

NEOCONSTITUCIONALISMO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DA LEI NO BRASIL

NEW CONSTITUTIONALISM AND INSTRUMENTALIZATION OF LAW IN BRAZIL

*Marja Mangili Laurindo**

Resumo: O artigo se propõe a analisar o neoconstitucionalismo no Brasil, a partir de autores como Luís Roberto Barroso, Dimitri Dimoulis e Marcelo Neves, em uma leitura paralela à história do Brasil do ponto de vista relativo à instrumentalização da lei, descrita por autores como Alysson Mascaro e Marilena Chaui. Conclui-se que o neoconstitucionalismo surge como uma teoria que agrava a prática de instrumentalização da lei, anterior à Constituição de 88.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Poder Judicial; Instrumentalização da Lei; Brasil.

Abstract: The article proposes to analyze the New Constitutionalism in Brazil, based on authors such as Luís Roberto Barroso, Dimitri Dimoulis and Marcelo Neves, in a parallel reading of Brazilian history from the point of view of the instrumentalization of the law, described by authors such as Alysson Mascaro and Marilena Chaui. It is concluded that New Constitutionalism appears as a theory that aggravates the practice of the instrumentalization of the law, previous to the Constitution of 88.

Keywords: New Constitutionalism; Judicial Power; Instrumentalization of the Law; Brazil.

Introdução

Através da análise bibliográfica, este trabalho procura analisar o neoconstitucionalismo, tentando situá-lo na história autoritária e no capitalismo dependente brasileiro. O discurso jurídico dominante afirma a necessidade de que a lei seja direcionada para a eficácia de certos valores, de modo a proteger direitos fundamentais da “pura lei”. Neste sentido, ao judiciário caberia, pensam os neoconstitucionalistas, o controle de assuntos políticos de grande importância através de decisões baseadas em princípios constitucionais, em manifestação clara de um ativismo judicial. No Brasil, assim como em outros países, com o aumento da chamada “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o trabalho do poder judiciário tem sido cada vez mais valorizado, em detrimento das ações políticas do povo. Os tribunais brasileiros decidiram, não raramente, em desacordo com a lei: eles substituem a lei firme (uma Constituição Federal e leis) para fins legais. O cenário atual leva a acreditar que a decisão baseada em princípios não positivos, à mercê da consciência do juiz, leva rapidamente a um poder judicial sem uma metodologia adequada, que rege suas decisões em uma moralidade subjetiva em um cenário histórico autoritário de instrumentalização política das leis.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela UFSC. E-mail: marjamangili@gmail.com.

1 Neoconstitucionalismo

O juspositivismo, corrente jurídica que alcançou seu auge na primeira metade do século XX, teria legitimado diversas atrocidades com consentimento legal, tal como o fascismo de Mussolini. Após a Segunda Guerra Mundial e a derrota dos Países do Eixo, pensou-se em uma nova forma de compreender o Direito que levasse em consideração valores morais e de justiça social. O Direito deveria absorver os princípios, e não apenas se pautar na formalidade da lei.

Surgia uma nova perspectiva de direito, algo a meio caminho entre direito natural e direito positivo, pretendendo-se uma superação de ambas as concepções de Direito: ao mesmo tempo em que afirma a necessidade de reconhecimento de valores inerentes ao homem, o fez por meio de instrumentos jurídicos.

Segundo Agra (2008, p. 435), o termo “neoconstitucionalismo” nasceu da necessidade de nomear algo que não poderia ser enquadrado nos conceitos de “constitucionalismo”, “juspositivismo” ou “jusnaturalismo”.

O Direito e sua interpretação por seus operadores devem ser orientados por princípios, diz tal corrente. Diferentemente das regras jurídicas, os princípios não são aplicados por subsunção, mas pela ponderação de seu aplicador no caso jurídico particular, em uma espécie de malabarismo entre valores para a resolução de problemas da melhor forma possível.

Agra (2008) afirma que um dos aspectos que tornaram possível o desenvolvimento de tal corrente é a “falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento”, envolta por questões de globalização e pós-modernidade.

A ascensão do novo constitucionalismo provocou a alteração da configuração dos Poderes, pela qual o Poder Judiciário se sobrepôs ao Poder Legislativo, principalmente a partir da criação dos tribunais constitucionais (BARROSO, 2005). Voltando-se às questões dos direitos fundamentais no que se refere à exigência por moralidade, os tribunais constitucionais já não se viam diante de casos que demandavam interpretação puramente técnica, subsumida, mas exigiam ponderação de princípios conflitantes. Requeria-se, portanto, uma nova forma de interpretar o direito, diferente da tradicional: nem sempre seria possível obter uma resposta objetiva na letra da lei. A partir de então, ao juiz estaria autorizado desempenhar a função de co-legislador.

Partindo dessas ideias, o neoconstitucionalismo se coloca em oposição ao positivismo jurídico clássico, principalmente por meio da adoção da ideia de que princípios e regras devem

ser diferenciados qualitativamente diante da concepção dos direitos fundamentais, que coloca a Constituição superior às demais regras não por fundamento de formalidade, mas de valor. Princípios e regras passam a equivaler, e já não se fala mais em subsunção, mas em ponderação normativa. A partir disso, boa parte dos autores que se aproximam do neoconstitucionalismo apontam a necessidade de “integrar” a jurisprudência, ao estilo dworkiniano. Disso, pode-se depreender que “o modelo normativo do neoconstitucionalismo não o descritivo ou o prescritivo, mas o axiológico” (AGRA, 2008) (p. 435).

Para Agra, “o neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um “*judicial power*” (2008, p. 436), uma vez que sustentam os marcos normativos do Estado. Contudo, nos países periféricos, afirma o autor, o “ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência da realização dos direitos fundamentais” (2008, p. 436), admitindo uma brecha para um poder judicial ativista em países como Brasil, por exemplo.

Ideologicamente, o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo clássico porque sua preocupação não é a liberal de limitação e separação dos poderes, mas a concretização dos direitos fundamentais. Desta forma, “a doutrina clássica da separação dos poderes não cumpre mais sua função” (AGRA, 2008, p. 436). Na verdade, ela se mostra com um verdadeiro empecilho à concretização dos direitos fundamentais: “surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte, comporta de forma plural pelos mais variados segmentos da sociedade” (AGRA, 2008, p. 436).

O autor vai longe e afirma que

o neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos político-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular (AGRA, 2008, p. 437).

Por ser uma mistura entre realismo jurídico, jusnaturalismo e positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo, diferentemente deste último, defende que a validade do direito não é fundamento suficiente para a obediência à lei. Nesse sentido, a lei ordinária pode perder sua primazia como fonte de direito para as normas constitucionais (AGRA, 2008).

O neoconstitucionalismo surge, enfim, como a teoria que promete efetivar as garantias constitucionais que parecem estar atrapalhadas pela lei: a constituição passa a ser colocada acima do princípio da legalidade e do parlamentarismo a ele atrelado.

Evidentemente, o neoconstitucionalismo é apresentado como uma corrente que surgiu da derrota histórica do positivismo jurídico, o qual procurou afastar do direito qualquer intervenção moral, o que autores como Alexy e Dworkin trataram de rejeitar.

Segundo Neves, o fascínio com a principiologia cresceu no final do século XX e início do século XXI, período em que as ditaduras latino-americanas, incluindo a brasileira, foram depostas. Ao mesmo tempo em que se iniciava um debate sobre a democracia no âmbito da teoria política, no âmbito jurídico despontava a ideia de constitucionalização do direito (NEVES, 2013, p. 171).

É preciso afirmar, segundo Neves, que autoritarismo e constitucionalismo não se excluem. O autor lembra que, durante o período do nazi-fascismo, era muito inconveniente¹ ao *Führer* um modelo jurídico tal qual o proposto por Hans Kelsen: os fins do nazismo eram melhor alcançados por meio de princípios, como a ideia de “realização do espírito geral”, advindo da tradição hegeliana (NEVES, 2013, p. 173). No regime ditatorial brasileira tampouco foi diferente: “não houve domínio de uma teoria formalista da argumentação jurídica e constitucional”. Um dos expoentes da doutrina jurídica brasileira do período, Miguel Reale, inclusive partilhou do modelo axiológico hegeliano, que serviu contra uma metodologia formalista do direito em favor do autoritarismo militar (NEVES, 2013, p. 173-174). Na América Latina, diferentemente dos regimes europeus, a inconsistência ideológica da classe dominante exigia ainda mais a flexibilidade das regras, que eram rompidas conforme a ocasião de acordo com as necessidades dos interesses políticos particulares.

Se, por uma via, a nova constitucionalização do Direito autoriza uma maior discricionariedade do Judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, por outra o Poder Legislativo passa a encontrar mais limites na elaboração de leis. O Poder Judiciário serve como o parâmetro máximo de controle de constitucionalidade e, assim, “condiciona a interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2005, p. 17), a fim de instituir uma “ordem objetiva de valores” que vinculam todos os níveis de poderes e a sociedade civil (BARROSO, 2005, p. 19).

A maior parte dos críticos do neoconstitucionalismo aponta para pelo menos quatro características fundamentais: o fundamento normativo deixa de ser a regra e passa a ser o princípio, isto é, a aplicação da norma já não se dá por subsunção, mas por ponderação; o seu objetivo não é a justiça geral, mas a particular, promovido não mais pela norma geral legislativa,

¹ Afinal, “qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno para um regime político de “exceção”, ou seja, um regime em que as exceções definidas ad hoc para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem ‘a regra’”. (NEVES, 2013, p. 174)

mas pela norma particular do judiciário. Para Neves, essas características não são o que parece apontar para o cerne da questão, já que toda decisão, seja subsumida ou ponderada, tem seu quê de subjetivismo. Todo processo de comunicação envolve, afirma o autor, esses dois processos. Nesse sentido, é impossível controlar o fator subjetivo desses processos. O que é possível controlar são as “condições de possibilidade da crítica” dessas mesmas decisões (NEVES, 2013, p. 180). Para tanto, é preciso controlar os aspectos formais da legalidade.

2 A leitura neoconstitucional da Constituição de 88 e sua crítica

A Constituição Federal de 1988 marcou a redemocratização no país e também a era do novo constitucionalismo. A Constituição passou a vigorar não apenas formalmente, mas materialmente, conforme o autor, através da normatividade de seus princípios, a serem aplicados pelos tribunais por meio de controle difuso concentrado, que podem recusar aplicação à lei se a considerarem inconstitucional (BARROSO, 2005, p. 44).

A partir da Constituição de 1988 e da adoção de uma nova proposta hermenêutica adotada pelos juristas brasileiros, o Poder Judiciário parece estar amparado teoricamente para agir diretamente sobre questões políticas como o aborto, união entre pessoas do mesmo sexo, o uso de células tronco. Há, claramente, uma opção por não passar diretamente pelo povo ou por seu representante, o parlamento, mas pelo Judiciário, a decisão sobre o futuro de questões relativas a tais assuntos.

Mas o que confere ao Poder Judiciário esse papel de decidir politicamente em detrimento dos demais poderes? Segundo Barroso, a natureza da função do judiciário é “inegavelmente política” e distinta da dos demais poderes por não ser atravessada por critérios de eleição ou por procedimentos majoritários. O judiciário se distingue porque sua competência e legitimidade estão amparadas por mérito e conhecimento específico, que o torna ideal para a resolução constitucional imparcial de querelas políticas (BARROSO, 2005, p. 46).

Há, aparentemente, a adoção do que Dimoulis (2008) de discurso jusmoralista por grande parte dos juristas brasileiros. Essa crescente referência a valores extrajurídicos, considerando-se a relevância democrática de um Judiciário com limites, aliada à ideia do apego às regras Constitucionais, parece servir como um imperativo de flexibilidade da aplicação do direito, que instrumentalizam a lei conforme a necessidade, como colocado por Agra (2008), para o qual a efetivação de certos direitos se coloca como a pauta que autoriza o ativismo judicial em países periféricos.

Para autores como Streck (2016a), a situação jurídico-política atual desde a Constituição Federal de 88 é o da “erosição” do direito em nome de princípios. Para Streck, ser revolucionário, hoje, é defender a legalidade constitucional. Para este autor, a grande contradição do discurso neoconstitucionalista está no fato de que, ao mesmo tempo em que sustenta pela validade principiológica-normativa constitucional aplicada aos casos particulares, acaba por autorizar decisões arbitrárias de moralidade duvidosa.

Dimoulis (2008, p. 8), em contraposição à Barroso, alerta que não há qualquer indicativo de que o Poder Judiciário seja mais competente que o Poder Legislativo para proteger a Constituição, já que “se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”.

Também Hassemer aponta para tal dúvida. Diferentemente de um princípio, uma norma não precisa ser “provada”, fundamentada; deste modo, a correção e a legitimidade de uma decisão jurídica, em um sistema codificado democrático, depende apenas de sua adequação à norma.

Quando a jurisprudência se pode socorrer de normas codificadas, o problema das exigências de legitimação põe-se de modo diferente. A norma codificada em si já não precisa de ser legitimada na fundamentação da decisão. Ela ‘vigora’. Aqui, demonstração de ‘correção’ da decisão apenas significa que a dedução da decisão jurídica a partir da norma pode ser demonstrada; a invocação de princípios fundamentais já não é necessária – e, em regra, é considerada suspeita. Quem, num sistema codificado, se reportar à ‘boa-fé’, aos ‘bons costumes’ ou ao ‘caráter condenável’ para legitimar a sua decisão, arrisca-se a ser suspeito de estar a contornar ou distorcer as normas codificadas, de não levar a sério o direito codificado, que aliás alega ter concretizado os princípios jurídicos fundamentais. [...] Um sistema codificado só pode realizar a redução, aqui descrita, das exigências de legitimação das decisões jurídicas, se for reconhecido que a norma codificada representa princípios jurídicos consentidos. A invocação da norma significa, então, simultaneamente, a invocação do princípio de que a norma é portadora. A norma transporta a regra de decisão do princípio jurídico para a decisão jurídica (HASSEMER, 2013, p. 288, grifou-se).

A maior preocupação da crítica ao neoconstitucionalismo é a fundamentação das decisões jurídicas, que podem se colocar muitas vezes contra a decisão do legislativo, ou seja, dos representantes democraticamente eleitos, o que é aceitável para autores como Barroso (2005), para o qual o judiciário seria “representante argumentativo” do povo.

No entanto, a mesma qualidade que permite que a lei tenha resultados previsíveis e seja válida – ao menos formalmente – para todos igualmente, isto é, a qualidade da estabilidade do direito tal como defendido por tal escola de pensamento jurídico, também enseja críticas. Evidentemente, por razão de seu garantismo contra arbitrariedades, o direito positivo é, em certa medida, conservador: ele almeja, sobretudo, a manutenção de um certo status; é, portanto, uma fotografia da sociedade em determinado tempo (BOBBIO, 1995).

Sendo o direito uma ferramenta versátil, para que ele não seja arbitrário é preciso que o seu sistema seja politicamente situado em uma democracia representativa, na qual os cidadãos possam participar do processo de criação legislativa, alterando, conforme as necessidades, as leis. Em consonância com a democracia representativa ao molde liberal, “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.” (BOBBIO, 1995, p. 40). Ou, como se pode pensar a partir de Neves (2013), que exista, minimamente, uma estrutura que possibilite a crítica das decisões dos juízes.

3 Legalidade brasileira: autoritarismo e democracia

Entender o Poder Judiciário brasileiro, situado no contexto da conjuntura sociopolítica e econômica nacional, parece ser uma tarefa complexa sem os amparos de uma literatura estrangeira. Uma simples consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça evidencia que as fundamentações jurídicas das decisões apelam ao uso de conceitos advindos da tradição anglo-saxônica. Por meio da “ponderação entre princípios”, os juízes estão autorizados a colocar na balança, de um lado, direitos fundamentais como o direito à saúde e, do outro, o princípio da tripartição dos poderes: o Poder Judiciário passa a realizar funções que extrapolariam sua competência em termos clássicos, adentrando o campo da política².

Alguns autores³ sinalizam que a adoção de tais conceitos e instrumentos da literatura e do sistema de *common law* se faz aqui de maneira acrítica: a história nacional, com todas as suas particularidades, não pode se adequar – senão como uma farsa – às teorias e às práticas jurídicas desenhadas aos moldes estrangeiros.

Construído em lugares onde a legalidade se molda a par de uma centralidade cultural e econômica do mundo, o que se importa aqui contrasta com uma realidade periférica e cria uma imagem jurídica expressionista.

A história da legalidade no Brasil não pode ser compreendida da mesma forma que a conhecida história da legalidade europeia, tão bem descrita em diversos livros tão acessíveis aos estudantes de direito. No Brasil, diz Mascaro, a legalidade⁴ “formou-se na peculiaridade da

² O fenômeno da judicialização da política, descrito por autores como Ran Hirschl, parece se difundir em conformidade com a globalização do capital.

³ A exemplo de Marcelo Neves e Lenio Streck.

⁴ Legalidade, para Mascaro, pode ser compreendida como uma “instancia de neutralização técnica” do capitalismo mercantil.

exploração periférica, numa dialética explorada em relação ao capitalismo central” (MASCARO, 2008, p. 81).

Para além da simples anotação de que a história aqui se passou de forma diferente por contra da excentricidade capitalista periférica, é possível afirmar que os conceitos clássicos como o de “soberania”, “formulados a partir de um quadro teórico geral de economias capitalistas autônomas, deslocam-se e perdem referenciais puros” (MASCARO, 2008, p. 81-82).

Por meio de uma leitura que se pretende total da realidade brasileira, passando-se por questões políticas, econômicas e sociais, a compreensão da juridicidade nacional é atravessada pelas contradições daquela peculiaridade, isto é, o Direito brasileiro seria reflexo de uma realidade econômica em que coexistem elementos modernos e pré-modernos, onde se vê coronelismo e burocracia. Sua soberania estatal sempre foi, enquanto produto dessas condições materiais periféricas, meramente formal (MASCARO, 2008, p. 82).

A construção jurídica legalista se deu à margem das transações comerciais dos produtos coloniais para a metrópole, ora advinda como um comando desta, ora como um produto de relações autônomas, como o do patrimonialismo.

Os interesses de Portugal sobre a colônia foram essencialmente econômicos, o que favoreceu a negligência de qualquer tipo de direito tecnicamente autônomo, tanto na esfera pública – em que a tecnicidade serve para atender aos interesses surgidos da relação entre o Estado e a burguesia – quanto na esfera privada, esta praticamente sem regulação (MASCARO, 2008, p. 83). Portanto, a legalidade brasileira se “restringe a esfera da legalidade aos interesses econômicos e políticos do Estado português”. As relações de direito privado eram regidas pelos “donatários, empreendedores e donos das terras em solo brasileiro” (p. 84). Tratava-se, afinal, de “um Estado com seu direito, mas uma sociedade sem lei” (MASCARO, 2008, p. 84).

O que deveria ser um direito privado horizontal se compreendia em reflexos do direito público: os indivíduos se viam não entre iguais por direito, mas subordinados, em uma relação vertical com os grandes proprietários de terras. Desta forma, todo esse direito se construiu por meio de “redes de proteção e compadrio, de amizades e inimizades” (MASCARO, 2008, p. 85).

Não havia, defende Mascaro, um momento em que a legalidade se desvencilhasse da vontade política. Havia leis que garantiam a subordinação dos particulares ao Estado e leis que estabeleciam a subordinação econômica entre os grupos sociais; não existia, contudo, uma sociedade de leis (MASCARO, 2008, p. 86)⁵.

⁵ A jurisdição se desenvolveu principalmente em termos tributários, por consistir em preocupação fundamental do Estado. Na esfera dos direitos civis, eram reguladas as relações “de nível pré-capitalista”, como casamento e

Assim sendo, “tendo em vista o caráter subordinado das relações sociais e jurídicas, o favorecimento, a corrupção, o dependentismo pessoal, todas essas relações criarão tipos de liames sociais para além de uma instância de neutralidade legalista” (p. 86).

O fim da escravidão e o surgimento de um proletariado urbano, bem como a defesa por direitos sociais na primeira metade do século XX deram ensejo a um novo arranjo Estatal e, por consequência, a uma nova forma jurídica, ou uma nova “instrumentalização da legalidade” (MASCARO, 2008, p. 88).

Dependente do Estado, a burguesia nacional passa a depender crescentemente do capital internacional, principalmente a partir da década de 1950, quando tal dependência toma novos contornos, se ampliando para além da simples dependência do mercado externo como consumidor dos produtos nacionais: seu sistema produtivo seria dominado pelo capital externo (MASCARO, 2008, p. 90).

No cenário de crescimento nacional, a burguesia se expande sob o controle do capital internacional (depende dos empréstimos e do mercado consumidor de seus produtos), a legalidade serve para o favorecimento dessa burguesia nacional pelo fortalecimento do contrato e da propriedade privada, bem como instrumento de “favorecimento de relações de fomento e privilégio, resultantes desta interdependência do Estado para com capital interno e externo” (MASCARO, 2008, p. 92).

Diz Mascaro

Esse capitalismo periférico e dependente resulta numa clara impossibilidade de uma instância jurídica neutralizadora e técnica, como no caso típico do capitalismo central. A instância jurídica neutra como fecho da reprodução capitalista, no caso do capitalismo periférico e dependente, não se legitima pela neutralidade ou pelo mero tecnicismo, mas sim pela própria operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. Portanto, os ganhos no capitalismo dependente não se dão apenas pelas formas tradicionais do contrato, mas sim pela associação com o Estado e com benefícios públicos e até mesmo amortização do risco privado pelo Estado (...). Não se trata, pois, de uma legalidade que conquiste a neutralidade da cidadania ou do resguardo inabalável dos direitos pessoais, mas sim de uma **legalidade instrumentalizada** por um tipo de capitalismo de participação direta do Estado e de dependência internacional. (MASCARO, 2008, p. 94, grifou-se).

Enquanto país dependente dos de capitalismo central, por ser praticamente um país onde há exportação, mas não consumo, a legalidade flutua na esfera de circulação alta: serve para regular as relações da economia nacional; na esfera baixa, no entanto, prevalecem “liames tradicionalistas de interligação social, controladas por relações estatais legais de opressão e superexploração da mais-valia” (MASCARO, 2008, p. 96). Nesse sentido, o conceito de

sucessões. As relações de interesse do capitalismo, como aquelas que dizem respeito ao trabalho e à propriedade, eram diretamente resolvidas pela empreitada privada. (MASCARO, 2008).

soberania, para Mascaro amparado na ideia de neutralidade jurídica, não pode ser aplicado à realidade brasileira, visto que tal neutralidade está fundada na tecnicização somente possível no capitalismo central. Desta forma, “A legalidade de um capitalismo dependente, formado na base de relações sociais de subordinação estatal e social, adquire contornos historicamente autoritários” (MASCARO, 2008, p. 96), como aquela que rege as relações de escravidão e trabalho.

Mascaro volta às capitânicas hereditárias para explicar que a ausência de uma administração direta e também de uma institucionalização por parte da Coroa contribuíram para uma legalidade instrumental, meio para a satisfação daqueles no alto das relações sociais verticais. (MASCARO, 2008, p. 98).

Se nos países centrais a legalidade se dá de forma horizontal, nos países de capitalismo periférico ela se dá verticalmente, justamente por conta do seu modo de produção e exportação particular, que influem diretamente sobre o modo de sociabilidade de classes pautada em “afetos”, como aponta Sérgio Buarque de Holanda, pelos quais as relações públicas e privadas se dão por meio de cumplicidade, apadrinhamento e favorecimento. Segundo Holanda, o brasileiro reluta “em aceitar um princípio superindividual de organização e que o próprio culto religioso se torna entre nós excessivamente humano e terreno, toda a nossa conduta ordinária denuncia, com frequência, um apego singular aos valores da personalidade configurada pelo recinto doméstico”⁶ (HOLLANDA, 2014, p. 185).

A gradual industrialização abriu margem para a horizontalização das relações através da exigência por direitos civis, sociais e políticos; contudo, as relações econômicas mantiveram o controle vertical autoritário. Mantida como periférica, a burguesia necessita de margem de manobra e a lei a este intento serve. A legalidade é compreendida como um potencial empecilho à lucratividade, e tal visão se estende para além das relações econômicas internacionais (MASCARO, 2008, p. 99). **De maneira geral, no entanto, o manejo da legalidade prevê ações que podem estar de acordo ou não com ela.** Desta forma, “Os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta” (MASCARO, 2008, p. 100).

⁶ “A uma religiosidade de superfície, menos atenta ao sentido íntimo das cerimônias do que ao colorido e à pompa exterior, quase carnal em seu apego ao concreto e em sua rancorosa incompreensão de toda verdadeira espiritualidade; transigente, por isso mesmo que pronta a acordos, ninguém pediria, certamente, que se elevasse a produzir qualquer moral social poderosa. Religiosidade que se perdia e se confundia num mundo sem forma e que, por isso mesmo, não tinha forças para lhe impor sua ordem. Assim, nenhuma elaboração política seria possível senão fora dela, fora de um culto que só apelava para os sentimentos e os sentidos e quase nunca para a razão e a vontade. Não admira pois, que nossa República tenha sido feita pelos positivistas, ou agnósticos, e nossa Independência fosse obra de maçons”. (HOLLANDA, 2014, p. 180-181).

Segundo Chaui, a sociedade brasileira sempre foi autoritária, na medida em nunca conseguiu concretizar (até o início do século XXI, diz Chaui) “nem sequer os princípios (velhos, de quase quatro séculos) do liberalismo e do republicanismo” (CHAUI, 2013, p. 257). Até então, parece impossível distinguir entre aquilo que é público e aquilo que é privado; o brasileiro parece incapaz de “tolerar o princípio formal e abstrato da igualdade perante a lei”, onde “as relações sociais se efetuam sob a forma da tutela e do favor (jamais do direito), e a legalidade se constitui como círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados) e, desta, ao arbítrio (dos dominantes)” (CHAUI, 2013, p. 257).

Enquanto sociedade autoritária, “as leis sempre foram armas para preservar privilégios e o melhor instrumento para a repressão e a opressão”, e é de conhecimento social que “para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei” (CHAUI, 2013, p. 263). As leis no Brasil são produzidas no intuito de que possam ser violadas. Nela, não há espaço para o público: tudo se determina dentro da esfera privada, “de sorte que a vontade e o arbítrio são as marcas do governo e das instituições ‘públicas’”⁷.

Para Mascaro, nesse cenário, a legalidade não é um meio para o estabelecimento de direitos e deveres, mas para a “própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias” (MASCARO, 2008, p. 101).

Se os anos 80 foram marcados pela tentativa do estabelecimento de uma legalidade democrática com a Constituição de 88, os anos 90 e suas políticas neoliberalizantes afetaram diretamente a esfera jurídica (MASCARO, 2008, p. 163).

Já nessa época o Brasil experimentava o processo de substituição de importações, o surgimento de uma classe média e do operariado urbano: surgiam novas formas de relação jurídica para além do coronelismo existente até o início do século XX (MASCARO, 2008, p. 166). “A saída da economia agrícola monocultora e exportadora representa a necessidade de estruturação das relações jurídico-institucionais garantidoras de níveis mais elaborados de contrato e de propriedade privada”. Contudo, “A institucionalização crescente do país – a legalidade sendo renovada em novos tipos contratuais, sendo consolidada nas relações de trabalho, na propriedade intelectual etc. – não se verifica no plano político, o qual, excetuando-se um interregno democrático de 1946 a 1964, sempre se pautou por um tipo de organização social autoritário [...]” (MASCARO, 2008, p. 166).

Os direitos sociais trazidos pela Constituição de 88 (para além do modelo liberal-clássico, trouxe em si garantias à saúde, previdência, etc.), apesar de terem rompido com um

⁷ “Donde o fascínio dos teóricos e dos agentes da ‘modernização’ pelos modelos tecnocráticos que lhes parecem dotados da impessoalidade necessária para definir o espaço público” (CHAUI, 2013, p. 263).

suposto “formalismo estabilizador da esfera jurídica ditatorial”, “fez criar nichos de juridicidade e de conquistas sociais específicos, não necessariamente paralelos nem atrelados a mudanças jurídico-político-sociais da redemocratização⁸ brasileira” (MASCARO, 2008, p. 171). Isso porque, apesar de ter havido uma mudança significativa na esfera jurídica, na esfera político-institucional permaneceram resquícios do período de Ditadura⁹ e do próprio coronelismo, tendo em vista a pouca alteração no que se refere à hegemonia político-econômica do país. Desta forma, a Constituição de 88 não foi suficiente para democratizar as práticas econômicas e jurídicas. Permaneceu o mesmo modelo oligárquico de política¹¹, poluído pelas práticas ancestrais de corrupção e barganha, em desacordo com a nova proposta constitucional.

A década de 90, de qualquer forma, causou um retrocesso nos direitos constitucionalmente estabelecidos. É nesse período que a economia nacional passa a depender cada vez mais do mercado externo e se lança ao sistema financeiro internacional, pondo-se à mercê de decisões internacionais.

As práticas sociopolíticas brasileiras tradicionais e as novas diretrizes econômicas internacionais não atentariam apenas à materialidade das normas constitucionais, mas também à democracia formal. Os novos aspectos dessa institucionalização parecem apenas *aprimorar* os instrumentos que fazem da legalidade um meio para alcançar interesses privados (MASCARO, 2008, p. 178).

Considerações finais

A história do Brasil, com as particularidades de sua realidade periférica, parece confirmar tal ideia e – talvez por essa razão – evidenciar a ligação entre o jurídico e o político.

⁸ Chauí coloca em questão a existência realmente de uma redemocratização no país em *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*.

⁹ Dentre eles, Mascaro cita “o modelo eleitoral, o controle dos meios de comunicação e a estrutura federativa” (MASCARO, 2008, p. 172).

¹⁰ O próprio estabelecimento da constituinte que deu origem à Constituição de 1988 não foi resultado de uma ruptura total com a ordem anterior, como bem explicita Antônio Sérgio Rocha em *Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização*. Em 1985 se iniciaram os projetos para quebrar com os aparatos institucionais do regime e estabelecer as condições da nova constituição, o que se prolongaria por mais dois anos: “Constituinte derivada ou originária? Exclusiva ou congressual? Provida de anteprojeto ou não?” Era uma situação constituinte. Tudo se deu sob controle de acordo com a previsão da Constituição de 67. Por meio de emenda constitucional nº 25, criaram-se novas condições de governo (ROCHA, 2013, p. 54).

¹¹ “O controle público do orçamento governamental, a consecução de medidas de efetiva democratização. dos meios de comunicação de massa, a correção das desproporções do sistema eleitoral, a socialização plena das políticas públicas e não a sua utilização como manobra de agrado político, o planejamento social do desenvolvimento nacional, todos esses imperativos advindos da redemocratização e da Constituição Federal de 1988 de certo modo mantêm-se inaplicados e inutilizados pela aliança política conservadora que persiste no poder político quase inabalavelmente desde a ditadura militar até o governo Cardoso” (MASCARO, 2008, p. 177).

A partir da Constituição Federal de 1988, em concomitância com a recepção de ideias acerca de um novo constitucionalismo, as instâncias judiciárias foram destacadas como aptas a decidir, de acordo com princípios, questões políticas. Desde então, sob o argumento de serem elas as autênticas guardiãs dos valores democráticos, autorizou-se, por parte de juristas como Barroso, que decidam em favor de certos princípios, ainda que *contra legem*, justificando e legitimando-se uma autêntica função política em detrimento, evidentemente, da atuação de instituições autenticamente representativas.

A proposta neoconstitucionalista que atribui aos juízes competência para decidir com base no argumento da autoridade técnica e intelectual dos magistrados, aliada à história de capitalismo periférico que encarou a lei como um instrumento para obtenção de vantagens políticas e econômicas, parece tornar ainda mais grave um problema que é anterior à Constituição atual.

Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, É. O. (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005.

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

CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Autêntica, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Direito GV**, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2856>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFMAN, A.; HASSEMER, W (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MASCARO, Alysson. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

Recebido: 30/09/2017

Aceito: 30/12/2017