Vianna, 1976), havia sido preparado pela ideologia da modernização autoritária extensamente desenvolvida por alguns juristas desde a década anterior. Fica claro, desta forma, que a revolução dirigida pelo Estado pretendeu modernizar economicamente o país submetendo autoritariamente, pela via do direito, a sociedade civil que então se diversificava numa dinâmica própria, tida como altamente incerta.

De início, o Estado modernizador não se apresentou explicitamente como anti-liberal; adotou, sim, uma postura autoritária travestida de normativismo e conciliação. Algumas das principais medidas do Governo Provisório (1930-1934) estiveram ligadas à elaboração de uma institucionalidade voltada para o enfrentamento da questão social<sup>13</sup>. Foi posteriormente, apenas, que o regime assumiu o antiliberalismo e o corporativismo repressivo que caracterizaram a Carta de 1937 e o Estado Novo, sem, no entanto, abandonar a ideologia de harmonia e paz social. Ao longo deste período, tanto na primeira quanto na segunda fase, os bacharéis e juristas formuladores do modelo de modernização autoritária foram os grandes mentores do aparato jurídico-institucional que caracterizou o Estado no pós-30<sup>14</sup>. Desta forma, embora orientados por novos valores, esses juristas reatualizavam o papel de construtores do Estado e da nação desempenhado pelos juristas-políticos do Império. Enfrentaram, contudo, durante todo o processo, as divergências doutrinário-ideológicas e a resistência política do liberalismo dos “velhos juristas republicanos”.

As reformas jurídico-institucionais promovidas pelo regime pós-30 tiveram um significado importante para o campo jurídico brasileiro, particularmente no que se refere à introdução dos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo e à consolidação de uma legislação de proteção aos trabalhadores – formalizada apenas em 1943, mas

---

<sup>13</sup> As medidas tomadas referiram-se basicamente à criação do Ministério do Trabalho, à instituição da sindicalização facultativa das classes patronais e operárias, à instituição das convenções coletivas de trabalho, à ratificação de medidas protetoras do trabalhador anteriores à Revolução e instituição de outras novas, e, finalmente, à promulgação da Constituição de 1934, que marca a introdução do constitucionalismo social no país. Antônio Carlos Volkmer (1989) destacou a originalidade da questão social como um aspecto do referencial revolucionário; chamou atenção, no entanto, para o seu papel na estratégia de legitimação da nova forma de poder. Para o autor, o surgimento do constitucionalismo social e da legislação trabalhista deve ser entendido, antes de tudo, à luz das manobras de legitimação do autoritarismo modernizador pela via das inovações sociais e econômicas, e não como resultado das conquistas de uma sociedade civil consolidada e politicamente organizada.

<sup>14</sup> Como se sabe, Francisco Campos promoveu, na qualidade de Ministro da Educação do primeiro governo Vargas, a reforma que deu origem ao moderno sistema de ensino no país e, posteriormente, redigiu sozinho a Constituição do Estado Novo; também Oliveira Vianna teve atuação de destaque, tanto na implantação das instituições de previdência e como no desenho do sistema sindical corporativista.

cujas diretrizes já constavam da Constituição de 1934, sendo que alguns institutos existiam desde o final da República Velha. Estes fatos marcaram profundamente a história jurídica do Brasil, devido à introdução, pela força da lei, de critérios de ordem ética na esfera social e no mercado de trabalho, produzindo o que Luiz Werneck Vianna chamou de um “capitalismo abafado pela regra jurídica” (Vianna, 1976). Introduzindo elementos completamente diversos das normas tradicionais do Direito Público e Privado em vigor no país, a ideologia social e trabalhista fundava-se numa concepção de justiça inteiramente nova: a idéia de justiça social, largamente inspirada no solidarismo das ideologias organicistas de harmonia social e na doutrina social da Igreja<sup>15</sup>.

A inserção dessa nova ideologia no campo do direito brasileiro teve um efeito efetivamente renovador sobre a cultura jurídica dominante, uma vez que a formação jurídica incorporou bases novas em que o público era, pela primeira vez na história brasileira, valorizado doutrinariamente frente ao privado<sup>16</sup>. Através da emergência de um novo profissional jurídico, o *iustlaborista*, atuante no âmbito do Direito do Trabalho, do Direito Constitucional e do Direito Corporativo, incorporava-se um novo referencial à mentalidade jurídica brasileira.

Um outro fato de grande relevância na estruturação do campo jurídico brasileiro aconteceu logo no início do período em questão: a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, a OAB, em 1931. Os profissionais liberais do Direito não haviam nunca se organizado em torno de uma associação profissional para defesa de seus interesses; a OAB foi a primeira iniciativa neste sentido. Sua criação teve, entretanto, um significado político bastante específico. Luiz Werneck Vianna chamou atenção para o fato de que

---

<sup>15</sup> A Igreja católica colaborou intimamente com o governo de Getúlio Vargas. Na verdade, desde a década de 20 setores da Igreja vinham se constituindo como movimento social e intelectual em busca de influenciar a vida política do país. Foi o caso do já mencionado Centro Dom Vidal, de onde despontou, por exemplo, a figura de Alceu Amoroso Lima. Esta mobilização católica inspirava-se, sobretudo, na doutrina social que o Vaticano vinha formulando desde o final do século XIX e que incentivava a prática política dos fiéis sob o imperativo ético do comunitarismo. As Encíclicas *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa João XXIII, e *Quadragesimo Anno*, de 1931, do Papa Pio XI, eram os marcos desta doutrina que afirmava, entre outras coisas, a falência do modelo liberal na tentativa de encaminhar a questão social, o reconhecimento da necessidade de uma legislação de amparo ao trabalhador, a solidariedade orgânica entre o capital e o trabalho, e a imperiosidade da atuação de corporações católicas unindo no mesmo organismo operários e patrões. Cf. Vianna, 1976; Pimentel Jr., 1963.

<sup>16</sup> Neste sentido, o quadro curricular dos cursos jurídicos passou a incorporar disciplinas como Direito Industrial, Direito do Trabalho, e Direito Público Constitucional (posteriormente dividido em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional), numa clara tendência de privilegiar disciplinas na área do direito público, cuja presença nos currículos até então era bastante reduzida. Como sugere Venâncio Filho, “a ênfase dada ao ensino do Direito Público representou uma tímida tentativa de contrabalançar o caráter preponderantemente privatista dos nossos cursos jurídicos” (Venâncio Filho, 1982:310).

este evento esteve menos ligado a um movimento da categoria profissional do que à mobilização das elites jurídicas, que, numa barganha política com o Estado pelo controle da categoria e da regulamentação do exercício da advocacia no país, contribuíram para a legitimação do novo regime convalidando a estrutura corporativa dentro do campo jurídico (Vianna, 1986). Esta dimensão de barganha com o Estado ficou claramente expressa no fato de que a OAB foi criada por decreto federal e com status de serviço público (Falcão Neto, 1984a:159). Dado o caráter público de que foi revestida a OAB, sua esfera de atuação compreendeu uma vertente importante além da corporativa, diretamente relacionada à defesa da ordem jurídica e da Constituição. Neste sentido, a OAB já nasceu como um personagem da elite política brasileira, estando a auto-imagem da organização associada, desde a sua origem, ao papel de guardiã não apenas da tradição jurídica brasileira, mas da própria ordem constitucional. Como sugere Vianna, a OAB se constitui como um “patriarcado comprometido com a coisa pública” (Vianna, 1986:101)

A criação da OAB contribuiu para a configuração da nova estrutura de poder do campo jurídico no período pós-30. Foi a partir deste período que a antiga linhagem dos juristas-políticos, dominada no Império pelos magistrados, se transferiu definitivamente para a categoria dos advogados; ou seja, a elite jurídica tornava-se uma elite de advogados e a OAB, o locus de reprodução dos juristas-políticos na história republicana brasileira. Isto se deu não apenas pela inversão na correlação de forças ligada ao decrescente peso relativo dos magistrados em relação aos advogados no mercado jurídico brasileiro; relacionou-se também, e de forma mais imediata, com a proibição aos magistrados do exercício de qualquer cargo por eleição, nomeação ou comissão, ou de qualquer outra função pública, além do magistério, proibição esta instituída por meio de um decreto presidencial de 1931 (Costa, 2001: 66).

Quanto ao funcionamento do Judiciário, a forma do Estado que se consolidou no pós-30 trouxe novas dificuldades para a magistratura. De um lado, pelo fato de que vários dos atos e decretos do Executivo eram excluídos da apreciação judicial, limitando-se assim a atuação dos magistrados. De outro lado, porque foram freqüentes as intervenções do Executivo naquele Poder, como se deu, por exemplo, quando da remoção e aposentadoria forçada de seis ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Governo Provisório. As relações entre o Executivo e o Judiciário, com casos

históricos de confronto ao longo da Primeira República, tornaram-se crescentemente tensas a partir de 1930.

A modernização conservadora, que teve continuidade no intervalo democrático de 1946 a 1964, manteve o prestígio social dos bacharéis, advogados e juristas em alta – embora continuasse dispensando-os das funções mais centrais no processo decisório. Por isso, o título de bacharel em Direito representava uma forma de a classe média consolidar suas novas posições na estrutura social decorrentes do surto de modernização. Mais do que qualquer outro diploma de nível superior, a formação em Direito atestava a habilitação ao exercício de diversas funções, não apenas no mercado jurídico. A formação pouco especializada e generalista oferecida pelas faculdades de Direito, que um dia servira aos interesses do Estado, encontrava respaldo agora na própria sociedade.

Sendo assim, a maior descentralização da rede pública de ensino superior e principalmente o surgimento das faculdades privadas vieram atender essa demanda social, multiplicando a oferta de vagas país a fora e formando um contingente cada vez maior de bacharéis. Esta tendência à expansão dos cursos jurídicos acentuou-se na década de 60, que, de resto, viveu uma verdadeira democratização do ensino superior no país. O teor dos cursos manteve-se praticamente inalterado<sup>17</sup>; a diferenciação de demandas sociais relativas à formação jurídica foi o grande responsável pela manutenção, quase um século e meio depois de sua introdução no país, da “natureza coimbrã” destes cursos, ou seja, da estrutura generalista e superficial do ensino. Paradoxalmente, se a formação generalista atendia às expectativas da sociedade, era um dos principais fatores que acentuava a perda de espaço e prestígio dos bacharéis dentro da elite política, principalmente no Estado.

Do ponto de vista do ambiente intelectual, a grande novidade da década de 60 foi a penetração, pela via kelseniana, do neopositivismo lógico nas faculdades de Direito. Em meio à baixa qualidade da formação nos cursos, tal influência, longe de impulsionar a emergência efetiva de um tratamento mais sofisticado do direito, apenas

---

<sup>17</sup> Venâncio Filho ilustra este fato mostrando que o dispositivo do currículo mínimo, estabelecido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1961, funcionou na verdade como “o currículo máximo” praticado na maior parte das faculdades de Direito do país. Fixado a partir de cadeiras de Direito Público e Privado tidas como essenciais para a atuação profissional do bacharel, o currículo mínimo não abrangia disciplinas como Teoria Geral do Estado ou Direito Romano, por exemplo, ou ainda qualquer outra disciplina na área de ciências sociais e teoria do conhecimento. Estando à sua complementação a cargo dos estabelecimentos de ensino, a incorporação dessas disciplinas raramente aconteceu de fato (Venâncio Filho, 1982:318).

aprofundou a exegese normativista dos princípios jurídicos dominante. Reiterando a concepção da ciência jurídica como um método rigorosamente lógico de apreensão e interpretação do direito estatal, o positivismo lógico contribuiu para consolidar o tradicional afastamento do conhecimento jurídico da preocupação com os conteúdos do direito. Daí resultou o acirramento da percepção do direito como saber técnico, importante componente do formalismo reformador da cultura jurídica brasileira, a qual apresenta conotações ora liberais, ora autoritárias, de acordo com as relações entre os propósitos em torno dos quais se organiza o princípio da autoridade – ao qual o direito serve como instrumento de modelagem social – e a configuração da ordem sócio-política.

## **II – Antecedentes (2): Modernização autoritária e crise política do direito**

Em um estudo já clássico sobre a vida política brasileira, Simon Schwartzman (1988) afirmou que o Brasil é um país de tradição autoritária na organização de seu sistema político, e definiu esta tradição em termos do perfil das relações entre a sociedade civil e o Estado: caracterizados por uma flagrante debilidade política, os grupos sociais estariam em constante dependência de articulações com o Estado - um ente de ranço centralizador, patrimonial e burocrático - e teriam sido historicamente incapazes de criar um sistema de representação de interesses que se contrapusesse efetivamente ao controle estatal dos recursos de poder.

Segundo este esquema interpretativo, a oscilação entre formas restritivas de democracia liberal e regimes assumidamente autoritários que marcou a história republicana brasileira pode ser entendida como expressão do exercício de controle dos recursos de poder por parte dos grupos que dominavam o sistema político brasileiro de dentro do Estado, os quais buscaram sistematicamente incorporar, através da cooptação política, os esforços sociais em prol da ampliação da participação de forma subordinada – recorrendo à forma expressamente autoritária quando viam a movimentação social e política ameaçar as decisões de poder com a possibilidade de estabelecimento de uma política aberta de representação dos grupos de interesse existentes na sociedade.

Por outro lado, em estudos igualmente clássicos, Luciano Martins (1985, 1988) chamou atenção para o fato de que a associação entre autoritarismo político e modernização econômica foi um outro aspecto marcante na história do Brasil. Particularmente após 1930 e diante da desarticulada formação econômico-social do país, o Estado brasileiro teria se auto-atribuído a função de principal agente do processo de mudança social e de promoção do desenvolvimento da economia capitalista. Organizando-se como um verdadeiro Estado capitalista e formulando uma poderosa ideologia justificadora de sua intervenção, buscou fazê-lo colocando a modernização como objetivo estratégico acima mesmo das questões de legitimidade e utilizando-se fartamente de recursos de poder para garantir a sua consecução.

Assim sendo, este Estado capitalista pôde intervir não apenas no nível das relações de produção, mas também na conformação das próprias relações de reprodução da sociedade através do controle dos conflitos sociais e da dinâmica de sua resolução. Estabelecendo dentro de seu aparelho a principal arena política para expressão dos interesses sociais conflitantes, o Estado brasileiro buscou compatibilizar a acumulação capitalista e as tensões sociais interpondo-se aos conflitos na qualidade de seu mediador. Neste sentido, pode-se afirmar que a forma mais ou menos autoritária dos regimes políticos que fizeram a história republicana esteve relacionada ao tipo de estrutura de mediação e tutela de interesses por estes instituídas, os quais, de resto, nunca permitiram a expressão política imediata dos conflitos sociais.

Conciliando-se estas duas análises do fenômeno do autoritarismo político no Brasil, é possível compreender a modernização autoritária pós-64 como a forma sócio-econômica de um regime político que buscou concluir o projeto modernizante levando ao limite a lógica de repressão da livre expressão dos interesses sociais e de prevenção de conflitos. A engenharia institucional que conduziu a construção da modernidade brasileira desde 1930, fundada numa associação subordinada dos princípios de mercado e, principalmente, de solidariedade aos recursos de autoridade – e, em larga medida, na sua mobilização vertical pelo próprio Estado – chegava ao seu ponto culminante.

Do ponto de vista mais específico da conjuntura política do início dos anos 60, o regime que se estabeleceu com o golpe militar de 1964 teria sido a resposta aos projetos de capitalismo autônomo e às aspirações reformistas que tinham aliado

setores do governo, do empresariado nacional e das camadas populares ao longo dos anos 50 e início dos 60 em torno de alianças populistas e que ameaçavam o arranjo de poder das elites (Vianna, 1986: 49)<sup>18</sup>. Tendo inicialmente a transitoriedade como sua fonte de legitimação política, o regime se instituiu sob o argumento de que visava combater o caos e a corrupção que permeavam o governo anterior. Ao mesmo tempo, entretanto, incorporava a bandeira da construção de um capitalismo maduro no país, assumindo claramente pretensões de maior longevidade e reforçando a lógica autoritária que desde os anos 30 orientava o esforço modernizador do Estado e das elites nacionais.

Restringindo a idéia de modernização a sua dimensão estritamente econômica, o autoritarismo militar pretendeu promover um projeto de desenvolvimento capitaneado pelo Estado e voltado para a industrialização acelerada do país. Neste sentido, buscou fundamentalmente consolidar o processo de substituição de importações através da diversificação da estrutura produtiva e do emprego da capacidade ociosa da indústria já instalada. Para tanto, o modo de operação do regime pós-64 envolveu o incremento da capacidade de extração de recursos (tanto internos quanto externos) pelo aparelho estatal, a expansão do papel normativo e empresarial do Estado no campo econômico e a crescente centralização da tomada de decisões (Martins, 1988: 116).

O fenômeno da ampliação das atribuições financeiras, produtivas e normativas do Estado teve conseqüências diretas sobre sua organização interna. Para cumprir tais atribuições, estruturou-se dentro do aparato estatal um complexo quadro burocrático que não estava diretamente envolvido nas atividades típicas de governo, mas atuava na regulação e administração das novas atividades no âmbito da economia. Esta

---

<sup>18</sup> Luiz Werneck Vianna explora aqui a tese de que a descontinuidade do político na história brasileira pode ser entendida como um movimento simultaneamente defensivo e ofensivo da coligação conservadora para se garantir como dirigente da modernização. Os anos 50 teriam marcado um período de fragmentação da vontade política das elites no que se referia ao projeto modernizante. De um lado, a fração associada ao capital estrangeiro e organizada em torno das instituições da democracia representativa dificultava o acesso das reivindicações dos setores populares à arena política representada pelo Parlamento; de outro lado, a fração autonomista do capitalismo nacional, então no governo, afrouxava o controle opressivo sobre os sindicatos e interpelava os setores populares através da política populista e da estrutura corporativa, com o objetivo de obter apoio para seu projeto nacionalista, numa clara política de “solidariedade para baixo”. Se este quadro radicalizava o caráter formal e excludente da democracia liberal, também contribuía para a politização de vários setores sociais, particularmente do movimento sindical, através do único caminho aberto no espaço público, a política corporativista. Este ambiente de mobilização política foi percebido pelas elites conservadoras como uma ameaça potencial ao arranjo de poder vigente, e, sob a retórica do caos social e econômico e da ameaça às instituições da democracia, elas apoiaram o golpe desferido pelos militares. Numa estratégia de “fuga para a frente”, as elites conservadoras (re)estabilizaram seu domínio, disciplinando os setores “divergentes” e excluindo os setores populares da cena política nacional. Cf. Vianna, 1976, 1986.

expansão da burocracia “para fora” do setor governo e na órbita da administração indireta (fundos, fundações, autarquias, etc), paralelamente à grande expansão do número de empresas estatais atuando em setores econômicos os mais diversos, contrastava com o caráter centralizador do Estado autoritário. Como bem notou Luciano Martins, estes fatos indicavam o duplo sentido do seu modo de expansão, que se dava “através de um movimento integrado tanto por forças centrípetas (concentração de recursos financeiros e de decisões normativas ao nível do governo federal) como por forças centrífugas (agências relativamente independentes e/ou dotadas de autonomia relativa para a alocação desses recursos e aplicação dessas decisões)” (Martins, 1985: 43).

Aliada a diversificação e expansão da burocracia ao crescente volume de recursos financeiros sob seu controle, intensificava-se a autonomia dos vários órgãos no que se referia às decisões sobre alocação de recursos. Ainda que estas formalmente se dessem de acordo com os parâmetros definidos pelas diretrizes gerais da política de governo, os controles tendiam a se tornar cada vez mais precários e os critérios se particularizavam de acordo com os objetivos específicos de cada uma dessas agências<sup>19</sup>. Esta autonomia relativa das agências burocráticas investia a sua atuação de uma natureza política fundamental, que era fortalecida ainda pela baixa representatividade dos interesses dos demais setores da sociedade no sistema político. Não apenas o arranjo político-institucional do regime anterior – que conciliava funcionalmente estruturas da democracia representativa com o corporativismo – foi amplamente distorcido, de um lado, através da restrição dos direitos políticos democráticos e, de outro, pelo reforço do caráter repressor e particularista das práticas corporativas dentro do Estado, como também as agências burocráticas foram convertidas nos grandes fóruns decisórios da política nacional.

Neste contexto, o papel político das agências burocráticas exercia-se em dois níveis: tanto no que se referia às principais tarefas de governo, atribuídas quase que exclusivamente aos altos quadros da burocracia, quanto no que se referia à representação corporativista de interesses, que visava à conciliação dos conflitos

---

<sup>19</sup> Luciano Martins chama atenção para o fato de que a atuação destas agências na gestão e aplicação de recursos tendeu a introduzir no âmbito da administração pública (para não mencionar o caso das empresas estatais) um conjunto de práticas próprias do mundo empresarial, voltadas para a otimização e reprodução destes recursos, geridos às vezes mais de acordo com a rentabilidade financeira do que com critérios sociais, como era de se esperar dos fundos destinados a financiar áreas sociais, por exemplo (Martins, 1985:56).

sociais dentro do aparelho de Estado. Principal instrumento político de legitimação do regime, o processamento de conflitos sociais a partir da lógica administrativa da burocracia dissimulava sua natureza especificamente pública, e era marcado por uma alta discricionariedade, na medida em que favorecia os grupos sociais previamente reconhecidos pela política corporativista, segundo critérios relativos a sua posição estratégica no processo produtivo (profissão, nível de especialização, área de atração, etc)<sup>20</sup>. A relevância do papel político da burocracia na ordem pós-64 era de tal monta que o regime mereceu uma caracterização específica, a de regime autoritário-burocrático (O'Donnell, 1990).

Associando a forma autoritária do exercício do poder à montagem de uma estrutura administrativo-produtiva voltada para os objetivos ligados à industrialização, o regime foi eficaz na obtenção de um de seus principais objetivos: as altas taxas de crescimento (Martins, 1988: 116). Foi pela via do desempenho econômico, e não da política, que a estrutura de poder estabelecida pretendeu legitimar-se. Através da difusão de uma propaganda desenvolvimentista, as questões políticas foram sistematicamente rebaixadas à condição de problemas menores diante do crescimento econômico, e o regime logrou mesmo associar o pleno desenvolvimento econômico do país às condições de que dependeria, no futuro, o desenvolvimento de instituições democráticas estáveis (Martins, 1988: 115-119).

Considerando-se a natureza das relações entre o direito e a política, ou entre o campo jurídico e o campo do poder, nas sociedades modernas, as inovações promovidas pelo regime militar tinham conseqüências importantes para o campo jurídico brasileiro. A teoria sociológica caracteriza direito e política como esferas sociais autônomas que, não obstante, mantêm íntimas relações de interdependência (Weber, 1997; Parsons, 1951; Luhmann, 1985; Bourdieu, 1998). Nas sugestivas palavras de Luhmann, direito e política constituem “sistemas operacionalmente fechados e informativamente abertos”: são esferas dotadas de estrutura, métodos, temas e corpos

---

<sup>20</sup> Conforme demonstrou Wanderley Guilherme dos Santos (1987), a concessão de “benefícios sociais” às categorias profissionais oficialmente reconhecidas pelas autoridades reguladoras do mercado de trabalho era uma estratégia de compensação da restrição da cidadania política e foi o principal instrumento de cooptação dos setores populares empregado pelo autoritarismo burocrático. Esta tutela do Estado sobre a representação de interesses e sobre a instituição dos direitos sociais não apenas conformou uma noção de cidadania desvinculada da dimensão do pertencimento integral a uma comunidade política e restrita à inserção formal ao mundo do trabalho (“cidadania regulada”), como inscreveu no imaginário nacional uma concepção de direitos sociais intimamente associada à benevolência do Estado.

profissionais próprios, que funcionam segundo lógicas específicas, mas cujos conteúdos fornecem as condições recíprocas de operação. Ou seja, de um lado, ao reelaborar os conteúdos de uma dada tradição cultural segundo o binômio lícito/ilícito, o direito fornece as garantias de legitimidade da ordem social e, circunstancialmente, de sua forma política; de outro lado, ao processar as divergências relativas às diferentes concepções do bem comum e impor, segundo o código dominantes/dominados, decisões que vinculam toda a coletividade, a política estabelece as premissas dos conteúdos do direito (Luhmann, 1985, Campilongo, 2000).

A sociologia do direito de Weber é bastante elucidativa sobre a inserção do campo jurídico na lógica das relações de dominação que estruturam as configurações sociais – entendidas basicamente enquanto *modos de dominação* estruturados, do ponto de vista institucional, pelas formas de organização e distribuição do poder de comando, e, do ponto de vista de sua justificação, através do apelo a princípios de legitimação. Concebendo o direito sancionado como a expressão impositiva de referências culturais sistematizadas através de um longo processo de racionalização de seus conteúdos especificamente jurídicos, Weber vislumbrou a estreita relação que se estabelecia entre esses conteúdos e a forma de dominação vigente. As garantias externas de legitimidade da estrutura de dominação, fundamentais para a reprodução da ordem social, eram, assim, estabilizadas institucionalmente através dos conteúdos do direito.

Esta linha de argumentação foi retomada por Bourdieu, que buscou, em sua análise neo-weberiana do campo jurídico, ressaltar o caráter especificamente simbólico da contribuição do direito para a legitimação da ordem estabelecida. Para este autor, o tipo de eficácia de que goza o direito nas sociedades modernas está intimamente relacionado ao sofisticado processo técnico de racionalização de seus conteúdos, o qual obscurece o caráter eminentemente político das decisões que ele incorpora, isto é, o fato de que as normas sancionadas pelo direito, na verdade, derivam de opções politicamente condicionadas e refletem preferências de ordem valorativa. Ao institucionalizar uma estrutura de expectativas jurídicas altamente abstraída de conteúdos materiais, o direito realiza, através do processo de racionalização, uma “economia do consenso” fundamental à manutenção da ordem, pois dispensa a

expressão concreta de um consenso que, no limite, é radicalmente difícil de ser atingido (Luhmann, 1985).

Eficácia simbólica certamente não é privilégio do direito; é exercida “por toda ação quando, ignorada no que tem de arbitrário, é reconhecida como legítima” (Bourdieu, 1998: 225). Entretanto, Bourdieu reconhece que o direito é a forma por excelência da eficácia simbólica nas sociedades modernas, e isto se deve ao fato básico de que a visão que ele consagra é a visão do Estado, garantida por seu aparelho judicial. Assim, embora a eficácia do direito no que diz respeito à reprodução da ordem esteja ligada à existência de algum tipo de coação externa como condição necessária, como ressaltou Weber, o fato é que, devido ao seu forte teor simbólico, seus preceitos se apresentam de tal maneira como ordem determinante sobre a ação que a estabilidade da ordem está garantida sem que seja mesmo necessário recorrer, como recurso habitual, ao exercício da força física.

As íntimas relações entre direito e política, além de situarem o primeiro numa posição de “prestígio” dentro do campo de poder, revestem o comportamento dos atores jurídicos de afinidades que os aproximam dos detentores do poder político, uma vez que a representação do mundo social que sustentam e impõem à sociedade é a representação dos grupos dominantes e de seus interesses. Mas se este “parentesco de visões de mundo” reflete a inserção dos atores jurídicos entre as elites políticas, do ponto de vista institucional, ocorre uma redução da autonomia relativa do campo jurídico, em comparação a outras esferas sociais. O papel fundamental desempenhado pelo direito na manutenção da ordem simbólica, através da arbitragem de conflitos publicamente manifestos e que expressam pretensões de direitos nem sempre conciliáveis, expõe a sua organização interna e os seus conteúdos às vicissitudes das relações de forças no seio do campo político, onde os diversos grupos disputam os recursos que garantem o exercício da dominação social. O peso das “homologias estruturais” entre o direito e a política, isto é, da relação entre as posições de poder no campo jurídico e no campo político, determina assim um forte condicionamento externo do campo jurídico, “como se a posição dos diferentes especialistas nas relações de força internas do campo dependesse do lugar ocupado no campo político pelos grupos cujos interesses estão mais diretamente ligados às formas de direito correspondentes” (Bourdieu, 1998: 251).

Todas estas questões têm repercussões importantes sobre o uso social do direito e sobre as relações do campo jurídico com o campo social mais amplo. Uma vez que a tarefa de “dizer o direito” é uma (re)construção da realidade sob o ponto de vista de regras jurídicas conformadas a partir da versão vigente de normalidade, o direito consagra a ordem social através da retórica da universalidade, da pretensão de imparcialidade, como se seu conteúdo transcendesse inequivocamente interesses particulares, e assim manipula as expectativas jurídicas subjetivas dos atores sociais, gerando-as em certos casos, e destruindo-as em outros (Bourdieu, 1998: 232). Assim sendo, se o direito é uma construção sempre contingente em constante adaptação à complexidade da sociedade moderna (Luhmann, 1985), é a estrutura do “jogo” entre o direito e a política que define os sentidos de sua constante adaptação aos novos estados das relações de dominação na sociedade.

Pensar as relações que se estabelecem entre direito e política em contextos históricos específicos à luz dessas referências teóricas é bastante elucidativo. Já se observou, no item I deste capítulo, o fato de que o direito foi fartamente empregado como recurso de intervenção social na história brasileira, principalmente no que se referiu aos processos de construção do Estado, no Império, e de modernização e organização da sociedade, a partir de 1930. Embora o processo de modernização econômica tenha deslocado os profissionais do Direito do centro da arena política, o direito e a lógica jurídica permaneceram, até o advento do regime militar, como o modelo essencial de legitimação das relações entre o Estado e a sociedade.

Entretanto, o privilégio concedido à lógica gerencial como ideologia de poder pelo regime político do pós-64 rompeu com aquele padrão histórico, e subordinou a lógica formal do direito – e o próprio Judiciário, enquanto instituição – à racionalidade econômica da tecnocracia do Estado autoritário. Tendo passado a praticar políticas fundadas na contraposição entre os fins a serem alcançados e os meios efetivamente disponíveis, o Estado subordinava a lógica formal que orientava o campo jurídico e a legalidade instituída à lógica substantiva de seus interesses econômicos – e à própria necessidade de legitimação do regime autoritário. Neste contexto, a autonomia do campo jurídico em relação ao campo do poder foi completamente subvertida, e a própria eficácia simbólica que o direito é capaz de garantir à estrutura de dominação

social tornou-se dispensável, dado o caráter expressamente autoritário do regime. Imobilizado pelo autoritarismo, o mundo do direito passou a viver uma ampla crise.

As normas produzidas pelo Executivo no sentido de regular a expansão da vida econômica e do próprio Estado abafaram crescentemente a legislação que vigorava no nível formal – através da manutenção da Constituição de 1946, no primeiro período, e, posteriormente, pela preservação dos dispositivos clássicos do constitucionalismo liberal moderno na Carta outorgada em 1967. Inadequada às razões e objetivos do regime autoritário-burocrático, a legislação tradicional era mantida em termos formais, sendo constantemente negligenciada ou subvertida por instrumentos infralegais como o decreto-lei, as instruções normativas, os regulamentos, as portarias e outras séries de mecanismos nascidos dentro da burocracia do Estado.

Esta mudança no perfil da legislação praticada pelo regime burocrático-autoritário representou uma verdadeira crise da racionalidade operacional do Estado brasileiro; em outras palavras, a nova racionalidade da eficiência econômica passou a disputar espaço com a racionalidade jurídica da normalização das relações sociais. Em primeiro lugar, há que se mencionar o fato de que a expansão da atividade normativa de um Executivo composto por uma rede de agências burocráticas relativamente autônomas e atuando em diversas áreas acarretou a incorporação de uma grande variedade de matérias na pauta normativa do Estado e a conseqüente desorganização dos critérios decisórios. Em decorrência disso, estruturou-se, no âmbito do Direito Público, uma legislação de caráter diversificado e não uniforme, em confronto aberto com os princípios tradicionais da dogmática jurídica referentes à coerência e unidade legais. Não obstante seu caráter diversificado, o direito que se constituiu a partir da predominância da lógica econômico-administrativa sobre a lógica eminentemente jurídica era marcado também pelo teor dispositivo, ou por um verdadeiro “pragmatismo legisferante” (Faria, 1985: 37), o qual minava um outro princípio caro ao formalismo jurista da tradição brasileira, qual seja, o da certeza do direito<sup>21</sup>.

Por outro lado, o uso instrumental de recursos jurídicos na busca de adequar a lei aos objetivos econômicos do Estado expandia amplamente o âmbito do direito administrativo, refletindo um processo de crescente administrativização da lógica

---

<sup>21</sup> Tal como foi definida por Luhmann (1985), a idéia de certeza jurídica relaciona-se à capacidade que o direito codificado tem de absorver a insegurança e assegurar as expectativas (comportamentais e de direitos) dos sujeitos de um determinado sistema jurídico diante da complexidade e da contingência do mundo social.

jurídica. A tentativa de legitimar o poder pela via da eficiência econômica, que exigia, entre outros, instrumentos técnicos e não-formais normatizados pelo Estado, freqüentemente comprometia institutos de direito privado até então considerados inatingíveis, com um resultado significativo sobre a eficácia do direito, como percebeu José Eduardo Faria: “convertidas em meros instrumentos de poder, as instituições de direito nem fornecem um mínimo de certeza jurídica nem protegem os indivíduos contra o arbítrio indisciplinado dos burocratas investidos de poder regulamentar (...)” (Faria, 1985: 30).

Paralelamente à crise do modelo jurídico, a legislação pós-64 significou também a fragilização institucional do Judiciário. Por um lado, a soberania exclusiva do Executivo obscurecia os demais poderes de Estado e os impossibilitava de exercer o controle sobre suas atividades. Especificamente neste sentido, medidas contidas nas várias Emendas Constitucionais e Atos Institucionais editados no período – e que eventualmente romperam com a ordem constitucional vigente – intervieram diretamente sobre a soberania do Judiciário, através, por exemplo, da eliminação das garantias de estabilidade e vitaliciedade de seus membros, da vedação a este Poder da apreciação de determinadas matérias, ou do cerceamento da garantia do *habeas corpus*, tudo isso feito sob alegação de “interesses de segurança nacional”<sup>22</sup>. Por outro lado, o fato de que o Executivo desempenhava um amplo papel na intermediação de conflitos obscurecia a atuação do Judiciário, considerando-se que grande parte dos novos conflitos de interesses que se estabeleciam com a modernização estavam ligados à complexificação da estrutura produtiva e das disputas distributivas, e eram resolvidos nas malhas dos órgãos burocráticos.

Mas o efeito mais impactante do advento do autoritarismo militar na condução da modernização capitalista foi, do ponto de vista deste trabalho, a sua repercussão sobre o papel dos profissionais do Direito na vida política brasileira, particularmente no que se refere ao segmento da advocacia, então o grande fornecedor dos quadros da elite

---

<sup>22</sup> A interferência do Executivo sobre o Judiciário ao longo do período autoritário foi notória e deu-se sobretudo no sentido de abafar a livre atuação de seu órgão de cúpula, o STF. Através do Ato Institucional nº 2 (o AI-2), de 1965, por exemplo, a composição do STF foi alterada, tendo o número de ministros aumentado de onze para dezesseis – os cinco ministros nomeados para completar a mesa tinham militância partidária na UDN, sendo, portanto, mais favoráveis à política do regime. Com o Ato Institucional nº 6 (o AI-6), de 1969, o número de ministros do STF é reduzido para onze novamente, sendo que três dos antigos dezesseis, todos nomeados por Jânio Quadros e João Goulart, foram aposentados compulsoriamente. Associando-se estas manobras do regime à dinâmica normal de aposentadorias, o STF encontrava-se, já em 1969, totalmente renovado, tendo sido as vagas preenchidas por ministros “da confiança do regime” (Costa, 2000).

jurídica brasileira. Ao mesmo tempo em que o Executivo autoritário deslocava a resolução de conflitos da esfera de atuação do Judiciário e impunha aos seus membros vários constrangimentos institucionais, os bacharéis no exercício de atividades extra-jurídicas viam as suas atribuições executivas tradicionais passarem a ser desempenhadas por outros profissionais, dotados das habilitações técnicas cada vez mais específicas que a pauta política do país pedia. As novas questões cruciais para o país, de ordem estritamente econômica, como as relativas à captação de capital estrangeiro ou ao controle da inflação e à estabilização da moeda, por exemplo, ou de ordem tecnológica, ligadas ao salto modernizador que o regime pretendeu dar, não diziam respeito ao âmbito de competência do profissional de Direito, o que evidenciava a sua perda de prestígio político.

Particularmente depois de 1968, quando o regime explicitamente se atribuiu a capacidade de “legitimar-se a si próprio”<sup>23</sup>, ficou evidente o fato de que o direito se tornara uma dimensão fraca no processo modernizador, com “a maioria das alterações substanciais no sistema político surgindo fora da ordem legal, e não a partir dela” (Lima Jr. *et al.*, 1970: 57). Tal estado de coisas radicalizou o alheamento dos atores jurídicos em relação à modernização. Se inicialmente as elites jurídicas, representadas pelos quadros da OAB, haviam se aliado à “revolução” de 1964 sob o argumento de que aquela era uma solução emergencial diante das supostas ameaças à legalidade do Estado de Direito, tal apoio não implicou o resgate irrestrito do prestígio dessa elite jurídica, cujos atores permaneceram num significativo ostracismo político. Além disso, o autoritarismo ameaçou constantemente a liberdade de ação dos advogados, na tentativa de impor-lhes uma atuação distante da dimensão pública tradicionalmente vinculada à profissão e voltada tão somente para a solução dos conflitos privados.

Dentro do Estado, os magistrados e membros do Ministério Público viviam o desprestígio que a lógica desenvolvimentista do regime militar impunha à sua condição de profissionais jurídicos. Mais do que desprestigiados, na verdade, esses profissionais estavam submetidos, em sua atuação, aos ditames repressivos da Lei de Segurança

---

<sup>23</sup> A edição do Ato Institucional nº 5 (o AI-5), em dezembro de 1968, foi particularmente importante porque reinvestiu o presidente da República de atribuições já garantidas e ampliou seus poderes para além da apreciação do Judiciário, autorizando-o, entre outras coisas, a intervir nos estados e municípios e nomear interventores, cassar mandatos eletivos e suspender direitos políticos por dez anos, decretar estado de sítio sem audiência do Congresso, decretar recesso do Congresso por tempo indeterminado, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade funcionário públicos, etc. (Costa, 2001:178).

Nacional. Cerceada em suas atribuições e prerrogativas, a magistratura via-se excluída do exame de várias demandas judiciais relativas às ações administrativas do governo ou à sua ação policial na repressão aos opositores políticos do regime. Os membros do Ministério Público, por sua vez tinham sua atuação constantemente instrumentalizada pela lógica autoritária do regime. A Emenda Constitucional de 1969, por exemplo, vinculou institucionalmente o órgão ao Executivo e atribuiu ao Procurador-Geral da República, nomeado pessoalmente pelo presidente, o poder de solicitar ao STF a avocação de causas envolvendo “imediate perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas” (*apud* Arantes, 1997: 99). Já no último período do regime, em 1978, o Executivo fez aprovar uma lei que conferia ao Procurador-Geral da República o poder de processar e requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar nas hipóteses de crimes contra a segurança nacional. Como o presidente não apenas determinava a investidura do chefe da instituição, mas tinha o poder de demiti-lo a qualquer tempo, o Ministério Público ficava extremamente vulnerável à interferência política do Estado autoritário.

### **III – A crise política do direito e o dissenso no meio jurídico: as elites jurídicas rumo à sociedade**

*“Não é (ao contrário do que se costuma supor) a falta de legitimidade política per se que torna o regime autoritário vulnerável à crítica política, mas sim a crítica oriunda daqueles grupos estratégicos tornados dissidentes pela ausência de mecanismos para representar seus interesses agora diferenciados”*

- Luciano Martins, *A liberalização do regime autoritário no Brasil* -

As seções precedentes deste capítulo pretenderam fornecer um quadro geral da inserção dos profissionais do Direito na vida pública brasileira até os anos 70. Dois foram os argumentos principais desenvolvidos: em primeiro lugar, a tese de que, ao conjunto de valores diretamente ligados ao estrito exercício da profissão jurídica, sempre estiveram associados valores e interesses fomentados pela atuação política junto ao Estado ou à sociedade. Formados inicialmente para atuar no processo de construção do Estado nacional, e tendo posteriormente incorporado as tarefas de

representar politicamente a sociedade e garantir a normalização das relações sociais em meio à intervenção modernizadora do Estado na economia, os atores jurídicos incorporaram à sua identidade profissional um elemento de caráter público que foi amplamente referendado tanto pela sociedade civil quanto pelo próprio Estado – no caso deste último, pelo menos até a instalação do regime de 64.

O segundo argumento envolveu a demonstração de que mudanças na relação dos profissionais do Direito com a esfera estatal – provocadas ora por rearranjos estratégicos no próprio o Estado, ora por alterações na dinâmica da sociedade – tiveram repercussões diretas sobre o seu papel político e, conseqüentemente, sobre a sua identidade profissional. Tais mudanças, que vinham se processando lentamente desde o advento da República, sobretudo depois do ciclo modernizador de 1930, ganharam complexidade ao longo dos anos 50 e início dos 60, com a massificação do ensino jurídico decorrente da modernização social, e atingiram um grau de dramaticidade até então inédito com a emergência do autoritarismo burocrático no pós-64 e o crescente alheamento dos atores jurídicos em relação ao processo decisório.

Tais elementos permitem considerar que a recuperação do poder político e do espaço de atuação profissional tenham se constituído em genuínos interesses a orientar a atuação das elites jurídicas ao longo dos anos 70 e 80. Essa atuação começou já no final dos anos 60 e foi protagonizada inicialmente pelos advogados militantes da OAB. Para tanto influenciou decisivamente o peso da identidade corporativa, que projetava uma imagem-ideal do advogado e da OAB como guardiões dos direitos e liberdades públicas. Entretanto, ao impulso reativo da categoria às mudanças no quadro jurídico-institucional corresponderam também interesses materiais concretos, ligados à própria dinâmica do campo jurídico e às disputas de poder dentro do meio profissional, especialmente as disputas intraprofissionais entre os advogados.

A passagem da década de 50 para os anos 60 testemunhou alterações importantes no perfil do profissional da advocacia no Brasil. Devido à massificação do ensino jurídico e às mudanças na estrutura do mercado de trabalho impulsionadas pelo ciclo de modernização do final dos anos 50, a grande maioria dos bacharéis de Direito atuando como advogados já não se constituía de profissionais liberais típicos, sendo incorporada na condição de trabalhadores assalariados de empresas, sindicatos, órgãos governamentais, etc. Uma importante dimensão do campo do direito, que tinha

surgido originalmente no país para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, ou seja, a própria política, perdia assim o caráter público e se voltava para as relações estabelecidas no mundo privado. Os advogados viam, com isso, a sua identidade tradicional tender a migrar do registro público-político para o privatista, referido ao mundo da economia e dos negócios.

Esta inovação no perfil profissional do advogado, cada vez mais referido ao mercado e ao desempenho profissional *stricto sensu*, introduzia novos elementos no campo de interesses destes profissionais, agravando a perda de homogeneidade ideológica do meio jurídico. Neste cenário, os profissionais que conformavam a elite jurídica e que pertenciam à tradicional linhagem dos juristas-políticos passaram a conviver com a atuação de grupos emergentes que, reunindo a ampla maioria dos novos bacharéis, tentavam inscrever temas relativos à questão da valorização profissional na pauta de debates do meio jurídico<sup>24</sup>.

A consolidação deste novo perfil profissional e a alteração na pauta de debates do meio jurídico não representara, pelo menos inicialmente, uma ameaça ao poder das elites tradicionais. Prova disto é o fato de que elas haviam conseguido mobilizar a OAB em prol da intervenção militar que pretendia dirimir a crise política instaurada no país desde o início dos anos 60. Recorrendo ao apelo fortemente ideológico de seu “mandato público”, respaldado por seu *status* legal e por seu amplo prestígio junto à sociedade, as elites jurídicas haviam logrado impor o tema da defesa da legalidade jurídica, supostamente ameaçada, sobre as questões profissionais, gerando ampla adesão dos advogados ao regime que se instalou no poder em 1964<sup>25</sup>.

Esta adesão não esteve livre de ambigüidades. Embora tivessem apoiado o golpe militar e atuado como um interlocutor privilegiado do regime desde o seu início, vários segmentos da OAB não se alinharam incondicionalmente a ele, explicitando

---

<sup>24</sup> As análises de Luiz Werneck Vianna (1986) e de Renato Lessa e Leila Linhares (1991) mostram que, entre os anos 50 e 60, a OAB viu sua agenda migrar do registro político-jurídico original, ligado a sua autoridade pública e ao seu envolvimento com a vida política brasileira, para o técnico-profissional, que se voltava para o problema interno da construção da identidade corporativa e de fortalecimento da corporação perante a categoria profissional como um todo. Entre os grupos que passaram a atuar dentro da OAB, a política vinha crescentemente perdendo a conotação de atividade pública e se restringindo à agenda específica da corporação e de seus interesses profissionais. Na construção da solidariedade entre os advogados da OAB neste período, temas como expansão do patrimônio imobiliário, previdência social, salário-mínimo profissional, vida associativa, cultural e científica ganharam predominância sobre o tema da política geral (Vianna, 1986: 117).

<sup>25</sup> De fato, o artigo 18 do estatuto da OAB, aprovado em 1963, assim estabelecia: “Compete ao Conselho Federal (e aos Conselhos Seccionais): I - Defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das Leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (...)” (*apud* Lessa & Linhares, 1991: 74).

reservas tópicas, particularmente no que se referia, do ponto de vista corporativo, à defesa da livre atuação profissional dos advogados, e, do ponto de vista público, à defesa dos direitos humanos (Vianna, 1986: 118)<sup>26</sup>. O comportamento institucional de “adesão qualificada” ao regime autoritário revelava, por outras vias, o peso da cultura dos juristas-políticos na condução da corporação: o seu “mandato público” tinha-os impingido a apoiar a intervenção militar pelo que ela supostamente representava para o interesse público, no caso, a garantia de preservação da ordem jurídica; por outro lado, também impunha o questionamento de medidas que se percebiam como exercício excessivo da arbitrariedade e desrespeito às instituições do Estado de Direito por parte das autoridades políticas. Para além de considerações sobre o *ethos* profissional, certamente esta ambigüidade institucional da OAB se ligava à sua condição de aliada de um regime supostamente transitório que era, ele próprio, marcado por uma gritante “esquizofrenia ideológica” (O’Donnell & Schmitter, 1988), uma vez que recorria continuamente a práticas ditatoriais e repressivas e prometia, ao mesmo tempo, liberdade e democracia no futuro.

O aprofundamento da intervenção militar sobre a sociedade brasileira, viabilizada pela edição de atos institucionais que intervinham na jurisdição da ordem constitucional vigente e previam, entre outras coisas, a exclusão de vários temas da apreciação judicial, haviam explicitado, contudo, as pretensões dos militares de institucionalizarem o regime de exceção em caráter definitivo. Por um lado, isto significava a perpetuação da arbitrariedade e da repressão sobre a sociedade, o que se chocava tanto com as garantias liberais já consagradas pela tradição constitucional quanto com a ideologia da dignidade humana que conformava uma vertente importante das elites jurídicas, a ala católica da tradição dos juristas-políticos<sup>27</sup>. Por outro lado, o reaparelhamento da tecnoburocracia do Estado e a regulação de sua atuação por meio

---

<sup>26</sup> A instalação, em dezembro de 1965, do Conselho de Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) permitiu a mobilização da OAB, com o importante apoio de setores progressistas da Igreja católica, contra a arbitrariedade e a violência que a repressão política do regime desencadeara, sobretudo no final dos anos 60, vitimizando, inclusive, vários advogados no exercício da profissão. Em 1974, a V Conferência Nacional da OAB propôs o tema Direitos Humanos como pauta das discussões entre os participantes (Lessa & Linhares, 1991: 50).

<sup>27</sup> Luiz Werneck Vianna distingue três grandes vertentes ou matrizes ideológicas entre os juristas-políticos: a liberal, a *iustlaborista* e a católica. A primeira remete ao legado liberal dos juristas do Império que dominou até a emergência do Estado Novo. A segunda consolida-se, como já se afirmou aqui, com base no “espírito corporativo que dominou nos anos 30 e se manteve através da CLT”. A terceira vertente, a católica, também se consolidou no pós-30, sob influência do humanismo da doutrina social da Igreja; os juristas católicos, adeptos de uma ideologia de paz social e da comunidade entre o capital e o trabalho, se aliavam tanto às alas liberais, contra propostas comunistas de integração social, quanto às alas *iustlaboristas*, na defesa de uma concepção do trabalho fundada no valor da dignidade humana (Vianna, 1976 e 1986).

de instrumentos legais que estavam à margem da institucionalidade jurídica formal tinham repercussão direta sobre os interesses de poder e prestígio das elites jurídicas, pois significavam a manutenção de sua posição marginal em relação à condução do processo modernizador.

Com a reforma do ensino superior no início da década de 1970 e a entrada maciça de faculdades privadas na oferta de cursos jurídicos, este estado de coisas tornou-se um verdadeiro problema para o meio jurídico, basicamente por dois grandes motivos: primeiro, porque a super-oferta de bacharéis em Direito acirrava a concorrência por postos de trabalho e diminuía o seu prestígio social, com repercussões diretas sobre seu *status* sócio-econômico; segundo, porque grande parte desses bacharéis exercia atividades não-jurídicas muito aquém da sua qualificação profissional, o que evidenciava o fato de que os atores jurídicos já não constituíam mais a elite do país<sup>28</sup>.

Se o direito já não era mais o *medium* fundamental do ímpeto modernizante e a modernização autoritária vinha dispensando crescentemente os profissionais da área dos processos decisórios, não se abandonava completamente o referencial jurídico. O que o ciclo de modernização exigia, na verdade, era uma nova modalidade de direito, predominantemente voltada para problemas de ordem econômica e para a representação dos interesses dos novos agentes que dinamizavam a sociedade civil brasileira. Tais necessidades acentuaram as modificações na estrutura da profissão já em curso, acelerando o surgimento de novas áreas de especialização e a mudança no padrão das atividades profissionais.

Num contexto de crescimento da heterogeneidade social dos advogados da OAB, a complexificação do campo de interesses provocada pela emergência de um novo perfil de profissionais ganhou um importante significado: o meio jurídico se dividia e o dissenso em relação à identidade profissional dos advogados e à imagem institucional da OAB assumia um tom radical. De um lado, ficou a ala tradicionalista representada pelos juristas-políticos, a qual defendia a preservação tanto da identidade publicista dos atores jurídicos quanto do papel político do direito no país. De outro lado,

---

<sup>28</sup> Conforme observa Edmundo Lima de Arruda Júnior, a posição de elite cultural que os bacharéis conseguiram manter no pós-30, a despeito de os lugares sócio-educacionais nos cursos jurídicos já não serem mais privilégio das elites econômicas, também estava ameaçada. Sobretudo depois de meados da década de 1970, com o fim do milagre econômico, ficou evidente que os bacharéis em Direito já não faziam mais parte nem das classes dominantes nem das elites culturais (Arruda Jr., 1989: 41).

conformou-se a ala de feição modernizante que, buscando valorizar a carreira e recuperar poder e prestígio institucional para a classe, defendia as bandeiras da adequação do direito às demandas da modernização econômica e da reformulação da auto-imagem dos profissionais jurídicos.

Particularmente em meio a esses setores emergentes, um diagnóstico tornou-se comum: o desprestígio político e social da classe jurídica estava intimamente relacionado com a inadequação do seu repertório de saber e do marco institucional em que operavam à consecução dos objetivos da nova ordem política brasileira. Constatado o descompasso das instituições e práticas jurídicas frente “à realidade social”, passaram a defender uma mudança profunda na prática jurídica do país, de forma a aproximá-la da lógica da modernização econômica e a transformar o direito em um efetivo instrumento do desenvolvimento, capaz de atender as novas demandas econômicas e sociais. Dada a fragilidade do jurismo tradicional frente às práticas do regime e frente às transformações geradas pela modernização econômica, seu discurso e seus valores passaram a ser objeto de intensa crítica por parte dos profissionais que atuavam segundo o perfil profissional em emergência.

Em certo sentido, estes setores incorporavam a impressão emanada do Estado-tecnoburocrático de que o jurismo brasileiro constituía uma força conservadora que não contribuía para – e em muitos sentidos obstaculizava – a modernização. Seguindo esta lógica, passaram a combater o caráter generalista e político do direito brasileiro, rivalizando abertamente com a tradição dos juristas políticos. Percebiam que tudo mudara e que o direito precisava mudar também: “o universo da empresa, o mercado de capitais, as relações mercantis numa sociedade que se torna plenamente capitalista, implicariam o abandono da ortodoxia do sistema jurídico clássico, dogmático, normativo, centrado na prevalência do público sobre o privado” (Vianna, 1986: 125).

Estes grupos julgavam que a forma mais efetiva de obter tal mudança era através do ensino jurídico. A carência técnica, a aversão pelo empírico, o pendor doutrinário e principalmente o caráter generalista da formação praticada nas faculdades de Direito tornaram-se os alvos de suas críticas e a bandeira da reforma do ensino do

Direito passou a mobilizar toda a “contra-elite modernizante”<sup>29</sup>. Através da difusão da idéia de que os cursos jurídicos deveriam formar profissionais verdadeiramente aptos a agir no mundo dos negócios e na regulação da ordem privada, abandonando definitivamente o viés “abstrato” e “idealista” do jurismo tradicional, estes setores conseguiram exercer influência sobre a reforma dos cursos jurídicos de 1971, bem como inserir na pauta a possibilidade da habilitação específica, além da habilitação geral (Venâncio Filho, 1982: 334).

De fato, a própria política universitária do governo militar buscou produzir os quadros técnicos e gerenciais necessários à modernização, substituindo o conceito humanista de formação cultural por uma progressiva racionalização e especialização do ensino superior, sob os requisitos da eficácia econômica e do avanço tecnológico (Faria & Campilongo, 1991:10). Numa clara tentativa de atualizar a formação e a prática profissional do direito para a vida econômica que se dinamizava, os currículos passaram a incorporar disciplinas como Direito Financeiro e Direito da Sociedade Anônima (Venâncio Filho, 1982: 334). Muito embora estas medidas modernizantes explicitassem uma tentativa de desviar o caráter generalista da profissão para uma natureza mais profissionalizante, foram singelas diante do rígido quadro histórico da formação jurídica no país, que permaneceu majoritariamente uniforme e presa ao dogmatismo e ao formalismo abstrato (Venâncio Filho, 1982; Faria & Campilongo, 1991; Aguiar, 1994; Falcão Neto, 1984a).

Do outro lado do campo jurídico, as elites tradicionais, nunca antes tão marginalizadas politicamente, se viam duplamente confrontadas nas suas posições de poder. Externamente ao campo, pela natureza do regime e de sua lógica de operação em muito alheia aos atores e instituições jurídicos; internamente, pela crescente mobilização dos setores emergentes na tentativa de reorientar as linhas gerais do jurismo brasileiro a partir de um conjunto de valores e concepções que não eram os seus. Contra o diagnóstico da falência do modelo jurídico que praticavam e dos valores que defendiam, as elites reagiram buscando reforçar sua identidade pública,

---

<sup>29</sup> Partiu dessa ala modernizante a iniciativa de fundar, em 1966, o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED), com o objetivo de realizar ensino de pós-graduação e pesquisa especializada no campo do Direito. Contando com ajuda financeira da Fundação Ford e da Agência de Desenvolvimento Internacional do governo norte-americano, os cursos realizados no âmbito do CEPED foram amplamente inspirados nos cursos das escolas de direito daquele país e centraram-se na formação de advogados para empresas (no setor privado ou público), com disciplinas integradas dos ramos do Direito, da Economia e da Contabilidade. Cf. Venâncio Filho, 1982; Vianna, 1986.

inicialmente dentro do próprio meio jurídico, e posteriormente fora dele, perante a sociedade civil e o próprio Estado. Ironicamente, a modernização que segmentara o campo jurídico com a produção de novos tipos profissionais e ameaçara a estrutura de poder que o organizava impôs a reatualização do papel dos juristas-políticos em defesa de seus interesses e valores mais tradicionais<sup>30</sup>.

Dentro da OAB, a afirmação do papel tradicional da corporação enquanto defensora das liberdades públicas, da lei e da justiça foi buscada através da interpelação da categoria como um todo, numa estratégia de valorização das bases da organização até então ausente na condução da política corporativa (Vianna, 1986: 128). As principais medidas neste sentido foram a interiorização e a federalização da OAB, numa clara tentativa de ampliar as bases da organização e diluir o impacto das teses modernizantes. Instituído instrumentos de política representativa que conferiam um papel mais participativo às seccionais estaduais, as elites que ainda dominavam a OAB buscaram incorporar o enorme contingente de advogados espalhados pelo país e fazer valer sua ideologia profissional diante da categoria.

Na qualidade de guardiãs da tradição jurídica brasileira e investidas do papel de defensoras da missão política da Ordem diante do risco do seu desvirtuamento institucional e do “populismo corporativo”<sup>31</sup>, as elites da OAB buscaram defender a manutenção de uma certa homogeneidade na identidade profissional do advogado e, neste sentido, também se mobilizaram em reação à massificação do ensino jurídico, adotando duas posições: em primeiro lugar, reforçaram a disciplina institucional e aumentaram o rigor nos exames de ordem, como forma de exercer controle sobre a

---

<sup>30</sup> Chamando atenção para os vínculos existentes entre a projeção política da OAB em meados da década de 70 e a nova condição profissional assalariada do advogado, Daniel Pécaut lembra as palavras de Raymundo Faoro sobre o processo de revisão da ideologia política da OAB a partir de então, segundo quem a OAB foi levada a rever seu liberalismo “até pouco chamado ‘liberalismo de autonomia’, opondo-se às invasões do Estado. E assim viemos falar da liberdade de participação, não só em nível político, mas também sócio-econômico” (Faoro, 1978 *apud* Pécaut, 1990: 279).

<sup>31</sup> O depoimento de Hélio Saboya, militante da ala política da OAB do Rio de Janeiro desde a década de 70, demonstra com precisão esta percepção das conseqüências do inchamento da categoria para a identidade institucional da Ordem e da tradição jurídica brasileira: “Eu acho que o maior perigo para a Ordem é o populismo. O populismo é uma ação desorientada, em relação ao exercício da profissão, decorrente do afluxo enorme de advogados inscritos que, na realidade, não são advogados. Estão inscritos na Ordem por uma questão de *status* social e benefícios da Caixa e outras razões que não têm nada a ver com o exercício da advocacia (...) Ele [o populismo] se caracteriza pela promessa fácil. Se joga em segundo planos as coisas importantíssimas, que é o aprimoramento profissional, com sua própria capacitação de influir no destino do país, no que representou e, hoje, representa menos, a advocacia como instrumento da formação de quadros dirigentes do país (...)” (*apud* Lessa & Linhares, 1991; 105).

qualidade dos futuros advogados; em segundo lugar, passaram a pressionar o poder público contra a criação de novos cursos de Direito (Arruda Jr., 1989).

Para fora do campo corporativo, a estratégia das elites jurídicas seria igualmente ofensiva contra a lógica burocrático-autoritária de um regime que chegou a ameaçar, por duas vezes (em 1967 e 1974), a histórica independência institucional da OAB, com a possibilidade de colocá-la sob tutela do Ministério do Trabalho (Falcão Neto, 1984a: 160)<sup>32</sup>. Neste segundo momento, já em franco processo de fortalecimento dentro do campo, as elites jurídicas voltaram-se para o regime político ele mesmo, radicalizando o dissenso em relação ao teor autoritário de sua lógica modernizante: “a uma modernização que conflita com ela, a tradição jurídica responde com a denúncia do autoritarismo que a suporta” (Vianna, 1986: 129). Colocando-se como opositor ao regime e levantando a bandeira do Estado de Direito na contestação das suas práticas autoritárias – curiosamente a mesma bandeira que havia sido utilizada anteriormente para legitimá-lo em seu estágio inicial – as elites jurídicas reafirmaram sua vocação pública e o caráter não privatista da identidade institucional do campo jurídico brasileiro<sup>33</sup>.

Este é o momento fundamental a partir do qual se consolida no meio jurídico brasileiro uma posição abertamente contrária ao regime. O realinhamento político das elites jurídicas a partir de meados da década de 1970 foi uma estratégia funcional de dois pontos de vista: internamente ao campo, revertia o discurso dos setores emergentes a seu favor, na medida em que provocava a associação da ideologia da ala modernizante a um alinhamento com o autoritarismo do regime militar e com uma modernização cujo padrão concentrador da renda era cada vez mais evidente; externamente ao campo, marcava, em caráter pioneiro, uma posição coletiva de oposição ao regime e o fazia não sob o registro da disputa política, mas em nome da missão institucional de defesa das instituições jurídicas do Estado de Direito, contando para isso com amplo respaldo da sociedade brasileira. Vale dizer que a perspectiva de fortalecimento político da instituição contribuía muito positivamente para a geração de um novo consenso interno à OAB em torno das elites tradicionais e dos seus valores.

---

<sup>32</sup> Na verdade, a maior ameaça direta sofrida pela instituição foi um atentado que, em 1980, vitimou a secretária da Presidência do Conselho Federal, supostamente em represália à atuação da OAB na denúncia das arbitrariedades cometidas pelo regime.

A mobilização das elites jurídicas da OAB coincide com o contexto de crise econômica e política do regime militar. O fim do “milagre econômico” e a frustração das expectativas distributivas que o modelo de crescimento engendrara despertou na incipiente sociedade civil organizada o questionamento em relação à legitimidade do regime autoritário. Fundada numa equação que conciliava sua função legitimadora com sua função econômica (Faria, 1993), a estabilidade política do regime foi profundamente minada pela crise econômica, tornando-se crescente entre alguns dos seus condutores a tese de que a descompressão era a alternativa política mais viável para uma transição sem rupturas.

Em princípios de 1977, em meio às divergências internas quanto à condução de uma crise política que adquiria novas proporções a cada ciclo eleitoral, o governo Geisel aplicou o AI-5 e editou o chamado “Pacote de Abril”, modificando autoritariamente a ordem constitucional de 1967 através da imposição de uma reforma do sistema eleitoral e do Poder Judiciário<sup>34</sup>. A edição do pacote foi o estopim para a radicalização das manifestações em defesa do Estado de Direito. Foi neste contexto que a OAB, através de seu Conselho Federal, presidido então por Raymundo Faoro (1977-1979), assumiu publicamente uma postura de franca oposição ao regime autoritário, passando a manifestar-se a favor de uma “ampla reformulação constitucional”. Neste sentido, a OAB praticamente lançou a campanha pró-Constituinte, clamando pela convocação de uma Assembléia soberana e exclusiva, sem quaisquer vínculos com os poderes instituídos<sup>35</sup>.

A OAB assumiu, assim, a liderança de um processo em que, em circunstâncias inéditas na história institucional do campo do direito no Brasil, as elites jurídicas se colocaram explicitamente em confronto com o Estado, através da oposição ao regime que o governava. Nesse confronto, a OAB não se apresentou como uma corporação paraestatal, mas sim como uma instituição da sociedade civil motivada por novos

---

<sup>33</sup> O depoimento pessoal de Nilo Batista dado a Lessa e Linhares é contundente sobre as razões que motivaram a mobilização política da OAB nos anos 70: “quem tirou a Ordem para fora foi a ditadura militar. Então, na ditadura militar, a Ordem começou, pelo viés liberal, a se insurgir...” (*apud* Lessa & Linhares, 1991: 81).

<sup>34</sup> Em relação especificamente ao Judiciário, o “Pacote de Abril” instituiu o Conselho Superior da Magistratura, órgão com jurisdição em todo o território nacional, composto de sete ministros do STF (àquela altura já composto por nomes de confiança do regime) e dotado de poderes para disciplinar e controlar a ação dos juizes. Além disso, a reforma instituiu a Justiça Militar, retirando os militares da jurisdição da Justiça comum.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, um grupo de intelectuais e juristas da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco lançou, em agosto de 1977, em meio às comemorações ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, a “Carta aos Brasileiros”, sintetizando as reivindicações do meio jurídico, sobretudo com relação à anistia política e ao restabelecimento das liberdades públicas, ou seja, o Estado de Direito (Dossiê Constituinte, 1986:15).

fundamentos, que não a mera reação ao cerceamento das liberdades públicas pelo autoritarismo. A partir de então, o padrão reativo de atuação política das elites jurídicas da OAB – vigoroso, porém tímido quanto a iniciativas – deu lugar ao impulso “demiúrgico” que marcou a sua participação no processo de reconstrução da democracia no país até a promulgação da Constituição de 1988 (Lessa & Linhares, 1991).

Deslocadas do Estado, as elites jurídicas voltaram-se para a sociedade civil que se reorganizava politicamente e uniram-se a ela na contestação da legitimidade do regime, numa clara estratégia política de “solidariedade para baixo”, como forma de legitimar socialmente as suas pretensões de poder dentro e fora do campo jurídico. O rumo da mobilização da OAB contra o regime autoritário assumiu, assim, uma nova dimensão com a crescente aproximação entre a sua militância, portadora da bandeira da reconstitucionalização democrática, e os movimentos que surgiam na sociedade civil, críticos da lógica politicamente repressiva e economicamente concentradora do autoritarismo. A este respeito, Luiz Werneck Vianna afirmou: “a modernização deslocou a tradição, mas não a subsumiu à ordem privatística, e se aboliu sua prática, não cancelou a vocação pública de que ela foi guardiã, e que hoje se revigora através da sua abertura a novos seres sociais” (Vianna, 1986:131).

A partir do início dos anos 80, a OAB consolidou seu papel junto à sociedade civil de “órgão vinculado à avaliação permanente do estado institucional do país” (Lessa & Linhares, 1991), engajando-se definitivamente na luta pela redemocratização e defendendo bandeiras políticas que somaram sucessivamente temas como a anistia irrestrita, a realização de eleições direitas, e a convocação de uma Constituinte exclusiva e aberta à participação popular. É interessante notar que, se a participação da OAB na luta pela redemocratização foi uma ação à qual se viu quase que compelida pela sua “missão pública”, a forma através da qual esta participação se deu obedeceu a imperativos bastante menos idealistas. Os primeiros momentos da mobilização política da Ordem estiveram submetidos a uma ampla discussão sobre os termos em que a organização devia atuar e sobre a relação a ser estabelecida com as demais entidades da sociedade civil, prevalecendo a perspectiva da independência política da organização: “as solicitações da vida social e política do país foram (...) submetidas a dois redutores: o não envolvimento da Ordem em questões de política partidária e a

manutenção da independência e nitidez das manifestações da instituição” (Lessa & Linhares, 1991: 67). Em outras palavras, a autonomia político-partidária e ideológica da OAB era tida como que um requisito para o questionamento das pretensões de legitimidade do regime autoritário; suas elites entendiam que a Ordem devia se definir exclusivamente como uma associação profissional que atuava politicamente por força de um estatuto e de uma cultura que a compeliam à defesa pública das instituições do Estado de Direito<sup>36</sup>.

Do ponto de vista da construção ideológica deste argumento, é preciso lembrar a relevância do vínculo corporativo na definição da identidade profissional do advogado. À OAB cabia não apenas defender os interesses da classe, mas também regular o exercício da advocacia, estando a profissão definida no estatuto jurídico que regulava a própria entidade, em termos que se colocavam à imagem e semelhança da identidade da instituição. Neste sentido, a missão pública da Ordem constituía uma faceta importante da própria identidade da profissão de advogado, que incorporava assim o papel de “ativista” dos direitos e liberdades legalmente assegurados contra ameaças de diversas ordens, inclusive aquelas provenientes dos poderes de ocasião: “pelo fato de o advogado operar nas fronteiras do privado e do público, mantendo para tal uma relação constante com o mundo institucional, qualquer alteração no quadro jurídico maior, que implique a redução de garantias individuais e prerrogativas da profissão traz consigo a necessidade de intervenção em assuntos tidos como políticos” (Lessa & Linhares, 1991: 27).

Tal combinação de fatores projetou tanto dentro da corporação quanto na própria sociedade a imagem do advogado como ator não apenas *capaz de*, mas sobretudo *propenso a* orientar-se por uma perspectiva supra-corporativa. Portanto, a “isenção ideológica” era tida como um elemento constitutivo da faceta pública da profissão e, por isso, deveria orientar a atuação política dos advogados; no mesmo sentido, também era fundamental que a OAB mantivesse a postura de instituição de

---

<sup>36</sup> Este comportamento das elites jurídicas contrastava, por exemplo, com o que vinha ocorrendo entre os intelectuais, particularmente aqueles ligados ao meio universitário. Daniel Pécaut (1990) ressaltou, a propósito das relações entre os intelectuais e a política no Brasil da abertura (1974-82), a natureza engajada de sua participação na luta pela redemocratização, que incluiu desde o pronunciamento público a favor do voto nulo, nas eleições de 1972, até a própria filiação política aos partidos que protagonizavam a oposição ao regime militar: “após 1974, os intelectuais assumem o aspecto de um ator político, participando integralmente das interações com outros atores políticos, sem ignorar as reivindicações corporativistas, mas inserindo-as no conjunto das manifestações da sociedade civil (...) As estratégias internas ao meio intelectual, daí em diante, são acompanhadas de estratégias voltadas para fora, para os partidos políticos, os movimentos sociais e as classes populares” (Pécaut, 1990: 300).

classe, falando em nome dos advogados, muito embora em defesa de valores universais. Assim, a nitidez do posicionamento público da classe consistia um importante elemento da construção da própria legitimidade social da profissão, o que motivava uma atuação política sempre coesa e independente da OAB<sup>37</sup>.

Por esta via, é possível compreender a simbiose que se pode observar entre a perspectiva corporativa do advogado e a sua perspectiva política na luta pela redemocratização. A projeção do advogado (e da OAB) como ator político não se desligou de seus interesses enquanto membro de uma corporação de classe; pelo contrário, foi sempre informada por eles. Como constataram Lessa e Linhares, “é impossível garantir prerrogativas do advogado sem criticar e combater as restrições às liberdades públicas” (Lessa & Linhares, 1991: 133). Certamente o combate à “restrição às liberdades públicas” adquire conotações diversas conforme o contexto das relações entre os advogados e o mundo político, tornando-se ora mais, ora menos abrangente. Isto permite compreender também a plasticidade da atuação política desses profissionais ao longo do período autoritário, bem como o sucesso das elites jurídicas na mobilização política da categoria.

Ainda que a natureza mais ampla das questões colocadas na pauta política da redemocratização tenha influenciado de modo determinante a construção da postura institucional da OAB, a sua atuação política não se desvinculou de seus interesses corporativos, isto é, dos interesses ligados à reprodução da imagem pública de entidade defensora das instituições do Estado de Direito e porta-voz do discurso publicista dos juristas-políticos. Neste sentido, a atuação política da OAB na luta pela redemocratização teve sempre um distinto traço corporativo, que uma construção ideológica bem sucedida conseguiu disfarçar, de modo a fazê-la aparecer no espaço público como uma ação que respondia a imperativos predominantemente universais<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Houve um episódio específico em que a mobilização da OAB fugiu a este padrão autonomista. Trata-se da mobilização pelas “Diretas-já!”, ocorrida em nível nacional e levando multidões às ruas em todo o país. O consenso geral em torno da necessidade de convocação das eleições diretas não permitiu aos advogados e sua Ordem delimitar uma posição nitidamente “sua” em meio aos demais setores da sociedade civil. Ideologicamente, o momento foi apresentado como uma ocasião rara em que os limites do registro ideológico ou político-partidário da ação política se aboliam: “a questão das diretas já era supra-partidária, era um movimento de âmbito nacional. Os partidos políticos ali estavam a reboque, somavam, convergiam no mesmo sentido” (Hélio Saboya *apud* Lessa e Linhares, 1991: 68). Por esta via, o engajamento e, mais do que isso, a adoção da bandeira coletiva aparecia como imediatamente vinculada à bandeira-mor da reinstitucionalização jurídica do país, a qual a OAB devia, por dever profissional, se não ético, defender.

<sup>38</sup> A atuação específica em torno da Constituinte será objeto de reflexão no capítulo 4 deste trabalho.

Enquanto os advogados da OAB protagonizavam a luta pela redemocratização, os demais profissionais que compunham o tripé da Justiça brasileira (magistrados e promotores de justiça) não se mobilizaram inicialmente. Embora enfraquecido, o regime ainda dava sinais de continuidade, e esses profissionais permaneciam cerceados em seus poderes e prerrogativas e instrumentalizados pela lógica autoritária. Mantiveram-se alheios à luta pela redemocratização do Estado brasileiro até que a crise institucional do Judiciário fosse agravada pela crise de prestação jurisdicional e pelas pressões sociais por ampliação do acesso à justiça. Ainda assim, quando assumiram um posicionamento público, fizeram-no indiretamente, mais como uma mobilização corporativa pela reforma do sistema de justiça do que como confronto direto com a forma política do Estado.

## **CAPÍTULO 3: CRISE SOCIAL DO DIREITO, ELITES JURÍDICAS E AÇÃO POLÍTICA: A GÊNESE DE UMA *INTELLIGENTSIA* JURÍDICA BRASILEIRA NA PASSAGEM DOS ANOS 80**

*“As situações de conflito só surgem quando grupos em mobilidade ascendente ou descendente, funcionando como amortecedor, ligam-se tanto aos estratos de cima quanto aos de baixo e adotam seus valores. É dessas situações, quando se torna possível o acesso a mundos até então separados, que se origina uma genuína intelligentsia”*

- Karl Mannheim, *O Problema da Intelligentsia* -

### **I – Crise sócio-econômica, transformações sociais e pressões sobre o direito**

Com a crise econômica do início da década de 70 e a recessão que se abateu sobre o país desde então, esgotaram-se as perspectivas mais otimistas de que os benefícios do crescimento pudessem ser distribuídos aos vários setores da sociedade brasileira, acentuando-se a percepção da dinâmica concentradora do modelo adotado pelo regime autoritário. Diante da vasta pauta de atividades assumidas pelo Estado em sua estratégia modernizante e de suas prioridades políticas, dificultava-se o cumprimento dos compromissos assistencialistas assumidos no quadro da política social domesticadora da conflituosidade social.

Se a crise dramatizava o quadro das desigualdades no país, seus efeitos foram agravados ainda pela deterioração das condições de vida nos centros urbanos. A intensificação do processo de urbanização, em grande medida induzida pela industrialização capitaneada pelo Estado desenvolvimentista, vinha transformando, desde a década de 40, o perfil sócio-econômico e a distribuição espacial-ocupacional da população brasileira. Enquanto o projeto desenvolvimentista conseguiu fomentar o crescimento da economia, registraram-se altos índices de mobilidade social e os grandes contingentes humanos deslocados para os centros urbanos puderam ser absorvidos na expansão da estrutura produtiva dos setores secundário e terciário; com o fim do milagre e o progressivo esgotamento do modelo de crescimento, as grandes cidades brasileiras viram-se transformadas em “bolsões de conflitos generalizados”.

Boa parte desses conflitos contrapunha os interesses de grandes segmentos da população afetados pelo fenômeno da recessão econômica – fossem esses segmentos bem definidos ou difusos, oriundos das classes médias ou baixas – e os interesses de grandes agentes e organizações privadas, ou de órgãos do próprio Estado. Foram designados por “novos conflitos sociais”, na medida em que não diziam respeito às disputas típicas do padrão liberal clássico, que contrapunham partes “iguais entre si” disputando direitos individuais privados. O elemento efetivamente novo na base da conflituosidade que se configurava no país ao longo dos anos 70 era o fato de que os novos conflitos eram marcados por uma ampla disparidade sócio-econômica entre as partes, ou referiam-se a disputas acerca do sentido das ações que disponibilizavam bens públicos, que interessavam a coletividades inteiras ou a vários segmentos sociais. Neste sentido, estavam relacionados tanto ao aprofundamento dos antagonismos típicos das relações de classe numa economia capitalista, quanto ao padrão excludente do crescimento econômico e da própria política social, que, estando ainda comprometida com a manutenção de um “sistema de cidadania estratificada” (Santos, 1987), não respondia eficazmente às demandas surgidas do inchaço das metrópoles e dos crescentes problemas nas áreas de habitação, saneamento, segurança e saúde pública, entre outros<sup>1</sup>.

Constatando a configuração deste “padrão emergente” de conflitos no país, radicalmente diverso do tipo tradicional, Joaquim de Arruda Falcão Neto afirmou que “o olhar atento do leigo dispensa qualquer verificação empírica quantitativa para constatar que este padrão, liberal clássico, é decrescente no Brasil de hoje. Encontradiço, talvez ainda, no direito de família. Mas, para relações políticas e econômicas, novo tipo de conflito emerge (...)” (Falcão Neto, 1981: 9). Este novo tipo de conflito o autor identificou, por exemplo, nas freqüentes disputas entre mutuários inadimplentes e o SFH (Sistema Financeiro de Habitação), entre consumidores de serviços públicos e as empresas prestadoras desses serviços, entre os participantes de invasões de massa a terrenos urbanos e os seus proprietários (privados ou públicos).

---

<sup>1</sup> Analisando a política social do período autoritário, a qual taxou de inconsistente e segmentada, Wanderley Guilherme dos Santos ressaltou o fato de que as áreas mais básicas de bem-estar coletivo, incluindo-se aí a política previdenciária, permaneceram “no ponto mais baixo da agenda governamental”, sendo atendidas por “programas cujo sucesso é discutível” (Santos, 1987: 79). Neste sentido, não teriam contribuído para alteração do perfil das desigualdades sociais geradas pelo processo de acumulação e, em vários sentidos, teriam permitido o agravamento das condições de vida da população – o que, em tese, objetivavam amenizar.

Em todos estes conflitos ficava evidente a tentativa da parte infratora de justificar sua ação fazendo valer novos direitos contra o formalismo das regras vigentes. Expressando pontos de vista fundados em uma lógica explicitamente material ou compensatória, os inadimplentes do SFH, por exemplo, justificavam a ruptura com os termos originais do contrato de financiamento imobiliário em decorrência da defasagem entre o aumento do valor da prestação a pagar e o aumento do valor do custo de vida e do salário, levantando, no limite, questões relativas ao encaminhamento da política habitacional do BNH (Falcão Neto, 1981: 12); já os envolvidos em invasões de terrenos urbanos não ocupados defendiam, a seu favor, uma concepção alternativa de direito de propriedade, segundo a qual “sobre o direito de usar e dispor segundo a livre vontade do proprietário deve prevalecer o direito de moradia de todos” (Falcão Neto, 1984b: 95). Sempre motivados por uma situação de urgência em relação a suas condições de vida, os protagonistas dos novos conflitos evidenciavam a distância entre o formalismo legalista e a sua realidade, defendendo uma concepção de direito e de justiça alternativas ao parâmetro legal e fundada numa lógica de natureza eminentemente social, válida independentemente da lei ou mesmo contra ela<sup>2</sup>. Em outras palavras, tratava-se da formulação de demandas por justiça social que eram dirigidas ao próprio sistema de justiça.

Em meio à ampliação das desigualdades sociais e à emergência de novos conflitos, antigas formas de organização da sociedade civil recobravam sua força, particularmente no que se refere aos setores populares. O sindicalismo e o associativismo comunitário, por exemplo, que haviam se desenvolvido na conjuntura populista do final dos anos 50 e início dos 60 – como parte da estratégia de legitimação dos governos do período via mobilização das camadas populares – e que, posteriormente, haviam sido abafados e excluídos do pacto desenvolvimentista pelo regime autoritário, ressurgiram na segunda metade dos anos 70, dirigindo ao Estado, enquanto mediador das relações capital/trabalho ou enquanto prestador direto ou indireto dos serviços públicos básicos, crescentes demandas por emprego, habitação,

---

<sup>2</sup> Esta disjunção entre o direito e a lei, ou seja, entre o direito subjetivo e o direito positivo, foi o fundamento ideológico básico do renascimento do direito natural na Europa do pós-guerra e esteve na base da concepção dos direitos fundamentais que organiza o direito contemporâneo, servindo para justificar, entre outros, as diversas doutrinas que preconizam a decisão *contra legem* em face das leis injustas e a teoria da desobediência civil em face das leis que atentam contra a dignidade humana – a qual foi utilizada para legitimar os movimentos contra a segregação racial e contra a Guerra do Vietnã, nos Estados Unidos, por exemplo. Cf. Coelho, 1992.

saúde, educação etc. Paralelamente, novos atores coletivos configuravam-se, ativando de forma inédita a atuação dos movimentos sociais no cenário político brasileiro. Frutos da complexa diferenciação sócio-econômica provocada pela industrialização acelerada e de um contexto político em que a dinâmica de representação de interesses estava sob estrito controle das forças que conduziam o regime autoritário, os “novos movimentos sociais” caracterizavam-se basicamente por reunir grupos sociais heterogêneos, sem uma clara composição de classe, e por incorporar à sua agenda questões que estavam “além dos conflitos clássicos da produção/distribuição de recursos e bens materiais”, e que diziam respeito à “reformulação de alguns códigos simbólico-culturais” (Faria, 1992: 11). Era este o caso das comunidades eclesiais de base, dos movimentos negros, das organizações feministas, das associações de defesa dos direitos dos presos políticos, entre outros.

Constituindo-se, em sua grande maioria, às margens dos canais representativos tradicionais, os movimentos sociais que agitaram a vida pública brasileira a partir de meados dos anos 70 assumiram, em caráter inédito na história da modernização brasileira, o papel de protagonistas de algumas das principais disputas que se travavam na esfera política. Sua atuação, conforme observou Renato Boschi (1987), apresentava dois vetores claramente distintos, ainda que intimamente associados: por um lado, inseria-se na lógica da liberalização política, pois representava a rearticulação política de alguns setores da sociedade civil em busca de escapar à contenção do Estado autoritário; por outro, no entanto, expressava a lógica da própria democratização do espaço público, na medida em que tentava ampliar a participação popular na esfera das políticas de Estado. Neste sentido, tiveram importância fundamental na luta pela redemocratização, particularmente no que se refere à reorganização do espaço público na sociedade brasileira dos anos 80.

Um aspecto fundamental da atuação dos movimentos sociais foi a apropriação política e discursiva da semântica dos direitos humanos, o que configurou, particularmente no que se refere aos setores populares, o “aparecimento do sujeito popular e marginalizado como sujeito ativo da defesa da dignidade humana” (Lopes, 1987: 5). O acirramento das desigualdades sócio-econômicas e a deterioração das condições de vida das populações pobres tornaram o apelo à lógica universalista dos direitos humanos uma importante arma na luta desses segmentos pela ampliação do

espaço da racionalidade material dentro do marco legal vigente e pela conquista efetiva de direitos econômicos e sociais. Por outro lado, a própria “asfixia do quadro jurídico” promovida pelo regime militar – através das intervenções nos sindicatos, da proibição das greves ou do fim da estabilidade no emprego, por exemplo – permitiu a politização dos direitos do trabalhador, ligando definitivamente as lutas sindicais, e as greves do final dos anos 70 e início dos 80, à lógica mais ampla dos direitos humanos (Lopes, 1987: 09)<sup>3</sup>.

Além de pretenderem formular novos direitos a partir da lógica mais abrangente dos direitos humanos, os movimentos sociais organizados politizavam o debate em torno de determinadas instituições sociais e do desenho das políticas públicas, colocando em evidência o fato de que as primeiras não correspondiam exatamente ao conjunto dos interesses sociais, mas consagravam a ideologia de grupos específicos, enquanto que as segundas refletiam decisões que eram apenas aparentemente técnicas, envolvendo, de fato, um posicionamento que não era nem necessário, nem isento, mas explicitava a opção “política” por um determinado curso de ação e, conseqüentemente, favorecia os interesses que se alinhavam a este curso de ação. Por outro lado, os novos conflitos e formas de organização social, motivados por interesses de natureza essencialmente coletiva, colocavam em questão os limites da noção do direito como atributo individual e propugnavam por uma concepção material de justiça, uma justiça que não se coadunava com a mera igualdade formal entre os indivíduos ou com o caráter abstrato da justiça legal, mas sim uma justiça impregnada de conteúdo social, dos valores que conformam o ideal social do justo, ou seja, a justiça social.

Se os novos conflitos existiam no nível das relações sociais e os movimentos organizados, ao vocalizarem as demandas de determinados grupos sociais, tornavam

---

<sup>3</sup> José Reinaldo de Lima Lopes recuperou a trajetória da defesa dos direitos humanos do Brasil pela sociedade civil brasileira. Na primeira fase, que vai do pós-64 até 1975, o foco era a luta contra a arbitrariedade e a tortura dos presos políticos, sendo a Igreja Católica a principal instituição a se dedicar publicamente a esta tarefa. O segundo período foi de 1975 a 1979, quando, sob a distensão do regime militar, a defesa dos direitos humanos serviu à luta pela ampliação dos direitos de cidadania política, através das campanhas pela anistia, das campanhas contra a lei de segurança nacional e contra censura à imprensa e do apoio aos movimentos sindicais. Nesta fase, a Igreja Católica juntaram-se outros atores sociais, como a OAB, alguns parlamentares, intelectuais e artistas. A terceira e última fase, iniciada em 1979 e ainda em processo, caracterizou-se, a princípio, por agregar à luta pela redemocratização as conquistas dos direitos econômicos e sociais, e desde de então a identificação do discurso dos direitos humanos com as demandas das classes marginais tem sido total. O movimento de defesa dos direitos humanos tem se concentrado nas ações civis de despejo ou reintegração de posse, em ações civis relativas à tutela de crianças carentes, em pedidos administrativos de regularização de áreas urbanas loteadas de forma irregular ou clandestina, na divulgação de direitos trabalhistas ou previdenciários. Cf. Lopes, 1987.

tais conflitos evidentes para toda a sociedade, o seu efetivo processamento era um problema à parte. Muitos desses conflitos, sobretudo aqueles envolvendo os setores populares, não chegavam às instituições jurídicas oficiais, sendo processados – satisfatoriamente ou não – às suas margens. Fosse essa situação reflexo do desconhecimento em relação aos princípios que organizam o sistema de justiça, dos obstáculos sócio-econômicos e culturais que dificultam o acesso aos canais institucionais para processamento de conflitos, ou mesmo do descaso em relação à eficácia das instituições judiciárias competentes, o fato é que os setores socialmente marginalizados permaneciam como atores passivos da Justiça, mais vítimas dela do que seus beneficiários<sup>4</sup>.

A atuação dos movimentos sociais organizados foi particularmente importante neste sentido, uma vez que buscou difundir entre as camadas desprivilegiadas a perspectiva de recurso ao Judiciário como estratégia legítima para defesa de seus interesses ante os efeitos excludentes da modernização. Assim, ao longo dos anos 70 e 80 disseminaram-se nas associações comunitárias das favelas, nos sindicatos, nas sedes das comunidades de base etc., os serviços não oficiais de assistência judicial, motivando os setores socialmente marginalizados para a “descoberta” de seus direitos e dos mecanismos legais disponíveis para sua defesa. Esses serviços contavam com a colaboração de diversos profissionais jurídicos, particularmente de advogados militantes, que, trabalhando muitas vezes voluntariamente, não apenas orientavam os setores socialmente desfavorecidos a litigar na Justiça, como também exploravam os vários problemas de organização do Judiciário em benefício dos interesses desses grupos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> É de relevância fundamental considerar que o recurso à justiça nunca foi uma alternativa óbvia na solução de conflitos no Brasil, particularmente entre os setores socialmente marginalizados. Os elevados custos dos processos (em termos de recursos financeiros, de tempo ou das exigências formais dos institutos processuais) sempre atuaram como rígidos obstáculos ao recurso à justiça por parte das classes populares. Além disso, fatores tais como a ignorância dos direitos e do âmbito de ação da justiça, a distância física das instituições judiciárias, e até mesmo questões psicológicas, como o medo dos advogados e juizes, têm representado dificuldades adicionais para o exercício da litigação por esses setores da população, para quem o sistema de justiça sempre funcionou muito mais como um mecanismo de punição e repressão de suas manifestações do que de garantia de direitos. Por outro lado, no entanto, as redes informais conformadas a partir de instâncias conciliadoras, ligadas às estruturas dos poderes locais, sempre exerceram um papel importante na resolução de boa parte dos conflitos em que esses setores sociais se viram envolvidos ao longo da história brasileira, sendo amplamente legitimados por eles.

<sup>5</sup> Embora críticos do marco legal brasileiro, os movimentos sociais e as assessorias jurídicas populares nunca ignoraram o aspecto realista de que o direito vigente pode ser também um importante instrumento de luta social. Neste sentido, Cátia Aida Silva comenta: “organizações de assessoria jurídica, monitorando os problemas cotidianos de comunidades e grupos, conseguiam identificar leis favoráveis às ‘lutas populares’ e começaram a desenvolver estratégias de atuação no espaço do Judiciário” (Silva, 2001: 32).

Na medida em que se ampliou a percepção de que os bens e serviços públicos básicos constituíam direitos sociais de cidadania e não mera benevolência estatal, as disputas em torno desses bens e serviços passaram a bater à porta do Judiciário, o que converteu os tribunais brasileiros em um importante espaço de luta para os movimentos populares. Como bem observou José Reinaldo de L. Lopes, “o Judiciário, devido a pressões dos movimentos sociais de base, movimentos populares e classes populares, passou a ter visibilidade em novas espécies de conflitos (...)” (Lopes, 1998a: 72). Visto de um outro ângulo, a emergência inédita de demandas sociais dentro do Judiciário brasileiro refletia o fato de que a luta jurídica por novos direitos era a própria luta pela incorporação dos grupos socialmente marginalizados e de seus conflitos e demandas ao mundo do direito. Neste sentido, a reivindicação pelo reconhecimento jurídico de suas demandas inseriu-se no processo de seu próprio reconhecimento enquanto sujeitos coletivos de direitos, aptos a participar integralmente da vida pública ou a fazer valer na Justiça aquilo que percebiam como direitos que lhes eram negados<sup>6</sup>.

Entretanto, o fato de que a Justiça passou a ser mais freqüentemente acionada pelos setores populares não garantia o processamento adequado dos conflitos em que estavam envolvidos. Para isto contava o fato de que a cultura institucional do jurismo brasileiro, amplamente inspirada na matriz liberal clássica e no dogmatismo formalista, tinha dificuldades para lidar com reclamos por justiça material, “para os quais a dogmática não contava com respostas previamente definidas em seu repertório de soluções-exemplares para casos-exemplares” (Faria & Campilongo, 1991: 34). Além disso, pesava também o fato de que os instrumentos jurídicos disponíveis eram inadequados à representação de interesses não rigorosamente individuais, o que fazia com que os novos conflitos sociais, de natureza eminentemente coletiva, não fossem percebidos como conflitos jurídicos legítimos: “preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos” (idem: 21).

---

<sup>6</sup> Segundo José Geraldo de Souza Júnior, o sujeito coletivo de direitos é o contraponto jurídico da emergência sociológica de movimentos sociais que se organizam enquanto sujeito coletivo para lutar contra uma situação comum de exclusão do acesso a bens e serviços que compõem uma dada noção de vida digna. Destituídos das insígnias que conformaram a concepção moderna de subjetividade – quais sejam, as noções de indivíduo e de consciência individual –, a principal característica dos novos sujeitos políticos é a sua natureza coletiva, no sentido de social, e descentralizada, no sentido de difusa, sem centro (Souza Jr, 1999).

O problema do formato inadequado do processo judicial para a resolução de determinadas disputas já se observava no caso da proteção jurídica dos interesses dos grupos difusos de pessoas. Consumidores prejudicados pelo fabricante de um determinado produto, deficientes físicos impossibilitados de acessar locais públicos, ou moradores de área poluída por atividade industrial danosa à saúde e ao meio ambiente, todos esses grupos sociais difusos só tinham garantia de proteção legal aos seus interesses lesados na medida em que cada um dos “interessados” acionasse individualmente o sistema de justiça. Além disso, fatores como o formalismo na construção dos processos judiciais, com cada dano devendo ser tipificado caso a caso, ou a própria morosidade das práticas judiciárias em face da urgência das soluções aos prejuízos causados, representavam um grande desestímulo à decisão de recorrer à Justiça.

Esse desestímulo ao recurso à Justiça ocorria também no caso de conflitos corriqueiros e relativamente simples, do ponto de vista jurídico, representados pelos acidentes de trânsito, pelas brigas de vizinhos, ou por disputas miúdas envolvendo questões trabalhistas, por exemplo. Estas eram situações em que a desproporção entre os custos (financeiros e de tempo) da litigação e o benefício obtido pela solução favorável ao demandante não motivava a iniciativa de processos judiciais de formato clássico; requeriam, ao contrário, serviços jurídicos mais ágeis, informalizados e baratos. Também por se tratar de situações em que não havia necessariamente perdedores e vencedores, a própria contraposição das partes em juízo não era desejável, sendo mais indicado a busca de soluções conciliadoras, que promovessem a aproximação e a negociação entre as partes envolvidas. Todos estes casos representavam situações em que direitos assegurados em lei ou pretensões de justiça legítimas não encontravam proteção judicial efetiva.

Como se afirmou, estes eram problemas antigos e refletiam as limitações do modelo institucional fundado em concepções liberal-individualistas para boa parte das demandas que se colocavam na esfera real das relações sociais. Contudo, a perspectiva de configuração de uma ordem mais democrática no limiar dos anos 80 reatualizava o problema dos direitos meta-individuais e das pequenas causas, atribuindo-lhes uma nova significação política e social. Somando-se a isso os conflitos coletivos em torno de direitos econômicos e sociais, protagonizados por novos atores,

configurava-se na sociedade brasileira um verdadeiro quadro de “explosão de litigiosidade” (Souza Santos, 1989). Paradoxalmente, à crescente demanda por justiça proveniente da sociedade, correspondia a perda de eficácia dos mecanismos institucionais para resolução de conflitos.

O fato de que o Judiciário apresentava dificuldades para absorver os conflitos emergentes da sociedade como conflitos jurídicos legítimos não os eliminava da realidade, e, pelo contrário, trazia o perigo de tornar a justiça legal ineficiente diante dela. Falcão Neto observou que, ao negar a existência desses conflitos “o Estado liberal abdica de equacionar os conflitos de seus cidadãos através de sua instituição especializada, o Judiciário, e através dos padrões substantivos de sua própria ordem legal. E os remete aos padrões e forças atuantes no mercado, onde, num país com 30 milhões de cidadãos em estado de miséria absoluta, a impossibilidade de se alcançar padrões consensuais, sobretudo para os conflitos econômicos e políticos, aumenta a insegurança das relações e o risco da violência total. Abre então espaço para os que detêm o poder da força” (Falcão Neto, 1981: 17). E, ao fazê-lo, vale dizer, retira-se da lei e dos serviços judiciários sua eficácia social. No limite, as dificuldades do sistema de justiça para absorver e processar os conflitos sociais disseminam a sensação de não-efetividade da justiça legal diante da realidade, alimentando o não-recurso às instituições judiciárias como instâncias últimas de resolução de conflitos e a própria desconsideração em relação às decisões tomadas judicialmente.

Neste sentido, a “explosão de litigiosidade” que caracterizou a passagem dos anos 80 era um efeito do próprio esgotamento da capacidade de processamento dos conflitos emergentes da sociedade brasileira pelos canais institucionais adequados, o que conformava uma “crise” de prestação dos serviços jurídicos: “o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exponenciado pelas tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida sócio-econômica” (Faria, 1998: 17). Fundamentalmente, configurava-se como um problema político novo o limitado acesso dos cidadãos brasileiros à justiça.

De um ponto de vista teórico, o foco central da questão do acesso à justiça é a crítica ao princípio da igualdade formal e a busca de sua realização substantiva. Como sugere Boaventura de Souza Santos, o tema do acesso à justiça “é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica” (Souza Santos, 1989: 45). Este deslocamento da ênfase sobre os direitos formais para a questão da igualdade efetiva, ao menos como igualdade de oportunidade, implica, no que se refere especificamente à dinâmica institucional do campo jurídico, a superação das diversas barreiras que obstaculizam o acesso efetivo à justiça, principalmente por parte dos setores populares.

O tema do acesso à justiça tem uma relevância especial para os profissionais do direito. Como afirma Kim Economides, a credibilidade dessas profissões, e até mesmo a sua sobrevivência, “depende de que a retórica que cerca os direitos e os ideais profissionais seja, em certo ponto, materializada na prática” (Economides, 1999: 69). A legitimidade das práticas judiciárias depende, em última instância, de que o sistema de justiça seja uma instituição socialmente valorizada e de que o acesso a ele esteja assegurado a todos os grupos sociais, inclusive àqueles socialmente marginalizados – ou seja, é fundamental que a sociedade como um todo possa participar do mundo institucional do direito e, eventualmente, recorrer à lei para a resolução equânime de seus conflitos.

As questões relativas ao acesso à justiça não constituíam um problema político apenas no Brasil, sendo já discutidas no cenário internacional<sup>7</sup>. Também nos países da Europa e nos Estados Unidos observava-se o fenômeno da explosão de litigiosidade e foi precisamente neste contexto que o tema do acesso à justiça ganhou destaque no debate jurídico dos anos 70. Naqueles países, este fenômeno relacionava-se, pelo menos desde a década de 60, à mobilização de grupos organizados pelo reconhecimento de novos direitos de cidadania, vinculados a interesses públicos, coletivos e/ou difusos, e às crescentes pressões sociais de resistência ao encolhimento das políticas estatais de bem-estar diante da recessão econômica dos anos 70. O

---

<sup>7</sup> Os estudos de Cappelletti e Garth sobre o tema são referências pioneiras na área. Ressaltando o potencial altamente inovador das três grandes “ondas” que conformam o movimento por acesso à justiça (a expansão da assistência judiciária, o reconhecimento jurídico de direitos coletivos e difusos, e a busca por uma justiça conciliativa e não-contenciosa), os autores afirmaram a relevância fundamental deste movimento para as transformações no pensamento jurídico e nas estruturas do direito contemporâneo (Cappelletti, 1991).

desafio de absorver os novos conflitos aos sistemas jurídicos tornou-se um tema central no debate público desses países e motivou a introdução de várias inovações legais: “algumas soluções adotadas consistiam em incentivos monetários para encorajar a busca de soluções judiciais, subsídios para custos advocatícios e do processo legal, instituição de leis que permitiam a defesa de interesses públicos e coletivos por parte de agentes privados e agências públicas, mudanças no processo legal e reconhecimento de novos direitos” (Silva, 2001: 35).

No entanto, estas questões ganharam uma dramaticidade particular no caso brasileiro, considerando-se que a crise da administração da justiça não era o único problema enfrentado pelo campo jurídico. Como se discutiu anteriormente, o mundo do direito vivia uma crise político-institucional desde o final da década de 60, em virtude da lógica de operação do regime autoritário-burocrático. Sendo assim, a crise social de um direito cujas instituições e práticas estavam em descompasso crescente com a realidade do país vinha somar-se a outras crises: à crise do modelo jurídico liberal, decorrente da desformalização da racionalidade legal e da particularização das leis; à crise institucional do Judiciário, que perdia autonomia e era cerceado pela autuação das burocracias do Executivo; e à crise política das elites jurídicas, crescentemente afastadas da condução da modernização. Em um texto publicado originalmente em 1977, Joaquim de Arruda Falcão Neto diagnosticou este momento crítico ao afirmar: “a própria função social do advogado, do direito, e do desenvolvimento da nossa cultura jurídica encontram-se substancialmente atingidos” (Falcão Neto, 1984a: 39).

Entre o final dos anos 70 e o início dos 80, consolidou-se entre os grupos organizados da sociedade civil e alguns círculos jurídicos de vanguarda a percepção de que a faceta formalista, dogmática e predominantemente liberal do jurismo tradicional, assim como as instituições judiciárias nele fundadas, eram inócuas diante das novas demandas da sociedade. Neste sentido, foram exaustivamente criticadas, entre outras questões, a exclusividade da representação individual nos tribunais frente à crescente manifestação de conflitos coletivos, os custos dos serviços jurídicos, a precariedade das defensorias públicas e a quase completa ausência de serviços jurídicos não lucrativos, e a lentidão das práticas jurídicas tradicionais face à urgência das soluções nos casos de conflitos que envolviam disputas em torno de “mínimos vitais”.

O fato de que os problemas envolvendo a estrutura e o funcionamento da administração da justiça agudizaram-se em plena crise do regime autoritário, e em paralelo à gradual liberalização da ordem política, teve impacto significativo sobre a reação das elites jurídicas. Diferentemente do que ocorrera nos anos 60 e 70, quando as mudanças na institucionalidade jurídico-política provocadas pela emergência do autoritarismo instauraram a arbitrariedade e comprometeram a garantia jurídica dos direitos e liberdades dos cidadãos brasileiros, os problemas colocados na passagem dos 80 diziam respeito à ampliação do espaço público e à construção da institucionalidade democrática. Esta nova pauta cobrava das elites políticas em geral uma postura ativa, participante e propositiva. Isto não era diferente no caso das elites jurídicas, particularmente em face de problemas institucionais que incidiam sobre todo o conjunto dos profissionais jurídicos.

A questão central colocada para esses atores dizia respeito ao papel político que desempenhariam frente ao complexo quadro de explosão de litigiosidade que caracterizava a sociedade brasileira do período. O que se exigia deles, neste contexto, era uma postura menos referenciada à defesa do Estado de Direito do que à reformulação de suas estruturas, especialmente no sentido da abertura institucional do Judiciário. Contudo, apesar de os novos desafios institucionais colocados para o direito brasileiro atingirem em cheio o meio jurídico e o seu compromisso profissional com a realização da justiça, o seu impacto sobre os profissionais do Direito era diferenciado. Em outras palavras, se a “crise” levantava questões irrecusáveis tanto sobre a legitimidade das fronteiras do direito quanto sobre a credibilidade das instituições e das práticas dos operadores jurídicos, a forma através da qual os profissionais que compunham o tripé do sistema de justiça no Brasil lidaram com ela foi bastante diversa<sup>8</sup>.

Conforme se discutiu no capítulo anterior, a dinâmica institucional do campo jurídico – e a própria construção do direito – é amplamente condicionada pela posição deste campo dentro do campo social mais amplo, isto é, pela natureza das relações entre os profissionais do campo jurídico e as forças oriundas de esferas como a política, a economia ou a religião, que buscam condicionar o direito a suas lógicas de

---

<sup>8</sup> Na verdade, além de advogados, promotores e juízes, o sistema de justiça envolve outros atores, como os delegados de polícia, os defensores públicos e os funcionários de cartórios, todos dotados de atribuições fundamentais ao longo do processo que transforma pequenas controvérsias ou grandes conflitos em ações judiciais.

operação. No entanto, esta não é a única força agindo sobre esse processo. Sendo o campo jurídico a esfera de ação social onde o direito é cotidianamente reproduzido pela atuação de profissionais especializados, a vida institucional do campo é determinada também pela estrutura das relações de poder entre os profissionais jurídicos, que disputam entre si o “monopólio do direito de dizer o direito” (Bourdieu, 1998: 212).

No que se refere ao aspecto interno da dinâmica do campo jurídico, as diferentes concepções que competem pelo “monopólio de dizer o direito” são organizadas a partir da ótica específica de cada profissão, remetendo a fatores tão diversos quanto o treinamento profissional, os interesses corporativos, os tipos de relações estabelecidas com o ambiente externo, ou mesmo as ideologias envolvidas na construção das identidades profissionais. Estas diferenças adquirem, por sua vez, uma importância fundamental na delimitação das competências específicas de profissionais que atuam no mesmo espaço institucional constituído pelo tribunal, e são constantemente objeto dos argumentos desenvolvidos nas disputas por garantir – ou mesmo ampliar – seu poder dentro do campo jurídico<sup>9</sup>.

Portanto, se magistrados, advogados e promotores partilham a formação jurídica e a experiência da atuação profissional em estruturas altamente institucionalizadas, especializadas, e ritualizadas – o que impulsiona o desenvolvimento de uma forte cultura de elite entre eles –, seu *ethos* profissional específico, bem como seus interesses, estão ligados ao âmbito variado do exercício cotidiano das diferentes profissões. Nesta mesma medida, tendem a variar os tipos de problemas que identificam quanto a sua atuação profissional ou à situação institucional do direito, assim como as soluções que eventualmente formulam para os problemas identificados. Daí a relevância de se identificar, dentro da própria estrutura profissional, exatamente de onde e em que termos se colocava o diagnóstico da crise da administração da justiça.

É possível identificar motivações e representações distintas em relação aos problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro na passagem dos anos 80. No que se

---

<sup>9</sup> Em um estudo sobre os condicionantes da competição profissional no campo jurídico, Maria da Glória Bonelli chamou atenção para o fato de que as críticas horizontais dentro do campo jurídico são indicadores bastante precisos do grau de inclusão das diferentes profissões dentro do campo e das tensões que se estabelecem entre elas. Cf. Bonelli, 1995.

referiu aos advogados, por exemplo, a incorporação do tema da crise da Justiça a sua pauta política se deu de maneira imediata. Na verdade, a necessidade de o Judiciário se abrir para os novos conflitos que se manifestavam na sociedade brasileira era um problema que se colocava de forma bastante objetiva para esses atores, do ponto de vista mesmo de sua atuação profissional. Enquanto porta-vozes de interesses de terceiros junto ao sistema de justiça, os advogados promovem a ligação entre a sociedade e o Judiciário, não se confundindo nunca com este no âmbito da prestação jurisdicional. Neste sentido, a legitimidade social da advocacia está ligada, antes de qualquer coisa, à possibilidade de que a litigação constitua uma prática social valorizada e difundida, e de que as instituições jurídicas sejam acessíveis aos diversos setores da sociedade. Em outras palavras, aos advogados, tomados mesmo como corporação, não interessa um Judiciário fechado à dinâmica sempre mutante da conflituosidade social. Não por acaso, algumas das críticas que tradicionalmente se formulavam dentro do próprio campo jurídico ao Judiciário brasileiro (relativas à morosidade da Justiça, ao formalismo dos processos e mesmo à ausência de controles sobre a magistratura) partiam dos advogados.

Contudo, além do aspecto corporativo, a adesão dos advogados à tese da crise do Judiciário tinha um importante componente político. Como se viu no capítulo anterior, na tentativa de fortalecer-se politicamente, as elites da OAB adotaram, em fins da década de 70, uma estratégia de “solidariedade para baixo”, em articulação com os grupos organizados da sociedade civil. A aproximação politicamente orientada em relação à dinâmica dos interesses sociais despertou alguns setores dessa elite para uma questão que, embora sempre pertinente de um ponto de vista estritamente profissional, não era prioritária até então na sua pauta de ação política. Esta questão referia-se exatamente ao problema da absorção dos (novos) conflitos em que estavam envolvidos aqueles grupos e os seus membros, provenientes dos setores médios e populares, ao mundo do direito. A conversão desses grupos sociais em atores políticos capazes de contribuir efetivamente na luta da OAB pela redemocratização, isto é, a sua conversão em parceiros políticos de uma instituição que atuava em nome de um compromisso profissional com o Estado de Direito, cobrava, por seu turno, o pleno reconhecimento dos seus direitos de acesso à justiça. Esta dimensão política do envolvimento da OAB com a sociedade civil organizada permite compreender a sua

inclinação a adotar um diagnóstico em grande parte proveniente da própria sociedade, ou seja, a tomar os problemas da Justiça brasileira naquele momento como sinais de uma verdadeira crise do Judiciário, que exigia a revisão dos instrumentos jurídicos disponíveis e dos supostos teóricos que lhes conferiam fundamentação.

Quanto aos magistrados, a tese da crise do sistema de justiça foi tratada de modo radicalmente diverso. Em primeiro lugar, há que se considerar o fato de que o prestígio social da magistratura esteve tradicionalmente associado a sua função majestática de aplicar a lei e declarar o direito do alto de um Poder detentor do monopólio da administração da conflituosidade social. Por razões ligadas não apenas às alterações nas demandas sócio-políticas pela atuação dos magistrados – que perderam gradualmente a notabilidade de que gozavam nos primórdios do Estado brasileiro devido a sua atuação pública, até serem legalmente impedidos de ocupar cargos políticos e exercer funções públicas –, mas também por questões relacionadas à própria configuração institucional da magistratura enquanto *corpus* profissional, o prestígio social desses profissionais tornou-se dependente da posição do Judiciário dentro do Estado (Vianna *et al.*, 1997: 129)<sup>10</sup>.

Disso resultava uma grande resistência por parte dos magistrados em admitir a existência de uma crise da Justiça brasileira. Para justificar o que percebiam não como uma “crise”, mas sim como problemas tradicionais da administração da justiça no país, “diagnosticados há mais de 100 anos”, os magistrados recorreram a argumentos como a falta de recursos materiais, a sobrecarga individual de trabalho, a própria complexidade da construção de decisões bem fundamentadas, ou até mesmo o excesso de litígios nos tribunais.

Conforme agravou o questionamento social da legitimidade das decisões do Judiciário – tanto por causa de seu formalismo diante da realidade social, quanto pela sua filiação a uma ordem jurídica completamente deformada pelo regime autoritário – a magistratura viu-se lançada no debate público sobre a melhoria da prestação

---

<sup>10</sup> A magistratura brasileira é uma carreira solidamente estruturada, tendo sido instituída constitucionalmente em 1934. Desde então, o recrutamento dos novos membros – através da realização de concursos públicos – e a política de ascensão na complexa hierarquia da carreira – por meio da aplicação dos critérios de merecimento e antigüidade – passaram a ser implementados pelo próprio Judiciário. Posteriormente, a Constituição de 1946 assegurou as garantias que permitiriam à magistratura atuar com maior independência: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos. Por estas vias, reduziu-se consideravelmente a influência política na organização da carreira, que se consolidou como a mais coesa e institucionalmente fortalecida dentro do campo jurídico brasileiro. (Sadek, 1995; Vianna *et al.*, 1997).

jurisdicional no país. Eventualmente, terminaram propondo inovações que, voltando-se mais para a instituição de medidas implementais do que para a completa reformulação das instituições e práticas judiciárias brasileiras, permitiam a incorporação de algumas das demandas colocadas pela sociedade e, ao mesmo tempo, reafirmavam o seu papel essencial e exclusivo na administração da justiça. Apenas num momento mais avançado da redemocratização, quando o processo de reconstrução constitucional se instaurou, o Judiciário tentou responder, como corporação profissional, às crescentes demandas pelo seu pronunciamento e pela sua aproximação da sociedade em termos de uma nova postura institucional e de um novo papel social e político das instituições de justiça.

Finalmente, os promotores públicos tiveram uma atuação bastante peculiar em relação à alegada crise da Justiça brasileira. Categoria profissional jurídica tradicionalmente desvalorizada ante a magistratura e a advocacia – tanto dentro do campo jurídico, quanto na própria sociedade –, os membros do Ministério Público só tiveram a sua carreira devidamente organizada em nível nacional em 1981. A figura do promotor de justiça remetia aos tempos do Império, quando foi instituída para fins precípuos de persecução penal e de defesa do fisco, e, ao longo da história, foram gradativamente atribuídas aos promotores funções públicas e sociais, tais como a denúncia dos crimes cometidos por autoridade pública ou policial, a proteção de categorias sociais indefesas ou incapazes, e a fiscalização da execução das leis (Macedo Jr., 1995). No entanto, este amplo conjunto de funções permanecia desconhecido da grande maioria da população, principalmente nas grandes cidades, o que dificultava a tarefa de erguer com sucesso as bases de legitimação social da profissão.

Por outro lado, o próprio acúmulo das funções de defensor dos interesses do Estado e do fisco, de um lado, e de fiscal da aplicação da lei e zelador dos interesses de determinados grupos sociais, de outro, marcava a atuação dos membros do Ministério Público com uma grande dubiedade, já que a defesa dos interesses governamentais muitas vezes se chocava com a idônea fiscalização da ordem jurídica em benefício da sociedade. Outra questão que trazia dificuldade para a construção da identidade profissional e da imagem pública dos promotores públicos era a sua relação com os outros atores do campo jurídico. Como titular da ação penal, o promotor atuava

judicialmente como uma espécie de advogado de acusação, promovendo a defesa do interesse público contra a ação danosa a ele; enquanto funcionário do Estado, no entanto, era comumente tomado como o braço “ativo” do Poder Judiciário, embora não se confundisse com o magistrado e não gozasse das mesmas prerrogativas.

Tomando-se estas considerações em conjunto, é possível concluir que a reestruturação do sistema de justiça poderia trazer conseqüências importantes para uma categoria profissional que ainda não conseguira afirmar de forma precisa e socialmente significativa o seu papel dentro do campo jurídico. Por isso, as elites da corporação aderiram ao diagnóstico da crise da Justiça brasileira, e propuseram-se a buscar alternativas jurídicas que pudessem responder às demandas por acesso à justiça e, paralelamente, fornecer novas bases de legitimação ao Ministério Público e a seus profissionais pela revisão de seu papel na distribuição da justiça e pela aproximação em relação aos novos conflitos que emergiam na sociedade brasileira.

## **II - A crítica do direito vigente e o debate entre a *intelligentsia* jurídica**

Os novos desafios impostos pelas transformações que ocorriam na sociedade brasileira confrontavam as elites jurídicas com um complexo quadro de explosão de litigiosidade e de “crise” da administração da justiça. A sociedade civil organizada criticava alguns dos fundamentos do direito vigente e, diante da perspectiva de uma eventual redemocratização, cobrava das elites políticas alternativas para uma nova delimitação das fronteiras do direito no país. Para as elites do campo jurídico, colocava-se então uma grande questão, referente ao papel que desempenhariam no processo de reforma das instituições jurídicas brasileiras; ou seja, se essas reformas seriam formuladas pelas elites políticas que conduziam a transição para a democracia, ou se o meio jurídico tinha algo a propor em seu lugar.

O argumento que aqui se pretende desenvolver sustenta que, desde o início dos anos 80, as elites jurídicas tomaram para si a tarefa de reconstruir o sistema de justiça vigente no país, projetando-se como verdadeiras elites reformadoras do direito. Neste momento crucial, aos militantes da OAB vieram juntar-se as lideranças da magistratura e da corporação dos promotores de justiça, recompondo o quadro das elites jurídicas

no país. Antes que a transição se completasse e que estivesse assegurada a reconstitucionalização da ordem política, essas elites puderam implementar algumas inovações importantes do ponto de vista das demandas então apresentadas pela sociedade. Nem sempre coesas, nem sempre motivadas pelas mesmas idéias, elas assumiram a tarefa de participar ativamente da construção da engenharia institucional do direito, reatualizando o papel de juristas-políticos do qual haviam ficado compulsoriamente afastadas pelo menos desde o advento do autoritarismo militar.

Em meio à pressão constante dos conflitos sociais, desencadearam-se ricos debates no meio jurídico brasileiro, dos quais três eixos fundamentais merecem destaque: a discussão acerca da função social do direito, tendo em vista a fragilidade do discurso jurídico tradicional frente às transformações na sociedade; as propostas de reforma do ensino jurídico e de incorporação de novas abordagens ao tratamento do direito; e propostas de introdução de inovações na configuração das instituições jurídicas brasileiras.

Embora a crise do direito vigente expressasse uma inadequação das instituições judiciárias ao novo quadro social, tal inadequação não se dava apenas no nível dos recursos materiais ou instrumentais disponíveis, mas também em termos da própria cultura institucional de um Judiciário que estivera histórica e estruturalmente fechado em relação ao conjunto da sociedade brasileira (Falcão Neto, 1981; Faria, 1984). Afinal, o questionamento em relação à capacidade técnica e operacional das instituições e dos atores jurídicos para lidar com conflitos relacionados a aspectos fundamentais da organização da vida social no país envolvia o questionamento dos princípios fundantes da própria cultura jurídica brasileira, levantando a discussão sobre o papel do direito na sociedade e a necessidade de se pensar um modelo jurídico novo para um país que estava no limiar da vida democrática.

De fato, o anacronismo das instituições jurídicas diante das transformações sociais que vinham ocorrendo desde os anos 70 colocava na berlinda a própria função social do direito como instrumento de regulação das relações sociais, trazendo problemas teóricos fundamentais para o pensamento sobre o direito. Um aspecto central das críticas à visão corrente voltava-se contra a percepção autárquica do direito como mera técnica de controle social, a qual imporia padrões de organização legais independentemente da adesão contínua da sociedade: “tal concepção deixa de lado os

aspectos políticos e históricos do fenômeno jurídico, por considerá-los empiricamente contingentes, de um lado destacando o racional-jurídico como universal e necessário, e, de outro, reduzindo os comportamentos às estruturas normativas, numa contínua construção e reconstrução das próprias estruturas formais do direito” (Faria, 1988/89: 68).

As transformações sociais por que passava o país promoveram as condições para a efetiva incorporação de uma abordagem eminentemente sociológica ao pensamento sobre o direito. Diante dos novos desafios, muitos juristas voltaram-se para o tratamento das relações do sistema jurídico com o contexto societal em que opera, “pondo em questão as fronteiras tradicionais do direito com as ciências sociais, substituindo abordagens lógico-formais por outras mais críticas e problematizantes, historicizando a análise do direito, identificando os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica implícitos na cultura ‘técnica’ dos operadores dos códigos, colocando em novos termos o conceito de “juridicidade”, retomando a discussão em torno do pluralismo jurídico, dando um novo tratamento no problema das fontes do direito e convertendo a eficácia do direito num dos temas obrigatórios da reflexão dos juristas (...)” (Faria & Campilongo, 1991: 25).

O fato de que a Sociologia do Direito não houvesse sido incorporada como disciplina obrigatória ao currículo mínimo dos cursos jurídicos contribuíra para – e, ao mesmo tempo revelava – o relativo afastamento do campo jurídico das análises e métodos de pesquisa sociológicos, especialmente no que se referia ao pensamento metajurídico, ao ensino e à pesquisa jurídica<sup>11</sup>. Num ambiente intelectual dominado pelo formalismo dogmático e pelo positivismo jurídico, a abordagem sócio-jurídica era amplamente inibida. Tal estado de coisas apenas se alterou quando os problemas colocados pela realidade social a partir dos anos 70 transcenderam em muito a capacidade de apreensão de uma ciência jurídica informada pela tradição normativista.

O desenvolvimento da Sociologia do Direito impulsionou a exploração de novas abordagens ao fenômeno jurídico. Um dos primeiros temas sociológicos a penetrar na

---

<sup>11</sup> José Eduardo Faria e Celso Campilongo lembram que o currículo mínimo oficial, embora impusesse o ensino da Sociologia na graduação, era omissivo quanto à Sociologia do Direito, o que fazia com que, no início dos anos 90, a disciplina permanecesse ausente na grande maioria das faculdades de direito brasileiras. Nos casos em que era efetivamente ofertada, a disciplina era ora atribuída a professores de Sociologia com pouco conhecimento do mundo jurídico, ora a professores de Direito que conduziam o curso com o mesmo textualismo e generalismo das demais cadeiras (Faria & Campilongo, 1991).

agenda intelectual do direito brasileiro foi o do pluralismo jurídico. A idéia de pluralismo jurídico está profundamente associada à percepção de que, das próprias relações sociais, emerge uma normatividade que regula os comportamentos, prevenindo e/ou resolvendo boa parte dos conflitos jurídicos (Ehrlich, 1986). Esta normatividade opera em paralelo ao direito positivo e, embora seja menos formalizada e profissionalizada, é tão eficaz em termos da resolução de conflitos quanto aquele, compondo com o direito estatal o amplo marco da normatividade jurídica de uma sociedade.

Um estudo desenvolvido por Boaventura de Souza Santos, no início dos anos 70, numa favela do Rio de Janeiro (“Pasárgada”), foi fundamental para a consolidação no país de um campo de pesquisa em torno do pluralismo jurídico. Este estudo identificou a vigência de um direito informal e desprofissionalizado na favela, o qual operava em paralelo ao direito estatal. Caracterizando a existência de uma ordem jurídica plural dentro do espaço geopolítico da cidade do Rio de Janeiro, tal situação denunciava a falácia da visão monista do direito, inspirada no positivismo kelseniano, e comprovava a vigência de padrões alternativos de vida jurídica em paralelo ao direito oficial<sup>12</sup>. O pluralismo jurídico tal como exemplificado no caso de “Pasárgada” representava uma das várias possibilidades de conformação do universo jurídico numa sociedade capitalista democrática, traduzindo, especificamente, a marginalização sócio-econômica das populações da favela em relação ao marco legal vigente (Souza Santos, 1988).

Este tipo de estudo fornecia subsídios importantes para a discussão sobre as relações entre o Estado e o direito nas sociedades complexas. Ficava claro que a tese de que toda a vida social era ou devia ser regulada pelo direito não passava de um argumento ideológico: “de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos (...)” (Souza Santos, 1989: 54). Tal argumento sustentava, em última instância, as pretensões de legitimidade política do

---

<sup>12</sup> O direito de “Pasárgada” era uma forma alternativa de direito, administrado, entre outros, pela associação de moradores e aplicável à resolução de conflitos internos à comunidade. O discurso jurídico de Pasárgada invertia o princípio da propriedade, a norma básica do discurso oficial, e elegia como pilares fundamentais os *topos* retóricos do equilíbrio, da justiça, da cooperação e da boa vizinhança, cuja aplicação é gradual, provisória e sempre reversível. Este discurso alternativo, se dotava Pasárgada de uma normatividade jurídica eficiente, também configurava um direito ilegal em face dos princípios do direito estatal – como, de resto, era ilegal a própria ocupação territorial coletiva que demarcava a existência da favela. Cf. Souza Santos, 1988.

próprio Estado sobre as demais esferas da vida social e encobria a ambição do direito estatal de se constituir como um código pretensamente neutro e universal que se impõe como única forma jurídica da sociedade (Falcão Neto, 1984b)<sup>13</sup>.

A percepção desta realidade plural do fenômeno jurídico colocava desafios para as pretensões de hegemonia do direito positivo e, conseqüentemente, para os interesses de poder e prestígio dos profissionais que o implementavam. No limite, o recurso freqüente a formas alternativas de direito implicaria a possibilidade de encolhimento das instituições judiciárias oficiais perante a sociedade, ou seja, a crescente deslegitimação do Judiciário enquanto poder de Estado que detém o monopólio da aplicação da lei na resolução de conflitos. Por outro lado, contudo, ao asseverarem a eficácia social de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como as estruturas mediadoras para-legais e informais de “Pasárgada”, os estudos sócio-jurídicos ofereciam subsídios empíricos importantes e abriam novas perspectivas para a estratégia que as elites jurídicas viriam a adotar no sentido de conduzir a auto-reforma do sistema de justiça brasileiro.

Uma outra contribuição importante trazida pela abordagem sociológica do direito foi a discussão em torno do papel desempenhado pela litigiosidade civil na regulação da conflituosidade social. Ao longo dos anos 80, quando a pesquisa sócio-jurídica realmente vicejou no país, o tema da normatividade abstrata do direito foi cedendo espaço para a dimensão institucional e organizacional da ordem jurídica e do processo de conformação das decisões judiciárias. Neste sentido, foram objetos de estudo, por exemplo, a função social do processo, a organização dos tribunais, a forma de recrutamento dos magistrados, as motivações das sentenças, e as ideologias profissionais e políticas dos vários setores da administração da justiça (Faria, 1988/89: 66).

Estes estudos colocavam em discussão a eficiência das instituições e práticas judiciárias face às necessidades reais da sociedade brasileira. Diante das evidências empíricas fornecidas, passaram a ser questionados os limites do formalismo liberal e do positivismo jurídico diante da realidade social emergente, o que contribuía para a

---

<sup>13</sup> Como afirma Joaquim de Arruda Falcão Neto, “a justiça enquanto ideal social foi apropriada pelo Estado e por sua ordem legal” como parte do processo de organização política das sociedades modernas na forma Estado-nacional (Falcão Neto, 1984b: 79). Tal fato teria fomentado a difusão da ideologia de que o direito e a justiça são perfeitamente redutíveis ao direito estatal e à justiça legal.

constatação de que, ao anacronismo do direito enquanto instituição, correspondia o esgotamento da tradicional cultura jurídica brasileira. Neste sentido, muitos juristas e intelectuais do Direito postularam a necessidade de revisão da postura teórico-ideológica dominante no meio jurídico: “(...) a postura teórica que existe nas faculdades de direito, que informa a atividade dos Juizes, de Promotores, de Advogados, de quantos funcionam numa profissão jurídica. (...) nós precisamos superar os limites estreitos do positivismo jurídico” (Dallari, 1985: 60).

Por outro lado, evidenciava-se também o caráter parcial do direito, isto é, o fato de que as leis e códigos jurídicos, apesar de serem construídos sobre o argumento da universalidade e da neutralidade do direito, traduziam, na verdade, concepções e valores associados aos grupos sociais que tinham acesso ao processo de criação do direito positivo e de aplicação das suas normas. Vários autores foram contundentes ao criticar a ideologia do consenso na base do direito, ou seja, o caráter retórico de expressões como “fim social” ou “bem comum” em contextos sociais essencialmente plurais e desiguais, carregados de divergências éticas e políticas entre cidadãos, grupos e classes sociais. Neste sentido, afirmavam que as expressões ‘igualdade perante a lei’ ou ‘bem comum’, fartamente empregadas na justificação dos institutos jurídicos, longe de serem auto-evidentes ou de garantirem a efetiva proteção legal das aspirações de todos os brasileiros, funcionavam como “barreiras ideológicas” que escondiam as contradições manifestas no nível das relações entre grupos sociais localizados em posições extremas da estratificação sócio-econômica brasileira (Faria, 1984, 1988/89; Souza Júnior, 1984).

Muitos estudiosos passaram, ainda, a apontar o fato de que o desempenho adequado da função de regulação da experiência social, no sentido mesmo da absorção das inseguranças e de projeção de um mínimo de segurança das expectativas (Luhmann, 1985), dependia de que ao pensamento sobre o direito – visto não apenas como um código repressivo, mas também como um instrumento de direção social – se incorporassem estratégias teóricas e metodológicas novas, como a inserção da dimensão sócio-política, capaz de ensejar um modelo em que o sistema político funcionasse como “um critério de verificação da possibilidade de legitimação do direito positivo” (Faria, 1984: 262). Sintomaticamente, numa sociedade que se encontrava no limiar da redemocratização, crescia a preocupação com a credibilidade que o direito

era capaz de despertar pela própria forma de seu estabelecimento, ou seja, pelo processo democrático e aberto de construção das decisões que estão na sua base<sup>14</sup>.

A crise das instituições e da cultura jurídica também tornava explícitos os problemas na formação ultrapassada e “burocrática” dos profissionais jurídicos, ensejando a oportunidade de uma revisão das concepções tradicionais transmitidas aos futuros bacharéis. As elites jurídicas elas mesmas reconheciam que as formas emergentes de manifestação dos conflitos sociais e as lutas por novos direitos exigiam saberes também novos, informados por parâmetros não-dogmáticos e muitas vezes extra-jurídicos. A “nova função social do direito” requeria, portanto, profissionais com conhecimento multidisciplinar e capacidade analítica ampliada, tanto para representar adequadamente a pluralidade dos interesses sociais, quanto para arbitrar a lei legitimamente diante dos novos conflitos.

Percebendo a importância de algumas dimensões até então ausentes na formação jurídica e que permitiriam uma melhor adequação à realidade profissional e a conseqüente formulação da legitimidade social das profissões jurídicas em novas bases, as elites do campo do direito buscaram influir sobre a política do ensino jurídico. Neste sentido, vários segmentos da elite jurídica colocaram em questão a estrutura doutrinária dos cursos de Direito e a mentalidade positivista e formalista que estes incutiam nos bacharéis. Criticava-se, fundamentalmente, a concepção dogmática do direito e as fronteiras rigidamente estabelecidas entre a ciência jurídica e as ciências sociais, o que dificultava a compreensão da dimensão sócio-histórica do fenômeno jurídico e do aspecto da eficácia social do direito em face das transformações sociais.

O ensino jurídico converteu-se, desta forma, em importante *locus* da luta política das elites jurídicas reformadoras. Esta luta apresentava dois grandes flancos: de um lado, era a luta contra o conservadorismo, o dogmatismo exacerbado e o formalismo normativista da formação jurídica tradicional; de outro, era a luta contra a massificação descontrolada dos cursos jurídicos e a baixa qualidade da formação oferecida. Consolidava-se, portanto, na passagem dos anos 80, o diagnóstico formulado já nos

---

<sup>14</sup> Chamando atenção para a dimensão política envolvida na construção do direito, José Eduardo Faria destacou o fato de que o discurso jurídico – que vale em virtude de uma decisão que expressa uma opção política específica – encontra seu pressuposto na possibilidade de persuasão, a qual é tão mais decisiva quanto mais comprometido com a democracia for o sistema político. Assim, a possibilidade de legitimação do discurso jurídico numa democracia exige que o processo que conduz à decisão que está na base do direito seja dominado por procedimentos democráticos que, em última instância, não desconheçam o pluralismo de valores que reflete a formação social das sociedades complexas. Cf. Faria, 1984.

primeiros anos 70 de que a perda de importância social e política dos atores jurídicos estava profundamente relacionada à inadequação da sua formação uniforme, abstrata e generalista diante da nova realidade social brasileira.

No entanto, se este diagnóstico havia sido formulado por profissionais preocupados em reverter o seu crescente alijamento dos processos decisórios relativos à modernização industrial e financeira por que passava o país, as elites jurídicas reformadoras voltavam-se, por sua vez, para o problema da intensificação dos conflitos sociais e da dificuldade apresentada pelos profissionais formados nas faculdades de direito para absorver a lógica jurídica das novas reivindicações, que, muitas vezes, iam contra os preceitos das normas legais. Deslocando o argumento do risco crescente de deslegitimação social dos profissionais do direito do campo da economia e das inovações produtivas para o campo das transformações sociais, as elites jurídicas buscaram redirecionar a linha mestra dos cursos jurídicos brasileiros.

As iniciativas mais significativas pela reforma do ensino jurídico partiram das elites da OAB. Embora focassem tanto o viés conservador e ultrapassado dos cursos jurídicos, quanto o problema da má formação em si, este posicionamento institucional foi impulsionado também por uma circunstância específica apontada por Renato Lessa e Leila Linhares: o fato de que a Ordem detinha o monopólio do controle do exercício da profissão de advogado – feito desde a década de 60 através do Exame da Ordem e pelo Estágio de Prática Forense – e, no entanto, não tinha qualquer controle sobre a formação do profissional que chegava ao mercado de trabalho – problema especialmente agravado num contexto de massificação dos cursos jurídicos (Lessa & Linhares, 1991: 112).

Buscando ultrapassar o marco do mero controle do acesso ao exercício da advocacia, o Conselho Federal da OAB passou a tentar influir sobre o desenho dos cursos jurídicos, numa clara tentativa de reverter os efeitos danosos para a profissão decorrentes, sobretudo, da grande oferta de advogados com formação de baixa qualidade: a proletarização da advocacia, a queda do padrão ético profissional, a diminuição da qualidade dos serviços jurídicos, e o desprestígio dos cursos e da profissão. Em um documento de 1981, enviado ao Conselho Federal de Educação do Ministério da Educação, a OAB pressionou o governo no sentido de que este promovesse a modernização do ensino através da introdução de mudanças no

currículo mínimo, proibisse a criação de novos cursos e limitasse a oferta de vagas, e, finalmente, exercesse uma fiscalização rigorosa sobre as faculdades privadas. Como afirma Joaquim de Arruda Falcão Neto, este novo padrão de atuação da OAB conformava uma fase em que “o controle deixa de ser uma tarefa de avaliação apenas dos méritos individuais. Passa a ser também um desafio da interferência na regulamentação estatal do ensino e nas normas estruturadoras do mercado de trabalho” (Falcão Neto, 1984a: 162).

Contudo, foi em relação à reforma institucional do sistema de justiça que a mobilização das elites jurídicas teve impactos mais expressivos para os interesses deste trabalho. Foi aí que o ímpeto auto-reformador do direito teve consequências políticas mais diretas em relação às demandas da sociedade e dos diversos grupos sociais, satisfazendo com maior objetividade os interesses e pretensões dos próprios atores jurídicos. Foi a partir deste ponto, também, que magistrados, procuradores e promotores de justiça vieram juntar-se definitivamente aos advogados e juristas já envolvidos na crítica da estrutura de justiça vigente no Brasil. A compreensão de que a legitimidade das profissões jurídicas, em conjunto, estava em jogo e dependia da renovação das próprias instituições de direito, de modo a torná-las mais adequadas à nova configuração do espaço público brasileiro da passagem dos anos 70 para os 80, foi o aspecto central tanto da mobilização do meio jurídico em relação ao tema do acesso à justiça, quanto da percepção de que o direito estava definitivamente confrontado com as demandas provenientes da sociedade por realização da justiça social.

Importantes setores da elite jurídica passaram, então, a problematizar o direito vigente no país e a discutir mudanças institucionais que pudessem promover, entre outras coisas, a redução dos custos dos serviços judiciários, a simplificação e racionalização dos processos jurídicos, a incorporação dos novos conflitos sociais à dinâmica do direito e a representação legal de causas coletivas. A perspectiva de introduzir mudanças que pudessem aproximar o Judiciário da sociedade contou com a resistência das cúpulas deste Poder, orientadas pelo formalismo, pelo tradicional distanciamento em relação à sociedade, e pela valorização de uma jurisprudência coerente, em termos técnico-exegéticos, porém socialmente alienada e eticamente idealista (Faria, 1998). A despeito das resistências da cúpula do Judiciário e dos

setores mais tradicionais do meio jurídico, no entanto, o diagnóstico da crise do direito se impôs em ampla escala entre os vários segmentos do campo, que se voltaram para os grandes problemas institucionais do direito no país<sup>15</sup>.

Às demandas por uma justiça mais rápida e efetiva, os juristas e operadores jurídicos reformadores responderam com as propostas de desformalização do processo judicial, no sentido de torná-lo “mais simples, barato, direito, acessível e rápido”, e de desformalização das controvérsias, através do recurso a instrumentos institucionalizados de mediação e conciliação a serem empregados anteriormente ao processo judicial no caso dos pequenos conflitos (Silva, 2001: 37). A iniciativa pioneira neste sentido foi a criação dos Conselhos ou Juizados de Conciliação e Arbitragem, inspirada na experiência internacional, especialmente no modelo das *Small Claims Court* de Nova Iorque. Motivada pela percepção da relevância pública deste tipo de serviço, bem como pela finalidade de orientar e envolver a comunidade na administração da justiça (Silva, 2001: 38), a criação do primeiro conselho, em 1982, se deu por iniciativa da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS). Utilizando-se das dependências e estruturas do Judiciário local, esses juizados funcionavam à noite, eram compostos por conciliadores voluntários (recrutados entre advogados, membros do Ministério Público, procuradores do Estado e juizes aposentados) e encaminhavam disputas envolvendo principalmente conflitos entre vizinhos, colisões de veículos, pagamento de aluguéis e defesa do consumidor.

Luiz Werneck Vianna e demais autores observam que a criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, por iniciativa de setores da magistratura, conteve um importante aspecto de estratégia corporativa, no sentido de reforçar a legitimidade do Judiciário como instituição de processamento dos conflitos, em reação franca às propostas que pretendiam introduzir formas alternativas de acesso à justiça por fora da

---

<sup>15</sup> É preciso lembrar que a mobilização do meio jurídico não se deu apenas em termos da proposição de inovações institucionais. Vários segmentos, lançados na reflexão sobre o papel social de sua profissão e das instituições a que pertenciam, assumiram posturas individuais eminentemente políticas diante da questão do acesso à justiça. Entre os advogados, muitos se engajaram em movimentos sindicais, comunitários e populares, e, valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do direito positivo, fizeram penetrar no sistema judicial brasileiro interesses até então alheios a sua operação. Também na magistratura houve juristas que optaram por uma hermenêutica heterodoxa – ou “uso alternativo do direito” –, a partir da qual os critérios formais do ordenamento estatal vigente eram descartados em favor da racionalidade substantiva, o que permitiu que decisões significativamente inovadoras fossem tomadas. E houve também aqueles juizes que, sem se desprenderem de todo do marco tradicional, porém estando imbuídos da vontade de realizar uma justiça mais efetiva, mais real, tomavam decisões que combinavam instrumentos formais, previstos em lei, com elementos alternativos. Cf. Falcão Neto, 1981.

estrutura organizacional do Judiciário (Vianna *et al.*, 1999)<sup>16</sup>. Uma evidência disso teria sido, conforme os autores, a “urgência com que os juízes envolvidos nas atividades do Conselho se dispuseram a regulamentar o sistema e a lhe emprestar ‘força coercitiva’, combinando as vias extrajudiciais da conciliação e arbitragem com o julgamento por um juiz estatal, no caso de fracassadas aquelas etapas” (*idem*: 168). Outro indicativo desta postura seria o discurso que buscou descrever o encaminhamento informalizado dos processos como a incorporação de novas questões por uma “nova porta do Poder Judiciário”. Assim, o relatório de avaliação do funcionamento do primeiro ano do primeiro Conselho gaúcho afirmava: “a simplicidade, a rapidez e a gratuidade certamente são os fatores que vêm fazendo aumentar gradativamente o número de causas, o que significa que o povo passa a confiar no sistema implantado, acarretando, via de conseqüência, maior respeito do cidadão pelo Judiciário” (*apud* Vianna *et al.* 1999; 169).

A experiência dos conselhos motivou implantação dos Juizados de Pequenas Causas, o que se deu através da Lei 7.244 de 1984, a partir de um projeto formulado por membros da Associação Paulista de Magistrados. A partir de então, os estados foram legalmente autorizados a criar os juizados e a regulamentar os Conselhos de Conciliação e Arbitragem existentes. Destinados a encaminhar pequenas causas de até 20 salários mínimos (teto posteriormente elevado para 40 salários mínimos), esses juizados combinavam procedimentos extrajudiciais e judiciais, isto é, a conciliação e, em caso de frustração da tentativa de composição entre as partes, o processo propriamente dito, conduzido pelo juiz togado<sup>17</sup>. Em nome de princípios como a simplicidade, a celeridade, a economia e a ampliação dos poderes do juiz, a dinâmica

---

<sup>16</sup> Não apenas os movimentos sociais organizados buscavam implementar sistemas autônomos de arbitragem de conflitos, como foi o caso das associações de locatários e de empresas imobiliárias (Cf. Vianna *et al.*, 1999: 167). Alguns juristas e intelectuais ligados ao direito vinham formulando propostas que sinalizavam para a criação de estruturas completamente desprofissionalizadas de mediação. Boaventura de Souza Santos, por exemplo, defendeu a criação de instituições mediadoras desvinculadas do Poder Judiciário. A partir de uma reelaboração teórica das conclusões extraídas dos estudos sobre o pluralismo jurídico em “Pasárgada”, ele propôs que a inovação da política judiciária deveria contemplar a criação de mecanismos alternativos e informais, de instâncias “leves” que operassem “por via expedita e pouco regulada”, recuperando a oralidade e a força normativa dos elementos retóricos dos processos de mediação, de forma a garantir as condições da construção discursiva do processo de decisão e fazer com que as partes entendessem e participassem das decisões, comprometendo-se efetivamente a cumpri-las (Souza Santos, 1988, 1989).

<sup>17</sup> A lei continha um instituto que previa a figura do juiz leigo, indicado pela OAB, para processar a arbitragem entre as partes. No entanto, a resistência corporativa dos magistrados a tal instituto foi responsável pelo não estímulo à instituição do juiz leigo e, com isso, da própria arbitragem. Assim, a dinâmica dos Juizados se dava em torno da figura do conciliador, “um animador da autocomposição entre as partes” e do juiz togado, ao qual as partes tinham acesso como recurso final para a solução de seus conflitos, o que não feriu, portanto, o tradicional monopólio do poder de julgamento conferido ao Judiciário. (Vianna *et al.*, 1999: 175).

dos Juizados facultava a representação por meio de advogados e reservava ao juiz a atribuição de dirigir os processos com ampla liberdade, “para determinar as provas a serem produzidas, para dar especial valor às regras de experiência comum, [dando] a cada caso a solução que reputar mais justa e equânime” (Cândido Dinamarco *apud* Vianna *et al.*, 1999: 174). Ao incentivar o juiz a abandonar o formalismo e se distanciar dos métodos jurídicos tradicionais para se aproximar das partes envolvidas nos conflitos, os Juizados imprimiam mudanças importantes no marco legal, aproximando-o da vida pública brasileira. Neste sentido, Vianna e demais autores afirmam que “a informalidade exigida do juiz, o diálogo com as partes, a ampliação dos seus poderes investigativos e a ênfase na interpretação da lei como meio de produção do bem público são inovações processuais que aproximam a experiência brasileira daquelas verificadas nos sistemas da *common law* (...)” (Vianna *et al.*, 1999: 174)<sup>18</sup>.

Se os segmentos do campo jurídico estavam reunidos em torno da perspectiva de introduzir mudanças na ordem institucional do sistema de justiça, o sentido e a operacionalização das inovações propostas foi motivo de divergências entre os setores que compunham as elites reformadoras do meio jurídico na passagem dos anos 80. Embora advogados, magistrados, promotores e procuradores compartilhassem o interesse de reconstruir as bases de legitimação das profissões jurídicas a partir de uma relação mais próxima com a sociedade brasileira, cada uma dessas profissões relacionava-se com a sociedade sob um registro diferente e, por isso, tinha percepções distintas sobre o que significava promover a aproximação do Judiciário em relação à sociedade e sobre o seu papel específico nesta estratégia global do campo jurídico.

Assim, apesar das vantagens em termos da operacionalização da justiça presentes no anteprojeto dos magistrados e posteriormente na própria Lei dos Juizados de Pequenas Causas, muitos foram os que lhes teceram severas críticas dentro do próprio campo do direito. Essas críticas remetiam a dois aspectos centrais: a contribuição da lei para encobrir a crise do Judiciário brasileiro e o caráter paliativo da solução representada pelos Juizados para o problema do acesso à justiça no país. Em

---

<sup>18</sup> As diferenças mais marcantes entre os sistemas fundados na tradição da *civil law* (como é o brasileiro) e aqueles fundados na *common law* dizem respeito à origem e à aplicação das regras do direito. No primeiro caso, as regras de direito são vistas como regras de conduta geral, cuja fonte é a lei inscrita nos códigos de direito, cabendo ao juiz resolver as disputas segundo os princípios legais. Já o segundo sistema, típico do direito inglês, caracteriza-se por ter na jurisprudência sua fonte última, devendo o juiz solucionar casos particulares a partir da observação de casos precedentes concretos. Cf. David, 1998.

relação ao primeiro ponto, argumentava-se que o objetivo maior da Lei era resolver o problema da sobrecarga de trabalho dos juízes e dos tribunais, delegando-se algumas de suas funções a conciliadores e árbitros. Deste ponto de vista, alegava-se que a medidas não seriam suficientes para resolver problemas estruturais como a falta de autonomia financeira do Judiciário, o número insatisfatório de juízes, a baixa experiência forense dos magistrados, os baixos salários e a obsolescência dos recursos materiais e humanos do Judiciário (Rogério Lauria Tucci, *apud* in Vianna *et al.*, 1999: 175). Além disso, afirmava-se também que havia um grande risco implícito na solução encontrada de que a justiça brasileira se segmentasse em dois âmbitos: a justiça dos ricos e a justiça dos pobres – a primeira garantida pelos cânones da segurança jurídica, pelo direito de defesa e pelo contraditório; a segunda, marcada pela “subjetividade das decisões” e pela injustiça, as contrafaces de uma rapidez que não garantia o exame jurídico acurado dos termos do conflito. “Ao invés de um Judiciário para atender às partes, suprime-se a segurança da justiça para desafogar o Judiciário. Justiça para os pobres e justiça para os ricos. Para os grandes e os pequenos. Contraditório assegurado a uns e negado a outros” (OAB/SP, 1982, *apud* Vianna *et al.*, 1999: 177).

Quanto ao segundo aspecto, uma outra parcela dos críticos dos Juizados de Pequenas Causas argumentava que a facultatividade da participação do advogado e dos promotores – e a conseqüente obrigatoriedade do comparecimento pessoal das partes – poderiam desestimular a busca pela justiça, especialmente no caso das camadas mais pobres da população, os supostos alvos principais da iniciativa. Esta foi uma crítica que se desenvolveu particularmente entre os advogados e a sua instituição de classe, a OAB. A ampliação da assistência jurídica aos pobres através da representação legal não-lucrativa, da orientação judicial voluntária e de outras formas de atuação que capacitassem esses atores para litigar perante a Justiça eram as principais bandeiras da agenda dos advogados reformadores, que vinham atuando junto aos setores sociais organizados desde o princípio da década de 70 (Vianna *et al.*, 1999). Ver a lógica da conciliação substituir a do litígio nas novas cortes da Justiça e ter a sua presença dispensada no dia-a-dia dos Juizados era um problema que claramente afetava o prestígio social e os interesses da categoria e, exatamente por isso, causou fortes reações: “não é mudando os ritos que se dará melhor solução aos

conflitos. Não é afastando os advogados e o Ministério Público que melhorará a prestação jurisdicional. Não é cumprindo diligências com a polícia, tornando insegura a citação, obrigando o comparecimento pessoal das partes, forçando a conciliação, produzindo revelia em série, punindo devedores e penhorando salários dos menos aquinhoados pela sorte, não é assim que se melhora e se presta justiça” (OAB/SP, 1982, *apud* Vianna *et al.*, 1999: 176).

De fato, alguns analistas afirmam que a criação dos Juizados de Pequenas Causas foi a solução menos ideal e certamente mais razoável ou “política” do ponto de vista dos recursos materiais, humanos e processuais exigidos: “chegava-se, então, à opção pelos Juizados, não tanto pela consideração prospectiva da mudança que poderia importar a disseminação da idéia de uma Justiça ‘para todos’, mas por representar a alternativa mais razoável, em um contexto em que já se anunciava uma grave crise fiscal do Estado” (Vianna *et al.*, 1999: 171). Deve-se mencionar ainda que a proposta da magistratura, que foi levemente modificada pelo Executivo federal e apresentada ao Congresso como projeto seu, satisfazia as exigências de “desburocratização” então defendidas pelo regime em transição e, ao mesmo tempo, propiciava a implantação de uma ética da produtividade no sistema de justiça (*id.*, *ib.*)<sup>19</sup>.

Outra discussão que mobilizou a elite jurídica a partir do final dos anos 70 foi aquela em torno da representação judicial de interesses coletivos. Muito se discutiu sobre a autorização dos sindicatos e das associações civis para a representação dos interesses de seus associados, de interesses afins e causas coletivas, ainda que a disparidade da qualidade técnica da representação legal das partes habitualmente envolvidas nos conflitos coletivos – as associações populares, de um lado, e grandes instituições privadas ou o próprio Estado, de outro – fosse sempre lembrada como um problema real a limitar a eficácia dessa solução.

O avanço do debate teórico trouxe para a pauta de preocupações, além do problema dos direitos coletivos de grupos sociais específicos, a complexa temática dos

---

<sup>19</sup> Vianna e demais autores chamam atenção para a relevância das iniciativas desburocratizantes do regime militar no final dos anos 70 e início dos 80. A implantação de um Programa Nacional de Desburocratização revelava, segundo os autores, a absorção de uma perspectiva sobre as relações Estado-sociedade de acordo com a qual o primeiro era um prestador de serviços públicos ao segundo, o conjunto dos cidadãos-consumidores, a sociedade. O apoio aos Juizados de Pequenas Causas teria representado uma importante iniciativa quanto à reformulação da lógica institucional do Judiciário neste sentido (Vianna *et al.*, 1999: 171).

interesses difusos, o que refletiu uma clara inovação na percepção dos vários problemas relativos à representação legal de interesses metaindividuais no país. Os interesses difusos – direitos referentes a grupos indeterminados de pessoas, vinculadas por laços conjunturais e genéricos, e dificilmente incorporáveis ao quadro de garantias institucionais do direito positivo –, mais do que os interesses coletivos, rompem com o referencial teórico da dogmática liberal positivista, pois não apenas subvertem a percepção sobre a titularidade individual dos direitos – como também o faz a idéia de interesse ou direito coletivo – mas também obscurece a própria identificação do sujeito de direito, bem como da relação-base, por natureza difusa, que garante o direito (Silva, 2001).

Dada a relevância do tema, criavam-se, dentro da estrutura burocrática do Estado, agências voltadas para a defesa dos interesses do consumidor, para a defesa ambiental, para a defesa dos direitos humanos, para a defesa econômica, bem como ampliavam-se o alcance de instrumentos já disponíveis (como a ação popular) e adicionavam-se novas funções a órgãos já existentes, com vistas à fiscalização dos interesses difusos. Como lembrou Cátia Aida Silva, a ação da defesa do consumidor limitava a configuração não individual dos interesses dos consumidores, pois se dava “por meio do atendimento a casos particulares e era avaliada como uma interferência conciliatória e amigável em favor do consumidor, sem impacto, portanto, sobre demandas coletivas” (Silva, 2001: 42).

Em que pesem a relevância social dessas iniciativas do Executivo, os juristas e demais atores do campo jurídico defendiam as estratégias que permitissem tornar a defesa desses direitos possível na própria esfera legal, sob o argumento de que esta era a única capaz de efetivamente “transformar o direito declarado em direito assegurado” (Ada Pellegrino Grinover *apud* Silva, 2001: 42). Neste sentido, na passagem dos anos 80 elaboraram-se propostas de alteração do Código do Processo Civil no sentido de se permitir que as associações pudessem representar em juízo interesses e direitos coletivos. Estas propostas não vingaram, mas consubstanciaram o começo de um importante debate sobre a administração da justiça no que tangia a representação dos interesses metaindividuais no país.

Como envolviam interesses ligados a bens coletivos e públicos, a garantia de interesses coletivos refletia problemas políticos cuja solução implicava a interferência

direta ou indireta do Estado, no sentido de rever suas ações e políticas ou de impor cursos de ação que interferem com os interesses de um lado da disputa. Na verdade, muitos dos que se envolveram no debate acerca dos direitos difusos concebiam as inovações institucionais necessárias para a sua garantia como parte de uma nova abordagem do processo jurídico como meio de participação política, tornando-se a garantia institucional uma forma de efetivação dos fins definidos pela comunidade política (Silva, 2001: 43). O problema da representação legal dos interesses coletivos e difusos colocava complicações também no que se referia a sua defesa, já que diziam respeito a direitos de grupos sociais, de populações inteiras ou de segmentos da população dificilmente identificáveis. Uma questão importante era a definição dos indivíduos ou instituições com legitimidade para propor ações judiciais visando a sua defesa.

A primeira solução apresentada para este problema foi a lei que regulamentava a política nacional de meio ambiente, a Lei n. 6938 de 1981. Através dela, atribuía-se exclusividade ao Ministério Público na proposição de ação de responsabilidade criminal e civil por danos causados ao meio ambiente. No entanto, a lei era criticada, do ponto de vista de seu alcance, por não cobrir todo o universo dos interesses difusos, e, do ponto de vista de seu escopo, pela exclusividade dada ao Ministério Público como proponente de ação nesta área. Um grupo de especialistas em direito processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo elaborou um anteprojeto de lei que estendia o alcance da Lei n. 6938 à proteção dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e instituía as associações da sociedade civil como principais defensoras dos interesses difusos, diminuindo o papel anteriormente atribuído ao Ministério Público. Tal atitude fora informada, sobretudo, pela assunção da impossibilidade do Ministério Público atuar competentemente nesta área, dadas tanto a sua atuação na área penal quanto a sua vinculação aos interesses do Estado.

Um poderoso *lobby* do Ministério Público reagiu, no entanto, a estas observações e defendeu, a seu favor, a tese de que a independência no exercício das funções dos promotores de justiça já estava garantida pela Lei Orgânica do Ministério Público, de 1981. Também aqui pode-se identificar um forte elemento corporativo na reação dos promotores. Engajados em uma luta política pelo fortalecimento da categoria e pela completa desvinculação em relação ao Executivo, o Ministério Público

via na titularidade exclusiva da ação civil a oportunidade de se firmar como representante jurídico dos interesses da sociedade. Embora ainda não estivesse afastado da defesa dos interesses do Estado, a consagração legal do Ministério Público como defensor dos novos interesses sociais que passariam a ter proteção jurídica era fundamental como parte de sua estratégia de legitimação social a partir de novas bases. Criticando, assim, o projeto dos juristas, a associação dos membros do Ministério Público paulista desenvolveu a partir dele um novo, em que se reafirmava o papel de relevo do órgão como defensor desses direitos, além de incluir-se a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos no escopo da ação judicial<sup>20</sup>. Este último projeto foi enviado ao Executivo, que o modificou (excluindo a expressão “outros interesses difusos”) e remeteu ao Congresso. Votado e aprovado em 1985, o referido projeto tornou-se a Lei n. 7347, a Lei da Ação Civil Pública.

Todas as inovações institucionais a que se fez referência aqui foram formuladas pelas lideranças da magistratura e dos promotores públicos, que assim protagonizaram o ciclo de reformas do sistema de justiça que precedeu os debates constituintes de 1987-88. É importante reforçar o fato de que estas reformas não se fizeram por simples iniciativa dos atores jurídicos. Elas foram formuladas, em grande parte, em resposta às pressões exercidas sobre as fronteiras do mundo jurídico por vários setores organizados da sociedade brasileira. Entretanto, tendo se lançado em debates e reflexões sobre os condicionantes da crise social da Justiça, as elites jurídicas puderam formular, a partir de um ponto de vista próprio, alternativas institucionais para o mundo jurídico, lançando novas bases de legitimação social para o direito e os seus profissionais. Com isso, essas elites foram capazes de reverter os efeitos desta crise a seu favor, tornando o ambiente favorável a sua atuação política e encontrando, inclusive, espaço para a atenção aos interesses corporativos das diferentes categorias profissionais.

---

<sup>20</sup> O projeto não apenas estipulava uma legitimação pluralista quanto à proposição das ações, que incluía o Ministério Público – além das associações civis, dos entes políticos da federação (União, estados e municípios) e das estruturas da administração descentralizada – como também instituía o inquérito civil que, inspirado no inquérito policial, é um instrumento administrativo que permite ao promotor público realizar investigações preparatórias de um determinado caso antes de decidir pela instauração, ou não, de um processo judicial (Silva, 2001; 49). A representação judicial através das associações civis e dos sindicatos era vista como insatisfatória por muitos especialistas devido à falta de preparo dessas instituições para lidar com a complexidade dos processos legais. Por outro lado, dado o fato de que o Ministério Público era titular de direito público, havia uma tendência a percebê-lo como ator legítimo para a proposição de ações judiciais da esfera cível que envolvessem qualquer elemento público, como era o caso dos interesses difusos (Silva, 2001: 44).

Em sua estratégia de atualização auto-conduzida do sistema de justiça, as elites jurídicas buscaram portar-se exclusivamente como profissionais do direito, discutindo as questões sociais que confrontavam o meio jurídico de uma perspectiva técnico-profissional, não como funcionários do Estado ou representantes da sociedade civil. Especialmente no que se refere aos magistrados e promotores, essa estratégia representava uma mudança em relação à sua imagem tradicional de profissionais afins aos interesses do Estado. O fato de que, ao buscar fundar em bases novas a legitimidade social de suas profissões e das instituições a que pertenciam, estes atores procuraram se aproximar da sociedade, não significou, por outro lado, a sua confusão com ela ou com os seus interesses específicos. Eles fizeram sempre questão de pronunciar-se e de agir em nome do direito e da necessidade de as instituições jurídicas cumprirem o seu papel social.

Este aspecto da atuação das elites jurídicas brasileiras é, em certo sentido, compreensível à luz da noção mannheimiana de *intelligentsia*. Mannheim definiu a *intelligentsia*, como um grupo social que se situa numa posição intermediária, intersticial, “entre e não acima das classes sociais” (Mannheim, 1974, 1986). Constituída por indivíduos provenientes das mais diversas origens sociais e não ocupando uma posição central na divisão social do trabalho, a *intelligentsia* caracterizar-se-ia por sua capacidade de adotar uma visão complexa e crítica da vida social, não engajada em nenhum lado específico dos conflitos que se estabelecem na sociedade. O descolamento em relação aos demais grupos sociais impulsiona o grupo ao constante exercício de construção de sua identidade e auto-imagem. Assim, a partir da reelaboração reflexiva dos valores e concepções disponíveis numa sociedade, a *intelligentsia* não constrói apenas imagens compreensivas do mundo, mas formula também imagens compreensivas de si própria, como um ator social desprovido de ideologias e equidistante em relação aos grupos sociais e seus interesses, mas, ao mesmo tempo, comprometido com valores que sintetizam e transcendem o registro unilateral das ideologias dos demais grupos sociais: as utopias. Neste sentido, a *intelligentsia* pode ser definida também como um grupo específico de intelectuais cuja atuação é marcada por uma espécie de “sentido de missão”, de promessa de ação política relacionada ao conteúdo da utopia que elabora (Martins, 1987).

Segundo Mannheim, uma das condições propícias à formação de uma *intelligentsia* é o fato de um grupo de intelectuais ter-se tornado reflexivo e articulado ante ao bloqueio a seu avanço social ou ante à sua decadência em relação a sua posição anterior (Mannheim, 1974). Logo que este bloqueio é suprimido, este grupo se lança novamente no seio da vida social e política e dá voz a um discurso até então abafado, porém condensado de elementos universais: “quando as circunstâncias permitem uma saída para a expressão coletiva do descontentamento, este torna-se um estímulo construtivo e cria um clima propício à crítica social (...) Esta é a situação que faz progredir a autoconsciência e favorece o surgimento de uma *intelligentsia*” (Mannheim, 1974: 116).

É possível ver alguns destes aspectos na atuação das elites jurídicas brasileiras da passagem dos anos 80. Embora não tenham se arrogando a “vocalização dos anseios da sociedade”, essas elites fizeram um claro movimento em direção a ela e efetivaram mudanças no mundo jurídico estando imbuídas de um sentido de missão, pelo imperativo de fazer penetrar a Justiça na sociedade brasileira, e, assim, reconstruir as bases de sua legitimidade social. Luiz Werneck Vianna e demais autores ressaltaram ainda o fato de que essa elite jurídica alimentou a expectativa de que as suas iniciativas reformadoras se efetivassem como uma espécie de “pedagogia cívica” para o “aperfeiçoamento” da vida social brasileira e para a construção da nova ordem democrática (Vianna *et al.*, 1999: 154).

Esta *intelligentsia* jurídica pode ser considerada, portanto, uma nova forma de manifestação da tradição dos juristas-políticos brasileiros. Contudo, era visível a mudança no registro de sua atuação: num momento em que a perspectiva de reconstitucionalização da ordem política democrática se fortalecia, esses novos juristas-políticos não se projetaram como organizadores da ação do Estado. Agora, a atuação dos juristas-políticos, ou melhor, da *intelligentsia* jurídica, voltava-se exclusivamente para o campo do direito e para as possibilidades que se abriam, dentro do quadro mais amplo da transição e da reorganização das relações entre o Estado e a sociedade brasileira, de se construir a legitimação das instituições e dos profissionais jurídicos em bases completamente autônomas.

## **CAPÍTULO 4: AS ELITES JURÍDICAS E O PROCESSO CONSTITUINTE – A DINÂMICA DOS INTERESSES E DAS IDEOLOGIAS NA BASE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*“Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis imanentes, já que, em tais momentos agudos de evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo”*

- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo* -

### **I – Os atores jurídicos no cenário pré-Constituinte: luta política e luta corporativa**

O meio jurídico brasileiro desembarcou nos anos 80 com uma agenda significativamente renovada. A gradual liberalização do regime autoritário e a perspectiva de volta à “normalidade democrática” inscreveram na pauta política a necessidade de se pensar o modelo da ordem institucional brasileira a partir de princípios novos, e, ao mesmo tempo, em sintonia com a realidade social do país. Esta necessidade impunha-se especialmente no caso das instituições e práticas jurídicas, cujo formato e princípios fundadores vinham sendo objeto de intensa crítica por parte da sociedade organizada. Em outras palavras, o mundo do direito sofria uma dupla pressão: a primeira era derivada da própria redemocratização da ordem política, que necessariamente implicava o tema da democratização das estruturas do Estado, inclusive aquelas voltadas para a administração da justiça; a segunda ligava-se a um fator ainda mais decisivo para o meio jurídico, e dizia respeito às exigências específicas colocadas pelo quadro de “crise” social da Justiça configurado desde o final dos anos 70.

Embora as demandas políticas vindas de fora representassem uma forte pressão sobre o campo jurídico e seus atores, elas também representavam uma oportunidade de exposição pública para instituições e profissionais que vinham

buscando se recuperar da exclusão política imposta ao longo do período autoritário. Assim, tão logo as restrições políticas que lhes eram impostas foram suprimidas, os atores jurídicos engajaram-se no debate público e buscaram restabelecer os limites do seu espaço institucional dentro da organização sócio-política do país. Fortalecidos pela centralidade adquirida pelo tema do direito em meio à luta pela redemocratização, esses atores puderam transformar as pressões externas por mudanças no sistema de administração da justiça e pela ampliação das fronteiras do direito em argumentos políticos pelo próprio fortalecimento institucional do direito no país. Deste ponto de vista, os profissionais jurídicos viram-se não apenas convocados, mas também motivados a participar ativamente dos debates em torno da nova ordem democrática brasileira.

Fizeram-no, contudo, orientados por uma indisfarçável visão corporativista, a qual não se restringia ao registro geral do pertencimento ao campo do direito. O tema da redemocratização e a constatação da falência das instituições e prática jurídicas incidiam de forma diferenciada sobre esses profissionais, conforme a natureza de seu vínculo com a sociedade e com as estruturas do Estado, como se viu no capítulo anterior. As tentativas de reverter o quadro crítico então colocado vinham contribuindo para a articulação das diferentes categorias profissionais em torno de posições que traduziam demandas específicas, ligadas ao seu papel particular dentro do sistema de administração da justiça. Desta forma, a precipitação dos profissionais jurídicos no debate público da primeira metade dos anos 80 coincidiu com o momento em que, diante das diferentes estratégias adotadas para fortalecer ou mesmo conquistar novas posições de poder, os temas corporativos ganhavam grande relevância dentro do campo do direito.

Portanto, embora seja possível identificar um consenso entre os atores jurídicos quanto à oportunidade representada por uma eventual reconstitucionalização do país para a construção de uma ordem político-institucional em que o direito fosse fortalecido – o que exigia a participação ativa, se não hegemônica, da *intelligentsia* jurídica naquele processo –, o complexo quadro de interesses e motivações configurado dentro do campo jurídico teve influência direta sobre a percepção particular desses profissionais quanto ao desenho da nova ordem institucional e ao padrão adequado de atuação política. Esta tendência, manifesta desde o início da década, acentuou-se

conforme a perspectiva de convocação de uma Assembléia Constituinte se consolidava, e adquiriu características ainda mais nítidas nos debates constituintes de 1987-88, quando a movimentação do campo jurídico para fazer valer seus interesses e concepções junto aos condutores do processo foi intensa e caracteristicamente cindida pelos interesses das diferentes corporações do meio jurídico.

A OAB, por exemplo, participou ativamente da luta política pela redemocratização. Tendo se manifestado ainda no final da década de 70 a favor da reformulação da ordem constitucional e aderido à bandeira da anistia “ampla, geral e irrestrita”, a OAB atuou também na campanha pelas eleições diretas e, posteriormente, conduziu o movimento pela convocação de uma Constituinte exclusiva. Conforme se afirmou anteriormente, a entidade buscou manter um posicionamento independente, identificando-se sempre como a instituição de classe dos advogados, cujo compromisso profissional com a ordem jurídica e com a Constituição fundamentava sua atuação política.

Em meados da década de 80, a campanha pela eleição do presidente que conduziria o governo de transição consolidou a perspectiva de reconstrução da ordem político-institucional. Ressurgiram, então, as discussões acerca da convocação da Assembléia Constituinte. Através de congressos, ciclos de debates e atos públicos, a OAB mobilizou-se em prol de uma constituinte exclusiva, a qual deveria ser convocada e instalada imediatamente após a posse presidencial e extinta uma vez promulgada a nova carta. No entanto, o governo de transição – comandado por uma aliança entre os setores moderados da oposição ao regime militar e a dissidência da antiga ala governista – forçou uma estratégia de mudança institucional que condicionava a Constituinte a dois pontos polêmicos: em primeiro lugar, à atribuição de poderes constituintes ao Congresso que seria formado nas eleições ordinárias de 1986, o qual funcionaria simultaneamente como Legislativo ordinário e incluiria os senadores eleitos ainda em 1982; e em segundo, à criação de uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a qual elaboraria estudos e sugestões a serem encaminhadas pelo Executivo federal à futura Constituinte.

A OAB condenou veementemente essas disposições da Aliança Democrática. No que se referia à conversão do Congresso Nacional em Congresso Constituinte, a principal restrição fundava-se nos argumentos sobre a natureza derivada e não

originária de seu poder; para os críticos, os mecanismos da representação política e do sistema partidário, além de serem viciados no sistema brasileiro, eram alheios à lógica legítima do poder constituinte<sup>1</sup>. Assim, Herman Baeta, então presidente do Conselho Federal da OAB, alegava: “nós, da OAB, achamos que a pré-condição para a Constituinte é um amplo diálogo nacional, com a colocação dos temas em praça pública, como se fez por ocasião da campanha por eleições diretas. Depois, é só aprofundar a discussão desses temas nas instituições, isto é, dentro dos partidos políticos, nas associações profissionais, universidades, escolas, igrejas, empresas e sindicatos. E aí surgiriam candidatos que, sendo eleitos constituintes, levariam essas idéias para a elaboração de um texto básico, de onde se originaria a Constituição que a Nação quer” (Baeta, 1985, *apud* Lessa & Linhares, 1991: 136).

Quanto à prévia elaboração de um esboço de projeto constitucional a ser encaminhado à Constituinte, o Conselho Federal da OAB foi igualmente taxativo. Defendendo a ampla discussão em torno do novo texto constitucional, bem como a abertura da Constituinte à participação de segmentos populares e de entidades da sociedade civil, a OAB criticou a idéia de “uma Carta Magna elaborada nos gabinetes dos juristas e dos supostos sábios e imposta à Nação” (Herman Baeta *in O Globo*, 02/04/95, *apud* Dossiê Constituinte, 1986: 139). Os principais argumentos contra a apresentação de um anteprojeto de “notáveis” eram o pré-condicionamento ilegítimo dos debates constituintes e a falta de representatividade social de uma comissão de especialistas, o que tenderia a fazer prevalecer a “correção jurídica” sobre a “vontade popular”: “na feitura de uma Constituição, ao contrário da Lei Ordinária, a técnica jurídica vem em segundo lugar, e as opções políticas em primeiro” (Nilo Batista *in O Globo*, 11/08/95, *apud* Dossiê Constituinte, 1986: 141)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A tese do poder constituinte originário havia sido defendida por Raymundo Faoro no livro *Assembléia constituinte: legitimidade recuperada*, lançado em 1981. Preocupado com a garantia das condições de realização de mudanças efetivas na vida do país, Faoro combateu duas teses alternativas defendidas no cenário político da época: a da reforma constitucional, via emendas, e a do Congresso Constituinte. Acusava ambas de serem “expedientes requintados e de verniz jurídico”, porém vazios de legitimidade. Particularmente com relação ao Congresso Constituinte, a estratégia de Faoro consistiu em ressaltar o seu caráter derivado, afirmando que “os representantes do povo, eleitos para exercer o Poder Constituinte originário, se vinculam aos seus comitentes ou à nação, enquanto os legisladores ordinários refletem uma constelação de poder que gira em torno do governo. Um é, assim, fundamentalmente popular na sua expressão, ao passo que o outro é estatal” (Faoro, 1985: 77). Foi basicamente este o argumento empregado tanto na campanha pela Constituinte exclusiva, deflagrada pela OAB no início da década, quanto no repúdio à decisão do governo transitório, em 1985.

<sup>2</sup> De fato, quando da formação da referida Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, nenhum advogado a integrou enquanto representante da OAB. Notas publicadas na imprensa registram que a entidade não teria indicado nenhum nome para participar da comissão (*O Estado de São Paulo*, 26.06.85 *apud* Dossiê Constituinte), embora a versão mais comum sobre a sua formação atribua exclusivamente à pessoa do então Presidente Tancredo Neves a

Renato Lessa e Leila Linhares ressaltaram o tom desprovido de elementos corporativos na atuação da OAB em relação ao episódio da convocação da Constituinte. Segundo os autores, uma “ética demiúrgica e altruística” teria motivado essa atuação, na medida em que, embora defendesse ativamente a livre constituição da Assembléia Constituinte pela própria sociedade civil, a OAB não reivindicava a condição de representar a sociedade e de tomar as decisões em relação aos fundamentos da futura institucionalidade democrática brasileira. Entretanto, é preciso estabelecer distinções entre os interesses de um determinado grupo e a construção ideológica de que faz uso para encobrir o caráter sempre parcial de qualquer tentativa de influir sobre o curso das decisões políticas. O fato de que a OAB compareceu de público para desaprovar a iniciativa do governo revela menos sobre um possível caráter “altruísta” de sua postura institucional do que sobre o seu interesse em legitimar-se como uma entidade independente.

A estratégia de aproximação em relação à sociedade civil, adotada desde a década de 70, buscou antes desvincular o estatuto público da OAB de associações com a estrutura do Estado do que vinculá-lo à representação política da sociedade civil brasileira, o que implicaria a defesa de bandeiras relacionadas a grupos sociais específicos, além dos próprios advogados. Em um contexto em que a OAB – bem como as demais corporações do campo jurídico – buscava consolidar sua identidade e seu papel na nova ordem democrática e fortalecer as suas pretensões de auto-organização do campo do direito, era fundamental assumir uma postura nitidamente institucional, associada a um argumento “não-político” sobre a legitimidade dos vários aspectos envolvendo a futura Constituinte. Em outras palavras, não se arrogar a tarefa de elaborar, em nome da sociedade, as novas regras da organização político-institucional do país garantia à OAB a legitimidade de fazê-lo no que dizia respeito exclusivamente ao campo do direito e em nome apenas dos advogados e de seus interesses profissionais (institucionais e corporativos).

Deste ponto de vista, a atuação específica em torno da convocação da Constituinte pode ser compreendida como a explicitação do padrão corporativo peculiar da ação política da OAB, que sempre envolvia a reafirmação do compromisso da

---

seleção dos seus integrantes, a partir de nomes conhecidos seus. De qualquer forma, foi sintomática da postura da Ordem a recusa ao convite formalmente feito a Eduardo Seabra Fagundes, jurista eminente e presidente do Conselho Federal da OAB no crítico biênio 1979-81. Cf. Duarte, 1987; Cittadino, 2000.

instituição e dos advogados com a defesa dos princípios gerais do Estado de Direito. De fato, o posicionamento autônomo da OAB em relação ao tema da Constituinte já havia se mostrado anteriormente e, o que é mais interessante, negava a tese de que a entidade não buscasse postular uma concepção específica sobre a nova institucionalidade democrática. A realização do Congresso Pontes de Miranda, promovido em 1981 pela OAB/RS e pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, foi um exemplo disso. Tendo sido organizado para elaborar uma proposta de constituição, a título de “colaboração e estímulo à convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte”, o Congresso ofereceu ao debate público, em nome da comunidade jurídica brasileira, um projeto constitucional completo, intitulado “Proposta de uma Constituição Democrática para o País”. Posteriormente, no próprio ano de 1985, o II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituintes serviu de ocasião para a OAB discutir e formular algumas das principais sugestões que a entidade levaria, como propostas suas, aos debates constituintes de 1987-88.

No caso do Ministério Público (MP), o aspecto corporativo da atuação de seus membros era ainda mais flagrante, já que o engajamento político nas campanhas do período transitório foi pouco significativo, em comparação à OAB. Como se comentou anteriormente, a organização da carreira do MP em nível nacional só ocorreu em 1981. A Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) resultou de intensos debates, os quais, desde meados da década de 70, vinham tratando das medidas fundamentais a serem implementadas para a valorização da carreira. Uma das reivindicações da categoria dizia respeito à equiparação de salários e vantagens com a magistratura, bem como a garantia das mesmas prerrogativas funcionais dos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos). Justificava-se a necessidade de tais garantias como um aspecto essencial à independência da ação do promotor na persecução da justiça diante dos poderes estabelecidos. Por outro lado, o argumento da garantia de melhores condições para o sucesso da persecução penal era empregado na defesa de uma atuação contundente do MP na supervisão dos inquéritos policiais, prevendo-se inclusive a possibilidade da avocação de processos

em andamento por promotores públicos e a sua condução sem a participação de delegados de carreira<sup>3</sup>.

Outra bandeira fundamental da corporação do MP referia-se à independência do órgão em relação ao Executivo, particularmente no que se referia à nomeação do seu chefe. Embora o “Pacote de Abril”, de 1977, houvesse reafirmado as atribuições tradicionais do MP e concedido-lhe a prerrogativa de proposição de ações diretas de inconstitucionalidade, a sua vinculação ao Executivo inviabilizava o pleno e livre exercício dessas atribuições. Por outro lado, o crescente questionamento da legitimidade do regime militar pelos setores organizados da sociedade tornava a já delicada questão da legitimidade social do MP ainda mais complexa, devido ao atrelamento do órgão a um Executivo de feições autoritárias, que freqüentemente instrumentalizava os seus profissionais em ações arbitrárias. Diante disso, os membros do MP voltaram-se contra as constantes injunções políticas sobre a atuação do órgão, reforçando a demanda pela sua participação na escolha do Procurador-Geral e propondo a completa autonomia institucional (administrativa e financeira) do MP em relação aos Poderes de Estado<sup>4</sup>.

Mesmo depois que os princípios gerais da organização da carreira ficaram estabelecidos, a mobilização interna da corporação do MP foi mantida. Como a lei aprovada em 1981 comportava dispositivos que não correspondiam às expectativas do MP – especialmente no que se referia à manutenção da dependência em relação ao Executivo e à não concessão aos promotores das mesmas garantias e prerrogativas funcionais da magistratura –, as lideranças da corporação buscaram manter o movimento ativo nacionalmente para viabilizar a pressão política junto ao Congresso Nacional e a órgãos específicos dentro do Executivo. Tal estratégia foi ainda mais importante em vista do fato de que a aprovação da LOPM remetia a luta pela conquista de novas demandas para a arena política dos diferentes estados, onde seriam

---

<sup>3</sup> A essas pretensões de ampliação do poder e do *status* do promotor dentro do campo jurídico, que ainda vivia restringido nas suas relações com o campo do poder, os demais atores reagiam imediatamente. Entre o final dos anos 70 e a promulgação da Constituição de 1988, os *lobbies* dos magistrados e dos delegados de polícia atuaram firmemente junto ao Congresso Nacional e ao Executivo federal para impedir o acolhimento dessas propostas.

<sup>4</sup> Se, no caso dos advogados e da OAB, foi a ditadura militar “quem tirou a Ordem para fora”, como afirmou um de seus militantes, pode-se afirmar que, no caso do Ministério Público, quem cumpriu este papel foi a perspectiva de redemocratização da ordem política. A este respeito, Júlio A. V. Lopes afirmou: “verifica-se que a desvinculação funcional do Estado, embora proposta pioneiramente há décadas (...) apenas durante o crescimento da luta democrática e questionamento do regime autoritário, na década de 80, assumiu relevância equivalente (e, por vezes, superior) ao aspecto institucional relativo à escolha do chefe do *parquet*” (Lopes, 2000: 117).

elaboradas as leis locais. Tal fato tendia a enfraquecer as pretensões da categoria de implementar mudanças na inscrição constitucional do MP<sup>5</sup>.

Como observou Júlio A. L. Lopes (2000), esta mobilização política dos membros do MP propiciou não apenas o fortalecimento do espírito corporativo entre eles, mas contribuiu também para a constituição de um espaço crítico dentro da corporação, até então ausente do debate público e institucionalmente fragilizada. A luta corporativa dos membros do MP coincidia com a maior vitalidade das manifestações dos vários setores sociais e políticos contra o regime autoritário. Naquele contexto, a crescente perda de legitimidade do regime incitava a corporação a buscar se afastar do Estado – cujos interesses ainda representava devido a suas funções institucionais – e a voltar-se para a sociedade, em busca de novos fundamentos para a legitimação do MP junto à população brasileira.

Esta reviravolta na postura institucional do MP foi tão mais significativa quando se considera que o problema da legitimidade política da instituição coincidia com a explosão da crise do sistema de administração da justiça, acidamente criticado pelos setores organizados da sociedade civil em meio à luta pela redemocratização. Estas circunstâncias permitiram que a batalha pela autonomia institucional do MP e pelo fortalecimento da carreira incorporasse a perspectiva de uma redefinição do próprio papel e das atribuições do órgão e dos seus profissionais no sistema de justiça brasileiro.

Neste sentido, os frutos mais notáveis da pressão política exercida pelo *lobby* do MP junto aos Poderes centrais foram, como se viu no capítulo anterior, a lei que legitimou o órgão para a proposição de ação de responsabilidade civil e criminal com respeito a danos causados ao meio ambiente, em 1981, e a LACP, a partir de quando o perfil institucional do MP adquiriu definitivamente as feições de órgão à disposição da sociedade para a defesa de seus interesses indisponíveis – definição já constante da própria LOMP. Ao mesmo tempo, a corporação do MP buscou defender ainda a especialidade de sua função e o seu papel de fiscal da execução da lei: “o promotor de

---

<sup>5</sup> Foi depois de 1981, com a progressiva elaboração das legislações estaduais, que os membros do Ministério Público conseguiram garantir conquistas mais significativas em termos corporativos. No caso de São Paulo, por exemplo, a Lei Orgânica aprovada em 1982 tornou o Ministério Público paulista mais forte e independente. Pela lei foi instituído o mandato de dois anos para o cargo de Procurador-geral e atribuíram-se novas funções ao Ministério Público, nas áreas de proteção ao meio ambiente – seguindo as determinações de um lei federal de 1981 – e ao patrimônio histórico e cultural e de defesa do consumidor.

justiça sempre representou um importante contrapeso contra a possível arbitrariedade do magistrado (...). Neste sentido, a atribuição de ‘fiscal da lei’ significou concreta e salutarmente ser o promotor de justiça um ‘fiscal do juiz’” (Macedo Jr., 1995: 45). Por esta outra via, isto é, como contrapeso da autoridade do juiz, ampliava-se o canal de contato do promotor de justiça com a sociedade, o que certamente contribuía para a consolidação entre esses profissionais de sua auto-percepção como atores vocacionados para a defesa dos interesses sociais.

Em conseqüência de toda essa intensa articulação política da categoria, o MP foi consideravelmente fortalecido ao longo da primeira metade dos anos 80, tendo consolidado suas atribuições na área penal e ampliado suas funções na área cível. De “órgão auxiliar do governo”, submetido às injunções políticas do regime autoritário e aos desmandos dos governos estaduais – que faziam uso político da demissibilidade *ad nutum* dos Procuradores-Gerais de Justiça para impor sua vontade na repressão política e no condicionamento da persecução penal diante de denúncias envolvendo irregularidades cometidas pela administração pública – o MP passou a “cooperador da justiça” (Silva, 2001: 56).

A ampliação do perfil institucional do MP e a crescente assunção do papel de defensor dos interesses sociais não afastaram o órgão da luta pelas demandas da corporação. Pelo contrário, as duas coisas se fundiram, de forma que as contribuições do MP na fiscalização da aplicação das leis e na defesa da sociedade eram constantemente empregadas como argumento para justificar as bandeiras corporativas em torno da independência institucional do órgão e da concessão de prerrogativas e garantias funcionais aos membros da carreira.

Do ponto de vista político, o engajamento do MP na luta pela redemocratização da ordem institucional – o que incluía a possibilidade de renovação da sua imagem institucional - deu-se pela via do argumento “técnico”, que justificava as mudanças pretendidas pelo órgão como sendo requisitos fundamentais para o pleno funcionamento das instituições jurídicas, de acordo com os padrões do Estado de Direito. As críticas ao regime autoritário, formuladas de dentro do próprio aparelho de Estado, tenderam a se restringir ao enfoque jurídico, empregando argumentos que atingiam de forma indireta a lógica de operação do autoritarismo e que se voltavam, na

maior parte das vezes, para o problema da submissão do MP às injunções políticas do Poder Executivo.

Ao longo do tumultuado e lento processo de transição para a democracia, a maior visibilidade na atuação da corporação do MP coube à Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), que reunia as entidades estaduais. Organizando debates e encontros nacionais da categoria, a CONAMP reafirmou o teor da luta corporativa do MP na futura democracia. Dominavam a pauta política os velhos temas da independência institucional do órgão em relação aos demais Poderes, da participação da corporação na escolha do seu chefe e da garantia de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de salários aos membros da corporação. Paralelamente, fortalecia-se a dimensão política da atuação do MP, através do adensamento de uma postura institucional comprometida com a defesa do interesse público, da ordem jurídica democrática e da futura Constituição.

A convocação da Constituinte provocou grande mobilização da corporação do MP. A CONAMP enviou trabalhos formulados por membros da categoria à Comissão Afonso Arinos, na tentativa de exercer alguma influência sobre as discussões que fundamentariam os futuros debates constituintes<sup>6</sup>. Mas a grande luta da corporação se deu efetivamente na Constituinte. Suas elites realizaram uma ampla consulta aos membros da carreira, em que se buscou identificar a sua opinião acerca do tratamento que a futura Constituinte deveria dar ao MP. A partir daí as associações estaduais reunidas na CONAMP formularam uma detalhada proposta da corporação para a inscrição constitucional do MP. Esta proposta foi consolidada num documento produzido ao longo do 1º Encontro Nacional de Procuradores Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, realizado em Curitiba, em junho de 1986, e ficou conhecido como a “Carta de Curitiba”.

Foi esta “Carta” que a corporação do MP apresentou aos debates da ANC no ano seguinte, tendo todos os participantes do encontro de Curitiba assumido três compromissos fundamentais: apoiar o texto da Carta junto à ANC; abster-se de apresentar diretamente emendas ao texto, devendo estas ser encaminhadas a direção da CONAMP; e delegar à Direção da CONAMP a adequação do texto às peculiaridades dos trabalhos constituintes (Mazzilli, 1991). Compreendendo a nova

constituição como a grande oportunidade para reverter definitivamente a imagem do MP de agente do regime para defensor da sociedade, os promotores e procuradores de justiça foram coesos em sua ação política e chegaram à ANC informados pelo substrato político-ideológico fundamental do projeto CONAMP: a atuação do MP em benefício da comunidade e da ordem democrática como justificativa para o fortalecimento político da instituição e para a concessão de prerrogativas e garantias funcionais aos membros do MP.

Não foi muito diferente o comportamento político da magistratura nos debates prévios ao estabelecimento da Constituinte. Corporação jurídica havia muito deslocada do plano da vida pública para o da arbitragem e resolução de litígios privados e cultivadora do tradicional mito do juiz retirado do plano real dos conflitos sociais, os magistrados permaneceram ausentes do debate público nas primeiras fases da transição política, envolvendo-se apenas tardiamente com a bandeira da redemocratização (Vianna *et al.*, 1997). Quando o fizeram, restringiram-se à defesa do princípio liberal-formal da separação entre os Poderes, na maior parte do tempo. Sua preocupação foi, antes, a de garantir a supressão da interferência arbitrária do Executivo e ratificar a soberania do Poder Judiciário.

De fato, esta preocupação foi uma constante na história da magistratura brasileira, dada a notória fragilidade institucional do Judiciário diante do Executivo. As constantes mudanças na estrutura, organização e atribuições do Judiciário ao longo do período republicano – muitas das quais ocorridas exatamente por força de intervenções – explicitavam o problema do insucesso na consolidação do Judiciário enquanto instituição independente, a despeito do seu *status* constitucional como um Poder autônomo: “durante a República, caminhou-se no sentido de uma maior institucionalização e de incorporação de garantias, não obstante os repetidos atos de solapamento da autoridade judicial. Em todos os momentos em que se quebrou a ordem democrática, o Judiciário foi sensivelmente abalado. (...) Conflitos entre o Executivo e o Judiciário repetiram-se, sempre em detrimento do Judiciário” (Sadek, 1995: 14)<sup>7</sup>. Se houve conquistas efetivas de autonomia institucional, estas se deram

---

<sup>6</sup> De fato, o anteprojeto daquela Comissão valorizou o Ministério Público, conferindo-lhe autonomia administrativa e financeira e equiparando a carreira àquela da magistratura, em termos de vantagens e restrições (Duarte, 1987: 89).

<sup>7</sup> O próprio fato de que, até a nova Constituição, o Judiciário era financeiramente dependente do Executivo, a quem cabia a iniciativa de criar cargos, funções e novos postos, fixar os vencimentos de seus funcionários e determinar aumentos de salários, reflete a condição de dependência institucional em que sempre se viu o Judiciário no país.

particularmente através da estruturação da carreira que, tendo sido promovida para garantir as condições de eficácia das decisões dos magistrados, permitiu ainda a manutenção de uma imagem elitizada da corporação junto à sociedade brasileira<sup>8</sup>.

Por outro lado, a estruturação da magistratura como uma carreira altamente hierarquizada e elitizada dentro do Estado conformou um forte espírito corporativo entre seus membros, o que contribuía para o insulamento social desses profissionais e para o fechamento estrutural do Judiciário em relação à sociedade. Na verdade, o afastamento em relação à sociedade foi uma característica tradicionalmente valorizada no *ethos* profissional dos magistrados, tida como uma verdadeira virtude, pois permitia ao Judiciário apresentar-se como um Poder rigorosamente neutro e dava à imagem pública do magistrado a credibilidade necessária para julgar os conflitos e ter suas decisões referendadas socialmente.

Esta postura distante e superior da magistratura ficava explícita na rigidez das instituições jurídicas para ultrapassar o registro formalista e lidar com os problemas que afetavam o cotidiano da sociedade brasileira; também se deixava evidenciar no tratamento dispensado às demais profissões jurídicas, particularmente em relação à advocacia, constantemente sujeita às pressões pela realimentação de suas fontes de legitimidade social. Mesmo a inscrição subordinada da magistratura ao longo do autoritarismo militar não representou, por si só, um impulso à alteração da sua postura formalista e avessa ao debate público. Ao contrário, os pronunciamentos em relação às arbitrariedades cometidas pelo regime tendiam a se concentrar nos aspectos estritamente relativos ao funcionamento do Judiciário, ou seja, ao cânon das suas atribuições soberanas na garantia da ordem jurídica, de um lado, e ao argumento corporativo da inconstitucionalidade da suspensão de suas prerrogativas funcionais, de outro<sup>9</sup>.

De fato, o envolvimento das elites do Judiciário nos debates que marcaram os primeiros anos da década de 80 só aconteceu quando os problemas relativos à

---

<sup>8</sup> Esta imagem sobreviveu mesmo ao grande ciclo de mobilidade social da década de 60, a partir de quando o recrutamento dos magistrados deixou de ocorrer exclusivamente entre as elites sociais brasileiras. Preocupadas com os efeitos do crescimento da heterogeneidade entre seus membros sobre a identidade da corporação, as estruturas estaduais de justiça passaram a organizar, a partir dos anos 70, escolas de magistratura, antecipando o processo de formação institucional dos seus futuros membros. Cf. Vianna *et al*, 1997.

<sup>9</sup> Num comentário crítico em relação à postura institucional da magistratura e do Judiciário ao longo do autoritarismo, José Eduardo Faria afirmou: "muitas vezes o Judiciário se viu, nos anos cinzentos da segurança nacional, inclinado mais a admitir restrições impostas pelo Executivo à sua autonomia do que a deixar-se questionar pelas massas empobrecidas" (Faria, 1994: 14).

administração da justiça afetaram politicamente a atuação da magistratura, isto, é, quando os setores sociais organizados passaram a questionar a legitimidade de instituições e práticas jurídicas que não eram apenas distantes da realidade social, mas que eram também fundadas em uma legalidade completamente deformada pelo autoritarismo do regime militar. No bojo da crise do autoritarismo e da luta pela redemocratização, a magistratura teve a legitimidade social da suas decisões colocadas sob questão, e, a partir daí, viu-se impulsionada a agir politicamente. Isto significa dizer que foi o questionamento aos fundamentos da legitimidade do regime militar e, conseqüentemente, das estruturas de Estado que o sustentavam, que tornou politicamente relevantes para a magistratura as críticas relativas ao fechamento estrutural do Judiciário e ao referencial formalista da apreciação judicial.

À medida que a demanda pelo pronunciamento dos magistrados em face dos novos e variados conflitos sociais cresceu, e que emergiu como tema político a garantia de democratização do próprio Judiciário na futura Constituição – tanto no sentido da ampliação do acesso dos vários setores sociais à justiça, quanto no sentido de maior participação da sociedade na administração da justiça – os magistrados viram-se motivados a tomar posição no debate. Tenderam a repudiar as acusações de morosidade da Justiça e de fechamento das instituições jurídicas em relação à sociedade, bem como as demandas pelo controle externo de suas atividades. O próprio tema da democratização do Judiciário foi filtrado pela magistratura e incorporado como a necessidade de garantir maior participação da corporação na definição de seus chefes máximos, e em protesto contra a representação da categoria pelo vértice da corporação (Vianna *et al.*, 1997).

Inspirada pelo interesse de garantir a autonomia institucional do Judiciário e a não-interferência externa no processo de prestação jurisdicional, a estratégia política da magistratura consistiu em negar a necessidade de alterações profundas na estrutura do sistema de justiça brasileiro, enfatizando o caráter suficiente da suspensão das restrições impostas ao Judiciário pelo Executivo. Sem entrar no mérito político do autoritarismo do regime, a magistratura engajou-se nos debates do período enfatizando tão somente a separação prevista entre os dois Poderes na Constituição em vigor – com o que buscava também abafar a imagem de um Judiciário submisso ao

Executivo<sup>10</sup>. Manteve-se sempre, contudo, a perspectiva corporativa de uma justiça administrada exclusiva e soberanamente pela magistratura.

Com a convocação da Constituinte, os magistrados passaram a mobilizar-se para tentar influenciar o teor das mudanças que seriam introduzidas na ordem político-institucional brasileira, especialmente no que se referia à delimitação dos termos da reforma do Judiciário e à definição do papel da magistratura na futura democracia. Consolidar a autonomia institucional do Judiciário, reafirmar o monopólio da jurisdição, assegurar as prerrogativas e vantagens associadas à função, e participar da formulação política dos instrumentos judiciais alternativos a serem introduzidos na prática profissional do Direito no Brasil tornaram-se os temas fundamentais de sua pauta.

Várias associações estaduais de magistrados promoveram ciclos de debates e estudos constitucionais, destacando-se aqueles organizados pelas mais atuantes no cenário nacional, a Associação Paulista de Magistrados (APM), a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que seria a representante da corporação nos debates constituintes. Na apresentação ao ciclo de debates intitulado “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, organizado pela AJURIS e pela Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do SUL, um de seus organizadores, o desembargador gaúcho Milton dos Santos Martins, asseverou a oportunidade que a Constituinte representava para a consecução dos objetivos institucionais, funcionais e políticos da magistratura. Em suas próprias palavras, a Constituinte trazia consigo a “oportunidade [para a magistratura] para efetivar as próprias garantias e alcançar a modernização do Judiciário, a fim de atender aos reclamos de justiça do povo, a que devemos servir, e ao mister de inserir-se como poder político do governo” (AJURIS, 1985: apresentação).

---

<sup>10</sup> A despeito da notória homogeneidade ideológica da magistratura, muitos de seus membros passaram a problematizar o tecnicismo e o isolamento social do Judiciário em relação à sociedade, defendendo um papel mais ativo, social e politicamente, da magistratura. Esta postura, contudo, era minoritária e permanecia restrita à ação individual de alguns juízes. Foi apenas a partir do final dos anos 80 que se consolidaram os primeiros grupos de magistrados atuando conjuntamente sob uma visão alternativa do direito e dos instrumentos jurídicos.

## II – O projeto da Comissão Afonso Arinos e a definição dos termos dos debates constituintes

A despeito de toda a mobilização da sociedade civil pela convocação de uma Assembléia Constituinte exclusiva, o governo de coalizão da Nova República conseguiu aprovar uma emenda que instituiu a Constituinte Congressual, a ser convocada em 1987. Para subsidiar seus trabalhos, nomeou, ainda em 1985, uma Comissão presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, a qual devia realizar estudos e oferecer sugestões à Constituinte quando da sua instalação. Embora o compromisso inicial de Tancredo Neves fosse com a convocação de uma Comissão formada por representantes de diferentes segmentos da sociedade brasileira, aquela foi constituída de fato a partir de uma lista formulada pelo próprio presidente, contendo nomes conhecidos seus e sem qualquer vinculação necessária às várias entidades ou movimentos comprometidos com a redemocratização e com a efetiva mudança da ordem institucional brasileira. Antes da efetiva convocação dos “notáveis”, a lista ainda foi amplamente modificada pelo já presidente José Sarney. Diante dos nomes finalmente anunciados para a composição da Comissão, Raymundo Faoro reagiu afirmando: “será uma encenação de efeitos pouco duráveis” (Faoro *in* Jornal do País, 22 a 28/8/85 *apud* Dossiê Constituinte, 1986: 54).

Na verdade, predominavam entre os “notáveis” da Comissão Afonso Arinos juristas e advogados – dentre os seus quarenta e nove membros, trinta eram juristas e muitos deles atuavam na área do Direito Constitucional; a maior parte deles, no entanto, não se destacava por sua militância política, ao passo que alguns estavam mesmo associados aos setores sociais mais conservadores. Uma caracterização político-ideológica dos membros da Comissão, feita pela Folha de São Paulo a partir da análise de suas biografias, revelou o seu perfil predominantemente conservador: 5 eram de direita, 6 de centro-direita, 16 de centro, 15 de centro-esquerda e 7 de esquerda. No que diz respeito aos profissionais do Direito, em particular, 2 eram de direita, 3 de centro-direita, 14 de centro, 9 de centro-esquerda e 2 de esquerda (*apud* Duarte, 1987)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> O editorial de um jornal da época assim se posicionou em relação à Comissão: “A Comissão Afonso Arinos causou perplexidade e frustração nos meios políticos progressistas e grande euforia na direita. Concebida pelo Dr. Tancredo Neves como um grande estuário para onde confluíam todas as tendências da opinião pública, terminou

Os trabalhos da Comissão começaram ainda em 1985, com os debates estendendo-se até meados do ano seguinte. Ciente das reações negativas à iniciativa do Executivo por parte do espectro mais progressista da opinião pública – como foi o caso da OAB – o jurista Joaquim de Arruda Falcão Neto, membro da Comissão, afirmou, ainda no princípio dos trabalhos, que o grande desafio colocado era o de “compatibilizar a boa técnica jurídica com a formulação de soluções, de modo que o anteprojeto que a Comissão vai apresentar ao fim de seus trabalhos reflita realmente as aspirações da sociedade brasileira” (Falcão Neto *in* O Globo, 19/01/86 *apud* Dossiê Constituinte, 1986: 59). Ao final dos trabalhos, a despeito de o grupo conservador ter sido majoritário na composição da Comissão, a maior parte dos analistas ressaltou o caráter progressista e inovador do seu projeto de Constituição<sup>12</sup>.

Gisele Cittadino (2000) formulou alguns argumentos que permitem explicar esta derrota dos conservadores na “Comissão de Notáveis”. Embora a autora mencione a falta de articulação da ala direita e o maior ativismo dos membros tidos como de esquerda – grande parte dos quais eram juristas –, o argumento mais relevante para os propósitos deste trabalho é aquele que associa o teor do projeto final da Comissão a um texto apresentado ainda no início dos trabalhos pelo jurista José Afonso da Silva. Referido por Cittadino como um dos mais respeitados “comunitários” entre os juristas brasileiros<sup>13</sup>, José Afonso da Silva escreveu um projeto de texto constitucional diretamente inspirado nas concepções consubstanciadas nas Constituições Portuguesa

---

sendo uma comissão de conservadores, liberais e direitistas notórios. Várias pessoas que haviam sido convidadas pelo Dr. Tancredo não integraram a lista de Sarney. Além dessa desconsideração, uma outra de maior expressividade ocorreu com os setores populares e progressistas da vida pública brasileira e dos mais marginalizados da sociedade, que não tiveram representatividade. Na lista de Tancredo Neves havia pelo menos três negros: o jornalista Carlos Alberto de Oliveira, Caó, Secretário de Trabalho do Governo do Estado do Rio de Janeiro, o economista e advogado Nilton Santos e a vereadora do PT fluminense Benedita da Silva. Foram todos expurgados. Também não figura um índio e apenas duas mulheres sem militância política. Duas mulheres numa comissão de 50 pessoas. Uma mulher para 24 homens. Na comissão pesam os bacharéis da UDN e os empresários. O mineiro João Paulo Pires Vasconcelos, que estava na relação sugerida por Tancredo foi vetado e não entrou (...)(Jornal do País, 22 a 28/8/85 *apud* Dossiê Constituinte, 1986: 54).

<sup>12</sup> De fato, o rumo que os debates tomaram na Comissão surpreendeu até mesmo alguns dos membros da ala conservadora. O sinal mais evidente de que as coisas não haviam saído conforme o esperado foi o afastamento do advogado Ney Prado, porta-voz dos conservadores e secretário-geral da Comissão, já no final dos trabalhos, por discordar do texto final votado por seus pares. Uma vez afastado, Ney Prado – que era professor da Escola Superior de Guerra, chefe da Divisão Política do Colégio Interamericano de Defesa, em Washington, e contava com a simpatia do então Ministro do Exército – fez publicar-se o texto, à revelia, taxando-o de “esquerdista”, “socializante” “utópico” e “xenófobo”, chegando mesmo a sugerir, em outra ocasião, que o Presidente José Sarney rasgasse o projeto apresentado pela Comissão (Cittadino, 2000: 34, nota 58).

<sup>13</sup> Além de José Afonso da Silva, Gisele Cittadino ainda identifica como membros deste grupo os juristas Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão, dentre outros, que, não sendo todos classificados como constitucionalistas, têm como objeto de estudo tanto a teoria do direito, quanto a filosofia a sociologia do direito. Cf. Cittadino, 2000.

de 1976 e Espanhola de 1978. Algumas das principais referências teóricas do texto apresentado pelo jurista foram os trabalhos dos constitucionalistas portugueses José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, e dos espanhóis Pablo Lucas Verdu e Antonio Enrique Pérez Luño (Cittadino, 2000).

O resultado mais evidente de tal influência é que vários artigos do anteprojeto de José Afonso da Silva e do texto final da Comissão Afonso Arinos, especialmente os que se referem aos direitos e garantias dos cidadãos, eram praticamente cópias dos artigos daquelas Constituições. Outros elementos fundamentais desses textos ainda referendariam a marca comunitária neles impressa. Gisele Cittadino enumerou três deles: em primeiro lugar, o fato de que ambos os textos buscaram assentar a Constituição sobre fundamentos éticos, incorporando princípios carregados dos valores substantivos mais relevantes do ambiente sócio-cultural da comunidade política brasileira. Assim, por exemplo, o artigo 1º do anteprojeto de José Afonso da Silva definia o Brasil como um Estado Democrático de Direito comprometido com a consecução da “dignidade dos brasileiros” (Cittadino, 2000: 36), enquanto que o Preâmbulo do texto da Comissão clamava por um “regime social justo, fraternal e participativo”, capaz de propiciar uma “existência digna para todos os brasileiro” (*idem*: 41). Estabelecia-se, por esta via, uma conexão de sentido fundamental entre os valores compartilhados pela comunidade política e a ordenação jurídica suprema que a Constituição representa. Neste sentido, mais do que um conjunto de princípios que organizam a forma do Estado, a Constituição foi tida como a estrutura normativa que devia consagrar os valores socialmente compartilhados.

A segunda característica tipicamente comunitária dos dois textos seria o fato de que ambos fixaram um amplo sistema de “direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros”, tomados tanto individual quanto coletivamente. Também esses direitos foram concebidos como normas constitucionais “deduzidas” dos valores da comunidade; neste sentido, rompia-se com a concepção de direito subjetivo, fundado no indivíduo abstrato, típica do liberalismo jurídico, e passava-se à concepção dos direitos fundamentais do homem histórica e culturalmente situado, de direitos cuja validade repousa no fato de que remetem aos valores que fazem parte da consciência ético-jurídica da comunidade. Esta visão comunitária dos direitos e liberdades implicava, em certo sentido, a delimitação da esfera da autonomia individual em função

do coletivo, o que conferia uma relevância constitucional maior à autonomia pública e aos direitos de participação do que à autonomia privada, garantida pelos direitos liberais clássicos. Desta forma, o fundamento comunitarista de ambos os textos impulsionava a ampliação do espaço público, no sentido de que à cidadania (os partidos políticos, as associações e os cidadãos em geral) cabia participar ativamente do processo político de interpretação da Constituição para fazer valer o sentido aberto e plural dos direitos fundamentais ali assegurados.

Uma vez que os direitos fundamentais dos cidadãos foram tidos como direitos cujo sentido repousava fundamentalmente no reconhecimento público, os dois textos preocuparam-se em estabelecer detalhadamente um conjunto de procedimentos e garantias essenciais para torná-los efetivos, bem como em estabelecer com nitidez o compromisso e o dever de prestação do Estado em relação à comunidade política. Neste sentido, os textos previam, entre outras coisas, a auto-aplicabilidade do sistema de direitos constitucionais (conferindo eficácia imediata aos direitos e garantias assegurados), o controle social e político das omissões dos poderes públicos em relação aos dispositivos da Constituição (através do instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão, a ser julgado pelo tribunal superior), e a possibilidade de concretização jurídica dos direitos constitucionais (pela possibilidade de supressão das eventuais lacunas legais através da atividade jurisdicional dos tribunais de justiça).

Este aspecto político-jurídico da concretização dos direitos fundamentais conduz ao terceiro ponto destacado por Cittadino. Como o sistema de direitos constitui uma espécie de centro gravitacional em torno do qual se procurou orientar a compreensão e a interpretação da Constituição aberta – cujo sentido só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva –, a concretização das normas constitucionais passou a depender de que os guardiões e intérpretes últimos da Constituição pudessem avaliar diuturnamente os processos de elaboração legislativa e de implementação das políticas públicas, de forma a atestar a sua adequação aos preceitos constitucionais. Por isso, ambos os projetos previram a configuração da mais alta corte de justiça brasileira como um ator encarregado não apenas de declarar o direito, mas também dotado da função de contribuir para a realização desse direito. Neste sentido, fortaleceram amplamente o Poder Judiciário brasileiro, dotando-o de independência institucional e de autonomia

orçamentária e administrativa, de forma a capacitá-lo ao desempenho de novas funções.

O anteprojeto de José Afonso da Silva previu expressamente, no âmbito da cúpula do Judiciário, a criação de um Tribunal Constitucional, um órgão de caráter político e inspirado nas cortes constitucionais européias que, sendo composto por juristas de “comprovada prática democrática” e comprometidos com os valores políticos da Constituição, se dedicasse apenas às questões constitucionais. Embora tivessem inicialmente tendido a incorporar a sugestão desse anteprojeto, os “notáveis” eventualmente optaram por conceder ao próprio Supremo Tribunal Federal (STF) as funções de controle de constitucionalidade das leis<sup>14</sup>. De qualquer forma, ambos os textos atribuíram ao tribunal superior brasileiro uma feição política, ou pelo menos de inegável repercussão política. Foi precisamente no âmbito dessa função jurisdicional de tutela da Constituição que o direito e a política se encontraram nos dois textos, na medida em que ambos contemplaram a outorga à autoridade jurisdicional do poder de avaliar as decisões do Legislativo e do Executivo e até mesmo de estabelecer, nos casos em que se constatasse a ausência ou omissão da lei, as providências necessárias à consecução da norma constitucional.

É importante notar que, quanto ao objetivo de garantir a defesa da Constituição pela via da supressão das lacunas da lei e do pronto exercício dos direitos constitucionais, o anteprojeto de José Afonso da Silva era mais ambicioso do que o texto da Comissão Afonso Arinos. Enquanto este restringia o poder “legislador” do juiz ao caso concreto levado a juízo – prevendo, no caso do julgamento favorável da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o dever expresso do tribunal superior de apontar aos demais Poderes a necessidade de regulamentação da norma constitucional –, o primeiro conferia a este tribunal o poder de regular a matéria em abstrato. Assim, através do recurso ao mandado de injunção, a sentença judicial de última instância valeria efetivamente como lei, até que a medida adequada fosse

---

<sup>14</sup> Cittadino lembra que um forte *lobby* do STF, contrário à tese do Tribunal Constitucional, marcou presença nos debates da Comissão Afonso Arinos. Diante da pressão do STF, a Comissão chegou a uma solução de compromisso: manteve o STF, tornando a indicação de seus ministros sujeita a aprovação pelo Senado Federal e atribuindo-lhe funções constitucionais. A redução de sua competência em matéria de direito ordinário foi compensado pela criação de um Superior Tribunal de Justiça. Quando a tese do Tribunal Constitucional ressurgiu já na Assembléia Nacional Constituinte, o STF posicionou-se da mesma forma em defesa da vitaliciedade dos membros do tribunal superior e contra a instituição de mandatos que “ficariam ao sabor de eventuais maiorias parlamentares” (*apud* Cittadino, 2000: 40).

tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Devido ao forte impacto de um tal dispositivo sobre a estrutura das relações entre os Poderes de Estado, a Comissão optou por reduzir a capacidade legislativa da corte constitucional brasileira.

Cabe destacar ainda uma outra inovação introduzida pelo projeto da Comissão Afonso Arinos, qual seja, a instituição do “Defensor do Povo”. Embora a idéia tivesse sofrido muitas restrições dentro da Comissão, quanto ao seu caráter utópico e ao dispendioso aparato necessário para colocá-la em prática, o Defensor do Povo terminou por ser instituído como um órgão que seria escolhido pela maioria dos Deputados Federais, entre candidatos indicados pela sociedade civil, e que deveria zelar pelos direitos assegurados na Constituição, “apurando abusos e omissões de qualquer autoridade, e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição” (Duarte, 1987: 37)<sup>15</sup>.

O caráter inovador e controverso dos debates da Comissão Afonso Arinos, bem como das várias propostas de mudança contidas no seu projeto de Constituição, foram tomados como um “constrangimento político” por determinados grupos dentro da coalizão que governava a Nova República. Isto impediu que o projeto fosse encaminhado como um documento formal à Constituinte, tal como previsto originalmente. Contudo, dada a divulgação dos debates da Comissão pela imprensa e a sua repercussão altamente positiva entre os setores mais organizados da opinião pública, o anteprojeto acabou circulando informalmente pelos bastidores do Congresso, até ser, finalmente, apresentado como sugestão à Mesa da Constituinte.

Embora tenha sido tumultuado o caminho do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos até a ANC, seu texto teve importância fundamental no processo constituinte, tendo definido muitos aspectos do marco geral dos debates ali travados. Não apenas os constituintes tomaram conhecimento de seu conteúdo, mas também os setores organizados da sociedade, que viram no protejo muitas de suas aspirações atendidas. Destaque-se ainda o fato de que vários dos representantes da ala especificamente intelectual da *intelligentsia* jurídica brasileira, que atuaram de forma marcante na Comissão Afonso Arinos – e, em larga medida, foram responsáveis pelo teor geral do

---

<sup>15</sup> Enquanto membro da Comissão, o então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, manifestou-se contrário à instituição do Defensor do Povo, não exatamente por discordar da importância de suas funções, mas por defender a atribuição dessas mesmas funções ao Ministério Público, bastando, para tanto, dotá-lo dos recursos e das garantias necessárias ao exercício desta e das suas demais atribuições. Cf. Duarte, 1987.

projeto de Constituição ali elaborado – também participaram ativamente do próprio processo constituinte. Atuaram ali tanto como especialistas convidados a se pronunciar nas audiências públicas e nos debates internos nas subcomissões temáticas, quanto como assessores e consultores dos diferentes partidos representados na ANC<sup>16</sup>. Neste sentido, é interessante observar que o texto constitucional aprovado pela ANC em 1988, tal como analisado no capítulo 1, incorpora muitos aspectos do projeto formulado pela Comissão Afonso Arinos.

Não se pode deixar de reconhecer que, de fato, entre os juristas brasileiros, especialmente entre os especialistas em Direito Constitucional, as Constituições democráticas de Portugal e Espanha havia muito vinham sendo objeto de atenção. Por conterem os marcos fundantes de democracias que se ergueram após longos períodos autoritários, essas Constituições exerciam um apelo muito forte sobre o pensamento daqueles que se viam incumbidos da tarefa de repensar a ordem jurídico-institucional brasileira, a despeito da distância de sua ideologia em relação aos valores e concepções mais fundamentais da cultura jurídica brasileira. Assim, nos debates ocorridos nos vários círculos de especialistas, mesmos antes da convocação da ANC, as Constituições portuguesa e espanhola foram freqüentemente citadas como exemplos profícuos a serem observados pelos futuros constituintes, tanto pela sua engenharia institucional, quanto pelo seu explícito democratismo e comprometimento com o conteúdo social da organização política de uma nação.

Deste ponto de vista, é interessante pensar o que o projeto da Comissão Afonso Arinos representou de fato como subsídio aos debates constituintes, a despeito de toda a controvérsia que envolveu sua apresentação à ANC. Merece especial consideração o fato de que a incorporação ao projeto dos princípios típicos do constitucionalismo comunitário representava uma ruptura significativa com o padrão formalista da tradição constitucional brasileira. No entanto, se o projeto continha dispositivos que implicavam uma efetiva inovação dessa tradição constitucional – particularmente no que se referia à problematização das concepções mais arraigadas na cultura jurídica local sobre a

---

<sup>16</sup> José Afonso da Silva era amigo pessoal de Ulysses Guimarães e principal assessor do Senador Mário Covas, líder da maioria. O professor Carlos Roberto de Siqueira Castro assessorou o Senador Afonso Arinos na Comissão e a liderança do PDT na ANC, além de ter destacada participação na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; ambos os juristas integraram a Comissão de Redação, responsável pelo texto final da Constituição. A professora Ana Lúcia de Lyra Tavares assessorou o Senador Afonso Arinos tanto na Comissão de Estudos Constitucionais quanto na própria Constituinte (Cittadino, 2000: 33, nota 55).

cidadania, os direitos fundamentais, o papel do direito na promoção da justiça, as relações entre os poderes, os deveres do Estado em relação à sociedade, entre outros –, esta contribuição se dava pela via do mecanismo de adaptação e combinação de textos constitucionais de outros países, recurso tradicionalmente empregado pelas elites jurídicas e políticas nacionais.

De fato, a importação de modelos estrangeiros tem sido uma estratégia recorrente na tradição cultural brasileira, a qual se faz presente também, se não de forma ainda mais contundente, na esfera do Direito Constitucional: “os estudiosos ou políticos, os constituintes, afinal, tendem a mirar, a encarar aquilo que representa o patrimônio cultural dos povos cultos e mais adiantados. E por isso mesmo fazem residir em seus textos constitucionais, tenham ou não o intento de cumpri-lo, precisamente aquele ideário que, em dado momento da história, parece ser um ideário avançado, generoso, sobretudo progressista. No caso brasileiro (...) é flagrante a exibição disso” (Bandeira de Mello, 1987:38)<sup>17</sup>.

Largamente inspiradas em modelos estrangeiros, as Constituições brasileiras refletiram as tendências de vanguarda Direito Constitucional internacional, e se ocuparam apenas marginal ou tardiamente dos desafios efetivamente colocados pela vida social do país: Neste sentido, a falta de correspondência entre as instituições e a realidade social esteve sempre patente na tradição constitucional brasileira; daí ser comum nas análises institucionais do país a tese de que a ordem jurídica nacional tem sido a tentativa recorrente de construir com a lei uma ordem sócio-política que a tradição cultural não conformou (Oliveira Vianna, 1987; Faoro, 1988).

Ao recolocar esta discussão, o objetivo aqui não é opor os modelos importados aos modelos genuinamente nacionais, encaminhando um debate em torno do *topos* da autenticidade cultural (Rouanet, 1994), mas sim pensar o papel que as idéias importadas desempenham na sociedade brasileira, sobretudo no plano da engenharia

---

<sup>17</sup> Um rápido levantamento da história constitucional brasileira permitiu estabelecer o seguinte quadro de filiação jurídico-ideológica das Constituições anteriores à atual: a Constituição de 1824 baseou-se no modelo de monarquia constitucional da Constituição Portuguesa de 1822 (a qual, por sua vez, buscava fundamento tradição oriunda da Constituição Francesa de 1791, incorporando inclusive o princípio do Poder Moderador estabelecido por Benjamin Constant em 1815); a Constituição de 1891 fundou-se no federalismo da Constituição Americana de 1787; a Constituição de 1934 inspirou-se no teor programático da Constituição Alemã da República de Weimar, de 1919; a Constituição de 1937 incorporou as características nacionalistas e autoritárias típicas do fascismo da Constituição italiana e da *Carta Del Lavoro* de 1927; a Constituição de 1946 retornou à tradição liberal de origem americana, sem descartar a influência da Constituição de Weimar; já a Constituição de 1967 (e a Emenda Constitucional de 1969) ergueu-se sobre o arcabouço da Constituição de 1946, apesar do seu autoritarismo. Cf. Quirino & Montes, 1987.

institucional. Este é um aspecto importante deste trabalho, pois, ainda que o problema das condições de eficácia social do modelo que esteve na base das propostas constitucionais da *intelligentsia* jurídica não seja seu objeto de estudo, interessa esclarecer alguns aspectos do contexto que motivou sua proposição. E aí se coloca a questão das “idéias importadas”.

Alfredo Bosi (1991, 1995) desenvolveu uma formulação muito sugestiva sobre o tema das idéias importadas a partir de uma questão crucial neste trabalho, qual seja, a da sua funcionalidade em relação aos interesses de grupos sociais específicos, notadamente as elites. Ao propor uma compreensão contextualizada sobre os deslocamentos sofridos pelas ideologias estrangeiras, Bosi recolocou em novos termos a antiga problemática das “idéias fora do lugar”. Para o autor, esses deslocamentos, ao invés de produzirem padrões ideológicos impróprios ou falsos, como sugerira Roberto Schwarz (2000), operam uma espécie de filtragem ou tradução ideológica, que produz ideologias renovadas e amplamente funcionais aos interesses de poder dos grupos sociais dominantes. Neste sentido, o próprio fenômeno da importação de idéias responderia à dinâmica dos interesses das elites, e estaria intimamente ligado ao processo de sua legitimação social enquanto tal, ou seja, à justificação ideológica de sua dominação em um contexto específico.

Esta é uma perspectiva relevante para se pensar o recente processo de constitucionalização, não apenas porque permite redimensionar o vínculo entre o vanguardismo reformador do meio jurídico brasileiro e o problema da crônica fragilidade da elaboração doutrinária no país, por exemplo, mas sobretudo porque torna evidente o peso dos interesses de determinados atores na condução de reformas políticas, bem como a importância da legitimação ideológica desses interesses numa perspectiva de condução democrática dessas reformas.

Como se viu anteriormente, a formulação do projeto Afonso Arinos esteve submetida a muitas controvérsias e, embora o texto final estivesse bastante próximo do ideário do constitucionalismo comunitário, em alguns aspectos, o modelo original – tal como adaptado por José Afonso da Silva – não foi efetivamente incorporado, tendo sido introduzidas modificações importantes no bojo do projeto. Este foi o caso, por exemplo, da manutenção do STF como corte constitucional e órgão de cúpula do Judiciário; também a derrota da inscrição constitucional do mandado de injunção, em

toda a extensão de seu alcance político, é exemplar desta tendência. Ou seja, de uma proposta coesa cuja ideologia foi mantida, abstraíram-se aspectos que, embora essenciais para a realização da concepção original da própria proposta, não contavam com o apoio de grupos especialmente relevantes, devendo, portanto, a doutrina ser ajustada às “necessidades” do contexto político.

No que se refere especificamente ao meio jurídico, esta reação foi explícita. Em face dos interesses de alguns grupos de suas elites, buscou-se eliminar os aspectos disfuncionais da engenharia institucional do constitucionalismo comunitário incorporado ao projeto da Comissão Afonso Arinos. Assim, a derrota da tese da criação de um Tribunal Constitucional exclusivo se deu por força de um forte *lobby* do STF, enquanto que a corporação do MP também procurou – embora sem sucesso – dissuadir a Comissão da criação do Defensor do Povo. Estas corporações não se pronunciaram contrárias à ideologia geral do projeto, mas atuaram politicamente no sentido de promover ajustes no seu formato institucional, procedendo a uma filtragem dos conteúdos da ideologia original que fosse capaz de “descartar os seus aspectos impertinentes” e manter aqueles que interessavam “à racionalização de seus interesses particularistas” (Bosi, 1995: 22).

Este tipo de comportamento em relação aos debates ocorridos na Comissão Afonso Arinos permite esclarecer alguns aspectos do papel fundamental que o constitucionalismo comunitário desempenhou na articulação do projeto ali formulado – e, muito provavelmente, na própria elaboração da Constituição de 1988. Embora não caiba aqui desvendar as razões mais profundas pelas quais os juristas da Comissão incorporaram às suas propostas o ideário desse modelo constitucional, cabe buscar uma interpretação para as razões que conduziram os demais componentes da *intelligentsia* jurídica brasileira – as elites dos profissionais do Direito – a adotar esse ideário, ainda que optando por introduzir modificações em sua lógica institucional.

A hipótese é de que a incorporação dos princípios básicos do constitucionalismo comunitário servia, com grande vantagem sobre um modelo menos amplo e programático, à pretensão de racionalização dos interesses políticos e corporativos das elites jurídicas. O projeto era francamente partidário de uma concepção fortalecida do direito, não apenas como instrumento de controle da política, mas sobretudo como o principal *medium* da nova institucionalidade democrática. Isto conferia uma importância

fundamental às instituições jurídicas e a seus profissionais, em tudo correspondente à luta corporativa que os atores jurídicos vinham travando desde o início da década de 80. Porém, aquelas propostas eram ainda mais significativas do ponto de vista da restauração de uma concepção do direito como instrumento de organização da vida social e da conseqüente recuperação de um espaço de atuação política para as elites jurídicas brasileiras. Neste sentido, o projeto desempenhou para esses atores a função legitimadora essencial das ideologias políticas: a ilusão do consenso em torno da necessária construção de um arcabouço institucional democrático fundado na lógica jurídica.

### **III – As propostas da *intelligentsia* jurídica para a nova Constituição: interesses político-corporativos e ideologia do direito como instrumento de justiça social**

Apesar da natureza conservadora da aliança que presidiu a liberalização do regime autoritário não ter possibilitado a convocação de uma Constituinte exclusiva para confeccionar a Constituição, os setores mais radicalmente comprometidos com a reformulação das instituições político-jurídicas brasileiras conseguiram inserir, no Regimento Interno da ANC, dispositivos que tornavam o processo constituinte mais aberto à influência da sociedade civil. Além de uma fase preliminar em que a ANC recebeu as sugestões elaboradas previamente pelos cidadãos, pelas entidades sociais e pelos próprios constituintes, o primeiro fórum de debates dentro das subcomissões temáticas em que se dividiu a ANC foi constituído pelas audiências públicas, reuniões convocadas para que os constituintes pudessem ouvir e debater temas específicos não apenas com especialistas, mas também com entidades representativas de segmentos organizados da sociedade civil brasileira<sup>18</sup>.

Esta seção do trabalho volta-se para as propostas apresentadas, nestes fóruns, pelos atores jurídicos e suas instituições representativas, numa tentativa de identificar a

---

<sup>18</sup> Como não tivesse sido aceita a tese de recepção de qualquer projeto prévio como ponto de partida para os debates (fosse o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, fosse um projeto formulado por uma Comissão da própria ANC), os trabalhos constituintes foram divididos em 24 subcomissões temáticas (organizadas em 8 grandes comissões), para possibilitar uma primeira aproximação dos constituintes aos temas de maior relevância.

sua contribuição específica para os contornos da Constituição de 1988<sup>19</sup>. Sabe-se que as decisões eventualmente tomadas no âmbito da ANC em relação ao desenho final da nova Constituição, ainda que coincidam com algumas das propostas apresentadas pela *intelligentsia* jurídica, extrapolam em muito o sentido original dessas propostas. Este trabalho, embora compartilhe o pressuposto de que muitas das inovações introduzidas no novo texto constitucional resultaram da ação bem sucedida de uma *intelligentsia* jurídica (Vianna *et al.*, 1999), não se propõe a analisar a Constituição do ponto de vista dos resultados efetivamente alcançados por essa *intelligentsia*. O objetivo aqui é identificar, nas suas propostas para a nova Constituição brasileira, o conteúdo das concepções de direito formuladas e avaliar as suas relações com a idéia de justiça social, levando –se em conta tanto o ambiente conformado pelo projeto da Comissão Afonso Arinos, quanto os interesses corporativos dos profissionais jurídicos.

Ainda que se considere uma Constituinte como uma das raras arenas em que a concepção “ideal” da política se realiza – na medida em que os diversos atores ali reunidos buscam apresentar “pontos de vista morais universalizáveis”, cuja pertinência se aplica a todos e reflete o interesse coletivo em última instância –, não se pode desconsiderar o aspecto “real” de qualquer jogo político, relativo à negociação que se estabelece entre os interesses parciais dos vários grupos sociais que ali comparecem. Em outras palavras, a Constituinte reúne exemplarmente o que, na linguagem de Habermas (1995), pode ser descrito como as arenas comunicativas e as arenas em que a competição e a estratégia ganham importância – ou seja, a dimensão de *fórum* e de *mercado* necessariamente presentes na política (Elster, 1997).

## Os advogados e a OAB

Os advogados da OAB compareceram aos debates constituintes legitimados, antes de qualquer coisa, pela sua “missão pública”, pelo compromisso com o

---

<sup>19</sup> Dado o interesse imediato deste trabalho, foram selecionadas as participações de representantes do campo jurídico nas seguintes subcomissões: Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais e Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias (ambas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher); Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo); e Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de Sua Segurança e Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas (ambas da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições).

aperfeiçoamento das instituições jurídicas que o estatuto da Ordem solenemente estipulava. Por outro lado, também eram amplamente reconhecidos como atores políticos relevantes, em decorrência de seu ativo papel no período autoritário e na liderança da luta pela redemocratização. Desta forma, foram convidados a participar das audiências públicas ocorridas em várias das subcomissões que conformaram a fase inicial da ANC.

Paralelamente à mobilização política pela convocação de uma Assembleia Constituinte, desde o início dos anos 80 os militantes da OAB vinham debatendo, nas suas conferências nacionais e nos diversos ciclos de debates organizados pelas seccionais da Ordem, as diretrizes mais adequadas de uma Constituição democrática para o país. Envolvidos com os temas constitucionais pelo viés de sua especialização como profissionais liberais do Direito, a atenção dos advogados da OAB voltava-se particularmente para a questão dos direitos dos cidadãos brasileiros e das instituições jurídicas mais adequadas para a sua proteção e garantia. Ao longo deste período, a OAB amadureceu propostas concretas para a nova institucionalidade democrática brasileira e foi com base em algumas dessas propostas que os seus representantes – no mais das vezes a pessoa do então presidente do Conselho Federal, Márcio Thomaz Bastos – pretenderam contribuir para os debates constituintes.

A entidade fez questão de ressaltar, em todas as suas participações, o caráter contributivo e não categórico de suas propostas: “(...) não queremos que a presença do organismo federal dos advogados seja entendida, em nenhum momento, pelos eminentes Constituintes, como uma posição de ditar regras, de trazer questões fechadas e soluções prontas. Ao contrário, como representantes de uma parcela da sociedade civil, vimos aqui com a humildade daqueles que estão muito honrados e felizes por poder contribuir, com uma mínima parcela que seja, para essa tarefa que é, seguramente, a maior que os políticos e os homens com responsabilidade para com a cidadania possam dedicar-se neste fim de século, qual seja, a escritura de uma nova Constituição, talvez a última oportunidade da nossa geração de lançar as bases de um regime democrático no Brasil” (Bastos *in* DANC, 04.08.87: 13). Assim, embora o Conselho Federal da OAB tivesse consolidado um projeto integral de texto constitucional, seus líderes optaram por apresentá-lo em partes separadas à ANC,

dividindo o texto de acordo com a pertinência dos artigos aos temas tratados nas diversas subcomissões.

Na condição de representante dos profissionais que, ao lado dos magistrados e dos membros do Ministério Público, compunham o tripé da Justiça brasileira, a OAB destacou especialmente seu dever de classe para com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no país, e, assumindo o discurso da crise das instituições jurídicas vigentes, apresentou à Constituinte propostas que objetivavam uma completa reformulação do Judiciário. Entendiam os advogados que esta reformulação deveria ser profunda, atingindo desde as bases até a cúpula do Poder Judiciário, “uma reestruturação a partir de baixo e chegando até em cima, com modificações sérias, com modificações estruturais e fundamentais” (*idem*: 14). Em virtude das tensões típicas da competição interprofissional no campo jurídico, a OAB foi extremamente cautelosa em relação ao que temia ser percebido como uma ingerência excessiva na disposição institucional do Judiciário. Buscou, então, justificar as suas propostas em relação ao a este Poder a partir do seu compromisso institucional com a defesa da futura Constituição – a ser garantida, em grande parte, pelo bom desempenho do Judiciário: “por melhor elaborada que seja a Constituição (...) não servirá efetivamente de base para construção de um regime democrático no Brasil se não tivermos um Poder Judiciário efetivamente assumido como um Poder capaz de velar por esta Carta Magna” (*id. ib.*)<sup>20</sup>.

Como forma de fortalecer e capacitar as instituições jurídicas para o cumprimento de suas funções, a OAB encampava uma das bandeiras mais antigas da magistratura, a da autonomia financeira e orçamentária do Judiciário em relação ao Executivo. Como contrapartida desta autonomia, defendia uma maior transparência das atividades daquele Poder e a constante prestação de contas à sociedade. Neste sentido, propugnou pelo controle externo dos atos administrativos do Judiciário, sem, no entanto, afetar o âmbito de suas decisões especificamente jurisdicionais. Para exercer tal controle, propôs-se em uma espécie de comissão de fiscalização composta por “jurisdicionados em todos os níveis da Justiça”. Pela proposta, incluíam-se aí não

---

<sup>20</sup> Apesar do tom sempre cauteloso de seus pronunciamentos, houve ocasiões em que o aspecto corporativo das disputas internas ao campo jurídico ficaram evidentes nas falas do Presidente da OAB: “(...) não é mais possível que nós, advogados, que vivemos do nosso ofício, continuemos a ver recair sobre as nossas costas, muitas vezes, culpas que não temos, por serem da Justiça – e sentimos isso de perto , e convivemos com essa Justiça” (*Bastos idem*: 18).

apenas categorias já instituídas e dotadas de legitimidade política ou profissional para a tarefa – como os membros do Congresso, os advogados, ou os membros do MP –, mas também representantes da sociedade civil, “representantes de comunidades, de grupos sociais que atendem à jurisdição, sofrem os efeitos da jurisdição e têm o direito a ter a melhor jurisdição possível” (*idem*: 17).

Elegendo como uma das tarefas simbolicamente mais importantes da ANC o desafio de impedir que a distância entre as estruturas da Justiça e a sociedade brasileira se alargasse ainda mais, a OAB defendia a autonomia financeira e orçamentária do Judiciário como forma de garantir o aparelhamento de sua estrutura operacional, especialmente no que se referia às instâncias inferiores. Quanto a este nível da administração da justiça, a entidade insistiu em que a futura Constituição, ao prover os balizamentos da estrutura da Justiça brasileira, deixasse espaço aberto para que os Estados organizassem os seus serviços com liberdade, podendo introduzir as inovações que considerassem mais adequadas ao atendimento das demandas por justiça colocadas pela sociedade – o que, muitas vezes, envolvia questões que dispensavam a mobilização das garantias processuais tradicionais e que, entre outros fatores, tornavam lenta a Justiça comum.

No entanto, a OAB conduziu a discussão acerca da democratização do Judiciário no sentido de apontar, além da necessária modernização de sua infraestrutura e da formulação de leis processuais novas, a importância da participação efetiva da sociedade no sistema de justiça. Tal participação deveria ser garantida não apenas através do já referido controle externo dos atos do Judiciário, mas também através da atuação de representantes da sociedade civil na própria distribuição da justiça, eleitos para exercer, por exemplo, a função de juízes dos juizados especiais, ou outros vários papéis em eventuais arenas alternativas de justiça. Sintomaticamente, os advogados condicionavam a eficácia de instrumentos alternativos como os Juizados de Pequenas Causas – a principal iniciativa da magistratura em relação aos problemas da lentidão e do alto custo da administração da justiça, implementados no início dos anos 80, como se viu anteriormente – à abertura de novos caminhos para o recrutamento de juízes de primeira instância, o que representava a possibilidade de inclusão de outros

profissionais jurídicos no vértice da distribuição de justiça e o fim do monopólio da magistratura<sup>21</sup>.

A proposta mais detalhada da OAB referia-se, contudo, à reestruturação da cúpula do Judiciário. O núcleo da proposta visava à especialização da dupla função até então cumprida pelo STF, que atuava ao mesmo tempo como tribunal superior – normalizando a interpretação da legislação ordinária em nível nacional – e como corte constitucional – exercendo o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Para a OAB, o acúmulo de funções na instância suprema era responsável não apenas pela denegação de justiça, devido ao excessivo número de recursos extraordinários não julgados, mas também pela tibieza do controle de constitucionalidade praticado no país: “o Supremo Tribunal Federal não é, no Brasil, apesar dos seus 97 anos de história, ele não é nem nunca foi um tribunal constitucional (...) O Supremo hoje julga *habeas corpus*, recursos de *habeas corpus*, julga questões de impostos e julga recursos de mandados de segurança; ele raramente se ocupa hoje de questões constitucionais, ele nunca se ocupou muito e ele hoje raramente se ocupa de questões constitucionais” (Bastos *in* DANC, 05.08.87: 71).

Para resolver tais problemas, a OAB encampou a proposta anteriormente formulada na Comissão Afonso Arinos, sugerindo a transformação do STF em Tribunal Superior de Justiça e a criação de um Tribunal Constitucional independente, que seria o vértice do Judiciário. O primeiro absorveria o STF, mas seria um órgão maior e de caráter especificamente jurisdicional, que se dedicaria a julgar todo o tipo de litígio e questão não constitucional e a promover a uniformização da jurisprudência no país; defendendo a bandeira corporativa da reserva de 1/4 (no lugar de 1/5) das cadeiras de todos os tribunais para profissionais alheios à magistratura, a OAB previu que quatorze dos ministros do novo tribunal fossem indicados pelo Ministério Público e por ela

---

<sup>21</sup> Na discussão sobre a democratização da justiça, vários advogados colocaram abertamente em questão os fundamentos do monopólio de julgar detido pelo juiz. Defendendo a presença de representantes classistas nas juntas de conciliação e nos tribunais do trabalho, Reginaldo Felker, presidente da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas, afirmou “quanto ao problema do preparo, vamos partir de um ponto filosófico: julgar é um ato de erudição ou de bom senso? Se for de erudição, o juiz tem toda razão, não tem lugar para isso. Se for de bom senso, então temos que trazer a sociedade” (*in* DANC, 01.05.87: 142). Também o ex-promotor e então advogado e professor de Direito José Joaquim Calmon Passos foi igualmente incisivo quanto a este aspecto, ampliando o alcance da questão para todo o sistema e defendendo a necessidade de se garantir a participação popular na distribuição da justiça “de uma vez por todas, precisamos nos convencer de que a tarefa de julgar, antes de ser uma tarefa técnica, é uma vivência humana (...) A tarefa de julgar, em grande parte, não tem nada a ver com a dogmática jurídica, mas é uma consequência da vivência, da compreensão e experiência de determinados setores sociais, onde os conflitos se instalam” (*in* DANC, 19.06.87: 126).

própria, dentre os membros das respectivas carreiras. Quanto ao segundo, este seria um órgão de caráter político, encarregado exclusivamente de velar pela Constituição e de fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais nos casos concretos, contrabalançando os Poderes do Estado e contendo sua ação sobre a sociedade.

A OAB foi, de fato, uma das grandes defensoras da tese do Tribunal Constitucional na ANC. O principal argumento apresentado pela entidade era a importância de se estabelecer constitucionalmente instrumentos eficazes para a defesa de uma Constituição que, sendo verdadeiramente democrática, deveria absorver “toda a espessura da realidade brasileira”. Para a defesa de um texto que deveria ser provido de conteúdo social e econômico e estar efetivamente comprometido com a realização de justiça social, a OAB prescrevia um tribunal também comprometido politicamente com a realidade brasileira, antes do que com os aspectos jurídicos da organização política do país. Seus doze membros não seriam juízes vitalícios, mas estariam investidos de um mandato de nove anos (vedada a recondução) e deveriam ser escolhidos pelo Congresso Nacional, não estando a indicação restrita à magistratura. Esta, na verdade, forneceria apenas 1/3 dos juízes do Tribunal Constitucional, enquanto os demais 2/3 seriam provenientes da advocacia e do MP, e deveriam ser selecionados entre profissionais “de notório saber jurídico”, “reputação ilibada” e com, no mínimo, 20 anos de profissão. Observe-se, aí, mais um traço político-corporativo da proposta da OAB, que, em nome de um compromisso firmado em lei com a defesa da Constituição, sentia-se legitimada para pleitear a participação de seus afiliados na composição do órgão máximo do sistema de justiça do Estado.

Outros aspectos corporativos das propostas da OAB evidenciavam-se, por exemplo, na previsão de titularidade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação de inconstitucionalidade por omissão ou retardamento no cumprimento das imposições constitucionais ao Conselho Federal da instituição – ambas compartilhadas com outros órgãos públicos ou representantes da sociedade civil, sendo que, no segundo caso, previa-se inclusive a previsão de titularidade a qualquer cidadão comum. Note-se que, conforme exposição do presidente da OAB e de José Lamartine Corrêa de Oliveira, membro do Conselho Federal e redator da proposta da entidade referente ao Tribunal Constitucional, os termos originais da proposta previam que o Conselho Federal da OAB ficaria com a função de canalizar os recursos para o Tribunal Constitucional,

selecionando entre todos os eventualmente formulados, aqueles que seriam admitidos. Esta filtragem, que seria exercida com base em critérios não estabelecidos quanto à fundamentação dos recursos, ampliava em muito o poder da Ordem no controle político das omissões dos poderes públicos. Posteriormente, os líderes da entidade entenderam que tal tarefa implicaria uma “publicização demasiada das funções da OAB” e retiraram-na da proposta apresentada à ANC.

Mas certamente foi a inserção do exercício da advocacia e das prerrogativas de inviolabilidade da função de advogado no capítulo da Constituição relativo aos direitos e garantias individuais o aspecto corporativo mais evidente das propostas da OAB, a qual afirmava: “ao lado da Magistratura e do Ministério Público, o advogado presta serviço de interesse público, sendo indispensável à administração da justiça”. Se a constitucionalização do exercício da advocacia garantia liberdade total aos advogados nas manifestações proferidas no âmbito de sua função, também assegurava a sua indispensabilidade em todas as causas levadas à Justiça, o que incluía, por exemplo, os Juizados Especiais de Pequenas Causas que, tal como haviam sido formulados pela magistratura, eram conduzidos por juízes conciliadores e prescindiam da figura do advogado. Além disso, a proposta previa a própria constitucionalização da Ordem, a partir dos mesmos termos de seu estatuto legal; por esta via, além do direito de ajuizar as ações de inconstitucionalidade, competiria também à OAB integrar o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e defender a Constituição, pugnar pela boa aplicação das leis e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

Percebe-se, portanto, que, em paralelo às propostas de interesse universal, relativas à defesa da Constituição e à democratização do acesso à justiça, a OAB não se descuidou do aspecto corporativo de sua atuação pública, defendendo a concessão de atribuições especiais à Ordem, a garantia de prerrogativas funcionais ao advogado e a reserva de vagas para seus afiliados no sistema de administração da justiça. Na verdade, mesmo as suas propostas “políticas” guardavam um certo sentido corporativo, ainda que indireto, na medida em que se reservava à OAB, entidade representativa de uma corporação profissional não-estatal, o papel de defensora da Constituição e de ator político legítimo do processo de aperfeiçoamento das instituições jurídicas brasileiras.

## O MP e a CONAMP

Também a atuação dos membros do Ministério Público nos debates constituintes foi marcada pelo viés corporativista. Como se afirmou anteriormente, a convocação da Constituinte representou para os profissionais do MP a oportunidade de conquistar as garantias institucionais e funcionais pelas quais vinham lutando desde fins da década de 70. Mais do que isso, a ANC constituía a ocasião propícia para se consagrar a modificação no perfil institucional do MP, que, de “órgão auxiliar do governo” e cúmplice das arbitrariedades do regime autoritário, vinha se distanciando da defesa do Estado e já passara à categoria institucional de “cooperador da justiça”, mas ambicionava um *status* constitucional ainda mais fortalecido e definitivamente desvinculado dos Poderes de Estado.

A atuação da corporação do MP na Constituinte foi comandada pela CONAMP, que não apenas enviou trabalhos à ANC, mas foi uma das poucas entidades representativas a solicitar, através de ofício formalmente encaminhado à Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, uma audiência perante os seus membros<sup>22</sup>. A CONAMP levou à Constituinte a proposta da categoria que estava consubstanciada na “Carta de Curitiba” e que dizia respeito exclusivamente à configuração constitucional do MP. E foi em defesa dos interesses da instituição e de seus membros que o Secretário-Geral da entidade, Antônio Araldo Feraz Dal Pozzo, justificou os termos em que se daria sua apresentação: “é que devo (...) retratar os anseios de uma instituição sofrida e muitas vezes mal compreendida, mas que teima em ter o seu destino ligado ao destino da democracia. É que devo desfazer distorções e tentar demonstrar que o Ministério Público se ajusta perfeitamente no sistema de distribuição de justiça, sem

---

<sup>22</sup> A mobilização da CONAMP foi muito bem-sucedida neste sentido. Na 1ª reunião ordinária da referida Subcomissão, foi realizada uma votação entre os seus membros com vistas à seleção das quatro entidades que seriam convidadas a participar das primeiras audiências públicas. A CONAMP ficou em quarto lugar, empatada com os Tribunais Superiores, sendo que a OAB e a associação dos magistrados lideravam a lista. Na seqüência da votação, foi lido o ofício enviado pela CONAMP. Dado o interesse demonstrado e o fato de que a entidade apresentava uma proposta de consenso entre a categoria, a CONAMP foi definitivamente inserida entre as entidades a serem ouvidas. Por questões aleatórias de conveniência de horários, terminou sendo a primeira convidada das audiências públicas daquela Subcomissão. Mas a influência do *lobby* do Ministério Público foi além. Embora a Carta de Curitiba tenha sido formalmente entregue pelo Secretário-Geral da CONAMP na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, seu conteúdo também foi amplamente difundido nos bastidores da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas. Prova disso é o fato de que o esqueleto das matérias pertinentes aos debates da Subcomissão, apresentado pelo relator logo na 3ª reunião ordinária, continha “um elenco de artigos sobre a questão do Ministério Público” que haviam sido compilados por um de seus assessores a partir da “Carta de Curitiba”.

sequer tocar nos predicamentos de outras instituições que desse mesmo sistema também se encarregam” (Dal Pozzo *in* DANC, 01.05.87: 105).

Buscando reforçar a identidade institucional do MP como órgão a serviço da sociedade para a pronta efetivação das leis e realização da justiça, o Secretário-Geral da CONAMP propugnou pela função precípua do MP como defensor do interesse público, o qual não se confundia nem com os interesses meramente individuais, nem com os interesses do Estado: “(...) ao defender o interesse público, o Ministério Público defende o interesse de seu titular, que é a sociedade. O interesse público envolve os valores fundamentais da sociedade. Portanto, o Ministério Público, ao agir, representa a sociedade e não o Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público” (*id. ib.*). Desta forma, além de desvincular o MP da representação do Estado, a CONAMP também legitimava o espaço institucional do MP e de seus membros dentro do campo jurídico, de modo a que suas funções se distinguissem nitidamente daquelas do advogado – representante de causas particulares – e do magistrado – profissional jurídico que devia permanecer inerte diante das violações dos direitos, agindo apenas mediante provocação: “jamais reivindicamos o exercício de qualquer parcela do poder jurisdicional do Estado, o que significa dizer que o Ministério Público sequer arranha o Poder Judiciário. Nunca reivindicamos a advocacia de interesses particulares, que deve ser confiada ao advogado; apenas pretendemos advogar a causa que envolva o interesse público e, portanto, estamos em paz com a Ordem dos Advogados do Brasil” (*idem*: 106).

A partir da definição da identidade institucional e da função social do MP é que se deduziam as propostas da CONAMP para o órgão. Uma das principais reivindicações dos membros do MP era o reconhecimento constitucional das atribuições que o órgão já desempenhava. Assim, pela Carta de Curitiba, o MP era definido como órgão “responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica”, cabendo-lhe ainda promover a aplicação e execução das leis. Neste mesmo sentido, também se reivindicava a consagração constitucional da exclusividade do MP na promoção da ação penal, bem como a previsão da ação civil pública – e, com esta, do inquérito civil – para a defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, tal como a Lei da Ação Civil Pública (LACP) já estipulava, desde 1985.

Ainda do ponto de vista funcional, os membros do MP reivindicavam a incorporação de novas atribuições ao órgão. Além daquelas já estipuladas pela Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) e pela LACP, a proposta da CONAMP estabelecia ainda a competência não exclusiva do MP para “conhecer de representação por violação de direitos humanos e sociais, por abusos do poder econômico e administrativo, apurá-las e dar-lhes curso como defensor do povo junto ao Poder competente” (Mazzilli, 1991: 29). Embora a Carta de Curitiba mencionasse a atuação do MP como um defensor do povo, não propugnava pela sua institucionalização como verdadeiro *ombudsman*, tal como compreendido no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, por exemplo. Aliás, após a divulgação desse anteprojeto, o tema tornou-se polêmico entre os membros da corporação do MP, que foram contrários à criação de um cargo ou órgão para exercer uma função que, tal como percebiam, os promotores já cumpriam, especialmente no interior do país, restando, portanto, ser ampliada para os grandes centros (Lopes, 2000).

Quando ressurgiu o tema na Constituinte, a CONAMP reafirmou sua discordância quanto à criação de um novo organismo, insistindo em que a função de defensor do povo cabia naturalmente ao MP: “quanto à questão do Ouvidor-Geral, o Ministério Público não se coloca frontalmente contra a sua existência. Apenas quer lembrar que é o Ouvidor-Geral, há muitos anos exerce esta função. Em todas as comarcas de interior, filas e filas de pessoas têm encontrado no Ministério Público o seu Ouvidor-Geral. Apenas nos parece desnecessária a criação de outro organismo gigantesco de âmbito nacional para ouvir todo o mundo, quando já existe uma instituição que cumpre há muitos anos essa mesma função” (Dal Pozzo, *in* DANC, 01.05.87: 115). Como sugere Júlio A. L. Lopes, depositor à idéia original do *ombudsman* o MP termina por assumir as suas funções, apropriando-se de uma demanda proveniente da sociedade civil e relacionada às reivindicações por justiça social para se vincular à cidadania como órgão vocalizador dos interesses sociais; tomando sempre a precaução de que a nova função não comprometesse o sucesso das demandas liberalizantes do órgão (Lopes, 2000)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Júlio A. L. Lopes lembra que a demanda pela institucionalização de um defensor do povo, de uma espécie de “advogado dos interesses sociais”, surgiu em meio aos debates dos grupos sociais organizados sobre o acesso à justiça. Já nos fóruns populares pré-constituintes, instruídos por setores da intelectualidade e da Igreja, os movimentos populares passam a propugnar pela conversão do Ministério Público, enquanto agência do Estado desvinculada dos demais Poderes, em defensor do povo. O Ministério Público apropria-se, então, deste argumento

Outra reivindicação do MP era a de atuar como uma espécie de receptáculo da representação de inconstitucionalidade, por ação ou omissão dos poderes públicos. Embora o Procurador-Geral da República detivesse a titularidade exclusiva da proposição de ação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, o MP propunha que toda entidade jurídica de direito público tivesse o direito de formular recursos de inconstitucionalidade, que seriam recebidos pelo Procurador-Geral, o qual daria, então, prosseguimento à ação. Esta concentração de poder político nas mãos do chefe do MP era justificada como uma forma de tornar mais aberto o acesso ao sistema de controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, mais preciso ou fechado o próprio controle, de modo que toda lei ou ato normativo pudesse ser objeto de argüição: “o espírito que nos anima a tornar obrigatória a representação por inconstitucionalidade é exatamente este (...) de que qualquer pessoa jurídica de direito público – arrolamos apenas algumas – possa exercê-la. Pela sua vivência, pela sua experiência, o próprio Ministério Público sabe que, quanto mais controle, melhor para o interesse da sociedade que ele procura defender” (Dal Pozzo, *in* DANC, 01.05.87: 110).

No que se referia a sua atuação investigatória como promotores criminais, os membros do MP demandavam a garantia do direito de supervisão dos inquéritos policiais, com a possibilidade, inclusive, de avocação daqueles inquéritos em que entendessem haver interesse que lhes coubesse defender. Justificavam a advocatória como um recurso legítimo na defesa incondicional do interesse público, particularmente em face das dificuldades muitas vezes enfrentadas para se produzir provas que fossem necessárias à condenação judicial do Estado. Buscando fortalecer o âmbito da participação dos promotores nas investigações conduzidas pela polícia judiciária, o MP se projetava como um representante neutro e independente dos interesses da sociedade, cuja atuação investigatória deveria colocar-se acima das considerações políticas quanto à oportunidade de um determinado curso de ação.

Devido à variedade de atribuições que colocavam o MP em freqüente confronto com os poderes públicos em sua atuação em defesa dos interesses da sociedade, a corporação reivindicava a concessão de um amplo sistema de garantias para a instituição e seus membros. Do ponto de vista da instituição, o que se pretendia era

---

explicitamente democrático, que não era originariamente seu, para reforçar sua reivindicação por autonomia institucional e concretizar sua identidade como órgão especializado na defesa dos interesses sociais. Ver Lopes, 2000.

estabelecer a autonomia financeira e administrativa do MP em relação ao Executivo ou a qualquer outro Poder do Estado, com liberdade para organização da instituição e para a proposição de dotação orçamentária - na verdade, a corporação reivindicava que o MP ficasse fora dos títulos reservados aos Três Poderes, numa clara tentativa de firmar sua posição constitucional independente. Um aspecto importante da autonomia institucional do MP referia-se à indicação, pela própria categoria, do chefe da instituição, cujo mandato seria fixo; os casos de abuso do poder ou omissões graves seriam investigados pelo Colégio Superior do MP, que estaria autorizado, inclusive, a destituir o Procurador-Geral de seu cargo<sup>24</sup>.

Na verdade, este ponto específico da proposta da CONAMP encerrava uma dicotomia fundamental, que refletia diferenças não resolvidas entre os interesses das corporações estaduais e da corporação federal. Enquanto os MP estaduais vinham se afastando da função de representação judicial do Estado desde que a LOMP autorizara a organização independente das carreiras, o MP federal mantivera-se como representante dos interesses da União e tinha interesse em permanecer como tal. Esta divergência dentro da categoria pode ser explicada pela dificuldade enfrentada pelos membros do MP federal no sentido de legitimar a carreira através de laços diretos com a sociedade e os grupos sociais, como acontecia mais facilmente no caso dos profissionais que atuavam nas comarcas dos estados. Dada a incompatibilidade de interesses, a proposta do MP vedava a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público aos órgãos estaduais – prevendo a organização de serviços de Procuradoria do Estado para o desempenho da função –, e reservava este papel ao MP federal. As conseqüências disso para o tema da chefia da instituição eram diretas: enquanto os Promotores-Gerais dos estados deveriam ser eleitos dentre os membros da carreira, para um mandato de dois anos, facultando-se a sua recondução ao cargo, para o Procurador-Geral da República permanecia a imprescindibilidade de que fosse

---

<sup>24</sup> Júlio A. V. Lopes associou este argumento autonomista da corporação do Ministério Público à teoria liberal dos *checks and balances*. Esta teoria atribui grande valor à função de fiscalização da efetividade das leis, e vê nos órgãos encarregados dessa função o resultado da própria modernização institucional do Estado de Direito e da desconcentração do poder estatal. Neste sentido, o argumento liberal na base do postura autonomista dos membros do Ministério Público legitimava a compreensão do órgão como a chave do sistema de “prevenção ou reparação dos abusos das autoridades” (Lopes, 2000: 75), e requeria a independência da instituição como garantia de imparcialidade na sua atuação. Conforme Lopes, este argumento suporta, no limite, a tese do Ministério Público como um Quarto Poder, mas essa tese não teve maior repercussão no país, sendo dominante sempre a opção pela simples configuração do órgão como independente dos Poderes de Estado.

um membro da carreira, devendo o seu nome, contudo, ser aprovado pelo Senado antes da nomeação presidencial.

Do ponto de vista das garantias dos membros do MP, o que se reivindicava era a equiparação da carreira com a magistratura. Isto significava a garantia do mesmo regime jurídico-remuneratório e das mesmas prerrogativas funcionais da magistratura, isto é, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. A corporação do MP alegava que as garantias existentes eram quase nulas diante das funções desempenhadas pelo órgão no enfrentamento aos poderes públicos. De fato, a LOMP havia assegurado tão somente o ingresso na carreira através de concurso público; as demais conquistas correspondiam a disposições das Constituições estaduais e podiam não ter completa eficácia à luz de uma nova Constituição. Deste ponto de vista, os membros do MP reivindicavam aquelas garantias como contrapartidas das suas funções em defesa da sociedade, seja criminalmente, seja quanto aos abusos do poder: “o Ministério Público reivindica funções e quer garantias para exercê-las” (*idem*: 106).

Por outro lado, a antiga ambição de ver o MP reconhecido constitucionalmente como partícipe da atividade jurídico-estatal, em condições de igualdade com o Judiciário, também animava os seus membros a propor igualdade de tratamento em relação à magistratura. Neste sentido, reforçavam o argumento da independência institucional do MP e das garantias funcionais de seus membros a partir da sua interação com o próprio Judiciário: “a imparcialidade do Poder Judiciário decorre de um sistema de garantias que lhe dá independência política e da circunstância de ser inerte, ou seja, de somente entrar em atividade mediante provocação. Ora, se essa provocação deve partir do Ministério Público nas causas onde há interesse público, onde há interesse da sociedade, nenhum feito surgirá da independência do Poder Judiciário, de nada ela valerá, nenhuma eficácia terá, se o órgão de acusação não for independente para provocar esse julgamento. De nada adianta a independência e autonomia de um Poder sem a complementação da autonomia do outro Poder” (*id. ib.*). Fica claro, mais uma vez, que o substrato político-ideológico fundamental do projeto apresentado pela CONAMP estava referido à atuação do MP em benefício da comunidade, da ordem jurídica e da própria democracia. Estes eram os argumentos

que justificavam as demandas da corporação em relação ao fortalecimento político da instituição e à concessão de garantias funcionais aos seus membros.

## Os magistrados

Finalmente, os magistrados também tiveram uma atuação de forte teor corporativo nas audiências públicas da ANC. Um traço distintivo da participação da magistratura, contudo, deveu-se à diferença de posições em relações a determinados temas entre os membros da cúpula do Judiciário e os representantes das associações das bases da corporação. A rígida hierarquização da carreira, que tende a distanciar os membros dos tribunais superiores – indicados politicamente – e os magistrados das primeira e segunda instâncias, ficaram evidentes em alguns dos temas envolvendo a reestruturação do Judiciário brasileiro nos debates constituintes de 1987-88<sup>25</sup>.

Contudo, embora esta cisão interna à carreira envolva a percepção dos problemas da magistratura e do Judiciário de pontos de vista razoavelmente diferentes, não se deve desconsiderar o fato de que a magistratura, em seu conjunto, é uma corporação bastante homogênea e, em geral, coesa em relação aos pontos que se referem à relação da carreira e da instituição com o ambiente externo. O fato é que entre os pronunciamentos dos ministros Sydney Sanches e Célio Borja, do STF, de um lado, e do presidente da Associação Brasileira dos Magistrados (AMB), Milton dos Santos Martins, de outro, pode-se identificar pontos em comum e pontos de desacordo, ainda que as sugestões do STF tenham se voltado mais especificamente para a Justiça Federal de segunda e de última instância, enquanto que a AMB lidou mais diretamente com os problemas dos tribunais estaduais e da Justiça de primeira instância.

Como já se afirmou aqui, o ponto de honra da magistratura brasileira era a garantia de maior autonomia institucional ao Judiciário, no que se referia aos aspectos administrativos e financeiros da organização deste Poder. Este foi um dos temas de

---

<sup>25</sup> Em suas caracterização do “corpo” e da “alma” da magistratura brasileira, Luiz Werneck Vianna e demais autores ressaltam o desconforto dos magistrados com a idéia de que a hierarquia do Judiciário represente a magistratura diante dos demais Poderes e da sociedade civil. Segundo pesquisa realizada pelos autores, a imagem do juiz soberano no exercício de sua judicatura se choca frontalmente com a presença de membros de outras carreiras nos tribunais, bem como com a indicação política dos magistrados que ocupam o vértice do Judiciário. Neste sentido, o associativismo adquire grande relevância, as associações de magistrados sendo vistas como “expressão da consciência jurídica e social” do Judiciário. Cf. Vianna *et al.*, 1997.

consenso entre os representantes dos magistrados que se pronunciaram à ANC. Na condição de relator do texto que continha as sugestões que o STF apresentara à Comissão Afonso Arinos, o ministro Sydney Sanches dirigiu-se à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo da ANC para apresentar uma exposição de motivos sobre as sugestões daquele tribunal. Um dos aspectos de destaque no arrazoado formulado pelo STF era a possibilidade de que os tribunais apresentassem ao Legislativo proposições sobre a criação ou extinção de cargos, bem como sobre a fixação dos vencimentos de todos os seus funcionários. A possibilidade de a Justiça aparelhar-se a si mesma era uma demanda antiga do Judiciário e motivo de constantes crises entre este Poder e o Executivo, que centralizava a provisão de cargos e a fixação dos vencimentos de todos os funcionários do Estado. A este propósito, as declarações do presidente da AMB à Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público também foram taxativas: “Estamos propondo um Judiciário subordinado à Constituição e às leis, mas independente, funcional, administrativa e financeiramente. A base financeira é inquestionável. Nada se pode realizar sem se aparelhar o Judiciário” (Martins *in* DANC, 01.05.87: 130).

Esta reivindicação por maior autonomia administrativa e financeira era justificada inclusive à luz dos problemas da Justiça no país, percebidos enquanto problemas que tinham origem no acúmulo e retardamento dos processos, e que geravam, como conseqüência, a denegação da justiça e a perda de credibilidade do sistema. Deste ponto de vista, a autonomia institucional do Judiciário era um requisito fundamental para a implementação de medidas relativas à modernização das várias instituições judiciárias, à realização de novos concursos, ao treinamento dos juízes em áreas específicas, ou à maior expansão do sistema de justiça, entre outras coisas: “então, o problema é de aparelhamento judiciário, de mais concursos, mais condições aos juízes e aparelhamento cartorário. Deve haver o juiz, o escrivão, o oficial de justiça, um auxiliar de escrivão, um datilógrafo, etc. É fundamentalmente, hoje, um problema de autonomia e independência financeira” (*idem*: 137)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Chamando atenção para a importância da autonomia administrativa e financeira do Judiciário quanto à atenção à demanda social por justiça, o presidente da AMB utilizou como exemplos de ações possíveis as iniciativas que as associações de magistrados já vinham tomando, independentemente dos tribunais: “em muitos estados já surgiram as escolas da magistratura (...) Mas isso quem está criando são as associações, que realmente criaram o Juizado de Pequenas Causas, estão batalhando pela racionalização, pelo aprimoramento e aperfeiçoamento dos juízes, e não se pode descurar também das condições financeiras, do direito à subsistência” (*idem*: 137).

A reestruturação constitucional do Judiciário também era um ponto importante nesta estratégia. Para os ministros do STF, por exemplo, que percebiam os problemas da Justiça Federal de cima, como uma questão de administração da justiça de segunda instância, o descongestionamento dessas instâncias superiores viria da racionalização dos trabalhos propiciada por uma maior diferenciação da estrutura judiciária. Por isso sugeriam a criação de vários Tribunais Regionais Federais e de um Tribunal Superior Federal, que passaria a deter uma parcela da competência do STF, permanecendo, no entanto, sob a sua regência. Sintomaticamente, foram contrários à idéia de criação de um Tribunal Superior de Justiça, abaixo do STF, para julgar recursos extraordinários oriundos dos tribunais estaduais. Alegavam que esses ficariam sob a jurisdição de um tribunal que não era a corte suprema federal, o que lhes afetaria a autonomia. Mais do que considerações sobre as condições de autonomia dos tribunais das unidades da federação, contudo, pesava o fato de que a criação deste tribunal implicaria a perda de boa parcela da competência do STF enquanto normalizador da interpretação das leis federais. Em defesa de sua posição, afirmavam a importância de se ter um tribunal de caráter nacional, que fosse a própria cúpula do Judiciário – “o mais afastado possível das áreas de influências locais, regionais ou setoriais” – para julgar questões federais de grande repercussão.

Na verdade, a proposta de criação de um Tribunal Superior de Justiça era algo que aparecia vinculado à defesa da criação de um Tribunal Constitucional – como acontecia na proposta da OAB e tinha também sido aventado nos debates da Comissão Afonso Arinos. Os ministros do STF reafirmaram sua postura radicalmente contrária a essas propostas, considerando “injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das mais relevantes questões de direito federal” (Sanches *in* DANC, 04.08.87: 24). De fato, o STF pretendia manter, na nova ordem democrática, sua dupla competência como cúpula do Judiciário e como órgão de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes públicos. Justificando a posição do Tribunal contra a substituição do sistema em vigor no Brasil por um novo modelo inspirado em soluções estrangeiras, seu porta-voz alegou: “considerou-se, ainda, que o Brasil tem peculiaridades históricas, geográficas, sociológicas, étnicas, com uma formação fisiológica, política, econômica, moral e religiosa tão diversificada

que é muito perigosa a adoção pura e simples de modelos alienígenas para solução de seus problemas judiciários” (*id., ib.*)<sup>27</sup>.

Em audiência na Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas, Célio Borja, também ministro do STF, formulou extensa argumentação contrária à criação de um Tribunal Constitucional. Em primeiro lugar, contestou o caráter político dos Tribunais Constitucionais implantados em outros países – “todos sob o sistema parlamentarista de governo” – afirmando que a natureza eletiva da seleção de seus membros fazia com que o vínculo primordial do juiz com a Constituição fosse substituído por um vínculo moral e político daquele com o grupo que o havia indicado para pertencer ao Tribunal. Em segundo lugar, defendeu a maior competência dos membros do Judiciário para atuarem como intérpretes da Constituição em face da especificidade de suas funções jurisdicionais e de seu condicionamento profissional a fundar decisões em juízos de legalidade. Citou ainda a ausência de garantia de vitaliciedade aos membros do Tribunal Constitucional como mais um obstáculo à independência de seu julgamento. E, finalmente, afirmou a legitimidade histórica do Judiciário e, mais especificamente, do STF, para uma tarefa que já exerciam com eficácia, e que não requeria ser alterada: “Corte Constitucional já temos. A grande pergunta que se coloca para esta geração é se quer esta Corte Constitucional aberta a certo tipo de influência política; se se acha que é melhor para o país, ou se prefere levar para o legislador o direito de fazer uma norma, e ao intérprete, apenas o dever de aplicá-la” (Borja *in* DANC, 05.08.87: 62).

Já a AMB sustentava posição favorável ao Tribunal Constitucional, também defendendo a ampliação da legitimidade para proposição da ação direta de inconstitucionalidade. Contra a criação de mais um tribunal superior, propunham um sistema misto – inspirado no modelo alemão – em que o STF fosse mantido no exercício de suas atribuições tradicionais de órgão de cúpula do Judiciário, mas compusesse, juntamente com um grupo de magistrados eleitos pelo Congresso

---

<sup>27</sup> Na verdade, a opinião pessoal de Sydney Sanches não coincidia exatamente com a postura do STF. Para o ministro, a exclusividade da competência do STF para examinar questões constitucionais e julgar a ação direta de inconstitucionalidade devia ser mantida, bem como a sua atuação como uniformizados da lei federal. No entanto, a legitimidade da proposição de ações diretas de inconstitucionalidade deveria ser ampliada, no sentido de incluir, além do Procurador-Geral da República, “os poderes públicos, de modo geral, e os partidos políticos e entidades de classe, de modo especial”. Isto ampliaria a própria competência constitucional do STF, implicando a redução de sua competência enquanto uniformizador da lei federal. Daí resultaria a necessidade de se criar o STJ, sem, contudo, anular a atuação do STF como vértice do Judiciário.

Nacional, para um mandato fixo, uma corte voltada para o exame de matéria exclusivamente constitucional. Este sistema garantiria a participação de juristas, especialistas em Direito Constitucional e políticos que tiveram maior “vivência dos problemas constitucionais” e que poderiam levar essa experiência para os tribunais (Martins, *in* DANC, 01.05.87: 134).

Se discordavam quanto ao tema do controle da constitucionalidade, os magistrados compartilhavam um mesmo ponto de vista no que dizia respeito à defesa da função jurisdicional e do seu monopólio pelos magistrados de carreira. Assim por exemplo, dentre as sugestões do STF incluía-se a de extinção da função de juiz classista da Justiça do Trabalho, com base na suposta incompatibilidade da natureza desses juízes com o formato tradicional da magistratura: “o juiz de qualquer tribunal deve ser vitalício, permanente – e não temporário –, qualificado conhecedor de Direito e, além disso, neutro, desvinculado das partes, na solução dos litígios (...)” (Sanches, *in* DANC, 04.08.87: 25). Neste caso específico, além do argumento em defesa do exercício da função por magistrados de carreira, havia um outro ainda mais claramente corporativo, e que se referia às relações entre os juízes togados e os juízes classistas: “Nem se compreende que juízes trabalhistas togados, de primeiro grau, possam ser punidos disciplinarmente, inclusive pelo voto de representantes de empregados e empregadores, aos quais, enquanto partes, podem ter descontentado com seu julgamento, mesmo neutro, isento, imparcial” (*id. ib.*).

Empregando argumentos que remetiam à “essencialidade da função jurisdicional para a ordem jurídica” e para a “paz social” diante da “demanda trágica de justiça que existe na comunidade em nossos dias”, a AMB propugnava por uma reestruturação do Judiciário que reafirmasse o princípio da competência exclusiva da administração da justiça, “dentro do monopólio jurisdicional estabelecido pelo Estado de Direito”. Assim, manifestava-se com preocupação em relação ao problema da administração da justiça nas delegacias de polícia, ou aos julgamentos proferidos pelos tribunais de júri: “tribunal do júri, economia popular, essa participação popular é muito bonita, eu diria, defendida arduamente (...) não vamos acabar com o júri, pelo amor de Deus. É muito bonito o júri, mas, realmente, a ser mantido, teria de ser modificado” (Martins, *in* DANC, 01.05.87: 133).

A AMB apoiava o quinto constitucional, mas quando questionada sobre a participação de outras categorias profissionais nos tribunais, a sua perspectiva não era menos restritiva: “ao se abrir cada vez mais a participação de todas as categorias, o tribunal deixa de ser um tribunal profissional e se pode transformar em tribunal de categorias. Há colaboração dos profissionais de Direito, aqueles que trabalham diretamente com o processo, caso do Ministério Público e dos advogados. Esses ainda têm vivência – não a vivência do juiz, mas têm vivência. (...) presidir o júri como juiz é bem diferente (...) Então, não é de um momento para o outro que vamos transformar todos em juiz, ainda mais em juiz de tribunais superiores” (*idem*: 136). A percepção de um caráter “especial” na função de julgar e atingir decisões dotadas de força jurídica também fundamentava as reações restritivas dos magistrados às demandas da corporação do MP por equiparação salarial com a magistratura, bem como pela concessão das mesmas garantias funcionais.

Uma outra questão que suscitava divergências entre os magistrados dos órgãos superiores e aqueles das primeiras instâncias dizia respeito à organização da carreira e as formas de controle da atuação do Judiciário. Os magistrados estaduais, por exemplo, reivindicavam igualdade de disciplina na carreira, com os mesmos direitos e obrigações dos juízes federais atingindo toda a magistratura, a ponto de não se distinguir mais uma corporação da outra. Por sua vez, os ministros do STF sugeriam a não inscrição constitucional de matéria referente aos vencimentos dos magistrados, a ser regulada em lei complementar. Consideravam, contudo, “salutar a vinculação dos vencimentos dos ministros do STF, no mínimo, aos de Ministros de Estado, e os de Desembargadores de Tribunal de Justiça dos estados, também no mínimo aos de Secretários de Estado” (Sanches, *in* DANC, 04.08.87: 23).

Quanto ao controle da atividade profissional, também se registrava uma divergência importante dentro da magistratura. De fato, os magistrados manifestavam grande resistência às propostas de introdução de algum tipo de controle externo. Os ministros do Supremo, por exemplo, reafirmavam a legitimidade do Conselho Nacional de Magistratura – instituído com o “Pacote de Abril”, de 1977 –, solicitando a sua inscrição constitucional como órgão do STF, e não mais como um tribunal. Desta forma, a cúpula do Judiciário pretendia confirmar o prevailecimento da hierarquia sobre as bases da carreira, concentrando o controle interno da corporação. Já a AMB

propugnava pela exclusão do Conselho Nacional da Magistratura, alegando seu vínculo com o período autoritário e com o arbítrio. Reivindicavam, em seu lugar, a institucionalização do controle da disciplina pelos próprios tribunais: “ninguém conhece melhor um juiz do estado do Paraná do que o Tribunal do Paraná; ninguém conhece melhor um juiz de Alagoas que o Tribunal de Alagoas” (Martins, *in* DANC, 01.05.87: 134). Por outro lado, reivindicavam também a participação da categoria na eleição dos membros dos tribunais.

Finalmente, um outro aspecto da reforma do Judiciário que mobilizava ambos os níveis da categoria – e que é de interesse especial para este trabalho – referia-se às formas alternativas de justiça a serem instituídas constitucionalmente no país. Neste ponto havia acordo quanto à necessidade de se prover instrumentos processuais novos, que fossem baratos, rápidos e permitissem a aplicação da justiça a casos de pequena gravidade jurídica que se acumulavam na primeira instância. De fato, o que inspirava estas propostas por parte da magistratura era a perspectiva de garantir credibilidade às instituições judiciárias através da disponibilização de novos canais de acesso à justiça, bem como a pretensão de afirmar a legitimidade da profissão para atender “toda uma comunidade que não tem justiça e que, a caro custo, às vezes encontra um delegado que faz uma composição” (Martins, *in* DANC, 01.05.87: 130).

Para Sydney Sanches, os mecanismos alternativos de realização de justiça não deveriam, necessariamente, ser forjados pelo Estado: “temos de encontrar mecanismos para que cheguem todos os conflitos de interesses à Justiça. E, se se puder resolver no âmbito da própria comunidade, melhor, pois não será necessário movimentar o aparelho” (Sanches, *in* DANC, 04.08.87: 29). Por outro lado, o ministro defendia também a extensão da legitimidade para a propositura de ação popular às pessoas jurídicas, a garantia constitucional da ação civil pública (já prevista pela LACP, de 1985), o tratamento constitucional à assistência jurídica e judiciária aos juridicamente pobres, e a possibilidade de que a ação penal fosse conferida à vítima ou a seus parentes próximos quando o MP requisesse o arquivamento de autos do inquérito policial deferido pelo juiz: “se o Ministério Público acha que não deve denunciar por não ter elementos e o juiz arquiva ou é obrigado a arquivar o processo porque subiu para o Procurador-Geral e voltou para ele, por que não abrir a porta para

a vítima ou para os seus familiares próximos? É mais serviço para a Justiça, mas é uma Justiça mais acessível” (*id. ib.*).

A AMB também apresentava sugestões de formatos variados de instrumentos para resolução de conflitos de pequena relevância. Defendia os Juizados de Pequenas Causas – já implantados em vários estados naquele momento – com formas ainda mais simplificadas, que facilitassem a execução dos acordos estabelecidos: “(...) atualmente ocorre dificuldade quanto à execução. Se uma parte, não convencida, resolve não realizar a prestação a que foi condenada, terá que haver ação na Justiça comum, em execução ordinária” (Martins, *in* DANC, 01.05.87: 134). Além desses juizados, também reivindicavam que os tribunais tivessem a possibilidade de institucionalizar nas grandes cidades os juízos distritais, os juízos conciliatórios (em que apenas um juiz atua no sentido de promover a conciliação entre as partes), ou ainda os juizados de instrução (um tipo de serviço judicial descentralizado em que um juiz, um promotor, um defensor e uma autoridade policial atuam conjunta e simultaneamente na solução imediata de crimes ocorridos na comunidade).

Fica claro, portanto, que foi pela via das formas alternativas de justiça que a magistratura lidou com o tema do acesso à justiça e, ainda que indiretamente, com a questão mais ampla da justiça social. De fato, pode-se perceber pelo conteúdo das principais propostas elaboradas pelos representantes da *intelligentsia* jurídica que a institucionalização do direito como um instrumento de realização de justiça social refletia um envolvimento apenas indireto das instituições e profissionais jurídicos com a questão da justiça social ela mesma. Este compromisso foi reconhecido ou através de sua atuação técnica em defesa dos interesses sociais e da própria Constituição – esta sim, devendo se propor a realização de objetivos de justiça social<sup>28</sup> – ou através de sua ação política como promotores da democratização do acesso à justiça – o que era uma ação efetivamente voltada para a realização de justiça social, isto é, de uma distribuição mais equânime dos serviços de administração da justiça, mas que obviamente não era um resultado da prestação jurisdicional em si, e sim da

---

<sup>28</sup> As palavras do Ministro Célio Borja acerca dos compromissos sociais da futura Constituição são reveladoras disso: “(...) se, porventura, a Constituição não fizer sequer um acesso para todos esses grupos sociais que reivindicam alguma coisa, e alguma coisa de substancial para eles, frustrar-se-á muito a expectativa do país. Uma solução poderia ser uma Constituição não apenas de princípios, porque se me afigura quase irreal, mas uma Constituição que, além dos princípios, moldasse as instituições” (Borja, *in* DANC, 05.08.87: 64). E mais à frente completou: “Não se trata apenas de organizar os poderes públicos. É dar à sociedade instrumentos de realização de aspirações, porque este é o grande problema deste país” (*id. ib.*).

mobilização política da *intelligentsia* jurídica. Uma vez expandida a rede de serviços de justiça, a operação de instrumentos judiciais tradicionais e alternativos incorporaria novos conflitos sociais, e, então, estaria garantido que as decisões técnicas eventualmente alcançadas no âmbito da Justiça produziriam resultados socialmente justos.

Em sua participação nos debates da ANC, a *intelligentsia* jurídica falava exclusivamente em nome do campo do Direito, isto é, em nome da consecução das atribuições colocadas para os profissionais jurídicos quanto à resolução de conflitos e em nome dos interesses desses profissionais ligados à realização de suas funções. O tema da justiça social era um argumento externo à lógica imediata do campo jurídico e de seus atores, cujo compromisso primordial era com a realização de justiça na solução dos conflitos sociais. A não ser raramente em seus pronunciamentos a questão da justiça social foi colocada em termos não institucionais pelos representantes da *intelligentsia* jurídica, remetendo também a uma certa postura dos profissionais jurídicos na interpretação e aplicação da lei<sup>29</sup>. Neste sentido, pode-se afirmar que o tema da justiça social foi incidental em suas manifestações na Constituinte, surgindo, de fato, mais como um argumento de necessidade para justificar as demandas políticas e corporativas dos profissionais jurídicos do que como um fim social a ser perseguido pelos órgãos e atores que compunham o sistema de justiça brasileiro. Dado seu grande apelo ideológico naquele contexto, a *intelligentsia* jurídica lançou mão do tema da justiça social para defender o direito, e não o contrário.

---

<sup>29</sup> O desembargador Milton dos Santos Martins tece um comentário interessante a este respeito: “O cidadão em gozo dos seus direitos essenciais realmente tem a proteção do Estado. Agora, se ele não é titular desses direitos, não é o Judiciário que lhes poderá proporcionar. O que o Judiciário faz hoje é aplicar uma interpretação mais progressiva. Mudamos, inclusive, a expressão ‘dar a cada um o que é seu’ para ‘dar a cada um o que ele tem direito’, o que ele precisa. Da Constituição consta ‘vaidade, trabalho, educação, etc.’, mas não propiciou os meios. Se o cidadão entrasse em juízo – eu pelo menos decidiria assim – mandaria o Estado dar-lhe alimentação e educação ou possibilitar a educação, criação, saúde, etc. Mas qual é a doutrina e a jurisprudência dominante? O Judiciário não pode decidir matéria obrigando o Estado a dar essa prestação, porque é matéria de ordem executiva e não jurisdicional” (in DANC, 01.05.87: 136).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito já se disse sobre a Constituição brasileira de 1988 e várias são as posições a seu respeito. Há aqueles que louvam as inovações institucionais introduzidas como o reflexo de um projeto efetivamente democrático e humanista, cujo grande mérito estaria em desafiar a realidade e propor-se à transformação da vida social brasileira. Outros afirmam que o texto constitucional, por mais progressista que seja o seu tom, reflete o estado de fragmentação da vontade constituinte em que foi construído, sendo, portanto, confuso e vago, além de marcadamente corporativista, possibilitando muito pouco avanço de fato. Os mais críticos, por sua vez, chamam atenção para o seu caráter puramente retórico ou de constitucionalização simbólica, o qual cumpriria primordialmente finalidades políticas ligadas à “tranqüilização do público” e à legitimação da nova ordem, em detrimento da sua função especificamente normativo-jurídica. E há mesmo aqueles que, de uma perspectiva puramente fiscalista, alegam ser a Constituição irresponsável e perdulária, tendo contribuído decisivamente para a crise do Estado nos anos 90.

A despeito das orientações o mais díspares de todas as visões sobre a Constituição, há entre elas um aspecto comum: o reconhecimento de que o texto constitucional inscreveu importantes mudanças no quadro referencial do direito no Brasil. Definindo essas mudanças no marco jurídico-institucional em termos da introdução de uma concepção substantiva de justiça – bem como de um amplo conjunto de direitos dos membros da comunidade política brasileira e de instrumentos institucionais para sua proteção – este estudo procurou reconstruir o caminho que conduziu à institucionalização de uma concepção do direito como instrumento de realização da justiça social.

Embora reconheça uma crescente tendência internacional de incorporação da idéia de justiça como critério público de orientação das instituições e práticas sociais, este trabalho voltou a atenção para o papel das próprias elites jurídicas brasileiras na gestação de uma concepção das instituições e dos profissionais jurídicos como agentes da realização de uma justiça que está muito além da regulação dos conflitos entre os indivíduos. Tratando a construção constitucional como um processo de escolha em que se processa a classificação e hierarquização dos interesses,

preferências, valores e ideologias dos diversos atores políticos que ali comparecem, o trabalho pretendeu reconstruir alguns dos condicionantes sócio-políticos das propostas formuladas pelos principais operadores do Direito para a inscrição constitucional do campo jurídico; condicionantes esses que se relacionam a aspectos tão variados quanto a cultura jurídica brasileira, os referenciais que conformam a identidade dos profissionais jurídicos, a sua situação política, seus interesses corporativos, etc.

A assunção de um papel ativo na promoção da justiça social pelo campo jurídico certamente implicou o reconhecimento de um caráter político essencial ao direito, o que em tese contraria os valores mais fundamentais da cultura jurídica dominante no país, fortemente inspirada nos dogmas da neutralidade e da isenção, os quais consubstanciam a concepção inerte do direito, característica do formalismo liberal. No entanto, a reconstrução da trajetória sócio-histórica do campo jurídico brasileiro permitiu atribuir outros tons a esta cultura jurídica. Embora seja predominantemente formal e privatista, alimentando-se de uma formação que permaneceu, ao longo de mais de 150 anos, fundada nas concepções mais tradicionais de um liberalismo individualista “de base e de método”, a cultura jurídica brasileira também comporta elementos publicistas, que se conformaram por meio de uma longa história de atuação política dos profissionais do Direito, tanto junto ao Estado – como primeiros construtores do aparelho estatal e como formuladores da ideologia de sua intervenção modernizante até os anos 60 – quanto junto à sociedade – como seus representantes políticos e algumas de suas principais lideranças.

O efeito deste padrão de atuação dos atores jurídicos foi tal que não apenas o *status* social e político desses profissionais foi amplamente referendado pela sociedade, mas eles mesmos passaram a se reconhecer como portadores de qualidades que os diferenciavam dos demais grupos sociais e os habilitavam, enquanto sujeito coletivo, a uma posição especial no cenário político nacional. Em outras palavras, grande parte do prestígio social e da própria autoridade moral dos profissionais jurídicos se constituiu como um substrato das suas atividades jurídico-políticas. A forte presença do direito e seus atores na vida política brasileira atestada pela análise aqui desenvolvida permitiu confirmar as teses de Luiz Werneck Vianna a respeito da forte tradição brasileira de uso do direito como recurso de modelagem

social, e de uma sintomática representação da política como derivação da norma jurídica, e não da expressão de interesses (Vianna, 1976, 1986; Vianna *et al.*, 1999).

No entanto, além do elemento de identidade e cultura profissionais sempre presentes na atuação dos profissionais do Direito, a análise evidenciou especificamente a relevância da posição conjuntural do campo jurídico em relação ao campo do poder na determinação do sentido em que atuam as elites jurídicas. Na verdade, um dos resultados mais consistentes deste trabalho foi a constatação de que as mudanças no eixo das relações entre o Estado e o meio jurídico constituíram fatores essenciais na explicação dos desenvolvimentos no campo do direito brasileiro, inclusive no que se refere ao lento processo de transformação da cultura jurídica. Recentemente, o período de governo militar provocou o mais significativo deslocamento político das elites jurídicas na história nacional, tendo esses atores sido destituídos de sua posição como condutores do Estado para uma posição quase que completamente marginal em relação ao aparelho estatal e à própria política.

Esta perda de poder político foi um fator essencial na mobilização do meio jurídico desde o final dos anos 70, quando, ante a crise do autoritarismo, o fortalecimento do direito constituiu-se numa meta primordial das elites jurídicas brasileiras. Isto era verdade tanto em relação aos advogados – membros derradeiros da antiga elite dos juristas-políticos, os quais foram definitivamente excluídos da condução da modernização e passaram a ter sua atuação, enquanto profissionais liberais, ameaçada pelo Estado autoritário – quanto em relação aos funcionários estatais do sistema de justiça – há muito afastados dos processos na esfera pública brasileira, mas cuja atuação profissional era cerceada pela lógica autoritária do regime e pelo intervencionismo do Executivo. Este conjunto de atores, não exatamente coeso em termos de interesses corporativos, porém unido pelos mesmos interesses políticos, deu origem à *intelligentsia* jurídica que participou ativamente do processo de construção constitucional, reivindicando o fortalecimento de suas posições em relação ao campo de poder .

Uma outra vertente importante da ação política que se estabeleceu entre as elites jurídicas esteve relacionada à crise da administração da justiça, conformada a partir do choque entre as fronteiras institucionais do direito brasileiro e as pretensões de justiça de uma sociedade que, no final dos anos 70, se mobilizava diante das

profundas transformações sociais ocorridas nas décadas anteriores, da falência do modelo de modernização conservadora e, principalmente, da luta pela redemocratização. Confrontado com uma realidade muito mais complexa do que os parâmetros do modelo jurídico-institucional vigente podiam comportar, o meio jurídico, então deslocado do Estado e com dificuldades para estabelecer laços mais perenes com a sociedade brasileira, viu-se lançado em um movimento de auto-reflexão e de busca por alternativas institucionais capazes de restaurar as condições de legitimação social do direito no país, bem como de fortalecer institucionalmente os profissionais jurídicos na futura democracia brasileira. Foi por esta via que o tema da justiça social ganhou relevância para as elites jurídicas brasileiras.

Enquanto estratégia de legitimação de interesses, a construção ideológica é parte essencial de qualquer disputa política, na medida em que permite a transfiguração de pretensões particulares em interesses universais. O teor ideológico das propostas apresentadas pela *intelligentsia* jurídica esteve intimamente associado à influência vinda de fora, das demandas sociais relacionadas ao processo de redemocratização e do movimento pelo acesso à justiça. Pôde-se perceber, neste trabalho, que a associação entre direito e justiça social não era um conteúdo original da bandeira de nenhum setor do jurismo brasileiro, mas era, sim, uma reivindicação colocada pela sociedade para o mundo do direito. A incorporação dessas reivindicações ocorreu na medida em que não inviabilizava a demanda do campo pelo fortalecimento das instituições jurídicas, mas, pelo contrário, fortalecia o seu perfil institucional, enquanto conjunto de instituições, profissionais e práticas autônomas e politicamente ativas.

É interessante perceber que o compromisso que as elites jurídicas eventualmente assumem com o tema da justiça social não deve sua feição apenas à formulação que os atores sociais de fora do campo jurídico deram ao problema da justiça social; esse compromisso foi reelaborado pelas elites jurídicas de forma a incorporar um argumento próprio ao campo do direito, no caso o da tradição publicista da cultura jurídica brasileira. Fica claro, desta forma, que as alterações introduzidas na Constituição de 1988 não se relacionaram a uma ruptura com a cultura jurídica brasileira. Ao contrário, elas estiveram profundamente relacionadas a uma revisão politicamente orientada dos elementos constitutivos desse repertório de valores, no

sentido de acentuar e dar sistematicidade àqueles que compunham uma base imaterial onde direito e justiça social podiam se casar. E é aí que se revela o caráter claramente ideológico do lema do direito como instrumento de realização de justiça social.

Deste ponto e vista, é possível reconhecer o papel também ideológico, retórico, que o modelo comunitário teve no recente processo de construção constitucional no Brasil. Fundamentalmente, o constitucionalismo comunitário foi adotado porque se adequava aos interesses de poder da *intelligentsia* jurídica brasileira, e por dois motivos básicos: de um lado, pelo intervencionismo que autorizava aos órgãos do Judiciário e demais atores jurídicos no plano da tomada de decisões, já que colocava este Poder como uma espécie de atualizador da vontade constituinte; de outro lado, pelo seu comprometimento com o valor substantivo da justiça social, uma demanda fundamental da sociedade civil brasileira, porém, um valor suficientemente vago e dependente de ações políticas futuras de outros Poderes para sua efetivação – cabendo ao direito a eventual correção dessas ações.

Por isso a filosofia geral do projeto da Comissão Afonso Arinos foi mantida, sem, no entanto, que a engenharia institucional prevista o fosse. De fato, os diversos atores jurídicos não obstaram a linguagem da dignidade humana, dos direitos fundamentais, do direito como instrumento de justiça ou da força política do direito. Ao contrário, esta filosofia encaixava-se nas suas necessidades de refundação das bases de legitimação social de um direito em crise e, por isso, vários dos seus princípios básicos foram incorporados. As resistências ocorreram em relação às mudanças institucionais que implicariam em perda de poder e em descaracterização do tradicional papel dos profissionais do Direito como juristas-políticos, comprometidos profissional e politicamente com a dimensão pública da vida brasileira. Neste sentido, a seguinte observação de Júlio Aurélio Lopes Vianna é precisa: “a derrota do ‘defensor do povo’ (como instituição apartada do Ministério Público) na Constituinte demonstrou a inviabilidade política da democratização como ruptura institucional” (Lopes, 2000: 217). Certamente essa observação se aplica também ao Judiciário e seus profissionais.

Estas constatações invertem os termos da hipótese que liga as mudanças no quadro referencial do Direito a rupturas na cultura jurídica brasileira, abrindo uma interessante linha de investigação sobre os possíveis efeitos das mudanças institucionais sobre a cultura jurídica. Por ora, o que os estudos têm apontado é a

inadequação das práticas jurídicas vigentes no país ao novo marco institucional-legal: “mas essa ‘redescoberta’ [do Judiciário brasileiro pela sociedade] encontrou uma instituição incapaz de dar as respostas que seu papel constitucional prescrevia, seja no nível elementar da prestação de Justiça nos conflitos entre particulares, seja no nível da mediação e resolução dos conflitos de natureza política. A idéia de ‘redescoberta’ deu lugar à imagem de um Poder em ‘crise’” (Arantes, 1997: 111).

É plausível, então, a hipótese de que as questões relativas a uma efetiva renovação da cultura jurídica brasileira estariam mais consistentemente remetidas ao contexto de vigência do novo texto constitucional, já que os novos mecanismos de ação judicial e de atuação política do Judiciário e de instituições como o Ministério Público solicitam a renovação dos métodos de interpretação constitucional e de invocação e aplicação do direito. Tal possibilidade reforça ainda mais a tese de que, embora houvesse um interesse real no que se refere ao fortalecimento político-institucional do direito – e até mesmo a um certo “ativismo jurídico” –, o compromisso assumido pelas elites jurídicas com a realização de justiça social através do direito foi uma estratégia basicamente ideológica, que não visava, em primeiro plano, sua concretização efetiva; por causa dela, entretanto, as instituições e os profissionais jurídicos têm se visto crescentemente confrontados com demandas que, em muitos casos, não estão preparados para atender.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO**, Sérgio. (1988) *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- AGUIAR**, Roberto A.R. de. (1994) *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega.
- ALMOND**, Gabriel. (1989) The intellectual history of the civic culture concept. In: \_\_\_\_\_ & VERBA, Sydney (org.). *The civic culture revisited*. Sage Publications.
- AMOROSO LIMA**, Alceu. (1999) *Política*. Petrópolis: Editora Vozes.
- ANDRADE**, J.C. Vieira de. (1998) *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.
- ARANTES**, Rogério Bastos. (1997) *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Ed. Sumaré/FAPESP/EDUC
- ARGÜELLO**, Katie. (1996) *Direito e democracia: entrevistas*. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica.
- ARRUDA JR.**, Edmundo L. de. (1989) *Ensino jurídico e sociedade*. São Paulo: Acadêmica.
- AVRITZER**, Leonardo. (1996) *A moralidade da democracia*. Belo Horizonte: Perspectiva / UFMG.
- BADEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. (1987) Ideologia e constituição. In: \_\_\_\_\_ et al. (orgs.). *Constituição e constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BELLAMY**, Richard. (1994). Filosofia liberal contemporânea: liberalismo neutralizado. In: \_\_\_\_\_. *Liberalismo e sociedade moderna*. São Paulo: Editora UNESP.
- BENDIX**, Reinhard. (1996) *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: EDUSP.
- BOBBIO**, Norberto. (1992) *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus.
- \_\_\_\_\_. (1997) *Os intelectuais e o poder*. São Paulo: Editora UNESP.
- \_\_\_\_\_. (1999) *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora.
- BONAVIDES**, Paulo. (1996) *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros Editores.
- BONELLI**, Maria da Glória. (1995) Condicionantes da competição profissional no campo da justiça: a morfologia da magistratura. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré.
- BOSCHI**, Renato Raul. (1987) *A arte da associação: política de base e democracia no Brasil*. São Paulo: Vértice/Revista dos Tribunais.
- BOSI**, Alfredo. (1991a) A escravidão entre dois liberalismos. In: \_\_\_\_\_. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras.
- \_\_\_\_\_. (1991b) A arqueologia do Estado-providência. In: \_\_\_\_\_. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras.
- \_\_\_\_\_. (1995) Origem e função das idéias em contextos de formação colonial. In: VERDI, Mara Lúcia (org.). *Pensamento brasileiro*. Roma: Centro de Estudos Brasileiros/Embaixada do Brasil.
- BOUDON**, Raymond. (1979) *Efeitos perversos e ordem social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- \_\_\_\_\_. (1984) *O lugar da desordem*. Lisboa: Gradiva.
- BOURDIEU**, Pierre. (1998) A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

- BUENO DE CARVALHO**, Amilton. (1998) *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese.
- CAMPILONGO**, Celso F. (1989) Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática.
- \_\_\_\_\_. (1994) O Judiciário e a democracia no Brasil. *Revista da USP*, São Paulo, nº 21: 116-125, mar-mai.
- CANOTILHO**, J.J. Gomes. (1992) *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina.
- CARDOSO DE OLIVEIRA**, Roberto & Luís Roberto. (1996) *Ensaio antropológico sobre moral e ética*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- CAPPELLETTI**, Mauro. (1990) Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, nº 60: 110-117, out-dez.
- \_\_\_\_\_. (1991) O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, nº 61: 144-160, jan-mar.
- \_\_\_\_\_. (1994) Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, nº 74: 82-97, abr-jun.
- CARVALHO**, José Murilo de. (1995) *Desenvolvimiento de la ciudadanía en Brasil*. México, D.F.: Fondo de Cultura.
- \_\_\_\_\_. (1996) *A construção da ordem / Teatro de sombras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/UFRJ.
- CASTEL**, Robert. (1998) *As metamorfoses da questão social*. Petrópolis: Vozes.
- CASTRO**, Marcus Faro de. (1997) O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *RBCS*, vol 12, nº 34: 147-156, jun.
- CHAUÍ**, Marilena. (1987) O ceticismo sobre a constituinte. In: FORTES, L.R. & NASCIMENTO, M. (orgs.). *A constituinte em debate*. São Paulo: SOFIA Editora SEAF.
- CITTADINO**, Gisele. (2000) *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- COELHO**, Luiz Fernando. (1992) Do direito alternativo. *Revista do Direito Alternativo*, São Paulo, nº 1: 9-18.
- COELHO**, Inocência Mártires. (1999) Konrad Hesse / Peter Häberle – Um retorno aos fatores reais de poder. *Revista dos Tribunais*, nº 26, jan-mar.
- COMPARATO**, Fabio K. (1986) *Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: Brasiliense.
- COSTA**, Emília V. (2001) *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE.
- DALLARI**, Dalmo de Abreu. (1976) *O renascer do direito*. São Paulo: Bushatsky.
- \_\_\_\_\_. (1985) O Poder Judiciário como instrumento de realização da justiça. In: *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS.
- \_\_\_\_\_. (1990) O Poder Judiciário e a filosofia jurídica na nova Constituição. In: \_\_\_\_\_, MARTINS, Ives G. et al. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. São Paulo: Lex.
- DAVID**, René. (1998) *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes.
- DURKHEIM**, Émile. (1989). *A divisão do trabalho social*. Lisboa: Editorial Presença.

- ECONOMIDES**, Kim. (1999) Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça': epistemologia X metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce C. *et al.* (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas.
- EHRlich**, Eugen. (1986) *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora da UnB.
- ELSTER**, Jon. (1997). The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James. (ed.) *Deliberative democracy*. Cambridge: MIT Press.
- FALCÃO NETO**, Joaquim de A. (1981) Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do Judiciário. In: LAMOUNIER, Bolívar *et al.* (orgs.) *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz.
- \_\_\_\_\_. (1984a). *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Editora Massangana/ Fundação Joaquim Nabuco.
- \_\_\_\_\_. (1984b). Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense.
- FAORO**, Raymundo. (1985) *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense.
- \_\_\_\_\_. (1994) *Existe um pensamento político brasileiro?*. São Paulo: Ática.
- \_\_\_\_\_. (1998) *Os donos do poder*. São Paulo: Editora Globo.
- FARIA**, José Eduardo. (1984) *Retórica política e ideologia democrática*. Rio de Janeiro: Graal.
- \_\_\_\_\_. (1985) *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- \_\_\_\_\_. (1988/89) A justiça e a formação da magistratura. *Nomos*, Fortaleza, vol.7/8, nº 2: 65-75, jan-dez.
- \_\_\_\_\_. (1989) Ordem legal X mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática.
- \_\_\_\_\_. (1992) *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1993) *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. (1994) O desafio do Judiciário. *Revista da USP*, nº 21: 46-57, mar-mai.
- \_\_\_\_\_. (1998) O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_ & **CAMPILONGO**, Celso F. (1991) *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- FERRAZ JR.**, Tércio S. (1987) Constituição e ideologia. In: \_\_\_\_\_ *et al.* (orgs.). *Constituição e constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1994) O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?. *Revista da USP*, nº 21: 12-21, mar-mai.
- FERREIRA FILHO**, Manoel G. (1994) Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 198: 1-17, out/dez.
- GOMES**, Ângela de Castro. (1988) *A invenção do trabalhismo*, São Paulo, Vértice.
- GARAPON**, Antoine. (1999) *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan.

- HÄBERLE**, Peter. (1997) *Hermenêutica constitucional. A sociedade dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- HABERMAS**, Jürgen. (1995). *The theory of communicative action*. Polity Press: Cambridge, UK.
- \_\_\_\_\_. (1997) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. (1999) *Direito e moral*. (The Tanner Lectures, 1986). Lisboa: Instituto Piaget.
- HESSE**, Konrad. (1991) *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- HIRSCHMAN**, Albert. (1979) *As paixões e os interesses*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- KERCHE**, Fábio. (1999) O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de justiça*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré
- LAFER** Celso. (1991) *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras.
- LAMOUNIER**, Bolívar. (1997) Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: \_\_\_\_\_ et al. (orgs.). *História da Civilização Brasileira; O Brasil Republicano*, volume 2. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- \_\_\_\_\_ & **SOUZA**, Amaury. (1990) A feitura da nova Constituição: um reexame da cultura política brasileira. In: \_\_\_\_\_ (org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré.
- LASSALLE**, Ferdinand. (2000) *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.
- LESSA**, Renato & **LINHARES**, Leila. (1991) *Consenso e identidade: os advogados e a sua Ordem*. Rio de Janeiro: OAB/RJ.
- LIMA JR.**, Olavo et al. (1970) *O advogado e o Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ.
- LOBO**, Ricardo. (1999) *Teoria dos direitos fundamentais*. (org.). Rio de Janeiro: Renovar.
- LOPES**, José Reinaldo de L. (1987) Direitos humanos no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, nº 95: 5-22, jul-set.
- \_\_\_\_\_. (1994) Justiça e Poder Judiciário, ou a virtude confronta a instituição. *Revista da USP*, nº 21: 22- 33, mar-mai.
- \_\_\_\_\_. (1998a) Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. (1998b) Direito subjetivo e direito sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores.
- LOPES**, Júlio Aurélio V. (2000) *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.
- LUHMANN**, Niklas. (1985) *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- MACEDO JR.**, Ronaldo Porto (1995) A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré.

- MANNHEIM**, Karl. (1974) O problema da *intelligentsia*. In: \_\_\_\_\_. *Sociologia da cultura*. São Paulo: Perspectiva.
- \_\_\_\_\_. (1976) *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- MARTINS**, Luciano. (1985) *Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- \_\_\_\_\_. (1987) A gênese de uma *intelligentsia*: os intelectuais e a política no Brasil, 1920 a 1940. *RBCS*, nº 4, vol. 2: 65-87, jun.
- \_\_\_\_\_. (1988) A liberalização do regime autoritário no Brasil, In: O'DONNELL, Guillermo *et al.* (orgs.). *Transições do regime autoritário*. São Paulo: Vértice/ Editora Revista dos Tribunais.
- MAZZILLI**, Hugo Nigro. (1991). *Manual do promotor de justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva.
- MIRANDA**, Jorge. (1978) *A Constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Livraria Petrony.
- MIRANDA ROSA**, F.A. (1996) *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- MORAES FILHO**, Evaristo. (1986) *A ordem social num novo texto constitucional*. São Paulo: LTR.
- MULHALL**, S. & **SWIFT**, A. (1997) *Liberals and communitarians*. Blackwell Publishers.
- NEVES**, Marcelo. (1994) *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica.
- O'DONNELL**, Guillermo. (1990) *Análise do autoritarismo burocrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- \_\_\_\_\_ & **SCHMITTER**, P. (1988) *Transições do regime autoritário*. Primeiras conclusões. São Paulo: Vértice/ Editora Revista dos Tribunais.
- OFFE**, Claus. (1984) *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- OLIVEIRA**, Isabel de A. R. (1997) Princípios de justiça e legitimação do Estado contemporâneo. *Sociedade e Estado*, vol. XII, nº 01: 103-117, jan-jun.
- \_\_\_\_\_. (1999) Direito subjetivo: base escolástica dos direitos humanos. *RBCS*, Vol. 4, nº 41: 31-43, out.
- OLIVEIRA VIANNA** (1987) *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia/ São Paulo: Editora da USP/ Niterói: UFF.
- PARSONS**, Talcott. (1951) *The social system*. London: Routledge & Kegan.
- PÉCAUT**, Daniel. (1990) *Os intelectuais e a política no Brasil*. São Paulo: Ática.
- PEREIRA**, Osny D. (1987) *Constituinte: anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (comentado)*. Brasília: Editora da UnB.
- PIMENTEL JR.** (1963). *A doutrina social da Igreja*. São Paulo: Dominus Editora.
- PIOVESAN**, Flávia. (1995) A atual dimensão dos direitos difusos da Constituição de 1988. In: \_\_\_\_\_ *et al.* (orgs.). *Direito, cidadania e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1998) A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, nº 23: 79-90, abr-jun.
- POLANYI**, Karl. (1970) *The great transformation*. Boston: Beacon Press.
- QUIRINO**, Célia Galvão & **MONTES**, Maria Lúcia. (1987) *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Perspectiva.
- RAWLS**, John. (1981) *Uma teoria da justiça*. Brasília: Editora da Unb.
- \_\_\_\_\_. (2000). *Liberalismo político*. São Paulo: Ática.
- REALE**, Miguel. (1995) *Por uma constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- REIS**, Elisa. (1998) O Estado nacional como ideologia. In: \_\_\_\_\_. *Processos e escolhas: estudos de sociologia política*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria.
- \_\_\_\_\_ & **CHEIBUB**, Zairo. (1993) Pobreza, desigualdade e consolidação democrática. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 36, nº 2: 233-259.
- REIS**, Fábio Wanderley. (2000) *Política e racionalidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- ROUANET**, Sérgio Paulo. (1994) Idéias importadas: um falso problema? *Cadernos do IPRI*. (Temas de Atualidade Brasileira II), nº 15: 31-40, nov.
- SADEK**, Maria Tereza (1995). A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré.
- \_\_\_\_\_. (1999). O sistema de justiça. In: \_\_\_\_\_ (org.). *O Sistema de justiça*. São Paulo: IDESP/Ed. Sumaré.
- SANDEL**, Michael. (1998) *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge University Press.
- SADER**, Eder. (1987) Poder constituinte e democracia no Brasil hoje. In: FORTES, L.R. & NASCIMENTO, M. (orgs.). *A constituinte em debate*. São Paulo: SOFIA Editora SEAF.
- SANTOS**, Wanderley G. (1987) *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus.
- \_\_\_\_\_. (1993) Fronteiras do Estado mínimo. In: \_\_\_\_\_. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco.
- SCHWARZ**, Roberto. (2000) As idéias fora do lugar. In: \_\_\_\_\_. *Ao vencedor ao batatas*. Rio de Janeiro: Editora 34.
- SCHWARTZMAN**, Simon. (1988) *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus.
- SILVA**, Cátia Aida. (2001) *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores públicos*. São Paulo: EDUSP.
- SILVA**, José Afonso. (1989) *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1990) Defesa da Constituição. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, nº 61: 39-46.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- SIQUEIRA CASTRO**, Carlos Roberto de. (1995) *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*. Rio de Janeiro: UERJ, Faculdade de Direito. (Tese, Concurso para Professor Titular).
- SOUZA JR.**, José Geraldo. (1984) *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- \_\_\_\_\_. (1993) *Introdução crítica ao direito*. Série O Direito Achado na Rua (org.), vol. 1. Brasília: Editora da UnB.
- \_\_\_\_\_. (1999) Movimentos sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO NETO, J. (orgs.). *Sociologia e direito*. São Paulo: Pioneira.
- SOUZA SANTOS**, Boaventura de. (1988) *O Discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- \_\_\_\_\_. (1989) Introdução à sociologia da administração do direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática.
- SUSSEKIND**, Arnaldo. (1986) *Direitos sociais na constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

- SZTOMPKA**, Piotr. (1998) *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- VENÂNCIO FILHO**, Alberto. (1982) *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva.
- VIANNA**, Luiz Werneck. (1976) *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- \_\_\_\_\_. (1986) Os intelectuais e a modernização burguesa autoritária. In: \_\_\_\_\_. *Travessia: da abertura à constituinte*. Rio de Janeiro: Taurus.
- \_\_\_\_\_. *et al.* (1997) *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.
- \_\_\_\_\_. (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.
- VIEIRA**, Oscar Vilhena. (1994) Império da lei ou da corte? *Revista da USP*, nº 21: 70-77, mar-mai.
- \_\_\_\_\_. (1999) *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores.
- WALZER**, Michael. (1999). *Spheres of justice*. Basic Books.
- \_\_\_\_\_. (1990) The communitarian critique of liberalism. *Political Theory*, vol. 18, n. 1, february
- WEBER**, Max. (1982) *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.
- WEBER**, Max (1993). *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez/UNICAMP.
- WEBER**, Max. (1997). *Economia y sociedad*. México/D.F: Fondo de Cultura Econômica.
- WOLKMER**, Antônio Carlos. (1989) *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica

Demais Documentos:

- Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, 2000.
- Dossiê Constituinte - As Grandes Questões Nacionais e as Propostas Populares. Rio de Janeiro: CEDI, 1986.
- Proposta de uma Constituição Democrática para o Brasil. Congresso Pontes de Miranda, OAB/RS – IARS. Porto Alegre, 1981.
- Diário da Assembléia Nacional Constituinte / Suplementos – Atas de Reuniões das Comissões e Subcomissões Temáticas - Câmara dos Deputados.