



UFG

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
NÚCLEO INTERDISCIPLINAR DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS
HUMANOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS
HUMANOS

DEMOCRACIA E LIBERDADE:

A falsa promessa do liberalismo no Estado ainda-não-Democrático de Direito
brasileiro

GUILHERME DE MORAES BITTAR

GOIÂNIA-GO
2021



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
GERÊNCIA DE CURSOS E PROGRAMAS INTERDISCIPLINARES

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO (TECA) PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES

E DISSERTAÇÕES NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a [Lei 9.610/98](#), o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo das Teses e Dissertações disponibilizado na BDTD/UFG é de responsabilidade exclusiva do autor. Ao encaminhar o produto final, o autor(a) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do material bibliográfico

Dissertação Tese

2. Nome completo do autor

Guilherme de Moraes Bittar

3. Título do trabalho

Democracia e Liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro

4. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador)

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante:

- a)** consulta ao(à) autor(a) e ao(à) orientador(a);
- b)** novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo da tese ou dissertação.

O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;

- Publicação da dissertação/tese em livro.

Obs. Este termo deverá ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **GUILHERME DE MORAES BITTAR, Discente**, em 17/03/2021, às 22:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Helena Esser Dos Reis, Coordenadora de Pós-Graduação**, em 29/03/2021, às 18:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1944303** e o código CRC **1E12D0E1**.

Referência: Processo nº 23070.010134/2021-43

SEI nº 1944303

GUILHERME DE MORAES BITTAR

DEMOCRACIA E LIBERDADE:

**A falsa promessa do liberalismo no Estado ainda-não-Democrático de Direito
brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação da Professora Doutora Helena Esser dos Reis.

GOIÂNIA-GO
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

BITTAR, Guilherme de Moraes
DEMOCRACIA E LIBERDADE [manuscrito] : A falsa promessa do liberalismo no Estado ainda-não-Democrático de Direito brasileiro / Guilherme de Moraes BITTAR. - 2021.
CCXXXV, 235 f.

Orientador: Profa. Dra. Helena Esser dos Reis.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Pró reitoria de Pós-graduação (PRPG), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Goiânia, 2021.
Bibliografia.

1. Liberalismo. 2. Liberdade. 3. Democracia. 4. Direitos Humanos.
5. Estado Democrático de Direito. I. Reis, Helena Esser dos, orient.
II. Título.

CDU 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

GERÊNCIA DE CURSOS E PROGRAMAS INTERDISCIPLINARES

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Ata nº 021/2021 da sessão de Defesa de Dissertação de **Guilherme de Moraes Bittar**, que confere o título de Mestre em Direitos Humanos, na área de concentração em Direitos Humanos.

Aos quinze dias do mês de março de dois mil e vinte e um, a partir das quatorze horas e quatro minutos, no horário de Brasília, em endereço virtual hospedado pela plataforma institucional de transmissão da Universidade Federal de Goiás (sob o link <https://meet.google.com/nzj-rdwh-cjp>) realizou-se a sessão pública de defesa de dissertação de mestrado intitulada "Democracia e Liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro".

Os trabalhos foram instalados pela Orientadora, Professora Doutora Helena Esser dos Reis (PPGIDH/UFG), com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Prof. Dr. João Henrique Ribeiro Roriz (PPGIDH/UFG), como membro titular interno; Prof. Dr. Douglas Ferreira Barros (PUCCAMP), como membro titular externo. Após a arguição do candidato, a Banca Examinadora se reuniu em sessão secreta, a fim de concluir o julgamento da dissertação defendida, tendo sido o candidato **aprovado**. Durante a arguição, os integrantes da banca **não fizeram** sugestão de alteração do título do trabalho. Proclamados os resultados pela Professora Doutora Helena Esser dos Reis, Presidenta da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos e, para constar, lavrou-se a presente ata que é assinada pela Comissão.

TÍTULO SUGERIDO PELA BANCA



Documento assinado eletronicamente por **João Henrique Ribeiro Roriz, Professor do Magistério Superior**, em 15/03/2021, às 16:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Helena Esser Dos Reis, Professor do Magistério Superior**, em 15/03/2021, às 16:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Douglas Ferreira Barros, Usuário Externo**, em 15/03/2021, às 16:16, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1942888** e o código CRC **D10F247A**.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de pesquisa científica em humanidades no Brasil é, acima de tudo, um ato de resistência e de coragem. Resistência contra a escassez de investimento na ciência, contra a desigualdade social gritante, contra a história e a cultura do senso comum que afronta a racionalidade com paixões; coragem para confrontar o *status quo*, que precisa do enfraquecimento da crítica para manter-se vivo. Especialmente por isso, não é possível ser realizado sozinho. Devo muito desse trabalho a algumas pessoas sem cuja ajuda absolutamente nenhuma linha teria sido escrita. Meus sinceros agradecimentos:

Em primeiro lugar, a Deus, que me possibilitou prosseguir com resiliência mesmo diante de tantas intempéries ocorridas do começo de 2018 até o fim de 2020. Os que me acompanharam, delas sabem. A Ele, toda gratidão que transcende a própria linguagem.

À minha família, pelo apoio incondicional que me sustenta e me suporta. Sem vocês, nada sou! Ao meu pai (*in memoriam*), em vida sempre tão simples e paciente, que foi chamado a acompanhar dos céus a conclusão dessa minha trajetória, da qual tenho certeza de que se orgulharia.

À Adriana, que durante tanto tempo me presenteou com sua amável companhia e por tantas vezes, por conta dessa pesquisa, foi privada da minha; que com tanto carinho e paciência me ajudou e a meu lado esteve nos momentos mais difíceis: minha eterna admiração e amizade!

Aos amigos e amigas, de cuja companhia tive que abdicar e com quem a convivência precisou ser reduzida, mas que me supriram constantemente com tanta força, estímulo, incentivo e ânimo! Vocês sabem quem são! Em especial, meus sinceros agradecimentos a Carolina Gonçalves e Philipe Tolentino, colegas de mestrado que se tornaram amigos do peito e para a vida, que tanto – e tanto!!! – contribuíram para o término dessa pesquisa.

À minha orientadora, Helena, a quem será sempre incompleta qualquer tentativa de provar minha profunda gratidão. Ela que, com tanta temperança, calma e compreensão, me concedeu o tempo necessário para superar os diversos

problemas e percalços surgidos, e, com extrema sensibilidade e proficiência intelectual, em meio a tantas atribuições – professora, orientadora, coordenadora do Programa –, pôde aparar tantas e tantas arestas do trabalho. Sua doçura como pessoa e sua excelência como profissional suavizaram muito o meu caminho! Meu reconhecimento e gratidão eterna!

Aos amigos Augusto Henrique Moreno Alves e Leonardo Silveira, pela sincera amizade e pela imprescindível colaboração, que possibilitou a realização desse mestrado durante minha passagem, no começo, pelo MP-GO e, agora, pelo TJ-GO. Meu profundo agradecimento!

À professora Fernanda Busanello Ferreira, pelas sugestões sempre tão profícuas à dissertação, por ter me despertado o interesse em Luhmann de forma tão leve e lúdica, pelas aulas regadas a chimarrão e pelo carinho e amizade que ainda perduram!

Meus agradecimentos aos professores João Henrique Roriz (UFG) e Douglas Ferreira Barros (PUC-Camp) pelas valiosas sugestões apostas ao texto à ocasião da banca de qualificação.

A todos que, de algum modo, contribuíram com essa pesquisa, formal e/ou materialmente, cujos nomes seria impossível citar nesse espaço. Obrigado por tudo!

A todos que lutam, sem tregua, pela
consolidação da democracia liberal no
Brasil.

“Em uma ou outra situação, o povo – o povo do liberalismo – oscila entre possíveis donos da sua vontade.”

Raymundo Faoro
Os Donos do Poder

“Schemes to subvert the liberties of a great community require time to mature them for execution.”

Alexander Hamilton
The Federalist Papers, n.º 26

“Insomuch, that a democracy, in effect, is no more than an aristocracy of orators, interrupted sometimes with the temporary monarchy of one orator.”

Thomas Hobbes
The elements of law – natural and politic

RESUMO

A presente pesquisa visa a efetuar uma análise da trajetória do liberalismo e da democracia no Brasil, observando, especificamente, as condutas governamentais dos últimos anos. Para tanto, pretende realizar um estudo das concepções de democracia ao longo da história, desde sua fase antiga, em Atenas, até sua reconfiguração com os influxos do liberalismo na era moderna. Ainda, visa a analisar o liberalismo enquanto teoria política da liberdade, definindo os contornos daquelas que julgamos ser suas balizas principais, como o Estado de Direito, o Constitucionalismo e os Direitos Humanos. Enfim, o foco se volta para a análise do liberalismo e da democracia no Brasil, primeiro, ao longo de suas constituições, e, depois, nos últimos anos, em que se percebeu uma patente redução do processo liberal-democrático no país, em razão de reiterados atos de governo que minaram o ainda frágil Estado Democrático de Direito, por meio de ataques e ameaças às liberdades civis e políticas e às estruturas da democracia representativa.

Palavras-chave: Liberalismo; Liberdade; Democracia; Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This research aims to carry out an analysis of the trajectory of liberalism and democracy in Brazil, observing, specifically, the governmental behavior and deportment of recent years. To this end, it intends to establish a study on the conceptions of democracy throughout history, from its ancient stage, in Athens, until its reconfiguration with the influxes of liberalism in the modern era. Still, it aims to analyze liberalism as a political theory of freedom, defining the contours of what we believe to be its main goals, such as the Rule of Law, Constitutionalism and Human Rights. Finally, the focus turns to the analysis of liberalism and democracy in Brazil, first, throughout its constitutions, and then, of the late years, in which there has been a notable reduction in the liberal-democratic process in the country, due to reiterated acts of government that undermined the still frangible Democratic Rule of Law, through attacks and threats towards civil and political freedoms and the structures of representative democracy.

Keywords: Liberalism; Liberty; Democracy; Human Rights; Democratic Rule of Law.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	16
CAPÍTULO I: A DEMOCRACIA EM PERSPECTIVA – O DNA DE UM MODELO AINDA EM CONSTRUÇÃO.....	20
1.1. A tradição do pensamento político.....	22
1.1.1. A democracia na Grécia antiga: para além da democracia direta.....	24
1.1.2. A democracia romana: o modelo de constituição mista e o advento da ideia de República.....	35
1.1.3. A fase medieval: o poder político difuso.....	40
1.2. O pensamento político moderno: a soberania absoluta no centro do debate.....	43
1.2.1. Jean Bodin: a unidade da soberania.....	48
1.2.2. Thomas Hobbes: o contratualismo absolutista.....	52
1.3. Discursos fundadores da democracia: o reencontro do <i>demos</i> com o <i>kratos</i>	59
1.3.1. Baruch Spinoza: um salto democrático.....	61
1.3.2. Dos Articles of Confederation aos Federalist Papers: “ <i>We, the people...</i> ”.....	63
1.3.3. Alexis de Tocqueville: o governo da maioria e seus impasses.....	70
1.3.4. Emmanuel Joseph Sieyès: o poder constituinte da nação e a redenção política do terceiro estado.....	73
1.3.5. Jean-Jacques Rousseau: a repriminção da democracia sob a ótica do republicanismo.....	78
CAPÍTULO II: O LIBERALISMO EM PERSPECTIVA – O ESTADO EM FUNÇÃO DA LIBERDADE ENQUANTO PRINCÍPIO.....	86
2.1. A gênese do liberalismo e a bipartição das funções do poder político.....	90
2.2. A liberdade pela lei, a autonomia do Judiciário e a tripartição das funções do poder político.....	95
2.3. A liberdade antiga, a liberdade moderna e a tetrapartição das funções do poder político.....	102
2.4. A convergência do liberalismo com a democracia representativa e a liberdade.....	114
2.5. As pedras angulares do liberalismo moderno: os institutos que consolidaram a engenharia político-jurídica no liberalismo ocidental.....	118
2.5.1. Estado de Direito.....	122
2.5.2. Constitucionalismo.....	133
2.5.3. Direitos Fundamentais.....	135

2.5.4. Direitos Humanos.....	141
CAPÍTULO III: DEMOCRACIA E LIBERDADE NO SOLO TUPINIQUIM – A CLAUDICANTE EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	152
3.1. O liberalismo democrático no Brasil: uma breve análise de uma tímida história constitucional.....	152
3.1.1. A Constituição de 1824.....	154
3.1.2. A Constituição de 1891.....	160
3.1.3. A Constituição de 1934.....	167
3.1.4. A Constituição de 1937.....	171
3.1.5. A Constituição de 1946.....	174
3.1.6. A Constituição de 1967 (e a EC n.º 1 de 1969).....	178
3.1.7. A Constituição de 1988.....	184
3.2. O movimento pendular da democracia: uma análise de ações institucionais antiliberais e antidemocráticas nos recentes anos no Brasil.....	193
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	213
REFERÊNCIAS.....	218

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre a democracia enquanto melhor modelo possível de distribuição do poder político em qualquer sociedade pós-moderna. É quase um dogma que esse regime de governo, que se caracteriza pela soberania popular, é, ainda, a melhor opção. Ou, junto a Churchill, é de se afirmar que “a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras”¹.

Contudo, discutir democracia num contexto pós-moderno implica em investigá-la a partir da sua relação com os princípios liberais e o Estado de Direito. Mais ainda, a partir da sua forma mais complexa, o Estado Democrático de Direito, que compreende uma razoável evolução das funções e acúmulo de deveres estatais, principalmente o de garantir a todos, de modo equânime, o reconhecimento e a proteção de direitos civis e políticos.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo uma investigação interdisciplinar destes dois elementos que se condicionam reciprocamente: democracia e liberalismo. Para tanto, buscaremos apresentar de que modo a concepção de democracia se desenvolveu ao longo da história do pensamento Ocidental.

O problema é posto do seguinte modo: de que modo liberalismo – liberdades fundamentais – e democracia podem ser apresentados, primeiro, à parte, e depois, em comunicação, e como estes dois institutos se desenvolveram no Brasil. Essa análise é pressuposto para, depois, em um segundo momento, analisarmos em que medida foram ambos tratados em âmbito constitucional e, ainda, investigar uma suposta erosão dos direitos fundamentais e direitos humanos nos últimos anos no país, período em que tem-se verificado – como pretendemos demonstrar – uma ruptura democrática.

A escolha de uma abordagem interdisciplinar, por meio da construção genealógica dos conceitos e ideias utilizados, levando em consideração aspectos

1 As reflexões acerca da democracia como forma de governo – como em Aristóteles, que não a fazia distinção entre regime político e forma de governo – e como regime político – uma noção moderna, que distingue governo de soberania –, serão enfrentadas ao longo do texto, principalmente no primeiro capítulo, com destaque para a nota de rodapé n. 29.

históricos, políticos, filosóficos e jurídicos, se impõe em razão da complexidade do tema, quanto ao qual não seria possível uma abordagem disciplinar, porque insuficiente. A literatura utilizada foi elencada a partir de uma escolha pessoal do autor, com base não apenas na relevância de cada uma das obras quanto ao tema, mas em razão da cadeia de referências críticas que se pretendeu estabelecer acerca de cada uma das visões analisadas.

No primeiro capítulo, pretendemos explicar com detalhes o modo como a democracia era praticada já na Grécia, a partir não apenas da participação direta do cidadão ateniense nos negócios públicos, mas também na revelação de outros métodos como o sorteio e a eleição. A importância de promover digressões sobre a democracia desde a Grécia é justificada ante a necessidade de se compreender a sua evolução, ou mesmo a relação entre o povo – ou, no contexto, o cidadão (e quem este é) – e a coisa pública em contextos distintos. Posteriormente, a análise prossegue ao longo da ideia de constituição mista de Roma, que conjugava elementos democráticos, aristocráticos e monárquicos e, por isso, possuiria maior estabilidade. Aqui, a análise se justifica para compreender a trajetória da relação entre governo e povo, que passa por transições relevantes nas quais a evolução do conceito de soberania – essencial para a compreensão do Estado moderno – é apresentada.

Ainda, analisaremos o modo como a democracia se dilui durante a Idade Média e o poder político se mostra difuso e descentralizado por um longo tempo, ensejando pouco espaço para a participação popular no poder. Um olhar sobre o período medieval tardio ajuda a compreender a estruturação da hierarquia social da época, na Europa, que se assentava na disputa de poder entre Igreja e Reino, culminando na formação da ideia de soberania, importante no estudo tanto da democracia quanto do liberalismo.

Depois, a análise se deslocará para o início do período Moderno, desde a concentração do poder político nas mãos do Rei, que acumulava as prerrogativas da soberania. O percurso é trilhado com base no pensamento de filósofos como Maquiavel, Bodin e Hobbes, até passarmos à fase seguinte, que apresenta os discursos fundadores da democracia moderna, a exemplo do de Spinoza, bem como o pensamento filosófico-político que orbitava as revoluções liberal-burguesas no

século XVIII, nos Estados Unidos da América – com os *Federalist Papers* e Tocqueville, e na França, com Sieyès e Rousseau. Esses autores dão o tom da introdução do liberalismo no contexto da democracia representativa que se introduz ao longo do período. Aqui, a escolha dos autores é pautada menos pela forma como seus aportes filosóficos delineiam o corte da análise e mais pelo confronto dos argumentos por eles expostos, que põem luz sobre os dilemas e as virtudes da democracia representativa.

Em seguida, no segundo capítulo, o trabalho pretende submeter o conceito de liberalismo a uma análise em perspectiva dupla: primeiro, sob um enfoque teórico-conceitual, enfrentando os matizes do liberalismo desde sua origem, isto é, explicando-o sob a ótica filosófica, política, jurídica e econômica. Posteriormente, apresentaremos uma investigação de cunho não apenas teórico-autoral, mas que parte do corte da evolução da separação dos poderes – um dos cerne do liberalismo – e que mostra como autores liberais debruçam seu pensamento sobre o tema.

Isto é, o objetivo é cotejar as ideias postas pelo pensamento de alguns dos principais filósofos da tradição liberal clássica, como Locke, Montesquieu, Mill e Constant, a partir do modo como conceberam a divisão dos poderes e a questão da liberdade, bem como seus desdobramentos para a contenção do poder político. Com vistas a estabelecer a base teórica para o problema que será enfrentado no terceiro capítulo, pretendemos assentar ainda as bases do liberalismo, a fim de tentar demonstrar, posteriormente, se há ou não qualquer identidade entre o programa político seguido pelo Brasil nos últimos anos com o liberalismo (ainda que clássico – ou protoliberalismo).

Dessa forma, serão ainda abordadas as noções daqueles institutos que entendemos serem seu cerne, quais sejam: o Estado de Direito, o Constitucionalismo, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, as pedras angulares do liberalismo moderno, a fim de firmar uma compreensão de como o liberalismo atravessou os últimos séculos não apenas como técnica de limitação do poder estatal por meio do estabelecimento de constituições rígidas e escritas e da consagração de direitos humanos e direitos fundamentais, mas também como programa de organização do Estado e das suas funções.

Ao fim e ao cabo, no terceiro capítulo, a pesquisa se direcionará ao exame do caminho percorrido pela experiência liberal brasileira, colocando-a em perspectiva tanto histórica quanto política, pautada em uma análise dupla. Na primeira parte, buscaremos traçar o trajeto – e não exatamente o progresso – do liberalismo e da democracia ao longo das constituições brasileiras, apontando como a consagração de direitos fundamentais – direitos civis, direitos políticos e direitos sociais – transitou entre sístoles e diástoles, oscilando ao longo de uma frágil história republicana. Depois, analisaremos como o movimento antiliberal e antidemocrático verificado no Brasil desde o ano de 2015 trouxe à tona medidas institucionais que corroeram a democracia liberal.

Tentaremos, assim, depois de assentadas as principais bases teóricas da democracia e do liberalismo, portanto, compreender melhor de que modo esses dois conceitos têm sido tratados na arena política brasileira, a fim de tentarmos concluir até que ponto há, de fato, uma prática liberal e democrática assentada no país, mormente após a consagração do Estado Democrático de Direito em âmbito dogmático-constitucional, ao menos, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em suma, o objetivo aqui apresentado é retomar a análise destes dois princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito – democracia e liberalismo –, para, por meio de uma proposta de leitura interdisciplinar do objeto – isto é, a partir da filosofia, do direito, da ciência política e de outros campos da ciência –, contribuir com um melhor diagnóstico da atual conjuntura institucional brasileira e, assim, buscar compreender o Estado Democrático de Direito com vistas à sua permanente construção.

CAPÍTULO I: A DEMOCRACIA EM PERSPECTIVA – O DNA DE UM MODELO AINDA EM CONSTRUÇÃO

O objetivo primordial, nesta quadra, é apontar o curso histórico do conceito de democracia, ainda que diante da impossibilidade de esgotar o assunto, mas de modo a tentar demonstrar como o liberalismo, objeto central deste trabalho, é intrinsecamente ligado à noção moderna de democracia, bem como ao constitucionalismo, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Deste modo, tentaremos também apontar, ao fim, o modo como uma correta implementação de ideais liberais enriquece a democracia, fortalece os direitos humanos fundamentais e é consentânea com a defesa da Constituição.

A noção de democracia, é certo, não abdica da certeza de que liberdade e igualdade devem caminhar *pari passu*, em consonância e com certo equilíbrio, posto que são pressupostos daquela. Kelsen (2000, p. 27) nada fez senão sintetizar essa relação, quando afirmou que

Da idéia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia [...].

Isso se comprova, como tentaremos demonstrar mais adiante, que o modelo de Estado denominado “Estado Democrático de Direito” é designado para descrever justamente o momento histórico em que a igualdade passa a ser projetada não apenas no momento do reconhecimento dos direitos civis (ou liberdades individuais), mas também dos direitos políticos, quando se expandem e ganham pretensão de universalidade.

A palavra “democracia” não trafega pelas obras de direito, filosofia e ciência política sem carregar consigo algum desconforto conceitual. O termo sempre esteve ligado a inúmeras formas de configuração da distribuição do poder político em um

determinado Estado, de modo que por democracia é possível conceber modelos políticos bastante distintos.²

Darcy Azambuja já afirmara que

Nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que democracia. Empregado pela primeira vez em Heródoto há quase 2.500 anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado – na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores. [...] A desordem começa na etimologia da palavra e espraia-se em regimes que são ou se dizem democráticos e diferem entre si como termos antônimos. Alguns a definem gramaticalmente, e então se percebe que ela nunca existiu e talvez não existirá jamais. Outros procuram descrevê-la tal como ela é, e então verificam que houve e há tantas democracias quanto Estados a praticaram e praticam. E há os que a conceituam tal como *deveria ser*, e nessa perspectiva a inteligência e a imaginação criam sistemas que vão do provável ou possível até magníficas ou atrozes utopias (AZAMBUJA, 2008b, p. 242).

Francisco Pontes de Miranda (2002, p. 190), ao introduzir um de seus estudos sobre a democracia, expôs, não sem argúcia, seu caráter maleável, mostrando que o conceito constantemente é utilizado como argumento performático e de ocasião:

Os inimigos da democracia, certos, no íntimo, de que ela é tendência mesma da vida humana, tomam às vezes o caminho, não de negá-la – de deformá-la. Servem-se, não raro, do conceito de democracia para os seus obscuros propósitos; e forjam definições, ampliações, confusões. Hitler e Mussolini, como outros, usaram e abusaram disso, no começo; depois, golpearam-na. Hipocritamente, porém, continuaram a empregar o termo, quando lhes era útil.

É necessário compreender que, hoje, diversas teorias sobre a democracia são postas em cotejo, ainda que muitas delas visem a descrever modelos de

2 Pontes de Miranda traz interessantes classificações sobre a forma como a democracia pode ser exercida, tendo-se como critério a participação política, às vezes até com excessiva técnica semântica, chegando a reconhecer a possibilidade de democracias oligárquicas e distinguindo oligarquia de oligocracia: “Quando a democracia é organizada de modo que ficam fora das posições muitos indivíduos, como, por exemplo, os Negros, diz-se *pleonárquica*. Se, pelos menos teoricamente, todos figuram, diz-se *pantárquica*. A exclusão da mulher dos empregos públicos faz pleonárquicas as democracias de muitos países. Chama-se *oligárquica* quando só minoria aparece. [...] A República francesa, a República brasileira de 1891 foram democráticas oligárquicas. [...] Se todos podem votar, a democracia é *pantocrática*; se nem todos, *plenocrática*. Não se fala de poderem votar só alguns, porque então o que se tem é a oligocracia, já sem as características da forma democrática. Aqui, o étimo *cracia* se impõe, porque se adjetiva a democracia, sem passagem do plano da ordem estatal para a ordem anestatal (dita ‘social’, na linguagem vulgar), como ocorre com as expressões ‘democracia pleonárquica’ e ‘democracia pantárquica’, alusiva a comando e a guia, ao mesmo tempo.” (MIRANDA, 2002, pp. 213-214, *itálicos nossos*).

governo estruturalmente distintos entre si, malgrado sob o pálio da mesma denominação – democracia. Tentaremos demonstrar algumas delas, por meio da proposta ofertada por Bobbio, Matteucci e Pasquino de dimensionamento dessas teorias, que afirmam que a teoria contemporânea da Democracia recebe influxo de três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica aristotélica tripartida; a teoria medieval, de origem romana e que é orbitada pela questão da soberania; e a teoria moderna de Maquiavel – assim chamada, pois nascida com o Estado moderno –, bipartida, que divide as formas de governo em Repúblicas ou Monarquias (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, pp. 319-320).

Acrescentaremos, por certo, uma análise do contexto do nascimento da democracia moderna, tão bem consagrado no âmbito das revoluções burguesas liberais e arraigadas nas declarações de direitos que antecederam, principalmente – mas não exclusivamente – as primeiras Constituições: norte-americana e francesa.

1.1. A tradição do pensamento político

A democracia antiga, em grande medida aquela praticada na Grécia – onde o próprio termo foi cunhado –, é diferente daquela que é praticada hoje. O liberalismo operou uma grande influência nos governos democráticos, e, com ela, uma considerável mudança. Enquanto praticada sem os influxos liberais, a democracia grega oferecia um modelo “básico” ou “não híbrido”, porque não “preocupada com questões de autonomia privada, direitos humanos inatos ou justiça distributiva” (OBER, 2017, p. 2).

Por isso, a forma de democracia praticada antes do liberalismo, em certa medida, é desvinculada da ideia de igualdade de direitos inerentes aos indivíduos. A preocupação com a estrutura política da coletividade e com a sobrevivência desta enquanto um corpo orgânico precede a individualidade do sujeito e torna a democracia pré-liberal uma realidade aparentemente distante da atual. Mas, na verdade, a análise da democracia antiga é fatalmente necessária para a compreensão daquilo que a democracia enquanto autogoverno da coletividade exige

como condição para seu desenvolvimento, enquanto for esse autogoverno – e a repulsa ao poder público tirano – um desejo comum.

Um dos pontos mais importantes dessa comparação entre a democracia pré-liberal e a democracia pós-liberal reside na distinção, que será apresentada posteriormente, entre liberdade antiga e liberdade moderna, que muito se relaciona com a ideia de democracia direta e democracia representativa. Para isso, é importante entender como era praticada a democracia durante o período antigo (Grécia e Roma pré-imperial) e medieval (Roma, principalmente antes da baixa Idade Média). E, mais importante ainda, entender a forma como o poder político, o *kratos*, transita incessantemente entre as mãos o povo e fora delas.

Se na Grécia o poder era exercido pela coletividade cidadã, ainda que cidadão fosse uma categoria restrita, como veremos, Roma introduz uma nova forma de organização do poder político que se assenta em uma razão de ordem superior e metafísica que reserva pouco ou nenhum espaço à noção de cidadania, participação ou tomada de decisão do *demos*.

A modernidade é que novamente recupera a importância do protagonismo do cidadão, nela considerado em um espectro mais amplo que na antiguidade. E é essa nova forma de participação popular no poder político, por meio da representação combinada com institutos da democracia direta, que introduz a democracia liberal, espaço de realização da liberdade dos modernos, agora sob a luz do liberalismo e dos direitos humanos.

Nas palavras de Josiah Ober, mais do que promover uma análise da forma como a democracia era utilizada no período antigo para que sirva como modelo normativo que determine a atual concepção, ela serve como forma de viabilizar uma visita à origem para otimizar as atuais concepções:

Mas se as modernas acepções [de democracia] não são especificamente boas, no sentido de serem “descritivamente acuradas” ou “normativamente preferíveis”, então deve haver alguma utilidade em se retornar à fonte. Reduzir a democracia a uma regra de votação provavelmente omite muito do seu valor e do seu potencial. O sentido original no grego, que não possui nenhuma pretensão de nos servir como autoridade inerente, sugere formas de expandir nossa concepção moderna de democracia e portanto (incidentalmente) torná-la menos vulnerável aos problemas associados com o ato de agregar diversas preferências por meio do voto (OBER, 2007, p. 2).

Analisaremos, a seguir, como a democracia era tratada na Grécia antiga por meio da participação direta e, como pouco se divulga, também pela eleição e até mesmo pelo sorteio; e em Roma, com a ideia de república, que, inexistente na Grécia – senão como forma de definir uma das formas puras de governo –, implicava na abertura do espaço público a um maior número de cidadãos.

1.1.1. A democracia na Grécia antiga: para além da democracia direta

O consenso formado pela opinião quase dogmática de que a democracia é fruto da organização política da Grécia antiga não deixa espaço para elucubrações que disso divirjam. Contudo, há que se ressaltar que não apenas o conceito de democracia mas a compreensão do seu nascimento deve fugir da clausura no tempo e no espaço, por mais que seja praticamente unânime a narrativa da natureza grega do seu berço. Nelson Saldanha afirmou que “as coisas na história vão e voltam, passam e retornam, embora sempre diferentes” (2005a, p. 18), e isso reflete a possibilidade de o fenômeno democrático ter nascido e renascido diversas vezes, inclusive anteriormente à experiência grega.

Um autor que endossa essa análise é Robert Dahl, para quem a democracia, ao contrário de uma linha continuamente ascendente, trilhou altos e baixos mais próximos ao que seria a “trilha de um viajante atravessando um deserto plano e quase interminável, quebrada por apenas alguns morrinhos, até finalmente iniciar a longa subida até a sua altura no presente” (2016, p. 17).

Dahl põe em discussão a dúvida sobre a democracia, bem como as práticas e ferramentas inventadas pelo mundo no curso da história, tanto poder ter sido difundida mundo afora a partir da sua origem grega, quanto, de outro lado, praticada originalmente na Grécia e em outros locais do mundo, concomitantemente; justamente porque as condições favoráveis à sua invenção em determinado momento podem igualmente ter sido reproduzidas também em outros lugares, e não apenas na Grécia (2016, p. 19).

De qualquer sorte, “[o]s sistemas de governo que permitiam a participação popular de um significativo número de cidadãos foram estabelecidos pela primeira vez na Grécia clássica e em Roma, por volta do ano 500 a.C., em bases tão sólidas que resistiram por séculos, com algumas mudanças ocasionais” (DAHL, 2016, p. 21). Dahl continua:

Foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*³, o povo, e *kratos*, governar. Por falar nisso, é interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes, *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em quaisquer dos casos, *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas (pp. 21-22).⁴

A democracia na Grécia, a bem da verdade, precisa ser entendida como uma forma essencialmente restrita de participação política nas decisões da *polis*. A participação política dos cidadãos atenienses não funcionava primordialmente por meio de representantes eleitos (*democracia representativa* ou *indireta*), mas na forma de assembleias realizadas em espaços públicos denominados de “Ágora”, onde os cidadãos deliberavam pessoalmente (*democracia direta*) (RAMOS, 2014, pp. 33-34).⁵

3 Bobbio explica que o termo *demos* era utilizado, no contexto da *polis* grega, para fazer referência à classe média: “[s]erá oportuno considerar a este propósito que, na transição da oligarquia aristocrática à oligarquia timocrática, nem sempre a inteira classe média, ou seja, aquela que então era chamada *demos*, obteve adequado reconhecimento político” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 951).

4 É importante entender que, no contexto grego, povo e poder (*demos* e *kratos*) possuem acepções muito particulares, diferentes daquelas adotadas hoje. Conforme a explicação etimológica de Josiah Ober (2017, pp. 24 e 27, tradução nossa), “diferentemente de monarquia (do adjetivo *monos*, ‘solitário’), oligarquia (de *hoi oligoi*, ‘os poucos’), democracia (*demos*, de ‘cidadão’ ou ‘povo’) não está necessariamente atrelado à ideia de quantidade, mas se refere a uma coletividade de tamanho não especificado. [...] No grego clássico, *demos* possuía múltiplos significados, incluindo o significado principal no sentido de ‘cidadania’ e os significados secundários no sentido de ‘assembleia de cidadãos’ e ‘as classes inferiores’”.

5 É importante anotar, conforme Manin, que, “[h]oje, quando distinguimos a democracia representativa da democracia direta, geralmente imaginamos que nesta todos os mais importantes poderes políticos eram exercidos pela assembleia popular. Uma análise mais detida do sistema institucional praticado em Atena mostra que essa é uma imagem equivocada” (1997, p. 24). O autor se refere a outras três instituições que, além dos magistrados e da Assembleia, exerciam poderes políticos de primeira importância: o Conselho (*boulē*), as cortes populares (*dikastēria*) e os nomótetas (*nomothetai*). Às cortes era dado o poder de, inclusive, em certos casos, reverter as decisões da Assembleia. Ainda: “[n]a democracia Ateniense, então, o povo não exercia todo o poder por si mesmo; certos poderes importantes e mesmo uma parcela de poder de decisão pertenciam a instituições que de fato, e assim eram entendidas, não correspondiam ao próprio povo (*dēmos*)” (MANIN, 1997, p. 25).

Todavia, a definição de “cidadão ateniense” não abrangia toda a população, mas apenas “o homem, filho de pai ateniense e de mãe filha de pai ateniense”, o que excluía em torno de 87% da população, ou seja, as mulheres⁶, os que não pudessem comprovar serem filhos de atenienses (metecos), os libertos, os estrangeiros e os escravos (FERREIRA FILHO, 2001, p. 4).

Em outras palavras,

O povo da Democracia ateniense não eram todos os indivíduos que viviam de modo permanente sob o governo de Atenas, e sim uma pequena parte deles. Segundo cálculos abalizados, essa população era de 230 a 240 mil pessoas; destas, cerca de 150 mil eram escravos, sem direito algum. Das 90 mil pessoas livres, 60 mil eram mulheres e crianças, também sem direitos políticos, e os habitantes dos arredores da cidade não compareciam geralmente às assembleias políticas; e entre os próprios cidadãos, alguns deixavam-se ficar sob as árvores que Cimon mandara plantar na *ágora*, ou no mercado, ou diante dos tribunais. As decisões mais importantes deviam ser tomadas pelo “povo inteiro”, segundo as leis. Na verdade, nesses casos, os cidadãos presentes não eram mais de 6 mil. O “povo” ateniense eram, pois, de 4 a 6 mil cidadãos, adultos e livres, que muitas vezes por mês se reuniam na *ágora*, praça pública, formando a *eclésia*, assembleia política, para ouvir os *demagogos*, que quer dizer “orientadores do povo” (AZAMBUJA, 2008b, pp. 243-244).

Não se pode, assim, compreender a democracia grega nos termos exatos da etimologia da palavra, a menos que se desconsidere o termo “povo” naquele sentido que mais se lhe atribui atualmente, no âmbito da Ciência Política e do Direito, isto é, o que engloba todos os nacionais de um país⁷.

6 Ou seja, conforme Saldanha (2005c, pp. 45-46), “[d]entro da politicidade do homem, vemos que o animal propriamente ‘político’ (ou social), isto é, o habitante específico da *polis*, não era a mulher – senão em certos casos – mas especificamente o homem masculino. A casa era o reino da mulher grega, que a governava, como foi o caso da matrona latina. Daí que nos últimos tempos da Antiguidade pagã a filosofia aparecesse como consolação (*consolatio*): ela “fazia companhia” ao homem que perdeu a polis e ficou em casa, que saiu da praça e se recolheu ao jardim, diminuído em sua dimensão pública, embora podendo enriquecer-se epicuristicamente em sua maturação privada”.

7 Nesse sentido, Valério Mazzuoli, que explica que “[d]entro do Estado existe o *povo* (formado pelo conjunto dos seus nacionais, natos e naturalizados) e a sua *população* (que é expressão demográfica, aritmética ou quantitativa, formada do povo *mais* os estrangeiros e apátridas radicados no território nacional, podendo não haver qualquer relação ética, política ou jurídica entre eles). Enquanto o *povo* corresponde a um conceito jurídico e político, a *população* pertence à esfera demográfica ou econômica. Assim, o *povo* de um Estado são somente os seus *nacionais* (pois não existe ‘povo estrangeiro’ dentro de um Estado); os *estrangeiros* domiciliados no Estado ou que aí possuam a sua principal residência fazem parte apenas da *população* desse Estado, jamais ao *povo* deste. Quer num caso como no outro, porém, o Estado sobre eles (nacionais e estrangeiros) exerce todas as suas competências, com as eventuais limitações, no último caso, previstas por lei ou por normas internacionais (v.g., decorrentes da proteção diplomática etc.)” (MAZZUOLI, 2016, pp. 484-485). No mesmo sentido, cf.: AZAMBUJA, 2008a, pp.

José Afonso da Silva explica de maneira precisa que “[p]ara a democracia grega, *povo* era apenas o conjunto dos homens livres, excluída ainda a massa dos libertos. Como a maioria dos indivíduos era escrava e libertos, os quais não gozavam da cidadania, não entravam no conceito de povo, *aquela democracia era o regime da minoria e em seu favor existia*” (SILVA, 2015, p. 137, itálicos nossos).

De qualquer sorte, os assuntos afetos à *polis* grega eram, de fato, deliberados de forma direta por todos os cidadãos – vale repetir, um reduzido número de pessoas, se considerado o *quantum* total da população ali encontrada –, enquanto alguns cargos não eram distribuídos por eleição, mas, sim, por sorteio. Havia um sistema lotérico que tinha por objetivo nomear, de forma revezada, os indivíduos para determinadas funções públicas (WALZER, 2003, p. 418).

Ao contrário do que se pensa, a democracia grega comportava um modelo misto em que não apenas os cidadãos deliberavam diretamente sobre a maioria das questões cívicas, mas que conjugava, junto a isso, tanto um critério de eleição de alguns magistrados quanto outro que acabou sendo obliterado nos desenhos atuais: o sorteio (MANIN, 1997, p. 11).

Manin (1997, pp. 11-12) aponta que

A democracia Ateniense confiava aos cidadãos escolhidos por sorteio a maioria das funções não exercidas pela Assembleia Popular (*ekklēsia*). A regra se aplicava principalmente às magistraturas (*archai*). Dos aproximadamente 700 cargos de magistratura que compunham a administração Ateniense, uns 600 eram preenchidos por sorteio. As magistraturas estabelecidas por sorteio (*klēros*) eram geralmente as de colegiado. O prazo do mandato era de um ano.

Antes de se incumbirem dos cargos, eram submetidos a um exame (*dokimasia*), cujo propósito, meramente formal, não era avaliar se o indivíduo possuía qualificação para o desempenho do cargo em questão (o que se presumia), mas, sim, verificar se cumpriu alguns requisitos enquanto cidadãos, de cunho moral, como seu comportamento ante a família e sua conduta cívica, militar e tributária. Não era o poder político – atribuído às assembleias e às cortes – que era distribuído

56-62 (conquanto o foco do autor seja mais traçar a distinção entre povo – ou população – e nação) e BONAVIDES, 2012, p. 72 (cotejando a natureza político-jurídica do termo povo, que pressupõe vínculo do indivíduo com o Estado por meio da cidadania – ou nacionalidade – com a natureza meramente demográfico-estatística do termo população).

por sorteio, mas um poder, como era o dos magistrados, de cunho administrativo e executivo (MANIN, 1997, pp. 11-12; WALZER, 2003, p. 418).

O sorteio é, certamente, um método típico da democracia direta ateniense, mas que, contudo, não prosperou nos modelos democráticos que eclodiram do período moderno liberal em diante, e que se tornaram, em regra, puramente representativos. Não há notícia de qualquer governo representativo nos últimos dois séculos que tenha utilizado o critério do sorteio para determinar ainda que uma ínfima parcela do poder político⁸. A democracia representativa é, com efeito, um modelo que “tem sido associado apenas com o sistema de eleição, às vezes em combinação com o critério hereditário⁹ (como ocorre nas monarquias constitucionais), mas nunca com o sorteio” (MANIN, 1997, p. 8).

Muito se divulga que o modelo de democracia direta, praticado na Grécia, não poderia ser reproduzido em locais – tais como os Estados modernos – com larga escala demográfica e grandes extensões geográficas, o que, todavia, desde Roma já se notava. E a razão mais difundida dentre os estudiosos é a de que não seria possível congregiar uma quantidade tão grande de cidadãos para, todos juntos, discutirem as questões políticas a que se submeteriam. Mesmo assim, não parece ter sido esse o principal fator responsável pelo abandono do sorteio enquanto critério de atribuição do poder político. Nem era essa – vastidão territorial e a afluência populacional – a principal diferença entre os dois modelos de democracia: representativa e direta. O critério do sorteio, sim, pode ter sido (MANIN, 1997, pp. 8-9).

8 Há raras e excepcionais experiências – que confirmam a regra –, como a elaboração da constituição da Islândia, que elegeu, por sorteio, em 2010, um conselho constituinte composto de 950 membros para discutir o conteúdo da nova lei máxima, cujos dispositivos foram disponibilizados pela internet a fim de que a população não apenas obtivesse acesso, mas também pudesse sugerir alterações e demandas (*crowdsourcing*). O acesso à internet no país chega a quase 100% da população. Contudo, é questionável se é salutar que a democracia direta, expandida a um número tão alto de pessoas e levada a efeito em questões nem sempre fundamentais, produziria resultados desejáveis, posto que o grau de tecnicidade de um dispositivo legal pode tornar inócua a participação do cidadão comum (BBC BRASIL, 2011).

9 Manin explica que a “[a]nálise do governo representativo geralmente contrapõe o método eletivo com o hereditário. De certo modo, esse ponto de vista se justifica: os governos eleitos substituíram diretamente os governos hereditários, e não há dúvida de que, ao se fazer da eleição o fundamento central da legitimidade política, os fundadores de nossas repúblicas representativas modernas estavam, acima de tudo, rejeitando o princípio hereditário. Os sistemas representativos modernos certamente se caracterizam pelo fato de que, neles, o poder não é herdado (ao menos não essencialmente)” (1997, pp. 10-11).

A impossibilidade fática de reunir uma enorme quantidade de cidadãos para deliberarem em um único espaço e fazer disso uma assembleia com poderes legislativos pode, de fato, ter influenciado a formação dos sistemas políticos puramente representativos, bem como a transição da democracia direta para a democracia indireta.¹⁰ Porém, esse problema não desempenha um fator impeditivo para a realização de um modelo de sorteios, que, enquanto método de seleção, é plenamente exequível quando o que se busca é extrair do corpo político de cidadãos um pequeno grupo de indivíduos (MANIN, 1997, p. 9). Não é senão essa a função do método eletivo, constante das democracias representativas atuais. O que muda, portanto, é apenas o modo como será feita essa seleção (num, sorte; noutro, escolha).

O que o método do sorteio pode suscitar é o receio quanto a uma escolha, para o exercício de algum notável cargo público, de alguém sem as qualificações que a função demande. E desse problema os atenienses muito provavelmente já tinham ciência. Como já visto, ainda que houvesse sorteio, a capacidade dos escolhidos para o cargo em questão era presumida, e, ademais, eram submetidos a um tipo de avaliação moral. Além disso, havia em Atenas alguns mecanismos de prevenção contra magistrados que, porventura, fossem considerados ineptos pelo povo, a exemplo de serem constantemente fiscalizados pela Assembleia e pelas cortes, bem como da possibilidade de poderem ser, a qualquer tempo, acusados por qualquer cidadão, com o fim de suspendê-los (MANIN, 1997, p. 12).

Ainda, assim,

provavelmente era uma pequena minoria que ousava se manifestar perante a Assembleia, de modo que a grande maioria se restringia a ouvir e votar. Na prática, um processo de autoseleção limitava o número dos que tomavam iniciativa. Mas o princípio de que qualquer um que assim desejasse era igualmente habilitado a submeter uma proposta aos seus concidadãos e, mais ainda, direcionar a eles alguma acusação (*isēgoria*), constituía uma dos mais altos ideais da democracia (MANIN, 1997, p. 16, tradução nossa).

O fato é que, como a função dos magistrados implicava um poder pequeno, e como os escolhidos por sorteio possuíam responsabilidade sobremaneira menor que aquela atribuída aos eleitos, isso pode ter reduzido a importância do sorteio em

10 As distinções sobre democracia direta e democracia indireta serão retomadas mais adiante.

Atenas. Além disso, funções bem mais importantes que a dos magistrados, como a dos membros do Conselho (*boulē*), eram escolhidas também por sorteio, e recebiam um mandato de um ano, exercido por no máximo duas vezes. O Conselho, composto de 500 membros (de idade igual ou superior a trinta anos), destinava um certo número de assentos a cada um dos 139 distritos da Ática, proporcionalmente ao número de habitantes do distrito (MANIN, 1997, p. 17) – algo muito próximo da forma como se estabelece a composição da Câmara dos Deputados no Brasil, hoje.

Para Aristóteles, o sorteio era por excelência um – ou mesmo, “o” – método democrático, enquanto o método eletivo possuía feições aristocráticas ou oligárquicas, se tomado isoladamente. Contudo, o método eletivo não era, para ele, incompatível com a democracia (MANIN, 1997, pp. 27-28). E o sorteio parecia ser o método mais adequado e racional para assegurar aquilo que era um dos mais importantes princípios constituintes da democracia grega: a alternância no poder. Nesse sentido, o método eletivo reduziria a possibilidade de alternância a partir do momento em que, por meio dele, seriam escolhidos apenas os indivíduos que ostentassem maior prestígio ou popularidade entre seus pares, os eleitores. Deixar a escolha a cargo da sorte, por outro lado, viabilizaria uma maior rotatividade. A liberdade de escolha dada ao cidadão para decidir quem escolher para o governo poderia levar a consequências indesejadas, como a repetição, em face do primado da alternância no poder. Pois “liberdade para eleger, contudo, é também liberdade para reeleger” (MANIN, 1997, p. 31).

Portanto, a maior diferença entre os sistemas de democracia direta e os de democracia indireta ou representativa é verificada muito mais pelo método de seleção – sorteio, no primeiro; eleição, no segundo – que pelo número restrito dos que são escolhidos. “O que caracteriza um sistema como representativo não é o fato de alguns poucos governarem no lugar do povo, mas de serem eles selecionados apenas pelo método eletivo”. Ademais, como dito, o sistema eletivo, que poderia gerar “políticos profissionais”, não garantiria o mesmo grau de igualdade atingido pelo método de sorteio, mais propenso a garantir a alternância no poder (MANIN, 1997, p. 41).

Quanto ao conceito de democracia, este, enquanto forma de governo, ainda que consagrado por Aristóteles, já havia sido desenhado por seu mestre, Platão,

que, em sua obra, “Político” (2009), o assinalava com certa ressalva, na qualidade de governo da maioria:

Dissemos que a monarquia encerrava a realeza e a tirania, o governo dos poucos a aristocracia (nome auspicioso) e a oligarquia. *Entretanto ao governo dos muitos atribuímos naquele momento somente um nome, ou seja, democracia*: agora, porém, isso também requer uma divisão (p. 163, *itálicos nossos*).

Já em Platão, percebe-se que o governo de muitos enseja também uma divisão dúplice e valorativa – como se eternizou posteriormente em Aristóteles –, traçando a democracia como uma dentre as formas de governo da maioria, quando o critério é o respeito ou não à legalidade, conforme aponta:

Como, porém, *poucos* está no meio entre *um* e *muitos*, é preciso considerar o governo dos poucos como intermediário, tanto no bem quanto no mal. O governo dos muitos, entretanto, relativamente às outras formas de governo, é frágil em todos os aspectos e incapaz de qualquer coisa de grande importância, boa ou má, pois nele os cargos do governo são distribuídos em pequenas parcelas entre muitos indivíduos; em decorrência disso, esse é o pior dos governos quando nos governos as leis são respeitadas, ao passo que é o melhor quando o Estado vive na ilegalidade; se considerarmos em todos os governos a ausência do controle, a vida é mais desejável numa democracia, porém estando presente a ordem, a vida nessa forma de governo é pior (PLATÃO, 2009, pp. 164-165).

A democracia aparece, portanto, como a melhor forma de governo em circunstâncias de desrespeito à legalidade; porém, é a pior forma de governo quando o obediência às leis é o estado das coisas. Tanto Platão quanto Aristóteles não escolheram a democracia como a melhor forma de governo. Na verdade, “Platão não reconhece a democracia como forma de governo ideal em sua teoria política e, além disso, foi um crítico incisivo especificamente da democracia praticada em Atenas” (BINI, 2010, p. 165).

Aristóteles replica essa mesma noção ao estruturar, em sua obra, “A Política”, sua célebre classificação das formas de governo, que é feita em duas etapas: a primeira delas visa a separar as formas de governo em retas e degeneradas – segundo um critério, portanto, moral ou político –, “conforme a autoridade seja exercida tendo em vista o bem geral ou somente o interesse dos governantes” (AZAMBUJA, 2008b, p. 231). A segunda divide as formas de governo de acordo com

o número de governantes, portanto, sob um critério quantitativo, “conforme o governo esteja nas mãos de um só homem, de vários homens ou de todo o povo” (AZAMBUJA, 2008b, p. 231)¹¹.

Deste modo, Aristóteles expõe a ideia de que o governo, enquanto poder supremo da Pólis, é passível de ser controlado por um só, por poucos ou por muitos, e que, em qualquer dos três casos, quando o objetivo perseguido é a felicidade geral, o governo é sempre justo. Ao contrário, quando o que se busca é o interesse particular de um ou mais governantes, não há mais justiça e se esvazia o conceito de cidadãos (ARISTÓTELES, 2006, pp. 105-106). Assim, o pensador expõe três¹² formas básicas de governo pautadas na promoção do interesse comum: *monarquia*, *aristocracia* e *república*¹³. Essas mesmas três formas de governo podem ser

11 Bobbio revela que a teoria tripartida de Aristóteles – já tratada anteriormente por Platão – “foi acolhida em toda a tradição do pensamento ocidental, pelo menos até Hegel, ao qual chega quase extenuada, e tornou-se um dos lugares comuns da tratadística política. Para assinalar algumas etapas deste longo percurso, recordamos Marsílio de Pádua (*Defensor pacis*, I, 8), São Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, I-II, qu. 105, art. 1); Bodin (*De la república*, II, 1), Hobbes (*De cive*, cap. VII, *Leviathan*, cap. XIX), Locke (*Segundo tratado sobre o Governo*, cap. X), Rousseau (*Contrato social*, III, 4, 5, 6), Kant (*Metafísica dos costumes*, *Doutrina do direito*, § 51), Hegel (*Linhas fundamentais de filosofia do direito*, § 273)” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, pp. 320-321).

12 É importante ressaltar que Aristóteles, conquanto consagrado por sua divisão tripartida das formas de governo, flerta com uma classificação bipartida, posteriormente retomada – e consolidada – por Maquiavel, que divide os governos em Monarquias ou Repúblicas. A tradução aqui utilizada de “A Política”, feita a partir da versão francesa de Marcel Prélot, revela uma nota na qual o tradutor francês afirma: “Aristóteles aqui abandona a sua classificação inicial dos governos ou, pelo menos, apresenta um novo aspecto dela. Em lugar de três formas fundamentais puras e de três formas derivadas, não há mais do que dois grandes tipos de governo: o governo de um só, ou *monarquia* (em sentido amplo), que se divide em *monarquia* (no sentido estrito) e *tiranía*; o governo de vários ou *República* (em sentido amplo), que se divide em *oligarquia* (à qual se liga a *aristocracia*); *democracia* e *República* (em sentido estrito, combinação dos dois governos precedentes). Esta segunda classificação, bem mais próxima do real, parece-nos muito mais interessante do que a divisão aristotélica habitualmente reproduzida e que se tornou clássica. Parece-nos que também tinha primazia no pensamento do Estagirita, já que é segundo ela que serão estudados tanto os méritos comparados quanto suas revoluções ou a conservação dos governos” (ARISTÓTELES, 2006, pp. 315-316).

13 É controverso o termo utilizado para definir, em Aristóteles, a forma pura de governo que é realizada pela maioria. As conversões do original em grego para outras línguas acabaram por gerar traduções diversas, com termos por vezes imprecisos. Na tradução aqui utilizada de “A Política” (2006), o termo utilizado foi República, o que pode gerar confusões, posto que, como será visto adiante, os termos República e Democracia não se confundem, malgrado estejam conectados, e que a classificação bipartida de Maquiavel entre Repúblicas e Monarquias, notavelmente mais utilizado na ciência política moderna, dá ao termo República um significado consideravelmente diferente ao de Aristóteles. Outras traduções dessa mesma obra trazem, por outro lado, os termos *politeia*, *democracia* ou mesmo *governo constitucional* – este último, por exemplo, foi utilizado pela tradução do grego de Mário da Gama Kury, na edição de 1985, da Editora Universidade de Brasília. Darcy Azambuja enfrenta diretamente o tema da seguinte forma: “[u]ma primeira observação se faz necessária: o vocabulário com que hoje se traduz a classificação de Aristóteles é diferente do que ele usou, porque se procura traduzir o seu pensamento, e não suas palavras. Assim, o que hoje denominamos demagogia Aristóteles chamava democracia, pois tinha diante dos olhos a profunda corrupção do governo popular no tempo em que escreveu; e o que denominamos democracia ele designava por *politia*. A monarquia ele denominou *realiza*, e a tirania, *despotia*” (AZAMBUJA,

corrompidas quando, em qualquer delas, se deixa de considerar o interesse e o bem comum como desiderato do governo civil e passa-se a se dedicar ao interesse particular de um ou de poucos membros dessa sociedade.

Ou seja, “[e]stas três formas podem se degenerar: a monarquia em *tiranía*; a aristocracia em *oligarquia*; a república em *democracia*” (ARISTÓTELES, 2006, p. 106). Assim como Platão, Aristóteles não crê que a melhor das formas de governo seja a República, versão não-corrompida da democracia, ainda que esta, a democracia, dentre as formas corrompidas, seja a menos abominável.

Para Aristóteles, o critério da riqueza também influi na forma como se definem conceitualmente as constituições e os governos, de modo que em uma democracia não há lógica em uma maioria de ricos governar uma minoria de pobres, nem mesmo como uma minoria de pobres governar uma maioria de ricos.

Para o filósofo, “quer formem a maioria ou a minoria, se são os ricos que comandam, será sempre a oligarquia; se são os pobres, a democracia”. E complementa apontando que não há muitos casos em que se verifique uma maioria de ricos e minoria de pobres (ARISTÓTELES, 2006, p. 107).

O conceito de democracia definido pelo filósofo estagirita é ainda, de certo modo, bastante inadequado para atender às peculiaridades hodiernas, posto que, primeiro, ela era a forma degenerada daquilo que o pensador entendia por República ou Politeia; segundo, porque, considerando o critério da riqueza, determinante para a definição feita pelo autor, democracia não é senão o governo “dos pobres ou das pessoas pouco favorecidas” (ARISTÓTELES, 2006, p. 106).

2008b, p. 232, itálicos no original, negritos nossos). José Afonso da Silva, explicando que Aristóteles concebeu as três formas de governo como monarquia, aristocracia e república, salienta que “[a]lguns autores mencionam esta última como *democracia*; pareceu-nos mais correto chamá-la de *república*, que é a forma que se contrapõe à monarquia e também à aristocracia ainda nos nossos dias. Ademais, seria o equivalente mais próximo da tradução literal do grego *Politia* ou *Politeia*, que não têm correspondentes na língua portuguesa e também porque democracia, para Aristóteles, seria o desvio do governo da maioria. [...] Para Aristóteles, *democracia* seria, portanto, uma forma desviada de governo. Atualmente, no entanto, *democracia* é considerada como regime e não como forma de governo. Por esse motivo, em algumas edições, a forma desviada do governo da maioria é chamada de *demagogia*” (SILVA, 2015, pp. 104-105, notas de rodapé n.º 14 e 15). Por fim, a nota de Cabral de Moncada (2016, p. 33), que explica que “Deve notar-se que Aristóteles falava em *monarquia*, *aristocracia* e *politia* (em vez de democracia), reservando a expressão democracia para aquilo a que nós hoje chamamos antes *demagogia*, como forma de degenerescência e doença da primeira. Como a monarquia degenera em tirania e a aristocracia em timocracia e oclocracia, assim a *politia* facilmente degenera em democracia ou demagogia. Este quadro de ideias ficou valendo para todos os tempos.”

Com efeito, é parte do pensamento político de Aristóteles promover a separação moral entre ricos e pobres¹⁴, justificando ser melhor o governo daqueles (aristocracia), posto que “são menos expostos à tentação de agir mal, possuindo o que seduz aos outros”, ou porque, “propondo-se a aristocracia a dar preferência aos bons e honestos cidadãos e possuindo as oligarquias maior número destes cidadãos do que outras, é impossível que um Estado governado por tais pessoas não tenha boas leis” (ARISTÓTELES, 2006, p. 114).

Portanto, não há como concluir que, para Aristóteles, democracia seja simplesmente o governo da maioria. Para ele,

Não se deve, como costumavam fazer certas pessoas, definir simplesmente a democracia como governo em que a maioria domina. Nas próprias oligarquias e em qualquer outra parte, é sempre a maioria que se sobressai. Nem tampouco a oligarquia é o regime da minoria. [...] Portanto, deve-se antes chamar democracia o Estado que os homens livres governam, e oligarquia o que os ricos governam. O acidente faz com que o número seja maior ou menor, sendo comum que o maior número seja o dos homens livres e o menor, o dos ricos (2006, pp. 119-120).

Aristóteles propõe ainda a subdivisão da democracia em várias espécies, com atribuição de poder por critérios distintos, desde aquela onde o acesso ao poder é aberto a todos que possuam, no mínimo, um determinado nível de posses econômicas, numa espécie de “democracia censitária” – existente, em parte, na Grécia antiga –, e outras nas quais se atribui o direito de voto àqueles de nascimento digno (sendo elegíveis apenas os que podem sobreviver sem trabalhar), aquelas que admitem no governo todos os que são livres, sem, contudo, oferecer benesses, e as que igualam absolutamente os ricos e os pobres no que toca ao acesso ao poder (ARISTÓTELES, 2006, pp. 124-125).

14 O autor, na mesma obra, cogita ainda a possibilidade de distribuição do poder conforme critérios estéticos: “[s]e os poderes se distribuíssem de acordo com a estatura, como acontece, segundo certos autores, na Etiópia, ou de acordo com a beleza, haveria oligarquia, porque a beleza e a alta estatura não pertencem à maioria. Mas estas não são diferenças suficientes, nem próprias para caracterizar estes Estados.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 120).

1.1.2. A democracia romana: o modelo de constituição mista e o advento da ideia de República

O abandono do método do sorteio pelos governos representativos do pós-Grécia não acontece imediatamente em Roma. Mas, antes de avançar nesse ponto, é importante considerar alguns aspectos sobre a constituição política de Roma. Optaremos por utilizar, como referência, duas perspectivas distintas de autores que se debruçaram sobre o tema, estudando a forma de governo romana, ainda que em momentos históricos separados por quase dois milênios: o primeiro, Políbio, historiador grego, que viveu no século II a.C. e acabou sendo deportado para Roma após a conquista da Grécia; o segundo, Nicolau Maquiavel, filósofo e homem público florentino, a quem costumeiramente é dado o epíteto de fundador da Ciência Política (ARON, 2010, XI).

Políbio, sobre a constituição romana, expõe algumas considerações: primeiro, retoma a classificação platônica e aristotélica de três formas de governo boas (puras) e três más (corrompidas). Segundo, todas as seis formas de governo se constituem no tempo, umas após as outras, encerrando um ciclo (anacliclose) que se repete. Terceiro, relata uma sétima forma de governo, o misto – do qual a constituição romana é exemplo –, que se caracteriza por uma síntese das três formas boas e, portanto, é melhor (BOBBIO, 2017, p. 50).

Vale ressaltar que Políbio utiliza o termo democracia para designar uma das três formas puras de governo, ao contrário de Aristóteles, que a designava *politia* ou *politeia*. Para sua correspondente deturpada ou corrompida, Políbio preferiu o termo oclocracia, cuja raiz “*okhlos*” designa “multidão, massa, gentio, plebe, e corresponde bem a nosso ‘governo de massa’ ou ‘das massas’, no caso de o termo ‘massa’ (bivalente) ser usado no significado pejorativo” (BOBBIO, 2017, p. 51).

O critério utilizado pelo historiador para separar as formas de governo boas das más converge com o de Platão e se afasta daquele proposto por Aristóteles, na medida que considera, para tanto, não o critério do desiderato do governante, voltado ao interesse público ou ao interesse privado, mas, “por um lado, a contraposição entre governo baseado na força e governo baseado no consenso, por

outro, a análoga, mas não idêntica, contraposição entre governo ilegal e, portanto, arbitrário, e governo segundo as leis” (BOBBIO, 2017, p. 52).

O governo romano, dizia-se, não poderia ser compreendido como uma democracia no sentido puro do termo, mas era classificado por Políbio como

uma constituição mista (*memigmenē politeia*). O governo de Roma, dizia Políbio, era uma combinação de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Os côsules, e os magistrados, em geral, representavam o elemento monárquico; o Senado, o elemento aristocrático; e as assembleias populares (*comitia*), o elemento democrático (MANIN, 1997, p. 44).

Ou, em outras palavras,

A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei é freado pelo povo, que tem adequada participação no governo, e o povo é freado pelo senado. Representando o rei o princípio monárquico, o povo o princípio democrático, o senado o princípio aristocrático, o que daí resulta é uma forma nova de governo que não coincide com as três formas simples justas, porque é composta, e muito menos com as três formas corrompidas, porque é justa (BOBBIO, 2017, p. 56).

Políbio, ao declarar que as constituições mistas são melhores que aquelas adeptas dos outros sistemas puros, não desejava afirmar que as primeiras fossem perenes, eternas ou imutáveis, mas, antes, que produziram mais estabilidade e equilíbrio e seriam assim mais aptas a promover a harmonia social pelo controle recíproco das instituições (BOBBIO, 2017, pp. 54-58).

A influência da teoria da constituição mista de Políbio alcança o pensamento político de Cícero, principalmente em sua obra “Da República”, da qual esta é relativamente tributária, e, mais à frente, o pensamento de Maquiavel exposto em “Discursos [ou comentários] sobre a primeira década de Tito Lívio”, obra em que Maquiavel, “fazendo ecoar a interpretação Polibiana da estabilidade de Roma quase literalmente”, expõe sua preferência pela liberdade e pela República, ao contrário do que muito se replica ao se associar Maquiavel, equivocadamente, à defesa da tirania, em razão dos escritos contidos n’O Príncipe, que o imortalizaram. Ademais,

“foi em oposição a ela [a noção de governo misto] que Bodin e Hobbes desenvolveram a teoria moderna da soberania indivisível” (MANIN, 1997, p. 45)¹⁵.

O sistema de votos populares em Roma se assemelhava àquele verificado no Antigo Regime francês, quando das reuniões da Assembleia dos estados-gerais: não eram tomados de modo individual, mas em grupos (centúrias)¹⁶, definidos por critérios de propriedade, de modo que o voto de cada grupo possuía o mesmo valor, independentemente do número de indivíduos que o compusesse. E os grupos de classes mais baixas eram compostos, certamente, de um maior número de pessoas (MANIN, 1997, p. 46).

Contudo, como já mencionado, o sistema de sorteio não foi abandonado no sistema político romano: o povo não era habilitado, em sua grande maioria, a se candidatar para os cargos denominados genericamente de “magistraturas” (elemento monárquico da constituição mista) – ao menos, os de mais alta patente, como cônsules, pretores e censores –; contudo, era o povo quem os elegia. Isso tornava o sistema político romano mais dinâmico, ao possibilitar que as classes inferiores pudessem ascender às magistraturas desde que tivessem suas posses aumentadas, o que era verificado pelo recenseamento periódico (MANIN, 1997, pp. 46-47). O sorteio, portanto, era utilizado para se determinar que grupo votaria primeiro nas assembleias centurias (estabelecendo a chamada “centúria de

15 Nesse ponto, é necessário pôr em cotejo a ideia de soberania indivisível como oposta à constituição mista do governo romano com a proposta de que a primeira se opõe, em verdade, à noção de duplo fim do governo medieval: um fim terreno, afeito ao monarca, e um fim celeste, subordinado ao Papa. Bodin e Hobbes (sobre quem aprofundaremos nos itens 1.2.1 e 1.2.2, respectivamente), na modernidade, pretendem romper com essa perspectiva e restringem ao monarca o poder soberano uno e indivisível. Citando Lutero, Skinner (1996) explica, acerca desta divisão entre poderes temporais e divinos, que “[t]odos os poderes coercitivos assim são tratados como temporais por definição, uma vez que os poderes do papa e dos bispos consistem em ‘nada mais do que em inculcar o verbo divino’, e portanto não constituem ‘matéria de autoridade e poder’, no sentido mundano [...]. Conclui-se, assim, que toda pretensão do papa ou da Igreja a exercer qualquer jurisdição mundana em decorrência de seu ofício deve representar uma usurpação dos direitos das autoridades temporais.” (p. 296). Skinner menciona que “[a]s premissas teológicas de Lutero não somente o levaram a atacar os poderes jurisdicionais da Igreja, como também a preencher o vazio de poder assim criado, procedendo a uma defesa correspondente das autoridades seculares” (p. 296). Ou seja, “[p]ara Lutero, isso queria dizer que a tremenda batalha teórica travada durante a Idade Média, entre os protagonistas do *regnum* e do *sacerdotium*, chegava subitamente ao fim. A idéia do papa e do imperador como poderes paralelos e universais desaparece, e as jurisdições independentes do *sacerdotium* são confiadas às autoridades seculares” (p. 297).

16 “Os grupos votantes consistiam em centúrias (divisões militares e fiscais), no caso de assembleias centurias (*comitia centuriata*), e tribos (divisões territoriais), no caso de assembleias tribais (*comitia tributa*). A vantagem atribuída às classes mais abastadas era bastante clara nas primeiras, posto que as centúrias das classes mais baixas eram compostas de um número maior de cidadãos do que aquelas das classes mais altas. A *comitia tributa*, em contraste, possuía um caráter mais popular” (MANIN, 1997, p. 46).

prerrogativa”) e qual voto deveria ser contabilizado primeiro nas assembleias tribais. Assim, após a divulgação – imediata – do voto da centúria de prerrogativa, as outras centúrias procediam a continuação da votação em ordem hierárquica (MANIN, 1997, pp. 47-48).

O sorteio possuía, assim, além de um efeito neutralizador sobre eventuais dissensos orientados pelos partidários da eleição nas classes mais altas, um cariz religioso¹⁷, o que, em conjunto, resultava em uma influência psicológica nos grupos que votavam após o primeiro. Assim, tendiam a não divergir deste, dada a natureza imparcial e neutra da forma como a escolha por ele se deu. Esse, portanto, era o papel do sorteio para os Romanos: não o de um instrumento de igualdade, mas o de coesão política e de neutralidade, efeito este bastante parecido com o seu uso verificado nas primeiras comunas italianas (MANIN, 1997, pp. 50-52). Em Florença, até o fim do século XV, o uso do sorteio também remanescia para alguns casos, com todos os problemas que suas propriedades já traziam desde os gregos.

Por volta de 1494, uma reflexão sobre o governo de Florença elaborada por Francesco Guicciardini, um defensor do republicanismo aristocrático e autor de dois discursos sobre as respectivas qualidades da eleição e do sorteio, parece ter sido o início da preferência do método eletivo em face do lotérico (MANIN, 1997, p. 61). O argumento de Guicciardini a favor do método eletivo elenca dois objetivos políticos que uma República deve ter sempre em vista: o primeiro e principal diz respeito à igualdade perante a lei, o que implica a proibição de qualquer distinção entre ricos e pobres, poderosos e impotentes, de forma que sua pessoa, sua propriedade e sua posição resem imunes a qualquer prejuízo. O segundo é a necessidade de que os cargos e funções públicas estejam abertos à participação do maior número possível de cidadãos (MANIN, 1997, p. 61).

De fato, essas características revelam a natureza daquilo que se entende por República (*res publica*), posto que impõem distinções entre os âmbitos público e privado, configurando o primeiro da forma mais aberta e disposta ao povo possível.

17 Acreditava-se que os deuses atuavam orientando a escolha do voto da centúria de prerrogativa, que, por sua vez, acabava por influenciar os votos seguintes. Quando as demais centúrias de classes mais altas seguiam o voto da centúria de prerrogativa (como sóia acontecer), as classes mais baixas na hierarquia não votavam. O fato de o resultado ter sido orientado por um critério neutro e sobrenatural tornava-o mais aceitável por parte dos que deixaram de votar (MANIN, 1997, pp. 50-51).

Contudo, Guicciardini priorizava o primeiro objetivo – igualdade formal –, defendendo sua aplicação irrestrita, enquanto, em relação ao segundo, afirmava que o igual acesso à máquina pública deve ser buscado com parcimônia, “porque o destino da cidade não deve ser deixado nas mãos daqueles que são meramente razoáveis. É aqui que a eleição parece ser superior ao sorteio. Ela garante que os magistrados sejam ‘os mais seletos possíveis’” (MANIN, 1997, pp. 61-62).

Isto é, o pensamento de Guicciardini chancelava a ideia de que

A eleição é, portanto, preferível ao sorteio porquanto seleciona os melhores, ao mesmo tempo que deixa ao povo a possibilidade de discernir quem são esses melhores. Posto de lado esse julgamento de valor, a forma como Guicciardini descreve as respectivas propriedades da eleição e do sorteio parece refletir de modo razoavelmente preciso a visão comum dos dois modelos que se estabeleceram após 1495-7 (MANIN, 1997, p. 62).

Também para Maquiavel, como já dito, a superioridade da República romana era devida ao fato de possuir uma constituição mista – ou governo misto (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 322). Mas a classificação apresentada pelo político florentino inova ao estabelecer que são duas as formas de governo: “[t]odos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 2010, p. 5).

Bobbio explica a diferença entre essa classificação e aquela tripartida, aristotélico-polibiana:

O principado corresponde ao reino, a república compreende tanto a aristocracia quanto a democracia. A diferença continua a ser quantitativa (e não só quantitativa), mas é simplificada: os estados são governados por um ou por vários. Esta é a diferença verdadeiramente essencial. Os “vários” podem ser poucos ou muitos, razão pela qual no âmbito das repúblicas se distinguem as repúblicas aristocráticas e as repúblicas democráticas. Mas esta segunda distinção não está mais baseada em diferença essencial. Em outras palavras: ou o poder reside na vontade de um só, e tem-se o principado; ou o poder reside numa vontade coletiva, que se expressa num colegiado ou numa assembleia, e tem-se a república em suas diversas formas (BOBBIO, 2017, p. 72).

Maquiavel escreve “O Príncipe” na intenção de presentear, com a obra, os Duques de Florença (primeiro, Juliano de Médici; depois, Lourenço de Médici), traçando preceitos sobre a arte de governar, durante uma Itália desunificada e cujo

governo sofria forte influência da Igreja Católica. Frente ao fato de que alguns Príncipes ascendiam mas nele não se mantinham, Maquiavel afirmou que manter-se no poder é a finalidade da política.

Isto é, n^o “O Príncipe”, no qual Maquiavel analisa os principados, seu propósito é bem mais interessado e utilitarista que científico. Em outra obra, que tomou menor repercussão ao longo dos séculos, “Discursos [ou Comentários] sobre a primeira década de Tito Lívio”, Maquiavel expõe sua preferência política e faz uma densa análise da República romana, enaltecendo-a pelo fato de ter viabilizado maior participação popular, enquanto critica as repúblicas aristocráticas, como a de Veneza. Em “O Príncipe”, obra de militância política, nitidamente dedicada à arte de governar, Maquiavel demonstra uma outra preocupação: a de conquistar o poder e nele se manter a qualquer custo, inclusive por meio da opressão.

1.1.3. A fase medieval: o poder político difuso

A história de Roma, como se sabe, se entrelaça, até certo ponto e ainda que em pouca medida, com o período conhecido por Idade Média – o final daquela com o início desta. A compreensão da ideia de democracia em Roma precisa ser composta a partir da observação de distintos pontos na história da então República romana até o que se tornou o Império romano.

O contínuo crescimento populacional de Roma, já vasta desde a República, inviabilizava aos seus cidadãos a participação política em razão do distanciamento geográfico cada vez maior entre estes e a cidade. Ainda que formalmente autorizados a participar das assembleias, o empecilho material causado pelos altos custos de deslocamento tornavam sobremaneira oneroso o exercício da democracia (DAHL, 2016, p. 24).

Após o perecimento da República e a instauração de um regime imperial em Roma, com o assassinato de Júlio César em 44 a.C., “o governo popular desapareceu inteiramente no sul da Europa. Excetuando-se os sistemas políticos de pequenas tribos esparsas, ele desapareceu da face da terra por cerca de mil anos” (DAHL, 2016, p. 24). A experiência romana reforça a confirmação da tese de

Maquiavel de que os Estados são Repúblicas ou Principados, como lembra Bobbio (2017, p. 74).

Com a dissolução do Império Romano no Ocidente, por volta do século V, o poder político na Europa ocidental se fragmentou territorial e socialmente, principalmente em razão das invasões bárbaras, formando unidades de terra independentes chamadas feudos. Tais terras eram cedidas pelo Imperador a alguns nobres e guerreiros, que se tornavam senhores feudais, com a responsabilidade de proteger as pessoas contra inimigos e invasões, e passavam a exercer sobre essas terras e sobre seus habitantes poderes de administrador e juiz, chegando a ter sobre eles, em alguns casos, mais poder que o próprio Imperador (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 28-29).

A hierarquia social da época era estruturada em diversos níveis, que se relacionavam entre si por meio de direitos e deveres recíprocos: *a)* os servos, situados na base desta pirâmide hierárquica, que, em troca de moradia e da proteção do senhor feudal, moravam e trabalhavam no feudo; *b)* os senhores feudais, que também se escalonavam entre pequenos vassalos (proprietários menos poderosos) e grandes suseranos (proprietários mais poderosos); e *c)* o Rei ou Imperador, no topo da pirâmide, que mantinha pactos tanto com os senhores feudais quanto com os seus próprios servos, no intuito de obter reconhecimento de ambos em troca da atribuição de alto status social aos primeiros e proteção de última instância aos segundos (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 29-30).

Ou seja, a “ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais. A realeza, muito longínqua, fica reduzida a uma dignidade ou prerrogativa no cimo da ordem feudal, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio” (MIRANDA, 2015, p. 16). Além do mais, no início do século XII, a realeza passa a ser concebida como pessoa mista, de modo que o Rei – para além do corpo natural – adquire capacidade espiritual advinda da graça divina por meio da sua consagração e unção. (KANTOROWICZ, 1997, pp. 42-61).

Ainda que não houvesse, naquele momento, uma unidade política definida, a Igreja, “elo comum da unidade espiritual dos reinos cristãos latinos” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 30), era dotada de unidade, pois aspirava expandir

seus princípios a todos os homens, numa verdadeira intenção de criar uma universalidade cristã, objetivando, com isso, o Império da Cristandade. Obviamente, isso não veio a se concretizar, mas acabou por estimular a afirmação do Império enquanto unidade política (DALLARI, 2016, p. 73), tendo na figura mística do rei ungido e agraciado por Deus um enorme reforço, apesar das constantes disputas com o papado.

As funções administrativa, judicial e legislativa, durante o período medieval, eram executadas por diferentes figuras. A função administrativa era exercida exclusivamente pelo senhor feudal, dentro dos limites do seu feudo. Como no feudalismo o comércio é exclusivamente baseado na propriedade ou na posse da terra, e cada feudo representa uma unidade praticamente autônoma dentro do reino, não era possível imaginar, ainda, uma administração unificada.

A função judicial de primeira instância também era atribuída ao senhor, o que ocasionava intensa parcialidade, principalmente quando os litígios envolviam servo e senhor. Em razão disso surgiram as Cortes Reais, nas quais o Rei julgaria em grau de recurso, podendo reverter a decisão do senhor, o que também contribuiu para o fortalecimento da autoridade real.

Por fim, no Reino Medieval, a função legislativa não era encontrada, já que não havia lei, no sentido técnico, dotada de generalidade e abstração. “O Direito formava-se pela via de práticas, costumes e pactos, que refletiam e reforçavam as diferenças e hierarquias sociais existentes. Disso decorria a extrema desigualdade e diversidade do Direito na monarquia medieval, que variava de região a região, de feudo a feudo, dificultando as relações *inter* e *suprafeudais*” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 32)

Ou seja, o Imperador (Rei) e o Papa disputavam constantemente o poder político e, ainda que formalmente o Império constituísse a unidade política superior, na prática, um não admitia se submeter à autoridade do outro. É em razão disso que a Idade Média, por meio de diversas ordens jurídicas, contou com

um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu

extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios (DALLARI, 2016, p. 76).

Ao Rei medieval cabia apenas o comando das atividades de guerra e a direção das atividades fiscais, bem como o exercício da jurisdição em primeiro grau no seu próprio feudo e, em âmbito recursal, nas Cortes Reais. Como o poder político medieval era, como visto, dissolvido e fragmentado em vários pontos da própria sociedade feudal, era quase impossível se diferenciar o público do privado (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 35). Essa distinção se consubstancia apenas com o surgimento do Estado Moderno e suas instituições próprias.¹⁸

Em suma, uma breve análise da engenharia político-jurídica da Europa durante o período medieval nos leva a concluir que não é possível cogitar de qualquer tipo de desenho democrático de relevo, senão poucas exceções em regiões pontuais. A noção daquilo que entendemos hoje por democracia – conforme os modelos que se consolidaram nos países de configuração, ao menos em tese, politicamente democrática – é inaugurada a partir do surgimento do Estado moderno, do contratualismo e, principalmente, da modernidade.

1.2. O pensamento político moderno: a soberania absoluta no centro do debate

A lacuna entre o fim do Império romano e o retorno do governo popular na Europa, percebido em cidades no norte da Itália – a exemplo de Gênova, Veneza e Florença, no tempo de Maquiavel –, na Baixa Idade Média, deu ensejo a teorias do poder que concentram a discussão no problema da soberania. Nesse sentido, algumas das mais proeminentes elucubrações sobre o tema, ou mesmo que se tornaram permanentemente uma referência incontornável, são aquelas de Bodin e Hobbes, teóricos do poder absoluto, sobre os quais nos debruçaremos adiante.

18 Em outros termos, é dizer: “[o] conceito de direito público é em si mesmo problemático. É verdade que no direito romano se distingue expressamente entre *ius privatum* e *ius publicum*, mas um exame mais atento revela-nos que este último não é extensível de forma unívoca à área coberta pelas noções modernas de direito público” (CAENEGEM, 2009, p. 17).

Contudo, para uma correta compreensão de como se dá a passagem da soberania do rei – sustentada pela noção de “direito divino dos reis” – para a soberania do povo – sustentada nos direitos naturais –, que será a tônica do pensamento liberal (ou protoliberal) a partir da segunda metade do século XVIII, é necessário mencionar, ainda que brevemente, como se estruturava a primeira.¹⁹

A doutrina do direito divino dos reis de governar constituiu uma maneira bastante influente de se articular a teoria em defesa da monarquia absolutista (SKINNER, 2010, p. 29). A propósito, é contra essa doutrina, sustentada por Robert Filmer e longamente refutada por Locke em seu primeiro tratado, que se dedicam as construções teóricas acerca do direito natural à liberdade. Assim, ao contrário do que sustentaria a “herética” teoria da liberdade natural do homem, Filmer afirma que os governantes recebem sua autoridade diretamente de Deus, e não do povo, e que, portanto, os “reis são ungidos do Senhor, vice-regentes de Deus na Terra e, conseqüentemente, gozam de um inquestionável e supremo poder sobre o corpo da comunidade ou do estado” (SKINNER, 2010, p. 29, tradução nossa).

A Inglaterra do início da era moderna foi terreno constante da manifestação do exercício do poder divino de governar, desde a dinastia dos Stuart, com Carlos I e seus sucessores. É na Inglaterra, vale registrar, que florescem os fatos históricos que dão espaço ao surgimento dos primeiros elementos do liberalismo, como veremos adiante. Antes, contudo, uma sucessão de governos tirânicos marcaram o constante conflito entre a coroa e o parlamento britânico (formado pela burguesia crescente dos antigos barões).²⁰

19 “A teoria teológica do poder foi certamente proclamada pelos defensores na monarquia absoluta: no curso do século XVII uma das doutrinas mais difundidas era denominada ‘direito divino dos reis’. Mas a origem divina do poder foi proclamada também pelos defensores do Estado democrático: *vox populi vox Dei*. Na afirmação que o poder deriva de Deus, de fato não está incluída também a afirmação que o poder tenha que pertencer a um príncipe mais que ao povo. **Seguramente, o que vale para os fins de compreender o desenvolvimento do Estado moderno é exatamente a passagem da soberania do príncipe para a soberania do povo;** e esta passagem acontece independentemente da mudança de opinião sobre a origem do poder” (BOBBIO, 1995, p. 18, negritos nossos).

20 Na França, o huguenote Francesco (François) Hotman (Hottomanus) escreve a obra *Franco-Gallia* (1573) para expor os abusos da monarquia absoluta e afirmar a legitimidade do parlamento no comando do poder político. Bobbio (1995, p. 19) explica que, tanto nesse caso, quanto naquele em que Filmer se vale da história da Bíblia para embasar sua teoria da legitimidade do poder dos reis absolutos, o recurso à tradição histórica “pode servir igualmente bem, segundo quem a utiliza e segundo os fins para os quais é utilizada, para justificar o poder do rei ou daqueles que lutam contra o rei”.

Nesse sentido, como o poder dos reis derivaria diretamente do poder divino, seria impossível – ou, ao menos, absolutamente reprovável – se insurgir contra algum comando emanado da ordem real, ainda que injusto. Conforme escreveu John Hayward, jurista e escritor romanista, no começo do século XVII, como o poder não advinha do povo, mas de Deus, admitia-se, inclusive, que governantes pagãos fossem considerados “ungidos do Senhor” (SKINNER, 2010, p. 30) e comandassem sob os auspícios da outorga divina, sem encontrar quem os questionasse.²¹

É nesse contexto que o direito de resistência toma forma como a ponte para a transição, ainda que por vias complexas, do paradigma teológico para o racionalista de direito ao exercício (e à titularidade) do poder político soberano. Bobbio explica que a obediência do súdito ou do cidadão ao poder soberano faz coincidirem a teoria democrática e a teoria extrema do absolutismo, isto é, “[o] que diferencia as duas é a natureza da ordem [...]: no Estado absoluto o comando é *heterônomo*, no Estado democrático é *autônomo*” (BOBBIO, 1995, p. 23).²²

Assim, o contratualismo inicia, com Hobbes, uma mudança radical da fundamentação teórica do poder político soberano, na qual “os indivíduos, para constituir o Estado, renunciam voluntariamente e, portanto, com base num acordo recíproco, aos seus direitos em favor do soberano, ao qual, uma vez concluído o acordo, devem submeter-se sem discussão”. Hobbes, como veremos, quebra com o paradigma do poder divino de governar dos reis, estabelecendo novos fundamentos à monarquia, estabelecida não mais sobre um direito divino, mas sobre um acordo

21 “As teorias políticas dos primeiros luteranos desempenharam papel vital na legitimação das monarquias absolutistas que emergiam no Norte da Europa. Ao sustentar que a Igreja não passava de uma *congregatio fidelium*, esses luteranos automaticamente atribuíram o exercício de toda autoridade coercitiva aos reis e magistrados, com isso ampliando de maneira decisiva o alcance dos poderes desses últimos. Isso, por sua vez, levou-os a rejeitar uma das tradicionais limitações à autoridade dos governantes seculares: negaram explicitamente a alegação da ortodoxia católica de que os tiranos podiam ser julgados e depostos pela autoridade da Igreja. Em segundo lugar, introduziram um elemento de passividade na discussão sobre a obrigação política. **Ao afirmar que todas as autoridades constituídas devem ser tratadas como uma dádiva direta da providência divina, se viram obrigados a sustentar que até os próprios tiranos governam por direito divino e que, mesmo quando eles manifestamente incorrem em erro, será blasfêmia fazer-lhes oposição.** Assim, aboliram a outra limitação tradicional à autoridade dos governantes seculares: rejeitaram a idéia de que a lei natural devesse ser usada como pedra de toque para condenar, ou mesmo questionar, o comportamento de nossos superiores.” (SKINNER, 1996, p. 355, negritos nossos)

22 “Pode parecer um paradoxo histórico, mas é fato que, para encontrar um lugar para as teorias democráticas com relação à própria maneira de colocar o problema da obrigação política, temos que voltar ao ponto de partida. Uma teoria democrática no estado puro como a de Rousseau, coincide perfeitamente com a teoria de Hobbes, segundo a qual a ordem do soberano é justa em si e, portanto, não pode propor a questão se é obrigatório admitir o direito de resistência” (BOBBIO, 1995, p. 23).

racional. Os três principais contratualistas, portanto – Hobbes, Locke e Rousseau –, compreendem, *cum grano salis*, uma representação de como o poder político tem seu fundamento progressivamente transposto: de deus para o príncipe (monarquia absoluta fundada no direito divino do rei), do povo para o príncipe (*translatio imperii*, em Hobbes, e *concessio imperii*, em Locke), do povo para o povo (Rousseau).

Assim, uma importantíssima distinção acerca da forma como o pensamento moderno se distanciará do pensamento medieval, tanto na forma como o Direito e a Política serão conduzidos, como na própria distinção entre democracia e liberdade para os antigos e para os modernos, cunhada por Constant, é verificada na transição de uma visão divina, teológica²³ ou teocêntrica do direito natural a uma outra distinta, de base racionalista²⁴, fundada em elementos internos – e não mais externos – do próprio homem, antropocêntrica (não mais teocêntrica) e que justificará, posteriormente, todo o assoalho teórico-filosófico da doutrina da soberania nacional e da soberania popular – antecipando, aqui, a distinção entre franceses e norte-americanos.²⁵

23 “A equidade aristotélica, que foi o ápice do pensamento jusfilosófico antigo, não se repete no mundo medieval. O justo será tido por divino, imposto e não construído socialmente. Não tem o caráter engenhoso e prudencial do modelo greco-romano, mas sim o caráter canônico de conjunto de normas eternas. Sai de cena a política antiga, entra em cena o teológico medieval.” (MASCARO, 2013, p. 22). “Desde a Idade Média, nota-se que, continuando a ter um caráter sagrado, o direito, no entanto, adquire uma dimensão sagrada transcendente com sua cristianização, o que possibilita o aparecimento de um saber prudencial já com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica.” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 47).

24 “No entanto, esse novo direito natural, à diferença do medieval, substitui o fundamento ético e bíblico pela noção naturalista de ‘estado de natureza’, uma situação hipotética do homem antes da organização social que serve de padrão para analisar e compreender o homem civilizado.” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 46).

25 Importante esclarecer, neste ponto, que a divisão do jusnaturalismo em fases não é amplamente adotada entre autores da Filosofia, mas é, de certo modo, conhecida no âmbito da literatura jurídica, principalmente entre uma considerável parte da doutrina de Filósofos do Direito, para quem o jusnaturalismo pode ser considerado a partir de determinadas categorias, a exemplo de Soares (2011, p. 202 e ss., que divide o jusnaturalismo em cosmológico, teológico, racionalista e contemporâneo) e Mascaro (2013, p. 149: “[n]o passado clássico, o fundamento da política era a natureza. Ao tempo medieval – e se arrastando ainda pelo Absolutismo –, as explicações filosóficas sobre o poder eram atribuídas à legitimação divina. Com a modernidade burguesa, outros paradigmas passam a se apresentar.”). Ciuro Caldani (1993), no mesmo sentido, afirmou que “Santo Agostinho substituiu o Direito Natural cosmocêntrico por um Direito Natural *teocêntrico*” (p. 22, tradução nossa), e que “[c]om Grócio nasce o *jusnaturalismo moderno*, que se diferencia do anterior por seu caráter mais *subjetivo*, referido não à autoridade de Deus, mas à autonomia do sujeito, explicável através da razão” (p. 119, tradução nossa). Essa divisão, longe de tentar sugerir que haveria na idade antiga e no medievo um direito individual subjetivo do homem, reclamável e sindicável perante o Estado, aos moldes do que se verificava a partir da modernidade (confundindo, portanto, conceitos como lei natural, direito natural e direito subjetivo), busca, em verdade, situar as várias teorias jusnaturalistas em perspectiva conforme a própria base do direito natural em cada período histórico. Ou seja, por mais que fosse uma pretensão do jusnaturalismo, em suas várias fases históricas, tentar definir a justiça como “uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou

Antes, ainda, de analisar as teorias da soberania de Bodin e Hobbes, é importante lembrar como se deu a formação do Estado moderno, configurado a partir das bases feudais de organização territorial na Europa. O surgimento do Estado Nacional Moderno, ou “Estado-Nação”, derivado do processo de nacionalização, coincide com o processo de institucionalização do público e sua diferenciação do espaço privado (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 39).

É justamente esse momento, em que um poder político multifacetado, descentralizado e fragmentado se unifica na pessoa do soberano, que exsurge pela primeira vez a noção de um Estado com elementos definidos, como povo, território definido e poder soberano. E nos direcionaremos, então, à análise desse último elemento (soberania), que associado com a ideia de povo, conduzirá à construção da noção moderna de democracia.

O assim denominado Estado Moderno, segundo Souza Junior e Reverbel (2016, pp. 39-41), nasce dotado de algumas características: é 1) *burocrático* (funções administrativas, antes realizadas de forma privada pelos senhores feudais, passam a ser executadas por um corpo de funcionários subordinados ao Estado); 2) *centralizado* (todas as funções possíveis são concentradas no Rei, expressão máxima da esfera pública); 3) *territorial* (o mando político se relaciona objetiva, unilateral e coercitivamente com tudo o que se encontre dentro das fronteiras do Estado); 4) *nacional* (a população, antes despida de qualquer relação de pertença com o feudo ou para fora dele, forma agora uma unidade moral e psicologicamente vinculada ao todo estatal); 5) *moderno* (o fenômeno promove um marco temporal determinante no feixe histórico).

Assim, a configuração do Estado moderno é tal que, de modo geral, não há que se falar em Estado quando não se verificarem, como já dito, no mínimo, três elementos básicos: território definido, povo (nacionais) e poder soberano.

injusto”, e, portanto, reconhecer como direito apenas aquilo que é justo (BOBBIO, 2008, p. 56), os parâmetros adotados dentro do conceito de direito natural para a aferição deste atributo (justo) foram variados: o cosmos (a natureza e suas leis imanes), na idade antiga; as leis divinas, na idade medieval; a razão, na idade moderna. Isto é, conforme Miguel Reale (2002, p. 331), o Direito Natural “é formado pelas categorias puras que governam *a priori* a experiência histórica, empregando-se aqui a expressão *a priori* no sentido kantiano de universal e válido como condição transcendental da experiência jurídica possível. **O conteúdo do Direito Natural, no entanto, varia de lugar para lugar e de época para época.**” (negritos nossos).

O conceito de soberania, embora utilizado já no período medieval para determinar uma qualidade do poder (MAGALHÃES, 2016, p. 34), é condição *sine qua non* para o estabelecimento da noção moderna de democracia, que virá a compor, posteriormente, as noções de soberania popular norte-americana e de soberania nacional francesa.

1.2.1. Jean Bodin: a unidade da soberania

Sem embargo de o termo “soberania” já poder ser identificado em passagens bíblicas, apontando para a “soberania de Deus” como um conceito teológico, a sistematização do seu emprego secular²⁶ e com denotação política foi primeiro²⁷ realizada, de maneira ainda incontornável, por Jean Bodin.

A definição de soberania em Bodin começa quando o autor conceitua a República – sinônimo de Estado – como “*o reto governo de várias famílias, do que lhes é comum, com poder soberano*” (BARROS, 2011, pp. 9-10). Isto é, diferentemente da definição dos antigos e de forma mais abrangente, Bodin entende que a existência de uma comunidade política só é possível a partir do reconhecimento de uma autoridade comum a todos, não sendo suficiente a mera união organizada desta comunidade, nem mesmo interesses comuns e o mesmo conjunto de leis, mas quando se submetem a um mesmo e único comando (BARROS, 2013, p. 94).

Todavia, é clara a preferência de Bodin pela monarquia enquanto forma de Estado (BITTAR, 2016, pp. 175-176), pois sua menção ao termo “república” é no sentido de “Estado” e não denota o seu significado contemporâneo enquanto

26 Sobre a secularização do conceito de soberania, principalmente na obra de Carl Schmitt, cf. MAGALHÃES, 2016, pp. 34 e ss. A autora, nas páginas que seguem, ainda aborda uma interessante contraposição, sustentada por Paolo Grossi, acerca da distinção entre a noção medieval e a noção moderna de soberania.

27 “De fato, a maioria dos historiadores do pensamento político considera Bodin o primeiro teórico da soberania. Ele próprio reivindica tal primazia, ao defender a necessidade de definir um conceito que ainda não havia sido formulado por nenhum jurista ou filósofo, embora fosse o ponto principal num estudo sobre o Estado. [...] O seu grande mérito foi ter reunido e articulado ideias que apareciam esparsas em seus antecessores. A sua principal contribuição foi ter sintetizado essas ideias numa definição clara e precisa de um conceito que vai ser utilizado por praticamente todos os filósofos, de Hobbes a Kant, para pensar o Estado moderno” (BARROS, 2011, pp. 9-10).

governo periódico e renovável por eleição, pois entende a soberania como uma e intransmissível, como veremos a seguir.

Dessa maneira, a República é estruturada, no pensamento de Bodin, sobre quatro elementos (BARROS, 2011, pp. 43-38):

a) O reto governo, que implica que o governante, por meio de suas ações, deve observar critérios de justiça a fim de que seu poder seja revestido de legitimidade;

b) A definição de família, que é, para ele, a origem das Repúblicas, surgidas a partir de um processo que resultou da associação de várias famílias, que naturalmente se relacionaram e, progressivamente, começaram a entrar em conflito (em razão da violência natural do ser humano), e quando, por fim, o equilíbrio é gerado com a sujeição das partes derrotadas (“escravos”) às vencedoras (“cidadãos” ou “súditos livres”) e de ambas ao poder soberano.

c) Um elemento comum entre as famílias, que condiciona a vida pública (*res publica* – coisa pública) em comunidade; contudo, a vida comunitária precisaria obedecer a alguns limites; portanto, para existir a coisa pública, Bodin entende que se deve preservar a propriedade particular, evitando-se a total comunidade dos bens, a fim de que se mantenha a diversidade e, com ela, a harmonia.

d) Poder soberano, o elemento mais importante, e que deve repousar numa mesma autoridade para todos, por ser a soberania a única capaz de manter a unidade e coesão do agrupamento social.

Então, Bodin define a soberania como “o poder perpétuo e absoluto de uma República” (BARROS, 2011, p. 50). Isso significa que o detentor de soberania exerce seu poder de forma ininterrupta e perpétua, não temporária. O objetivo aqui “era afirmar o princípio de continuidade temporal do poder público” (BARROS, 2011, p. 51). Caso contrário, fosse o poder sujeito à limitação no tempo, não haveria verdadeira soberania. Ainda, “o adjetivo absoluto indica que o poder para ser soberano deve ter certas características: ser incondicional, desvinculado de qualquer obrigação; ser independente, não sujeito ou subordinado a outro poder; e ser supremo, não submetido ou numa posição de igualdade em relação a outros poderes” (BARROS, 2011, p. 50). Isto é, Bodin entendia que o detentor do poder

soberano deveria tanto ser livre, quanto estar acima das leis civis; daí o seu caráter absoluto.²⁸

Em outras palavras, além de estar desobrigado das próprias leis que estabeleceu, o soberano deve estar livre também das leis que seus antecessores estabeleceram, bem como ser capaz de “legislar sem necessidade do consentimento ou da permissão de alguém”, principalmente dos súditos. Tal é a importância deste poder do soberano de legislar livremente que dele derivam todos os outros direitos da soberania, como declarar guerra e tratar a paz, regular a moeda, criar tributos, dar a última palavra em qualquer questão, outorgar vantagens, imunidades, etc (BARROS, 2011, p. 53).

Importante dizer que, para Bodin, esses direitos da soberania são considerados indivisíveis e inalienáveis, já que, “se eles forem partilhados, a unidade de comando desaparece, o conflito se instaura e o resultado é um estado de anarquia” (BARROS, 2011, p. 53). Contudo, para ele, é possível que, em alguns casos, os direitos da soberania possam “ser exercidos por diferentes magistrados, desde que isto não implique uma transferência definitiva (BARROS, 2011, p. 53).

Bodin admite três tipos ou formas de governo, diferentemente de Aristóteles, para quem havia seis. Afirma o autor francês:

Posto que a natureza das coisas não pode ser alterada por suas propriedades acidentais, concluímos que há apenas três tipos de governo, ou de república: monarquia, aristocracia e democracia. Um estado é considerado uma monarquia quando a soberania é investida em uma pessoa, e aos demais nada cabe senão obedecer. Democracia, ou o governo popular, é aquele em que todo o povo, ou uma maioria dentre ele, exerce o poder soberano de maneira coletiva. Um governo é aristocrático quando uma minoria coletivamente desfruta de poder soberano e impõe o direito aos demais, de modo geral e individualmente (BODIN, 1955, p. 52, tradução nossa).

28 “Desde o início há consenso constante sobre algumas características formais da Soberania: para Bodin ela é ‘absoluta’, ‘perpétua’, ‘indivisível’, ‘inalienável’, ‘imprescritível’. Com estas conotações ele procura, por outro lado, mostrar que a Soberania é um poder originário, que não depende de outros, e, por outro, salienta a diferença entre direito privado e direito público, que diz respeito ao *status rei publicae* e tem, como fim, não o bem privado e sim o bem público. A Soberania é ‘absoluta’ por não sofrer limitações por parte das leis, visto que essas limitações somente seriam eficazes se houvesse uma autoridade superior que as fizesse respeitar; é ‘perpétua’ por ser um atributo intrínseco ao poder da organização política e não coincidir com as pessoas físicas que a exercem (no caso da monarquia a soberania pertence à Coroa e não ao rei). Por isso, a Soberania, ao contrário da propriedade privada, é ‘inalienável’ e ‘imprescritível’, porque o poder político é uma função pública e, conseqüentemente, indisponível. Soberania e propriedade representam duas diferentes formas de posse do poder, o *imperium* e o *dominium*” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 1181).

A sua preferência é pela monarquia. As razões menos óbvias, talvez, vão desde “a aprovação dos povos antigos e o recurso ao Estado monárquico quando estados populares e aristocráticos encontram-se em perigo”, e também a “autoridade tanto dos filósofos quanto das Sagradas Escrituras, que prescrevem a monarquia”, até a defesa da monarquia como próximo da ordem natural (BARROS, 2011, p. 70). Mas o argumento provavelmente mais consentâneo com a teoria da soberania absoluta, indivisível e una da soberania de Bodin, é o fato de esta forma de Estado ser a que “se adapta melhor à natureza da soberania, que requer a unidade de comando” (BARROS, 2011, p. 70).

De qualquer sorte, ao passo que Bodin externa sua preferência pela monarquia como melhor regime político, quando trata da sua opção por forma de governo²⁹ – a depender do sentido que essa palavra assume no pensamento do autor – ela é pelo governo legítimo (quando o termo equivale à forma como o soberano trata a coisa pública) e pelo governo harmônico (“quando governo significa a participação dos súditos nas magistraturas e funções públicas”), de modo que, no segundo caso, o termo “harmônico” denota uma combinação da forma aristocrática com a popular (BARROS, 2011, p. 71). Essa combinação, salutar para uma monarquia, não equivale, contudo, ao conceito de constituição mista, da qual a romana era exemplo, louvada por Políbio, Cícero e Maquiavel. Ao contrário, opunham-se a este tipo de constituição os principais teóricos da soberania absoluta, Bodin e Hobbes³⁰, como citado anteriormente por Manin.

Bodin argumenta que as duas formas de governo trazem inconvenientes para uma monarquia. Se o governo for somente popular, sustentado numa proporção aritmética que divide os cargos públicos igualmente entre os súditos, os nobres se sentirão injustiçados e podem tentar mudar o regime político; se for

29 Importante ressaltar como o sentido dos termos “regime político” e “forma de governo” aqui são utilizados para definir conceitos de modo diferente daquele adotado pela Ciência Política hodierna, em que regimes políticos se referem mais ao modo como o poder é distribuído ou exercido na sociedade, e assumem a forma de democráticos, totalitários, autoritários, etc, e formas de governo são denominações apresentadas no intuito de descrever a estrutura e o desenho institucional de um Estado, compreendido menos no sentido aristotélico que no moderno sentido esboçado por Maquiavel, que as divide em Repúblicas ou Monarquias (ou, originalmente, Principados). Ademais, é importante notar que o próprio conceito de Monarquia evoluiu inclusive desde então para, hoje, ser entendido, quase sempre, em sua forma limitada ou constitucional, e não mais na sua forma absoluta.

30 “Inútil observar que Políbio e Hobbes se referem a períodos diversos da história romana e, portanto, podem ter razão os dois” (BOBBIO, 2017, p. 112).

unicamente aristocrático, sustentado numa proporção geométrica que estipula a participação nas magistraturas entre os nobres, o povo poderá se rebelar e tentar mudar o regime político (BARROS, 2011, p. 72).

Finalmente, no que diz respeito aos limites do soberano, ainda que Bodin fosse assertivo quanto à absolutez da soberania, alegando ser inadmissível que o soberano se limitasse tanto pelas leis dos seus predecessores quanto pelas leis positivas que ele próprio editasse, Bodin reconhecia que ele encontrava limites nas leis divinas e nas leis naturais. Para Bodin,

Todos os monarcas da Terra se sujeitam a elas [leis naturais e divinas], e não as podem transgredir sem incorrer em traição e rebelião contra Deus. Seu jugo lhes cobre, e eles devem curvar suas cabeças em temor e reverência ante Sua majestade divina. O poder absoluto dos monarcas e lordes soberanos não se estende às leis de Deus e da natureza (BODIN, 1955, p. 29, tradução nossa).

1.2.2. Thomas Hobbes: o contratualismo absolutista

Posto em perspectiva o pensamento de Jean Bodin, nossas atenções devem se convergir a outro filósofo político – Thomas Hobbes –, que elabora, na Inglaterra, uma defesa da soberania absoluta³¹ que se tornará relevante a ponto de demarcar indelevelmente a história, refutando as já tradicionais divisões do poder aos moldes aristotélicos:

Como Bodin, Hobbes não aceita duas das teses que caracterizaram durante séculos a teoria das formas de governo: a da distinção entre formas boas e má e a do governo misto. Ambas as refutações derivam com lógica férrea dos dois atributos fundamentais da soberania: a absolutez e a indivisibilidade (BOBBIO, 2017, p. 103).

É crucial anotar que é a partir da menção ao pensamento de Hobbes que se torna possível estabelecer um ponto de contato entre conceitos fundamentais

31 “Porém, a partir de Bodin e da leitura por ele proposta de soberania, encontramos autores que reforçam a sua posição – como será o caso Hobbes – e outros que a contestam – como Althusius. Althusius escreve os *Principios [sic] da Política* em 1603, e depois lança uma nova edição em 1614. Nesta obra, que reflete o contexto histórico específico [sic] da cidade de Emden, paraíso europeu de tolerância religiosa e de mobilidade social e política, Althusius propõe uma nova concepção de soberania, associando-a ao povo, e dissociando-a do rei” (COSTA, 2014, p. 74).

enfrentados neste trabalho, tais como liberalismo, direitos fundamentais e democracia representativa. Isso porque o contratualismo hobbesiano se coloca no centro da discussão sobre direitos individuais de cunho liberal. Além disso, o contratualismo e o jusnaturalismo racionalista são elementos germinais³² para a transição ao positivismo jurídico e ao período das codificações, como se pode perceber já na obra de Thomas Hobbes³³.

O pensador inglês, portanto, engendra um pensamento político em defesa do absolutismo monárquico que se tornará, ele próprio, um projeto do seu ocaso e da fundamentação do liberalismo político, que florescerá no seio do pensamento político do século XVII e XVIII, com autores tais como Locke e Montesquieu, em primeiro plano, e Tocqueville, Constant, e Mill, posteriormente.

Hobbes se distancia do modo clássico de organização política presente em Aristóteles, no qual a sociedade é espontânea e naturalmente hierarquizada, e refuta a concepção aristotélica do homem como animal político, concebendo, portanto, a organização política como algo artificial, e não natural³⁴ (PETRUCCIANI, 2014, pp. 74-75; SANTOS, 2009, p. 93; HOBBS, 2003, p. 146). Ainda, o autor se escora tanto no empirismo de Bacon quanto no racionalismo de Descartes para, respectivamente, refutar o conhecimento inspirado pela revelação divina em razão da defesa do conhecimento de origem racional, numa proposta utilitarista da ciência, e para a implementação de “uma nova metodologia para a aquisição do conhecimento seguro: a articulação de estruturas do conhecimento sobre as bases daquelas

32 Já é possível cogitar, mesmo antes de Hobbes, elementos fundadores do individualismo moderno em Althusius e Grócio – contratualistas, de certo modo, *avant-garde* –, ainda que com contornos muito incipientes. Nesse sentido, cf. MAGALHÃES, 2016, pp. 197 e ss; COX, 2013, pp. 346-354 e SANTOS, 2009, pp. 86-87. Costa (2014, p. 78) ressalta, no mesmo sentido, que em Althusius se encontram “vários elementos que serão resgatados na teoria democrática contemporânea e que, por isso, nos levam a crer que o seu pensamento se mantém pertinente, podendo inclusive oferecer-nos uma visão alternativa acerca dos sentidos e âmbito da soberania hoje”.

33 Posto que Hobbes, curiosamente, “se foi um positivista nos seus tempos, é ainda um jusnaturalista diante do positivismo jurídico *strictu* [sic] *sensu*” (BOBBIO, 2006, p. 43).

34 “O que permite individuar em Thomas Hobbes (1588-1679), o verdadeiro pai da filosofia política moderna, é antes de tudo a clareza com a qual ele toma distância do modo clássico de pensar a socialidade e a política do homem, assim como tinha sido transmitido na *Política* de Aristóteles. Ao passo que na visão aristotélica a organização dos homens em relações de convivência hierarquicamente ordenada pode ser vista como um processo natural e espontâneo, que nada tem de particularmente ‘improvável’ e não exige, portanto, sofisticadas explicações que prestem contas dela, na visão hobbesiana vale exatamente o oposto” (PETRUCCIANI, 2014, pp. 74-75).

entidades que sobrevivessem ao teste do ceticismo absoluto” (SANTOS, 2009, p. 92).

O modelo contratualista – tanto em Hobbes, quanto em Locke ou Rousseau – é estruturado sobre três premissas básicas: uma fase pré-contratual, denominada “estado de natureza”; um contrato social, tacitamente celebrado entre os indivíduos situados no estado de natureza; e um estado pós-contratual, organizado por meio de leis, denominado Estado político ou civil.

O pensamento contratualista hobbesiano pode ser estruturado da seguinte maneira:

a) O estado de natureza enquanto um estado de guerra de todos contra todos, insegurança e incerteza, no qual a lei do mais forte e o medo constante são a regra; como há uma prevalência das paixões humanas, posto que as pessoas vivem em constante situação de competição umas com as outras, em razão do imenso grau de insatisfação dos desejos e necessidades inerentes aos homens. Assim, em razão de desconfiança mútua e permanente, os homens logo tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros, seja tendo em vista a glória e a satisfação em se afirmarem superiores aos seus semelhantes (o que, naturalmente, gera conflito), ou pela ausência de regras que coloquem limites aos meios utilizados para a própria autoconservação.

Ou seja, o comportamento mais racional e prudente nesta situação onde não há nenhuma ordem pública é justamente o ataque antecipado, o não cumprimento da palavra dada, e fazer ao outro justamente aquilo que se teme receber dele, onde cada um pensa primeiro lugar em salvaguardar a si próprio (PETRUCCIANI, 2014, p. 78; SANTOS, 2009, p. 94; RAWLS, 2012, pp. 46-60; HOBBS, 2003, pp. 106-111).

b) Para Hobbes, o maior e primeiro bem de todos é a vida e tudo o que é necessário e cabível para preservá-la. Portanto, o contrato (ou pacto) é realizado pelos indivíduos por meio da renúncia racional de direitos, em favor de terceiro – o Leviatã, o único capaz de frear o ímpeto autocentrado e deletério do homem –, com o intuito de preservação de suas vidas. Isto é, o pacto é realizado pelos indivíduos entre si, e não entre os indivíduos e o soberano, que não é contratante, mas o beneficiário externo do contrato.

Há, portanto, a transferência de todos os direitos já existentes no estado de natureza ao soberano, incumbido de manter a paz e a justiça (PETRUCCIANI, 2014, pp. 78-79; SANTOS, 2009, pp. 94-95; STRECK; MORAIS, 2013, pp. 31-32; RAWLS, 2012, pp. 88-93; HOBBS, 2003, pp. 143-148).

c) O poder que os indivíduos conferiram a uma só pessoa (um homem ou um grupo de homens³⁵) é agora um poder absoluto, pois não se sujeita a limites. E, diferente de Bodin, Hobbes leva esta ilimitação à maior potência, ressaltando que o soberano não se limita pelo contrato graças ao qual nasceu, seja no tocante à lei positiva, porque dela está acima e dela dispõe plenamente (*legibus solutus*), ou mesmo em relação às leis da natureza³⁶, pois, para Hobbes, tornar a apelar agora a elas seria conduzir o corpo político à incerteza e à anarquia. Em suma, o poder soberano é absoluto, indivisível e ilimitado (PETRUCCIANI, 2014, p. 79; SANTOS, 2009, p. 95; RAWLS, 2012, pp. 88-93; HOBBS, 2003, pp. 143-148).

A defesa hobbesiana do Estado absoluto, expresso na figura do Leviatã, conduz ao modelo necessário para o desenvolvimento da já incipiente ideia de direito positivo, expressão racional da justiça do e no Estado, por meio do qual o homem se salva da insegurança do estado de natureza. É, portanto, com Hobbes que uma defesa do Estado absoluto se converte na garantia da liberdade humana, a

35 “Soberania implicava em dizer que os poderes soberanos eram indivisíveis e deveriam ser exercidos por uma única pessoa – um homem ou instituição – que seria o Representante Soberano da república [...] Hobbes afirma que dividir o poder soberano era ‘contra a essência de uma República.’ ‘Pois dividir o Poder de uma República não é senão dissolvê-lo; pois Poderes divididos se destroem mutuamente’. A ideia de que possa haver constituições mistas também é mordazmente refutada. [...] Dê o poder de tributar a uma assembleia geral, o poder de comandar a um homem e o poder de editar leis nestes dois últimos em conjunto com um terceiro, o resultado não é um estado” (GOLDSMITH, 1999, pp. 30-31, tradução nossa). Bobbio explica o contexto histórico que abaliza a conclusão de Hobbes: “O raciocínio hobbesiano é de simplicidade exemplar: se o poder soberano for efetivamente dividido, não será mais soberano; se continuar a ser efetivamente soberano, significa que não estará dividido, isto é, significa que a divisão será só aparente. *Sabemos muito bem qual é a situação histórica da qual nasce a reflexão hobbesiana: é a disputa entre rei e parlamento na Inglaterra que deu origem à guerra civil, isto é, à dissolução do estado. Hobbes considera responsáveis por essa dissolução aqueles que de variado modos sustentaram que o poder soberano devesse ser dividido entre o rei e o parlamento*” (BOBBIO, 2017, p. 111, itálicos nossos).

36 “[...] não é que Hobbes negue a existência de leis naturais e divinas, mas afirma (com justeza) que elas não são leis como as leis positivas porque não podem ser tornadas efetivas mediante a força de um poder comum e, portanto, não são exteriormente vinculantes, mas só são vinculantes interiormente, isto é, na consciência” (BOBBIO, 2017, p. 104).

partir da rejeição de justificações de cunho transcendente³⁷ e do estabelecimento da crucial distinção entre autoridade e súdito:

A partir de Hobbes, será dentro da realidade do poder, especificamente dentro da figura abstrata mas poderosíssima do Estado, que se desenvolverá o processo de alargamento e de consolidação desta garantia. Os modelos posteriores, tanto os de tipo constitucional quanto os de tipo absolutista e iluminista, como ainda os mais modernos do Estado de direito e do Estado social, não serão capazes de sair da rígida relação-separação em que o Absolutismo, mediante o recurso à soberania, havia fundado a própria obrigação política: aquela que existe entre autoridade e súdito. Só no âmbito desse dualismo e na delimitação precisa das respectivas competências é possível, por um lado, conhecer as fronteiras exatas, por mais amplas e extensas que sejam para Hobbes, do poder e, portanto, limitá-lo de alguma forma e, por outro, estabelecer e defender o âmbito de independência e autonomia individual, mesmo quando se trata apenas do espaço interior apolítico de Hobbes (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 6).

Ainda que optemos por tratar do liberalismo de modo apartado, no capítulo seguinte – posto que o marco teórico para tanto adotado parte de um momento posterior a Hobbes³⁸, por razões óbvias –, cabe ressaltar que fica de algum modo claro como os pressupostos para o nascimento do liberalismo, do constitucionalismo, da democracia moderna e mesmo para o surgimento do próprio conceito de direitos humanos, se não foram desenvolvidos plenamente no bojo do contratualismo hobbesiano, podem nele encontrar seu primeiro lampejo conceitual.

Toda a filosofia política de Hobbes, por exemplo, pode ser interpretada como uma filosofia autoritária da ordem. Mas é uma teoria autoritária singular e de certo modo anômala, porque toma a iniciativa da igualdade entre os homens e deduz a necessidade da obediência incondicional ao soberano através de um processo rigorosamente racional. Geralmente, as doutrinas autoritárias, ao contrário, pelo

37 “Ele [Hobbes, por sua obra *O Leviatã*] sustentava o absolutismo sem o mínimo recurso ao direito divino dos reis, por argumentos puramente racionais e positivos, por uma inversão da subversiva teoria do contrato. Parecia pregar, sabe-se por que viés, a infidelidade aos Stuarts destronados e a adesão a Cromwell, usurpador triunfante. Colocava os bispos anglicanos, representantes da religião oficial, sob a autoridade do soberano, do poder civil, e não o poder civil sob a autoridade dos bispos.” (CHEVALLIER, 1999, p. 82)

38 Goyard-Fabre afirma que Hobbes, “em sua ambição de fazer nascer ‘a ciência política’, sem dúvida indagara-se, em pleno século XVI, sobre os modos de produção e de legitimação do Poder, que ele chegava até a submeter ao movimento constitutivo do povo. Acontece que a dinâmica constitutiva que, em sua filosofia política, explica a autoridade do Estado-Leviatã é pouco propícia para a exposição de uma tipologia dos governos, e mesmo quando a teoria hobbesiana do contrato propõe uma genealogia do Poder fundada numa democracia originária, ela nunca se apresenta como uma teoria e menos ainda como uma apologia da democracia” (GOYARD-FABRE, 2003, pp. 142-143).

menos as modernas, são doutrinas antirracionalistas e antiigualitárias. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, pp. 95-96).

É, de fato, no tempo de Hobbes que, na Inglaterra, a “grande burguesia vende, compra, tira proveito da concorrência e reivindica os principais papéis na sociedade”, de modo que a sua obra acaba por ser uma “resposta às novas condições da economia e às aspirações burguesas” (VILLEY, 2009, pp. 678-679).

Por mais que seja leviano enquadrar Hobbes como um autêntico liberal clássico – posto que é no mínimo a partir de Locke que se verifica o engendramento conceitual da doutrina liberal –, é possível, ao menos, segundo alguns comentadores, associá-lo ao *mise en place* daquilo que se tornaria o palco do seu nascimento. Owen, por exemplo, já afirmara que

O enquadramento de Hobbes como um pensador liberal é alvo de uma já antiga controvérsia, para dizer o mínimo. Enquanto muitos têm considerado o pensamento político de Hobbes a própria antítese do liberalismo, alguns estudiosos já sustentaram que Hobbes era um tipo de precursor, se não o fundador, do liberalismo (2005, p. 131, tradução nossa).

E acrescenta:

Ainda, a maioria dos intelectuais que tentaram relacionar positivamente Hobbes com o liberalismo apresentaram-no como um tipo de protoliberal, ou como um pensador que, ainda que não fosse ele próprio um liberal, ajudou a construir a base para filosofias genuinamente liberais como as de Locke e Spinoza (2005, pp. 131-132, tradução nossa).

Não de outro modo, Francisco Rodas ressalta que Hobbes, ao introduzir e justificar o Estado, sugerindo que indivíduos racionais, possesores por direito natural de suas vidas, liberdades e propriedades, pactuam a transição do inseguro, belicoso e miserável estado de natureza para o estado civil a fim de conservarem suas vidas,

assentou as bases para a construção de um novo modelo de sociedade: a liberal burguesa; este modelo se caracteriza por estabelecer, como pressuposto da unificação de uma sociedade, a garantia dos direitos humanos naturais³⁹, mas como elemento

39 No mesmo sentido, afirma Koselleck (1999, p. 173, nota de rodapé n.º 73): “Por um lado, Hobbes reconhece leis morais que têm validade mesmo sem a sanção do Estado (*De cive*, III, 28ss). Todos os

absolutamente problemático a definição pré-política destes (1997, p. 62, tradução nossa).

Ou seja, o pensamento de Hobbes parece estabelecer um vínculo menos claro com a democracia que com o liberalismo, o que se dá a partir da “relação entre direito natural e propriedade, vida e liberdade, que possibilitaram a conversão do Estado, pelo liberalismo, em um meio para a proteção da propriedade e da preservação das relações de troca entre proprietários” (RODAS, 1997, p. 60).

Além do mais, com efeito, Hobbes se apresenta como ápice da desconexão entre doutrinas religiosas como fundamento para o poder político. É ele “um exemplo paradigmático da gênese da moderna teoria do Estado a partir da situação das guerras civis religiosas” (KOSELLECK, 1999, p. 25). Com efeito, ele testemunhou – porque a ele foram contemporâneas – as principais contendas religiosas do século XVI e do começo do século XVII na Inglaterra, bem como os momentos turbulentos na França, onde se asilou por algum tempo durante a Revolução Inglesa (VILLEY, 2009, p. 679).

Hobbes, a quem Spinoza recorreu, é um exemplo paradigmático da gênese da moderna teoria do Estado a partir da situação das guerras civis religiosas. Hobbes se presta de modo excelente para a exposição dessa gênese, pois renunciou a todos os argumentos tradicionais, como o da analogia Deus-rei. Queria, ao contrário, pôr em evidência os fenômenos em sua crua realidade, seguindo, como afirma Dilthey, o fio condutor de um método científico. Além disto, a teoria Hobbesiana do Estado absolutista já contém *in nuce* a idéia do direito de Estado civil, de forma que seu olhar, embora parta do contexto das guerras religiosas, alcança por si mesmo o século XVIII (KOSELLECK, 1999, p. 25).

Para Petrucciani (2014, p. 82), apesar de ser clara a escolha de Hobbes pelo modelo monárquico em detrimento do democrático, parece inevitavelmente sucumbir ante a seguinte questão: “se os indivíduos devem despojar-se do próprio poder sobre si, por que deveria cedê-lo a um indivíduo particular, e não (como afirmarão Spinoza e Rousseau) à coletividade democrática de todos os cidadãos?”. Com

Estados que se encontram no estado de natureza estão comprometidos com estas leis (*De cive*, XIV, 4; *Leviathan*, II, 21); além disso, oferecem aos indivíduos o direito humano básico de buscarem se proteger, se o Estado fracassar (*Leviathan*, II, 21). Tendo em vista essas leis pré-estatais, o Estado funciona como uma máquina que assegura o cumprimento das leis naturais. Este é o ponto invocado pela tradição liberal em Hobbes”.

efeito, o autor explica que Hobbes (2010, pp. 118-119), em seu “Elementos da Lei Natural e Política”, adotando uma posição que inclusive abandonará posteriormente, no *O Leviatã*, compreendeu a existência de um arranjo democrático que precede as duas outras formas (aristocrática ou monárquica), posto que os indivíduos se coletivizam a fim de, então, caso entendam por “oportuno, confiar a soberania a um ou a poucos” (PETRUCCIANI, 2014, p. 82). E conclui:

Mas o que motiva o falido encontro de Hobbes com a democracia (e o abandono da tese defendida em *Elementos*) é fundamentalmente, como foi dito, de um lado a terrível atualidade do problema da guerra civil e do outro a consciência da “força avassaladora das paixões” (PETRUCCIANI, 2014, p. 82).

1.3. Discursos fundadores da democracia: o reencontro do *demos* com o *kratos*

Toda a discussão acerca da democracia feita até aqui, desde a Grécia da idade antiga até o Estado absolutista europeu teorizado nas obras de Bodin e Hobbes, completa um ciclo complexo de alterações mais ou menos visíveis do comando político. O modo como o poder político passa pelas mãos do povo durante essas fases é contingencial, de modo que a democracia, durante tanto tempo, não foi senão uma ideia ainda incipiente, mesmo quando exercida do modo direto, na Grécia. Como foi visto, o sorteio era um critério político de exercício do poder talvez ainda mais determinante que a participação do cidadão – conceito pouco ou pouquíssimo abrangente, se analisado nos parâmetros modernos – diretamente na *Ágora*.

A já mencionada transição jusfilosófica pela qual passou a Europa durante os séculos XVI e XVII, orientada pelo primado da razão humana e pelo individualismo, deflagrou progressivos movimentos artístico-culturais, filosóficos e políticos na Europa Ocidental. Uma viragem filosófica dessa natureza implicou não apenas em uma transformação das bases políticas e jurídicas da sociedade, mas da própria forma de se enxergar a natureza humana.

Nesse sentido, tanto o iluminismo quanto as revoluções de matriz burguesa e liberal que eclodiram inicialmente na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na França – e, posteriormente, em outros países ocidentais –, foram fulcrais para a definição da democracia como o regime político que melhor – senão o único que – se adaptaria às formas políticas emergentes⁴⁰.

Bobbio aposta numa conversão de uma concepção orgânica em uma concepção individualista da sociedade como causa do nascimento da democracia (claramente, na sua concepção moderna). A essa prevalência da visão individualista, para a qual a sociedade é resultado de uma convenção artificial do ser humano, em contraposição a uma visão anacrônica – típica dos modelos antigo e medieval – de Estado e sociedade, em que o todo precede as partes, Bobbio associa três eventos, sendo o primeiro deles *o contratualismo dos seiscentos e setecentos* (BOBBIO, 2000, p. 34).⁴¹

40 Kelsen (2000, p. 139) já anotara que “[a] idéia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia. Sem dúvida, também existiam na civilização ocidental forças extraordinárias a serviço da manutenção do princípio autocrático. Seus representantes, porém foram estigmatizados como reacionários. O futuro pertencia a um governo pelo povo. Essa era a esperança de todos os que acreditavam no progresso, que defendiam padrões mais elevados de vida social. Foi, sobretudo, a jovem e ascendente burguesia que lutou por essa idéia”. Contudo, vale apontar que há mais nuances do que se pode perceber no interesse da burguesia em estabelecer um novo regime democrático com pretensões realmente universalistas. De fato, a forma como algumas análises – como a seguinte – ilustram um movimento revolucionário burguês pautado em princípios humanitários globais revela a complexidade do problema e os dilemas da saga humanista de ontem, hoje e sempre: “Sem dúvida, abaixo da filosofia do século XVIII, o interesse da burguesia revela-se facilmente, pois ela deveria tirar as maiores vantagens do novo regime. *Mas ela acreditava sinceramente trabalhar pelo bem da humanidade*. E mais: estava persuadida de preparar a chegada de uma nova era da justiça e do direito. Todo o Terceiro Estado acreditou na mesma coisa. Os combatentes das jornadas revolucionárias de Valmy, de Jamappes e de Fleurus nunca teriam arriscado suas vidas se pensassem somente em si mesmos” (LEFEBVRE, 2011, p. 85, *itálicos nossos*).

41 Hannah Arendt, em algumas passagens do seu “Sobre a Revolução” (2011), refuta a ideia de que o contratualismo tenha influenciado filosoficamente o nascimento dos Estados Unidos da América: “Há quem diga que ‘a dívida dos Estados Unidos para com a ideia do contrato social é incalculável’, mas o ponto central é que foram os primeiros colonizadores, e não os homens da Revolução, que ‘puseram a ideia em prática’, e certamente não tinham a menor noção de teoria alguma” (pp. 220-221). E enfatiza, adiante: “‘No começo, todo o mundo era a América’, disse certa vez Locke. Para todas as finalidades práticas, a América deve ter representado para as teorias do contrato social aquele início da sociedade e do governo que elas tomavam como recurso hipotético para explicar e justificar as realidades políticas existentes. E o próprio fato de que o súbito surgimento e grande variedade de teorias do contrato social nos primeiros séculos da era moderna viessem precedidos e acompanhados por esses primeiros pactos, combinações, coassociações e confederações na América colonial devia ser realmente muito sugestivo, quando menos pelo outro inegável fato de que essa sucessão de teorias no Velho Mundo prosseguia sem mencionar jamais as realidades concretas no Novo Mundo. E tampouco estamos autorizados a afirmar que os colonizadores, saindo do Velho Mundo, levassem com eles o conhecimento das novas teorias, como se estivessem indo para novas terras no intuito de testá-las e aplicá-las a urna nova forma de comunidade. Pelo contrário, na mentalidade dos colonizadores, esse desejo de fazer experiências e a crença correspondente na possibilidade de algo totalmente novo, de um *novus ordo saeculorum*, primavam pela ausência. assim como, 150 anos depois, primariam pela presença no espírito dos homens que fariam a

Não há nenhuma dúvida de que a definição de democracia, que terá íntima relação com o objeto do presente estudo – o Liberalismo, enquanto modelo político, econômico, jurídico e filosófico de proteção das liberdades fundamentais do ser humanos – será a democracia representativa que tomou forma a partir das revoluções burguesas (e liberais) do século XVIII.⁴²

Para compreender o que podemos chamar de “discursos fundadores da democracia” (GOYARD-FABRE, 2003, pp. 142 e ss.), partiremos, agora, da análise de cinco referências no pensamento político clássico: Baruch Spinoza, *The Federalist Papers* (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay), Alexis de Tocqueville, Emmanuel Joseph Sieyès e Jean-Jacques Rousseau.

1.3.1. Baruch Spinoza: um salto democrático

Antes de adentrarmos na análise do pensamento político estritamente liberal, que assentou as bases teóricas da democracia moderna ocidental – a democracia representativa –, vale pontuar a visão também contratualista de Spinoza, que, ao contrário da posição hobbesiana, simpática à monarquia absoluta, propugnava um acordo social de base democrática, o que nos aproxima ainda mais do nosso objeto.

Tal qual Hobbes, Spinoza também compreendia o estado de natureza como um arranjo desagradável no qual os indivíduos, cujo direito se estende até onde alcança seu poder pessoal, lutam pela autoconservação sem incorrer em bem ou

revolução. Se houve alguma influência teórica a contribuir para os pactos e acordos no começo da história americana, foi, claro, a fé dos puritanos no Antigo Testamento, e sobretudo sua redescoberta do conceito da aliança de Israel, o qual realmente passou a ser para eles um ‘instrumento para explicar quase todas as relações do homem com o homem e do homem com Deus’” (p. 224).

42 Bobbio, novamente, explica essa incontornável opção dos liberais modernos pela democracia representativa no seguinte trecho: “Identificada a Democracia propriamente dita sem outra especificação, com a Democracia direta, que era o ideal do próprio Rousseau, foi-se afirmando, através dos escritores liberais, de Constant e Tocqueville e John Stuart Mill, a idéia de que a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, isto é, com o Estado que reconhece e garante alguns direitos fundamentais, como são os direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, etc, fosse a Democracia representativa ou parlamentar, onde o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos. Nesta concepção liberal da Democracia, a participação do poder político, que sempre foi considerada o elemento caracterizante do regime democrático, é resolvida através de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, pp. 323-324).

mal, valores estes que não existem nem fazem sentido senão no plano das leis civis⁴³, e dele precisam sair. Como a razão é um atributo que não raras vezes sucumbe ante as paixões e os interesses, é salutar aos homens que, mediante um pacto, renunciem aos seus direitos naturais à coletividade, sendo o Estado o único autorizado a estabelecer leis e sanções. (PETRUCCIANI, 2014, pp. 82-83).

Contudo, explicando como, em Spinoza, o modelo contratualista passa por uma conversão democrática, Petrucciani ressalta que,

Ao passo que Hobbes preferia a forma monárquica, Spinoza defende com grande força que a melhor forma de governo é a democrática⁴⁴. Com efeito, na democracia, o direito do qual cada um gozava no estado de natureza não é transferido a um indivíduo particular (o monarca ou o soberano) mas à coletividade de todos aqueles que subscreveram o pacto social. O ordenamento democrático é o que mais respeita a liberdade que a natureza concedeu a cada um [...] (2014, p. 83).

Ainda se distanciando de Hobbes, o contrato social em Spinoza não apenas rejeita uma ilimitação do poder do soberano, posto que a renúncia aos direitos individuais não é absoluta, como é revogável, podendo ser anulado e destruído caso se afaste da sua utilidade. Assim, alguns direitos seriam inalienáveis, como a liberdade de pensamento – cuja renúncia implicaria à da própria humanidade –, que poderia ser exercida até mesmo contra os decretos do Estado, a quem deveria interessar apenas a conduta do cidadão, não suas ideias (PETRUCCIANI, 2014, p. 84).

A versão de Spinoza é, portanto, uma versão do modelo contratualista muito ligada à de Hobbes, que, porém, dela se afasta no que se refere à valorização da forma de governo democrática e à insistência nos direitos aos quais os indivíduos não poderiam renunciar nem se

43 “[...] é claro que no estado natural não se dá o pecado, ou, se alguém peca, peca contra si, não contra outrem, porquanto ninguém, a não ser que queira, tem por direito natural de fazer a vontade a outrem, nem de ter por bom ou por mau senão aquilo que ele próprio, pelo seu engenho, discerne ser bom ou mau. E não há absolutamente nada proibido pelo direito de natureza a não ser aquilo que a ninguém é possível [...]. Assim, O pecado não pode conceber-se senão no estado [civil], ou seja, onde o que é bom e o que é mau é determinado com base no direito comum de todo o estado e onde ninguém [...] faz segundo o direito senão aquilo que faz segundo o decreto ou consenso comum.” (ESPINOSA, 2009, pp. 20-21).

44 Jonathan Israel, ao expor o conceito de “iluminismo radical”, revela como a democracia spinozana como um verdadeiro pano de fundo para o desenvolvimento da democracia moderna de base liberal: “O Iluminismo Radical foi intrinsecamente definido tanto por sua insistência na liberdade plena de pensamento, de expressão e de imprensa, quanto por identificar a democracia como a melhor forma de governo, as quais, mais uma vez, são de características especificamente espinosistas e de forma alguma hobbesianas ou, em último caso, humeanas” (ISRAEL, 2013, p. 31).

quisessem, porque isto entraria em contraste com a sua própria natureza humana (PETRUCCIANI, 2014, p. 84).

Goyard-Fabre, apontando o ineditismo do pensamento spinozano, chega a afirmar que

[a]o mostrar, por meio de seu percurso metafísico, que a “potência” dos indivíduos é a única força constitutiva do mundo sociopolítico, *Spinoza estabelece o primeiro discurso fundador da democracia*: nas suas palavras, substancialmente, é apenas na potência da “multidão” que o Poder encontra suas bases (2003, p 143, itálicos no original).

De qualquer sorte, não é em Spinoza, nem no pensamento filosófico-político do seu tempo, em entremeios do século XVII, que a democracia congregará os elementos formadores do seu conceito moderno. Mesmo que não seja possível entender Spinoza como uma influência direta na obra de Rousseau, é nesta que “o discurso fundador da democracia que Spinoza havia forjado, sem no entanto ser corretamente entendido, encontra um eco amplificado e sublimado” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 144).

1.3.2. *Dos Articles of Confederation aos Federalist Papers: “We, the people...”*⁴⁵

Não há como dissociar as considerações sobre a democracia norte-americana, corolário da sua histórica constitucional mesma, da trajetória constitucional inglesa⁴⁶. Apesar de ter a Inglaterra trilhado seu próprio e peculiar

45 Ainda que entendamos, a partir do desfecho com Spinoza no último tópico, que haja uma abertura lógica para dar continuidade ao pensamento democrático por meio da abordagem do pensamento rousseauiano, optamos por enfrentar a estrutura democrática por trás dos Federalistas, por uma razão: o recorte geográfico-cultural nos possibilitará trazer à baila, primeiro, a experiência norte-americana, com os *Federalist Papers* e Tocqueville, e depois a francesa, com Sieyès e Rousseau, frisando que a escolha não é amparar uma linha cronológica de desenvolvimento do tema.

46 “A influência inglesa na América foi decisiva, tanto no aspecto político quanto jurídico. [...] Fundamental a importância da *common law* e do constitucionalismo do Velho Mundo na formação da América. Contudo, a transculturação haveria de resultar numa instabilidade institucional em face da discrepância entre a Constituição Inglesa, uma Carta notadamente endógena, e o *espírito* do Novo Mundo. Somente a partir do século XVIII, sobretudo com a guerra de independência, se desenvolverá nos Estados Unidos uma *weltanschauung* política, jurídica e filosófica própria. Prevalecerá a separação dos poderes em oposição ao *mixed government*, o presidencialismo como forma de governo, o federalismo como forma de Estado e a teoria do direito natural defendida nos escritos de John Winthrop, Thomas Hooker e Roger Williams, como meio de oposição ao imperialismo colonial nos anos de 1760 e 1770” (ROCHA; BASTOS, 2013, p. 49).

curso histórico – precocemente, diga-se, em comparação a EUA e França –, o pensamento democrático-liberal inglês será abordado separadamente, em momento posterior, quando da análise do pensamento político de John Locke.

A grande questão por trás da compreensão sobre a democracia moderna repousa na já mencionada comparação entre democracia direta ou participativa e democracia indireta ou representativa. Manin (1997, p. 1) já alertou que

Os governos democráticos atuais evoluíram a partir de um sistema político que foi concebido por seus criadores como contrário à democracia. A prática atual distingue democracia “representativa” de democracia “direta”, que se tornam então variações de um tipo de governo. Contudo, o que chamamos hoje de democracia representativa tem sua origem em um sistema de instituições (fundado na ascensão das revoluções Inglesa, Norte-Americana e Francesa) que não foi de modo algum inicialmente concebida como uma forma de democracia ou de governo do povo.

O contexto de emancipação e evolução política das treze colônias inglesas na América do Norte é bastante sintomático: após a declaração de independência em 1776, são aprovados os Artigos da Confederação, em novembro de 1777, que seriam então submetidos à análise de cada uma das ex-colônias, e passam a vigor em março de 1781, após a ratificação completa. Os “Artigos da Confederação e União Perpétua” são comumente conhecidos como a primeira Constituição dos Estados Unidos da América: uma atecnia – vale dizer –, posto que as treze ex-colônias⁴⁷, ao se tornarem países independentes, preservaram sua soberania⁴⁸ mesmo após sua união na forma confederada, o que faz do documento um instrumento com natureza de direito internacional, e não constituinte, como nas federações (de modo que, apenas em 1787, os EUA promulgaram sua verdadeiramente primeira – e única – constituição).

De qualquer sorte, a inerente desconcentração da configuração política confederativa estabeleceu uma ordem governamental em que os poderes locais nada mais eram que ilhas isoladas ante um poder central extremamente fraco, com

47 1) New Hampshire; 2) Massachusetts Bay; 3) Rhode Island e Providence Plantations; 4) Connecticut; 5) New York; 6) New Jersey; 7) Pennsylvania; 8) Delaware; 9) Maryland; 10) Virginia; 11) North Carolina; 12) South Carolina e 13) Georgia.

48 Artigo 2º, dos Artigos da Confederação: “Cada Estado preservará sua soberania, liberdade e independência, bem como cada competência, jurisdição e direito que não tenham sido, por esta confederação, expressamente delegados aos Estados Unidos reunidos em Congresso” (UNITED STATES OF AMERICA, 1781).

pouca ou nenhuma competência para arrecadar impostos para, dentre outras coisas, saldar débitos de guerra com países europeus ou mesmo internos, o que gerou uma perigosa inflamação dos ânimos na população e um alto risco de colapso civil. Além disso, não havia moeda comum, posto que cada ex-colônia inglesa elaborou sua própria constituição a seu modo e possuía seu próprio sistema monetário. Essas e outras fraquezas – explicou Hamilton – tornavam a Confederação Norte-Americana algo como um inefetivo conjunto de Estados isolados, sem prestígio internacional, carentes de um eixo político comum com natureza de governo central soberano; isto é, tornavam-na insuficiente para a preservação da União (GOLDMAN, 2008, pp. xii-xiii, tradução nossa; HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, pp. 73-75, tradução nossa).

James Madison, um dos principais mentores (ao lado de Sieyès) daquilo que hoje se compreende por representação política moderna, chegou a uma conclusão no *Federalist n.º 10*: um dos mais relevantes dentre os 85 *Papers* em uma perspectiva teleológica dentro do projeto republicano norte-americano. Ao diferenciar democracia de república (respectivamente, democracia direta e democracia indireta), vislumbrou que a democracia pura (ou, nos termos descritos, direta), concebida como uma sociedade composta de um reduzido número de pessoas que pessoalmente se reúnem e administram o governo, não comporta remédio para os prejuízos das facções. Por facções, Madison se refere a interesses de uma minoria ou maioria, norteados por impulsos de interesses e paixões pessoais, que se insurgem de modo deletério ao interesse comum da sociedade (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, pp. 49-52, tradução nossa).

De outro lado, as vantagens da representação (república) se revelam inquestionáveis: ela carrega em seu âmago a cura para o mal da insegurança da democracia direta, por meio da delegação da prerrogativa de governar a poucos cidadãos, eleitos pelos demais, bem como também é plenamente realizável em locais de grande extensão geográfica e densidade demográfica. Isso porque o interesse público seria melhor expresso quando submetido às vozes deste pequeno corpo político, escolhido pelo próprio povo e dotado de uma maior capacidade de se dedicar integralmente a esse fim (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 52).

Além disso, contra quaisquer desvantagens eventualmente carregadas – e já aventadas anteriormente – pelo método eletivo, como o fato de permitir a reeleição

dos mesmos candidatos e impedir certa rotatividade, Hamilton esclarece que, “maiores ou menores, as repúblicas representativas são mais favoráveis para a *eleição dos mais adequados guardiões do bem público*” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 52, tradução e itálicos nossos). Explica o federalista que o número de representantes eleitos numa pequena república não pode ser tão reduzido a ponto de permitir o risco de que sucumba ante a influência de um pequeno grupo, e que numa extensa república, esse número não poderá ser tão elevado a ponto de não conseguir evitar a confusão de uma multidão. E como o número de representantes nunca é maior que o de representados, bem como é proporcionalmente maior nas repúblicas menores que nas maiores, se em ambas há proporcionalmente a mesma quantidade de pessoas com qualidades para governar, as repúblicas mais extensas apresentarão uma maior quantidade destas pessoas e, portanto, uma maior chance de escolhas corretas (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 53, tradução nossa).

E conclui:

[...] como cada representante será eleito numa grande república por um número de cidadãos maior do que aquele verificado numa pequena república, será mais difícil para os candidatos despreparados colocarem em prática, de modo efetivo, as condutas obtusas por meio das quais as eleições são frequentemente sequestradas; e sendo de fato mais livre a atividade de escolha das pessoas, mais provavelmente ela recairá sobre homens dotados de maior mérito e com atributos mais difusos e reconhecidos. Há que se convir que há neste caso – bem como em muitos outros – um problema no qual residem alguns inconvenientes. Ao se expandir por demais o número de eleitores, serão eleitos representantes com muito pouca familiaridade com as peculiaridades e interesses locais; e a drástica redução deste mesmo número causará a escolha de representantes desmedidamente arraigados a essas peculiaridades e interesses, e muito pouco capazes de compreender e perseguir objetivos maiores no interesse da nação. A Constituição federal agrega uma feliz combinação nesse aspecto; os maiores interesses coletivos deixados a cargo do parlamento federal, e os interesses locais e particulares realizados pelos parlamentos estaduais (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 53, tradução nossa).

Um empenho como este, em se estabelecer uma aguerrida defesa da representação política, não nos parece senão uma tentativa de se afastar, a todo e qualquer custo, a possibilidade de transmissão hereditária da soberania como se verificava no Estado absolutista – conforme a opinião de Manin, exposta na nota de rodapé n.º 9 deste trabalho.

Ademais, há que se lembrar que, em sistemas de democracia direta, como o ateniense, nem todos os poderes e prerrogativas eram exercidos diretamente pelo povo, mas também por órgãos e grupos menores, escolhidos por sorteio. Esse triunfo do método eletivo em face do sorteio⁴⁹ (ou de qualquer outro método de distribuição do poder político) é portanto símbolo da tradição republicana, da qual a independência norte-americana talvez seja o primeiro – e, junto com a experiência francesa, o mais expressivo – exemplo.

Isto posto, dado o contexto amplamente frágil da Confederação e a necessidade de se formar uma unidade coesa entre os emergentes estados norte-americanos, é proposta, na Convenção da Filadélfia, em vez do planejado rearranjo dos Artigos da Confederação, o esboço de uma Constituição Federal.

O debate que se estabeleceu entre Federalistas e Anti-Federalistas, à ocasião da Convenção, não tinha como ponto central uma discordância quanto à representação em si, mas quanto à forma de representação. Ainda que conscientes da necessidade da representação política, os Anti-Federalistas não acreditavam que, da forma proposta, haveria suficiente semelhança entre representantes e representados, visto que acreditavam que os primeiros deveriam necessariamente comungar dos mesmos desejos, idiossincrasias e sentimentos dos segundos⁵⁰. (MANIN, 1997, pp. 109-110).

Quando os Anti-Federalistas falavam de “semelhança” ou “proximidade”, a intenção primordial era abordar o sentido social desses termos. Os que se opunham à Constituição argumentavam que muitas das classes da população restariam sem a adequada representatividade, já que nenhum de seus membros comporia a assembleia (MANIN, 1997, p. 111).

49 O sorteio parece ter sido novamente considerado em algumas experiências modernas: proposto por James Wilson, nos debates que orbitaram a formação da Constituição dos EUA, como método para escolher, dentre os membros do Congresso, os membros de um colégio de eleitores que escolheriam o Presidente da República; no contexto da revolução francesa, proposto por Sieyès e Lanthenas; durante a reação termidoriana, na França, sugerido como método para reorganizar os assentos nas assembleias representativas (Conselho dos Quinhentos e Conselho dos Anciões); em qualquer dos casos, o método não obteve expressividade e acabou caindo novamente no ostracismo (MANIN, 1997, p. 80).

50 Esse anseio se coloca de modo diametralmente oposto àquilo que Rousseau já defendera, num outro momento, como uma das linhas mestras do seu pensamento político (que será abordado adiante): que a representação política não apenas obnubila a visão do bem comum como impede a concretização da vontade geral, tornando a democracia direta como única opção. Ou seja, de que não há possibilidade nenhuma de um representante “espelhar” de modo indiscutivelmente perfeito os anseios, a vontade, os sentimentos e os objetivos do seu eleitorado.

Contudo, o contraponto Federalista a esse argumento repousa justamente na ideia de que certa diferença entre representantes e representados não apenas é incontornável como também desejável. A escolha pelo povo dos mais virtuosos para ocuparem cargos políticos de representação é positiva e desejável não apenas porque estes mesmos representantes serão controlados pelos mecanismos próprios da representação, como eleições constantes, mas porque, agindo com vistas ao bem comum, garantirão o apoio dos seus eleitores para sua manutenção no cargo. Em outras palavras,

O republicanismo de Madison, entretanto, não se satisfaz ao viabilizar a seleção dos mais sábios e virtuosos; não há uma fé cega nas elites sábias e virtuosas. Os representantes devem ser mantidos no caminho da virtude por meio de um sistema de constringências, sanções e recompensas. A “precaução mais efetiva no intuito de mantê-los virtuosos” é submetê-los a frequentes eleições e reeleições. A constante expectativa de uma vindoura eleição, combinada com o desejo de continuar no cargo, garantirá sua adequada devoção aos interesses populares. Se, no governo republicano, os poucos e seletos eleitos servirem ao bem comum em vez de seus próprios interesses, não será em razão de qualquer semelhança entre eles e seus eleitores, mas primariamente porque eles se mantêm passíveis de responsabilidade perante o povo por meio de eleições regulares. Os Anti-Federalistas pensavam que os representantes apenas serviriam ao povo caso a este fossem iguais. Madison responde que os representantes não apenas podem muito bem ser diferentes do povo, mas que até mesmo deveriam sê-lo. Servirão ao povo, mesmo assim, porque dele ficarão justamente dependentes, por artifícios institucionais. Eleições recorrentes – e não similitude ou familiaridade sociais – são os melhores guardiões dos interesses do povo. (MANIN, 1997, pp. 117-118).

Os Federalistas, ademais, afastavam qualquer argumento acerca de uma possível configuração aristocrática da Constituição que se elaborava à ocasião, posto que nela não havia – e com isso os Anti-Federalistas consentiam – nenhuma qualificação de cunho censitário, capacitário ou afim para que algum interessado se tornasse elegível.

Os *Federalist Papers* foram, em geral, o principal manifesto político-filosófico a favor da instituição de um Estado único entre as ex-colônias inglesas na América do Norte, formado a partir de bases federativas, republicanas, presidencialistas e, além de tudo, democráticas: a democracia norte-americana reflete a quintessencial expressão do sentimento de um povo que buscou estabelecer sua própria estrutura

fundante, inovando ao estabelecer o sentido moderno do termo democracia por meio da rejeição dos modelos pretéritos.

Os Estados Unidos da América inauguram um novo modelo político, jurídico e filosófico, com a concretização de uma constituição escrita, essencialmente sintética – e que ainda vige –, responsável por afirmar juridicamente direitos individuais que até então eram exortações metafísicas, inverter os polos na forma de se conduzir a coisa pública ao limitar o poder soberano junto à afirmação do Estado de Direito e alçar pretensões burguesas como o direito à liberdade e à propriedade ao patamar de cânones políticos a serem tutelados pelo Estado e pela sociedade.⁵¹

O “*We, the people*”, contudo, revela como a representação política foi a forma mais notável de viragem teórica quanto ao termo “democracia” – governo do povo –, agora exercida de forma indireta, consagrando a célebre distinção que Constant descreveria posteriormente: a liberdade deixa a ágora para repousar sobre as urnas. A participação popular na definição da estrutura do país é feita de modo remoto, pela escolha de representantes que falam, agora, em nome do povo. E parece não ir além disso. A instabilidade do período revolucionário, somada à configuração frágil da Confederação, fez com que uma força reativa surgida no seio dos argumentos Federalistas na Convenção da Filadélfia despertasse certa desconfiança quanto ao aumento constante da participação popular.

Em outros termos, Bentes resume o quadro:

Tanto na Inglaterra quanto na França, o constitucionalismo e a teoria da separação de Poderes atuaram no sentido de enfraquecer esta soberania do Estado absolutista e de consagrar formas variadas de supremacia legislativa. Nos EUA, porém, a conjuntura sócio-política era diferente da européia. A sociedade colonial americana já vivia sob o manto do sistema constitucional inglês de garantias individuais. O rompimento com a metrópole não só manteve estas liberdades, como potencializou a ação do povo no cenário político, fato que gerou a Constituição e seu sistema de freios e contrapesos como um meio de

51 Uma nota de contraponto crítico merece ser postulada: há uma certa tendência quase unânime de situar a experiência norte-americana na vanguarda do movimento político responsável pelo estabelecimento de uma plena democracia representativa, em que os cidadãos decidem autonomamente ao escolherem seus representantes, conscientes de terem agido tão e somente em seu próprio favor e, assim, a favor do bem comum. Manin aponta como a democracia norte-americana, representativa, realizada por meio do método eletivo, pode ter reintroduzido na arena política um forte elemento aristocrático, ao declarar legítima a escolha dos melhores e mais aptos a governar – ainda que a distinção seja feita em novos termos. É dizer, “Se é verdade que o método eletivo favorece os mais notáveis, não se trata dos mais notáveis numa sociedade feudal, mas aqueles que gozam de um *status* superior na sociedade, em quaisquer termos essa superioridade seja definida” (MANIN, 1997, p. 133). Nesse sentido, cf. *idem, ibidem*, pp. 132 e ss.

limitar este engajamento popular. Estes países que lutaram contra o absolutismo consagraram a supremacia legislativa como um meio de aproximar o povo do governo. Os federalistas norte-americanos, porém, estavam alarmados, justamente, com o aumento da participação popular no período revolucionário e não se empenharam em desenvolver um tipo de governo centrado no Legislativo. Ao contrário, construíram mecanismos que o contivessem, como o veto presidencial, o controle interno do Senado e o *judicial review*. [...] Negri afirma que embora *O Federalista* apresente a soberania popular como um meio de se fiscalizar o governo e impedir a violação dos direitos das minorias, a Constituição não criou um sistema de contrapoder que fortalecesse a sociedade de modo satisfatório e suficiente para cumprir esta função de controle (2016, pp. 97-99).

1.3.3. Alexis de Tocqueville: o governo da maioria e seus impasses

Tocqueville merece aqui ser lembrado por dois motivos: a um, porque, apesar da sua origem aristocrática, é considerado um liberal cujo pensamento político é voltado a uma compreensão da democracia nascente, a qual se caracteriza por uma profunda transformação social (ou “Revolução democrática”) que não é isenta de riscos potenciais; a dois, porque realizou um estudo sistemático da democracia norte-americana, o que nos ajuda a compreender melhor não apenas o contexto da experiência daquele país mas dos próprios conceitos de democracia e de liberalismo.

Embora Tocqueville, no seu “Democracia na América”, defenda a liberdade e a igualdade de condições em vista das quais o povo assume o comando de uma nação verdadeiramente democrática, ele não deixa de apontar alguns perigos que uma democracia poderia apresentar. Neste sentido, destacam-se dois problemas: o primeiro advém da preocupação declarada com a onipotência, ou tirania, da maioria, o que o motiva a elencar, em uma análise mais hipotética que empírica, possíveis ameaças que a democracia pode trazer à liberdade do cidadão e à autonomia do indivíduo (PETRUCCIANI, 2014, pp. 121-122).

Para ele, tal tirania da maioria ganha espaço quando o legislativo se agiganta e é tomado por representantes altamente condicionados pela opinião popular, ou seja, por uma ausência de limites verificados nas hipóteses em que o parlamento

necessite ser controlado (PETRUCCIANI, 2014, p. 122). O segundo problema vincula-se ao individualismo e à apatia em relação à vida comunitária, que leva os cidadãos a desprezarem seus compromissos políticos. Neste ambiente, Tocqueville alerta para os riscos de um governo tutelar, que, eleito pelos homens, os serviliza e os paralisa por meio de um controle paternal, inserindo-os numa letargia política e degradando-os “sem os atormentar” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 388).

Essa visão desconfiada e cautelosa dos processos sociais e políticos de estabelecimento e consolidação das instituições democráticas o leva então a notar que o escancarado e odioso despotismo que se verificava no período absolutista poderia se converter num outro tipo de despotismo: um mais brando, regado pelo comodismo humano, em torno de uma multidão amorfa, apolítica e com pusilânime espírito cívico, que agora não participa da vida pública senão por representação (PETRUCCIANI, 2014, pp. 122-124).

O seguinte trecho da segunda parte de “Democracia na América” é cristalino ao trazer uma imagem de como Tocqueville, ao concatenar com maestria os argumentos com os quais aponta os potenciais vícios da democracia representativa, construirá o terreno para uma defesa da engenharia constitucional norte-americana, da democracia municipal e do associacionismo (PETRUCCIANI, 2014, p. 124):

Creio pois que a espécie de opressão com que os povos democráticos são ameaçados não se parecerá em nada com a que a precedeu no mundo [...]. Quero imaginar sob que novos traços o despotismo poderia produzir-se no mundo: vejo uma multidão incalculável de homens semelhantes e iguais que giram sem repouso em torno de si mesmos para conseguir pequenos e vulgares prazeres com que enchem sua alma [...]. Acima desses [homens] se ergue um poder imenso e tutelar, que se encarrega sozinho de assegurar o proveito e zelar pela sorte deles. É absoluto, detalhado, regular, previdente e doce [...]. [Nossos contemporâneos] se consolam por estar tutelados pensando terem eles próprios escolhido seus tutores. Cada indivíduo suporta que o prendam, porque vê que não é um homem nem uma classe, mas o próprio povo que segura a porta da cadeia (TOCQUEVILLE, 2004, pp. 389-391).

Por meio da exposição das fragilidades de uma desejada, embora ainda frágil, democracia, Tocqueville buscava alertar o povo francês dos problemas desta nova estrutura social e política. Ainda que a igualdade de condições seja um suposto para o exercício da liberdade, o apego excessivo a ela pode levar tanto à

homogeneização de posições que está na base da Tirania da Maioria, quanto ao individualismo que dispõe cada cidadão ao isolamento e à apatia cívica, dando origem a um Governo Tutelar. Em ambos os casos a igualdade e a liberdade ficam ameaçadas.⁵²

Na viagem aos Estados Unidos da América, que fez com seu amigo Gustave de Beaumont, esperava encontrar subsídio para sua missão de contribuir para a consolidação da democracia na França:

Tocqueville sente que deve tentar explicar por que um princípio político, o da *igualdade*, estava tão entranhado na sociedade americana e isso acabaria por afetar todo o funcionamento das instituições políticas da nação. O estado social da igualdade é a causa para que o regime tenha suas próprias características (PINTO FILHO, 2013, p. 315, itálicos nossos).

De qualquer sorte, Tocqueville enaltece a democracia por ela promover o maior bem-estar de todos⁵³ em vez de uma prosperidade individual de poucos, ainda que perceba uma maior dificuldade para o homem médio se dedicar às finas artes, à literatura, ao ócio criativo, estudos especulativos, meditações intelectuais, enfim, aos prazeres da mente, pois precisará trabalhar para seu sustento, ao contrário do rico (TOCQUEVILLE, 2004, pp. 63-68).

52 É importante clarear esta ideia, inclusive, por meio de uma explicação feita pelo próprio Tocqueville, na quarta parte do segundo tomo de Democracia na América: “Todos os antigos poderes políticos da Europa, os maiores como os menores, foram fundados nos tempos de aristocracia e representavam ou defendiam mais ou menos o *princípio da desigualdade e do privilégio*. Para fazer prevalecer no governo as necessidades e os novos interesses que a *igualdade crescente* sugeria, foi preciso pois que os homens de nossos dias derrubassem ou coagissem os antigos poderes. Isso os levou a fazer revoluções e inspirou a um grande número deles esse gosto selvagem pela desordem e pela independência que todas as revoluções, qualquer que seja sua meta, sempre fazem nascer. *Não creio que haja um só lugar na Europa em que o desenvolvimento da igualdade não tenha sido precedido ou seguido por algumas mudanças violentas no estado da propriedade e das pessoas*, e quase todas essas mudanças foram acompanhadas de muita anarquia e muita licença, porque eram feitas pela porção menos civilizada da nação contra a que o era mais. Daí se originaram as duas tendências contrárias que mostrei precedentemente. Enquanto a revolução democrática estava em pleno calor, os homens ocupados com destruir os antigos poderes aristocráticos que combatiam contra ela mostravam-se animados por um grande espírito de independência e, à medida que a vitória, da igualdade se tornava mais completa, abandonavam-se pouco a pouco aos instintos naturais que essa mesma igualdade faz nascer e reforçavam ou centralizavam o poder social. *Tinham querido ser livres para poder se fazer iguais e, à medida que a igualdade ia se firmando mais com ajuda da liberdade, ela lhes tornava a liberdade mais difícil.*” (TOCQUEVILLE, 2004, pp. 385-386, itálicos nossos).

53 Nesse sentido, afirma Helena Esser dos Reis que, “[n]a obra de Tocqueville, democracia é um atributo do Estado, que se caracteriza em vista da igualdade e da liberdade de seus cidadãos, vale dizer, que se caracteriza por um estado social marcado pela igualdade de condições, e por uma forma política que dá expressão à vontade dos cidadãos” (REIS, 2013, p. 6).

É, portanto, no desequilíbrio entre a igualdade de condições sociais e o exercício da liberdade que Tocqueville concentra suas maiores reflexões e críticas. Denuncia o perecimento do sentimento cívico e de pertença ao corpo político, unido a um exacerbado individualismo e uma dissociação, feita pelo próprio indivíduo, entre seus interesses privados e os interesses coletivos. Expõe, destarte, como a não participação, sobretudo no âmbito comunal, aliena o cidadão da esfera comum de participação política e o faz volver suas atenções apenas para aquilo que favoreça seu próprio bem-estar, cuja realização, contraditoriamente, espera receber do Estado, ao qual se torna cada vez mais servil.

Entende Tocqueville que o remédio para a democracia é a própria democracia: a virtude democrática é viabilizar a constante participação, o livre arbítrio e a possibilidade de sempre retomar o horizonte do bem-estar político e social por meio da igualdade de condições políticas e do respeito à decisão da maioria, mas sem descuidar do respeito à liberdade das minorias. No Estado democrático,

[a] sorte não está dada, o destino não está traçado. O mesmo estado social marcado pela igualdade entre os homens pode ter, como consequência política, a emergência de um Estado democrático, plural e tolerante, ou de um Estado despótico, homogêneo e excludente. Tocqueville incita-nos a pensar que o despotismo e a democracia são consequências possíveis do julgamento e da ação dos homens (REIS, 2013, p. 6).

1.3.4. Emmanuel Joseph Sieyès: o poder constituinte da nação e a redenção política do terceiro estado

O valor da obra intelectual de Sieyès para o construto da trajetória da democracia pode passar despercebido. O abade francês costuma ser citado no mundo acadêmico quase sempre por ter tido o mérito de sistematizar, pela primeira vez, uma teoria do poder constituinte, o que o torna conhecido dentro dos debates em Direito Constitucional.

Entretanto, é necessário apontar que seu pensamento não apenas estabeleceu, junto com Rousseau e Voltaire, as bases iluministas do movimento

revolucionário francês no último quarto do século XVIII, mas forneceu subsídios robustos a uma teoria da soberania nacional que se imprimiu nos ideais políticos e filosóficos daquele país e, certamente, possui uma intrínseca conexão com a ideia de democracia representativa.

Mais que um arquiteto da Revolução Francesa, como ficou conhecido, Sieyès refletiu sobre uma miríade de questões teóricas vinculadas àquilo que a democracia moderna é geralmente levada a expor: uma combinação deveras perplexa entre Estados soberanos, regra da maioria, mercados competitivos e liberdade individual (SONENSCHER, 2003, p. viii).

O clima de descontentamento e desconfiança na França revolucionária era difundido tão rapidamente quanto crescia a crise econômica e social. O endividamento já iniciado após a derrota à Inglaterra na Guerra dos Sete Anos, e potencializado pelo apoio dado aos EUA quando da Guerra de Declaração de Independência, aqueceu os ânimos na década de 1780.⁵⁴

Sieyès era um Abade, ou seja, membro do clero, um dos dois estados-gerais do reino, dentre os três que compunham o todo, que possuíam privilégios perante a coroa. Os estados-gerais, em conjunto, eram um órgão político representativo dos estamentos (estados ou ordens) sociais na França – clero, nobreza e comuns –, e eram convocados com alguma frequência desde o início do século XIV até 1614, com o objetivo de deliberar e auxiliar o Rei, tal qual um conselho consultivo, sobre questões políticas e econômicas.

O cenário política e economicamente conturbado motivou o Rei Luís XVI a convocar, em 1788, após um longo vácuo de mais de 150 anos, os estados-gerais, impulsionando a produção e divulgação de mais de quarenta mil panfletos e opúsculos, contendo ideias sobre a reforma de estado (VIEIRA, 2009, p. xxv).

54 “Desta crise econômica decorre a das contas públicas. Alguns historiadores antigos acreditavam que a economia prosperava ainda com Luís XVI, mas que a *ajuda prestada pela França aos colonos norte-americanos, em sua luta pela independência, resultou no aumento dos gastos do governo*, que quis aumentar os impostos e acabou empobrecendo o país. *Estudos mais recentes, porém, mostram que a economia já começava a entrar em crise antes da participação francesa na guerra americana*. Assim, a diminuição dos lucros e da renda, com a crise, daqueles que pagavam impostos foi que secou a fonte das receitas públicas, criando o déficit crescente que colocou o Estado em xeque. Sem dúvida, os gastos com a guerra na América contribuíram muito para piorar o problema, mas sua origem é a insuficiência da receita com os impostos. Por isso, os sucessivos ministros que tentam resolver essa situação, na década de 1780, propõem ampliar o número das pessoas tributáveis, incluindo nele os nobres” (GRESPLAN, 2003, pp. 77-78, itálicos nossos).

Dentre eles, aquele que o tornou célebre, “*Qu’est-ce qu’est le tiers état?*” – *O que é o terceiro estado?*⁵⁵. Nele, Sieyès refuta a desproporcional representatividade nos estados gerais, que deliberavam e votavam não por maioria de cabeças, mas, sim, por maioria de estados. Portanto, considerando que os notáveis (a nobreza e o clero), possuidores de interesses afins, se uniam para votar de modo concertado em um mesmo sentido, o terceiro estado, em minoria, sempre acabava derrotado na proporção de dois contra um.

Sieyès põe em relevo a injusta discrepância entre o enorme poder depositado sobre duas classes tão numericamente irrelevantes na sociedade francesa: oitenta mil e quatrocentos membros do clero e cerca de cento e dez mil membros da nobreza, totalizando menos de duzentos mil indivíduos, em um universo populacional de aproximadamente vinte e cinco milhões de franceses (SIEYÈS, 2009, pp. 25-27). Nesse sentido, alega que os deputados do clero e da nobreza não são representantes da nação mais legítimos que o terceiro estado. E propõe autorizar o terceiro estado a deliberar, não apenas a deliberar por si próprio, mas por toda a nação. A lógica proposta por Sieyès para apontar como o terceiro estado, que representa a maioria da nação, é mais capaz de representá-la, é apresentada: a lei não poderia ser expressão geral da maioria e, ao mesmo tempo, menos de dez por cento da população suplantar a vontade dos outros noventa, o que equivaleria a se permitir que a minoria fizesse a lei, algo antinatural.

Dessa forma, para que o terceiro estado adquirisse direitos políticos de maneira salutar à nação, teria como opção se isolar dos outros dois estados, que com ele não se ajustavam, porque estes só se ocupavam da manutenção dos seus próprios privilégios. Portanto, ao terceiro estado caberia romper com a estrutura dos estados gerais e compor, sozinho, uma assembleia nacional, posto que representava a avassaladora maioria da nação. Assim, dado o incontornável desequilíbrio na representação dos estados, não haveria outra solução senão a composição de uma assembleia nacional formada pelo terceiro estado. Estava, assim, justificada com finos argumentos, por um membro da aristocracia clerical que se dedicou à causa do terceiro estado⁵⁶, a revolução que eclodiria logo então em

55 Também traduzido para o português como “A Constituinte Burguesa” (SIEYÈS, 2009).

56 Sieyès, de algum modo, corrobora com a impressão de Tocqueville, acima mencionada, de que o espírito da racionalidade é mais afeto aos abastados, ao exclamar que as defesas mais pujantes da causa do

1789, carregada pela ideia de que “[n]ão somos livres por privilégios, mas por direitos, direitos que pertencem a todos os cidadãos” (SIEYÈS, 2009, pp. 7, 24-25, 30 e 70-73).

Quanto à representação, a lógica engendrada por Sieyès era a seguinte: estabelecer um sistema de representação política, capaz de produzir dois diferentes tipos de representantes, que ultrapassasse as já clássicas distinções entre monarquia, república e governo misto. Ele não contrapunha a monarquia à república, mas à poliarquia, “ou um governo com um comando do executivo não individual, mas múltiplo (o termo foi retomado em um sentido similar, conquanto mais elaborado, pelo cientista político norte-americano Robert Dahl)” (SONENSCHER, 2003, p. xxi, tradução nossa). Ou seja,

O termo “república”, Sieyès afirma, não era referente a nenhum particular tipo de sistema de governo. Era simplesmente uma versão modernizada da *res publica* latina (um termo que Sieyès frequentemente traduzia como *la chose publique* – ou coisa pública – ao se referir às instituições estatais, aí incluído o governo). O oposto de república era, portanto, tanto uma *ré-privé*, se o poder soberano estivesse nas mãos de uma pessoa só, ou uma *ré-total*, se a soberania fosse exercida diretamente pela comunidade como um todo. Ambos os modelos de sistemas, dizia Sieyès, eram incompatíveis com a sobrevivência conjunta e a longo prazo dos dois diferentes elementos, um plural, outro singular, ligados a toda associação humana durável. O governo representativo era então um sistema de governo desenvolvido para evitar a ocorrência de qualquer uma dessas formas de patologia política. “Na representação”, escreveu Sieyès, “a plenitude do poder não pode ser exercida em lugar algum”. Essa, argumenta, é a razão pela qual o governo representativo teria que ter uma constituição que fosse capaz de

Terceiro Estado tenham derivado do clero e da nobreza, mas não dos membros daquele, que seriam os maiores interessados: “[n]a lentidão do Terceiro Estado eu vi apenas o hábito do silêncio e o medo do oprimido, o que dá mais uma prova da realidade da opressão. É possível refletir seriamente sobre os princípios e o fim do estado de sociedade sem revoltar-se até o fundo da alma com a monstruosa parcialidade das instituições humanas? Não me surpreendendo de que os primeiros defensores da justiça e da humanidade pertençam às duas primeiras ordens. Os ‘talentos’ nascem da utilização exclusiva da inteligência e de longos hábitos. Os membros da ordem do Terceiro Estado deveriam, por mil razões, sobressair neste aspecto. Mas as ‘luzes’ da moral pública aparecem primeiro nos homens melhor situados para captar as grandes relações sociais e cujos recursos originais comumente estão menos danificados, pois as ciências afetam tanto a alma como o espírito” (SIEYÈS, 2009, p. 37). Goyard-Fabre expõe aquilo que pode ser uma das óbvias razões pelas quais não houve manifestação burguesa em ajuste com o descontentamento clerical e nobre quanto à situação de crise: “[é] certo que a burguesia não escondia mais sua indignação diante do regime vigente que cheirava a feudalismo; porém nenhum autor alçava-se a uma problematização e menos ainda a uma explicação desse estado de coisas. Embora, por um breve momento, a burguesia tenha-se sentido de acordo com a revolta dos parlamentos contra o governo, não procurou razões teóricas para essa convergência de objetivos. Aliás, ela rapidamente se afastou dessas ordens abastadas que, nem mais nem menos que a nobreza e o clero, gozavam de ‘privilégios’ que, na realidade social do momento, ela considerava indevidos” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 179).

manter os elementos (incluindo um Chefe de Estado, um sistema eleitoral, um sistema jurídico, um sistema fiscal, uma estrutura de defesa e uma moeda) utilizados pelos membros de um Estado ou uma nação para gerir seus interesses comuns, de modo que voltados não apenas à geração presente, mas a todas as gerações vindouras. Uma nação, anotou Sieyès, não era como uma pessoa física. Era, ao contrário, mais como uma espécie biológica ou zoológica. Seus membros individualmente considerados viveriam e morreriam, mas enquanto “espécie civil” uma nação perduraria indefinidamente⁵⁷. Mas, para isso, precisaria de um sistema de governo capaz de reagir à mudança e, desse modo, manter sua capacidade de ser o que era. (SONENSCHER, 2003, pp. xxi-xxii, tradução nossa).

Sieyès, destarte, elabora um sistema político de representação da soberania cujo titular era a nação, dotada do poder constituinte (*pouvoir constituant*), dos quais derivariam os poderes constituídos (*pouvoir constitué*). Ou seja, todo Estado possui uma constituição que é obra de um pacto constituinte, materializado por um poder (constituinte) anterior a ela própria. Esse mesmo poder constituinte é a origem – e fonte de legitimidade – da qual emanam os poderes constituídos ou instituídos do Estado, a exemplo do poder legislativo.

Ao atribuir a soberania à nação, e não ao povo, Sieyès o fazia “se referindo à nação francesa como uma entidade singular e unitária, mais que a mera soma de todos os seus diversos membros. Se a França tinha uma população de vinte e cinco ou vinte e seis milhões de pessoas, eles ainda eram todos membros de uma nação. Era essa entidade soberana singular que recebia a titularidade para elaborar uma constituição para seu governo” (SONENSCHER, 2003, p. xxv, tradução nossa). Essa ideia de um corpo político unido e indissolúvel, diferente da soma individual dos membros da comunidade, é distinta daquilo que propunha Rousseau, nos seus termos, como soberania da vontade geral, precursora da doutrina da soberania popular, e não nacional. A ideia de representação não encontra esteio em Rousseau.

57 “Que é nação, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o *conjunto de homens* que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a nação encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação aos interesses que os homens possam ter num determinado momento” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 33).

1.3.5. Jean-Jacques Rousseau: a repristinação da democracia sob a ótica do republicanismo

Se Tocqueville concentrou uma grande parte do seu pensamento na tentativa de estabelecer precauções para evitar os perigos de uma tirania da maioria e de um governo tutelar, mas mantinha sua crença na participação democrática e no governo representativo, a democracia para Rousseau é elevada à máxima potência por meio da ideia de vontade geral que, por ser soberana, nunca poderá ser dividida nem representada. Nesse sentido, alguns dos que se opuseram ao proposto por Rousseau, isto é, a favor da representação, como Madison e Sieyès, precisaram de reconhecer uma diferença essencial entre democracia e o sistema representativo ou republicano. Ainda que guardando fulcrais diferenças, os idealizadores do sistema representativo norte-americano e francês se opuseram ao modelo político rousseauiano d'O Contrato Social.

Assim Rousseau é considerado, por alguns estudiosos da filosofia política, não só um, mas o teórico da democracia moderna, um “democrata radical” – conceito cuja análise retomaremos adiante. Não porque inicia a modernidade, mas porque, encerrando aquilo que fora iniciado no Renascimento com Maquiavel, rejeita patentemente a representação política e “[c]onstitui o ápice do republicanismo” (FRANCISCO, 2013, p. 257). Objetava tão fortemente o método representativo que o comparava à escravidão:

A liberdade só se mantém com o apoio da servidão? Pode ser. Os dois excessos se tocam. Tudo o que não se acha na natureza tem seus inconvenientes, e a sociedade civil mais que todo o resto. Há tais situações infelizes em que não se pode conservar a liberdade senão à custa da de outrem, e em que o cidadão só pode ser perfeitamente livre se o escravo for extremamente escravo. Assim era a situação de Esparta. *Quanto a vós, povos modernos, não tendes escravos, porém o sois; pagais com a vossa a liberdade deles. Por mais que vos jacteis dessa preferência, vejo nela mais covardia que humanidade. Não entendo, por tudo isso, que seja necessária a existência de escravos nem que seja legítimo o direito de escravidão, visto que provei o contrário. Indico apenas as razões por que os povos modernos, que se crêem livres, têm representantes e por que os povos antigos não os tinham. De qualquer modo, no momento em que um povo nomeia representantes, já não é um povo livre: deixa de ser povo* (ROUSSEAU, 1999, pp. 115-116, itálicos nossos).

Mas o fato de Rousseau ter ofertado por meio dos seus escritos políticos a matriz ideológica que culminou na Revolução de 1789 não o torna exatamente, para alguns (FRANCISCO, 2013, p. 257), um pensador burguês. Ou seja, a forma como sua obra foi utilizada pela ideologia burguesa revolucionária – a granel, descontextualizada e interpretada ao alvedrio do interesse do momento, o que pode ter consolidado uma “figura pública e mítica” de Rousseau, reduzindo-o a um pensador burguês e que não passa de um arremedo ou simulacro daquele genebrino que seus próprios textos revelam –, mostra o quão complexo, profundo e pouco compreendido é o seu pensamento (FRANCISCO, 2013, p. 257)⁵⁸.

Sua empresa em construir um pensamento republicano repousada na ideia de contrato social é pautada numa reviravolta sobre a discussão que já se travava desde a Idade Média do século XV – qual a legitimidade da autoridade política do líder político de uma comunidade: o monarca. Se durante muito tempo discutiu-se se o direito de governar do soberano era derivado do poder divino, ou se em razão de sua superioridade em relação ao súdito tal qual a de um pastor ante seu rebanho ou do pai perante os filhos, Rousseau estabelece que a única forma de se estabelecer um poder político legítimo em uma sociedade implica na alocação desse poder no próprio povo (FRANCISCO, 2013, p. 258).

Assim, Rousseau, ao rechaçar “qualquer possibilidade de algum direito de alguém ou de alguns para governar os demais”, nega também a origem divina do poder dos reis, distanciando-se, sobretudo, da perspectiva do direito do mais forte⁵⁹. Entendia que a igualdade e a liberdade do homem só podem ser garantidos por meio da participação ativa do cidadão no governo, sem reis, príncipes ou oligarquias (SANTOS, 2009, p. 106)⁶⁰.

58 “A linguagem rousseauiana pode ser enganadora. A retórica seduz o leitor e desvia sua atenção, com frequência, de aspectos essenciais da obra: a preocupação com o rigor, o recurso à experiência, o esforço para decifrar a formação e o funcionamento das sociedades e, de modo especial, a reflexão sobre o poder político e as condições de seu exercício” (KUNTZ, 2012, p. 11).

59 “Já que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens” (ROUSSEAU, 1999, p. 13).

60 A desconfiança (para não dizer pessimismo) de Rousseau quanto à sociedade enquanto instituição responsável pela corrupção do indivíduo era, provavelmente, um reflexo do contexto social em que vivia, durante o Antigo Regime francês, onde o comando político real com o auxílio da Igreja não atuava senão para a manutenção de privilégios a poucos e de uma alta desigualdade social. Assim, Rousseau demonstrava sua desconfiança ante a origem divina do poder: “[o] que os pagãos temiam aconteceu. Então, tudo mudou de figura: os humildes cristãos mudaram de linguagem e logo se viu esse pretensu reino do outro mundo

Seu trabalho na análise dos sistemas políticos remetem a um modelo teórico abstrato e quase utópico: “[s]e houvesse um povo de deuses, haveria de governar-se democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens” (ROUSSEAU, 1999, p. 84). Contudo, não descurou da análise empírica de povos histórica e culturalmente distintos, afinando sua análise de modo descritivo e, então, prescritivo, para expor qual o modelo ideal a cada tipo de sociedade, ao afirmar, por exemplo, que é a Monarquia que convém aos grandes Estados (ROUSSEAU, 1999, p. 89).

De todo modo, Rousseau é, tanto quanto seus antecessores Hobbes, Locke e mesmo Spinoza, um contratualista. Acredita que a ordem social não é um dado natural, mas construída artificialmente por homens originariamente livres e iguais. Ainda que haja uma considerável tradição entre seus intérpretes, de modo que muitos dos quais o consideram um crítico, apesar da linguagem jusnaturalista, Rousseau parte do pressuposto que há um estado de natureza do qual os homens, mediante um pacto social, fundam a sociedade civil. Contudo, suas premissas são bastante distintas.

Enquanto para Hobbes a condição desfavorável do estado de natureza legitimava qualquer estado civil, até o mais tirano e opressivo, Rousseau explica que os pressupostos que levaram Hobbes a descrever o estado de natureza como estado de guerra permanente de todos contra todos são equivocados, porque são paixões que caracterizam, na verdade, “o homem civilizado, ou melhor, corrompido e arruinado por uma civilização malsã” (PETRUCCIANI, 2014, p. 94). Também faz

tornar-se, sob a direção de um chefe visível, o mais violento despotismo neste mesmo mundo. Entretanto, como sempre houve um príncipe e leis civis, resultou desse duplo poder um eterno conflito de jurisdição que impossibilitou a existência de qualquer boa *politia* nos Estados cristãos, e jamais se conseguiu saber a que senhor ou sacerdote se estava obrigado a obedecer.” (ROUSSEAU, 1999, p. 158). Jonathan Israel, contrapondo D’Holbach a Rousseau, aprofunda a questão: “D’Holbach, em seu *Essai sur les Préjugés* (1770) e *Système social* (1773), identifica dois grandes ‘poderes’, a saber, a religião organizada e o governo, que tradicionalmente se unem para impedir o gozo dos benefícios que a sociedade deveria conferir a todos os homens. O governo tem feito isso, ele afirma, ao dividir os homens de acordo com seus interesses velados e ao aumentar a felicidade daqueles que governam à custa do resto. A sociedade nessa época realizava seu trabalho de harmonizar os interesses de todos sob a proteção da lei de maneira tão vil que certos *penseurs découragés* [pensadores desanimados], isto é, Rousseau, concluiu que a vida em sociedade era ‘contrária à natureza do homem’ e a solução mais inteligente seria renunciar totalmente à sociedade. Esta foi a posição tomada de fato por Rousseau em seus últimos trabalhos. Mas tal recurso, rebateu d’Holbach, é totalmente errado e imoral. Os homens não se degeneraram na sociedade, argumentou ele, ocorre simplesmente que a razão ainda não se desenvolveu suficientemente para que eles façam proveito adequado dela. *La corruption des peuples* é o efeito necessário de causas poderosas que conspiram para cegar os homens e mantê-los em uma eterna infância” (ISRAEL, 2013, p. 62).

Rousseau uma correção do pensamento de Locke, quando este atribui ao estado de natureza institutos apenas possíveis de pertencerem à humanidade civilizada, como a propriedade. Na visão de Rousseau, o estado de natureza, é um estado pacífico e estável, pressupõe o isolamento do homem que, solitário, não vive em guerra com seus semelhantes, mas só busca satisfazer suas necessidades. Por isso, nada obriga o homem a dele sair, senão a obra do acaso e o desenvolvimento natural das coisas (PETRUCCIANI, 2014, p. 94)⁶¹.

Quanto ao contrato em si, para Rousseau, a proposta Locke é injusta, porque, apesar de prometer assegurar os direitos naturais (proteção à vida, à liberdade e aos bens) do indivíduo, mantinha e legitimava as diferenças reais estabelecidas até então pelas formas desiguais e usurpadoras de distribuição da propriedade (posto que a acumulação desequilibrada de bens era um fator real). Tal pacto não poderia ser subscrito pelos pobres de forma racional, senão por ingenuidade, pois dele não tirariam nenhuma vantagem, considerando o que deveriam ceder, ao contrário dos ricos, que muito teriam a ganhar: a proteção aos mesmos direitos naturais e a manutenção dos bens acumulados em excesso (PETRUCCIANI, 2014, p. 97; BLOOM, 2013, p. 517; REIS, 2019b, pp. 165-166).

O pacto é realizado entre homens originariamente livres e iguais, livre de quaisquer teorias que fulcrem o poder soberano na hierarquização natural, seja com base no poder patriarcal ou no direito do naturalmente mais forte. Rousseau, contrapondo-se a Grócio e sobretudo Hobbes, não admite um pacto no qual o povo se coloca em submissão a um soberano, pelos seguintes motivos: abrir mão da liberdade em troca de segurança fornecida pelo soberano é irracional, porque não há como garantir que esta segurança será de fato proporcionada; um contrato onde apenas uma das partes cede algo e nada recebe em troca é nulo ou insensato; nenhuma geração pode dispor da liberdade das que se seguem (aqui, um argumento a favor da manifestação inesgotável – ou permanente – do poder constituinte); a liberdade é inalienável, porque está ligada à responsabilidade do

61 “Raciocinando sobre os princípios que estabelece, devia este autor [Hobbes] dizer que, sendo o estado natural aquele em que o cuidado com a nossa conservação é o menos prejudicial à conservação alheia, o estado natural, conseqüentemente, seria o mais adequado à paz e o mais conveniente ao gênero humano. Mas diz precisamente o contrário, em virtude de introduzir despropositadamente no cuidado com a conservação do homem selvagem a *necessidade de satisfazer uma multidão de paixões que constituem a obra da sociedade e que tornaram as leis necessárias*” (ROUSSEAU, 2002, p. 165, itálicos nossos).

homem por suas ações, enquanto ser moral (libre arbítrio). Por fim, um pacto de sujeição (de cada cidadão ao corpo coletivo do qual ele é parte) só é possível se houver antes um pacto de associação que cria o corpo coletivo soberano (PETRUCCIANI, 2014, pp. 98-99).

Deste modo, as condições racionais para o pacto impelem os homens a decidirem realizar um pacto social que preserve a liberdade que os caracteriza no estado de natureza. Para além de uma mera “liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar”, com a vida civil o homem ganha a “liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui (...) [e] a liberdade moral”⁶². Assim, a ideia de Rousseau é de que o único pacto racionalmente possível é aquele no qual todos e cada um dos “indivíduos alienam totalmente seus direitos em favor do corpo político comum que todos juntos constituem” (PETRUCCIANI, 2014, p. 99), ou seja, submetem-se à direção da vontade geral.

“[O] indivíduo aceita que os outros tenham um direito sobre ele, mas ao mesmo tempo adquire um direito sobre os outros e, portanto, não perde nada da sua liberdade” (PETRUCCIANI, 2014, p. 99), de modo a recuperar o que cede. A vantagem é que, “enquanto no estado de natureza a sua liberdade de autogovernar-se podia ser em todo momento negada pela força do outro, agora a liberdade posta em comum tem em si a força de todo o corpo político e, portanto, está garantida” (PETRUCCIANI, 2014, p. 99). O mesmo se dá com a propriedade, que não deve ser redistribuída a novos donos, mas que ela se coloca sempre em subordinação ao direito da comunidade sobre tudo (PETRUCCIANI, 2014, p. 100).

A função do Estado, para Rousseau, é garantir o bem e o interesse comum, ou seja, a igualdade e a liberdade, que devem ser “o fim de qualquer sistema de legislação” (ROUSSEAU, 1999, p. 62). Embora no Capítulo XI, do Livro II, do seu “O Contrato Social”, Rosseau não desenvolva maiores explicações sobre a liberdade, pois afirma já tê-lo feito, insiste que a “liberdade não pode subsistir sem ela [a

62 “Para que não haja engano a respeito dessas compensações, importa distinguir entre a liberdade natural, que tem por limites apenas as forças do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, e ainda entre a posse, que não passa do efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, e a propriedade, que só pode fundar-se num título positivo. Sobre o que precede, poder-se-ia acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade” (ROUSSEAU, 1999, p. 26).

igualdade]” (1999, p. 62). E, expondo o que entende por igualdade, Rousseau nos entrega uma de suas mais belas e inspiradoras passagens:

[a] respeito da igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas sim que, quanto ao poder, ela esteja acima de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude da classe e das leis, e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se. O que supõe, da parte dos grandes, moderação de bens e de crédito, e, da parte dos pequenos, moderação de avareza e de cobiça (ROUSSEAU, 1999, pp. 62-63).

A igualdade é, acima de tudo, condição para a liberdade, “porque as grandes desigualdades permitem aos mais ricos comprar a liberdade pública, e impelem os mais pobres a vendê-la” (PETRUCCIANI, 2014, p. 101). A radicalidade democrática de Rousseau, que é assumida também por Tocqueville, reside nesta concepção que vincula liberdade e igualdade. A agir político do corpo de cidadãos supõe a igualdade de condições para que este agir seja de cada um dos cidadãos.

Dado que é da própria força das coisas que a desigualdade tenda a prevalecer, visto que os interesses particulares de cada indivíduo sempre entram em conflito com o bem comum, de algum modo, conclui-se que, onde há sociedade, há interesses em conflito; mas também há interesses em comum, porque, se não houvesse, a sociedade cessaria de existir. A política enquanto arte tem a difícil tarefa de governar a sociedade a partir do interesse comum, do qual a vontade geral é voz e se expressa pelo poder legislativo na forma das leis. De modo que é “exatamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre propender a mantê-la” (ROUSSEAU, 1999, p. 63).

A vontade geral, contudo e não raras vezes, diverge da vontade de todos⁶³, porque esta última nada mais é que a soma das vontades e interesses particulares, que tanto mais obscurecem a percepção do bem como quanto mais a sociedade se divide em partidos. Política é a arte da administração de conflitos, da busca da

63 “Assim como a vontade particular atua incessantemente contra a vontade geral, assim o governo se esforça continuamente contra a soberania. Quanto mais aumenta esse esforço, mais se altera a constituição e, como não há aqui outra vontade de corpo que, resistindo à do príncipe, faça equilíbrio com ela, mais cedo ou mais tarde deverá o príncipe, enfim, oprimir o soberano e romper o tratado social. Este é o vício inerente e inevitável que desde o nascimento do corpo político tende sem trégua a destruí-lo, tal como a velhice e a morte destroem o corpo do homem” (ROUSSEAU, 1999, p. 103).

conciliação da singularidade individual com o todo social. A vontade geral, portanto, é a unidade soberana estabelecida e titularizada pelo povo, que deve comandar o Estado por meio da lei. No poder legislativo, portanto, a representação é para Rousseau inconcebível, posto que a soberania não comporta alienação.

Considerando que a soberania é o “exercício da vontade geral” (ROUSSEAU, 1999, p. 33) e que a vontade não se transmite, nem pode o povo prometer “simplesmente obedecer, [pois] por esse mesmo ato ele se dissolve e perde sua qualidade de povo” (ROUSSEAU, 1999, p. 34), nem pode dividir a vontade geral, “visto que a vontade ou é geral ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte” (ROUSSEAU, 1999, pp. 34-35). Contudo, quando trata do governo, inicia separando a vontade da força: “Toda ação livre tem duas causas que concorrem para produzi-la, uma moral, a saber, a vontade que determina o ato, e outra física, ou seja, o poder que a executa” (ROUSSEAU, 1999, p. 71). Em seguida associa a vontade (vontade geral) ao poder legislativo e a força ao poder executivo.

Isso posto, a questão acima colocada sobre o adjetivo que Rousseau ganha de “democrata radical” merece maior atenção. Rousseau entende que quem faz a lei não deve executá-la e, portanto, não se devem misturar Legislativo e Executivo⁶⁴. Contudo, de modo apenas aparentemente paradoxal, lamenta que, apesar de quem faz as leis ser mais capaz de executá-la e interpretá-la, a junção de Executivo e Legislativo é deletéria.⁶⁵ Assim, caberia ao legislador soberano voltar-se para o todo enquanto o governo se ocuparia de aplicar as leis gerais e abstratas aos casos concretos e particulares. Assim, se houver confusão entre os dois órgãos, os interesses particulares podem fatalmente influenciar, de modo cabal e corruptível, a política voltada ao bem comum.

64 “Não convém que quem redige as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios gerais para concentrá-la nos objetivos particulares. Nada mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos. [...] Se fosse possível que o soberano, considerado como tal, tivesse o poder executivo, o direito e o fato estariam de tal forma confundidos que já não se saberia o que é lei e o que não o é, e o corpo político, assim desnaturados, logo seria vítima da violência contra a qual fora instituído” (ROUSSEAU, 1999, pp. 82 e 117).

65 “Quem faz a lei sabe melhor que ninguém como se deve executá-la e interpretá-la. Parece, pois, que não poderia haver melhor constituição que aquela em que o poder executivo está unido ao legislativo. Mas é justamente isso que torna esse governo insuficiente em certos pontos, porque as coisas que devem ser distinguidas não o são, e o príncipe e o soberano, sendo a mesma pessoa, não formam, por assim dizer, senão um governo sem governo” (ROUSSEAU, 1999, p. 82).

Nesse complexo mosaico de conceitos e ideias, Rousseau estabelece uma estrutura teórica que o coloca distante dos moldes libertários modernos. A individualidade e a autonomia da vontade, se levarem o homem a agir em vista de si mesmo – o que é exatamente o mote do liberalismo moderno –, levariam também à impossibilidade de acordo e mutilação da vontade geral. “Rousseau desprezava a democracia tal como normalmente praticada porque esta significa uma selvagem anarquia de interesse próprio” (BLOOM, 2013, p. 511).

Rousseau, portanto, é um crítico da democracia, e só se pode entender Rousseau como um democrata radical a partir de uma interpretação ampliada do termo democracia, que a compreenda não apenas como forma de governo mas, também, como uma forma de sociedade baseada na igualdade de condições entre os cidadãos (REIS, 2019b, pp. 152-154). É no estabelecimento da vontade geral como um corpo autônomo, diferente da mera soma aritmética das individualidades, por meio do pacto social, que surge o Estado republicano que Rousseau propunha. A atuação do indivíduo por meio da cidadania, ao participar da decisão sobre a coisa pública da mesma maneira – com o mesmo grau de liberdade, ou seja, em igualdade de liberdade – que todos os outros membros da sociedade, torna-o livre e senhor de si mesmo, efeito este que se opera igualmente sobre todos os membros do corpo coletivo (REIS, 2019b, p. 168).

A distinção entre Estado e governo é, finalmente, o ponto no qual é possível situar Rousseau no âmbito da democracia radical: referindo-se à República como todo Estado regido por leis, ou seja, pela vontade geral, independentemente da maneira que se dê a administração; e esta, tida como o governo ou o poder executivo, será sempre republicana quando legítima. Assim, ao oposto extremo de Maquiavel, Rousseau chega a afirmar que “a própria monarquia é república” (ROUSSEAU, 1999, p. 48), já que republicano é qualquer governo submetido à soberania da vontade geral (REIS, 2019b, pp. 169-170).

Portanto, é no deslocamento da soberania do rei para a soberania popular que Rousseau estabelece um novo conceito de democracia, firmada sobre uma relação de mutualismo: liberdade e igualdade são condições de possibilidade para a cidadania, e esta, quando exercida pelo próprio povo no objetivo de assegurar o bem comum, garante a sobrevivência efetiva das primeiras.

CAPÍTULO II: O LIBERALISMO EM PERSPECTIVA – O ESTADO EM FUNÇÃO DA LIBERDADE ENQUANTO PRINCÍPIO

É possível que os dilemas e contrastes da relação conturbada entre os conceitos de Estado e de sociedade civil, produzidos pelo pensamento contratualista (MASCARO, 2013, pp. 148-149) e potencializados no pensamento de Hegel, representem uma das maiores questões no âmbito da ciência política e do direito constitucional, sobre as quais incontáveis pensadores debruçaram esforços. E é em torno dessa relação (Estado vs. sociedade), sob a ótica da liberdade individual, que emerge a doutrina liberal.

Antes de se materializar na doutrina de Locke, o liberalismo – ou protoliberalismo⁶⁶, posto que o liberalismo é produto do século XIX –, intrinsecamente ligado à doutrina contratualista e vinculado à noção de direitos naturais do homem, já encontrava guarida no pensamento de Hobbes, por meio do qual se torna possível estabelecer um ponto de contato entre liberalismo, direitos fundamentais e democracia representativa⁶⁷. Hobbes projeta uma defesa do absolutismo monárquico que se tornará, ela própria, um projeto do seu ocaso e da fundamentação do liberalismo político, que florescerá no seio do pensamento político do século XVIII e XIX.

Entretanto, o liberalismo enquanto modelo político estruturado sobre a premissa básica da limitação do poder estatal por meio de direitos individuais só encontra espaço no pensamento de Locke e, em certa medida, no de Von Humboldt e Thomas Paine. A liberdade, conforme a clássica divisão de Constant – tomada

66 O termo “protoliberalismo” se revela mais adequado quando o intuito é descrever os fatos que ocorreram antes da origem da própria noção de liberalismo, isto é, que estabeleceram a base histórica, filosófica, política, econômica e jurídica daquilo que, hodiernamente, se entende – ainda que genericamente, posto que muitas são suas abordagens, como veremos – como liberalismo.

67 José Guilherme Merquior, nesse sentido, explica: “[s]eguindo a pista de elementos-chave no credo liberal, tais como o conceito de **direitos individuais, o governo da lei e o constitucionalismo**, chegamos a uma representação bastante abrangente do *protoliberalismo* [sic] – um conjunto ideológico de valores e instituições que historicamente desbravou o caminho para a ordem social-liberal inteiramente desenvolvida que se tornou a forma avançada do governo no Ocidente no século XIX. No nível do pensamento político propriamente dito, esses elementos seriam incorporados, com graus diferentes de ênfase, nos escritos dos principais pensadores clássicos liberais – de Locke e Montesquieu aos federalistas americanos, e de Benjamin Constant a Tocqueville e John Stuart Mill.” (MERQUIOR, 2014, p. 94, negritos nossos).

mais na sua acepção moderna enquanto uma esfera individual de ação imune à ingerência estatal que na sua forma antiga de participação ativa do cidadão na política – é o cerne inarredável do pensamento liberal.

Liberdade, portanto, entendida como liberdade em relação ao Estado e, conseqüentemente, ligada à expansão “da esfera de liberdade do indivíduo, diante dos poderes públicos (para usar os termos de Paine)” (BOBBIO, 2005, p. 22), e que conforma não apenas a liberdade ambulatória, mas liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, liberdade de profissão de um credo conforme o próprio alvitre e, acima de tudo, liberdade para contratar livremente e dispor da propriedade.

Uma das premissas do liberalismo político é a construção de limites à atuação do poder estatal, limitação esta que opera tanto no âmbito controle do poder, quanto da limitação das tarefas do Estado. Em outras palavras, a redução da ingerência do Estado na vida do indivíduo acompanhada de uma necessária emancipação política, moral, religiosa e econômica da sociedade precisa ser situada no núcleo duro do liberalismo por definição, porquanto seja esta, talvez, a premissa mais básica possível do conceito de liberalismo.

José Guilherme Merquior, que, ao lado de Antônio Paim e outros intelectuais, dedicou-se de modo intenso ao estudo do liberalismo no Brasil, esboça uma visão geral do conceito ao expor que:

O liberalismo clássico, ou liberalismo em sua forma histórica original, pode ser toscamente caracterizado como um corpo de formulações teóricas que defende um Estado constitucional (ou seja, uma autoridade nacional central com poderes bem definidos e limitados e um bom grau de controle pelos governados) e uma ampla margem de liberdade civil (ou liberdade no sentido hobbesiano, individualista [...]). **A doutrina liberal clássica consiste em três elementos: a teoria dos direitos humanos, constitucionalismo e “economia clássica”** (*grosso modo*, o modo de conhecimento inaugurado por Adam Smith, sistematizado por David Ricardo e ilustrado, entre outros escritores, por Mill) (MERQUIOR, 2014, p. 62, negritos nossos).

Châtelet, Duhamel e Pisier, em uma tentativa de unificação do conceito de liberalismo, explicam que as

concepções liberais dominantes pretendem resolver principalmente a “questão política”, entendida essencialmente como o problema das relações entre o indivíduo e o Estado. Qualquer que seja a diversidade dessas doutrinas [...], pode-se perceber a presença de

uma dupla preocupação essencial: o indivíduo deve ser protegido, ao mesmo tempo, contra o Estado e contra as massas; por conseguinte, é preciso encontrar os mecanismos institucionais destinados a impedir esse duplo perigo (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 2009, p. 98).

É importante salientar que a democracia (representativa) nasce em conjunto com a ideia de liberalismo, e ambos são corolários da conjugação entre os direitos naturais do homem e a mudança do paradigma do jusnaturalismo teológico para o racional, do qual o contratualismo é corolário⁶⁸. Assim, situar a titularidade do poder soberano nas mãos da nação ou do povo, negando a fonte divina da outorga da soberania ao monarca (que continua a governar, mas “sob nova direção” e ao lado de um parlamento popular com o qual compartilha funções), não apenas possibilita o estabelecimento limites ao governo pelo poder soberano, como situa representação e liberalismo em um espaço de interdependência necessária.

Este é um ponto crucial para a construção da ideia proposta: liberalismo e democracia compõem uma equação complexa, em que o respeito aos direitos fundamentais e humanos (nos quais se incluem os de cunho liberal) condiciona o fortalecimento da democracia não apenas enquanto regime, mas enquanto valor.⁶⁹

Constant, por exemplo – sobre quem falaremos mais adiante –, um liberal otimista quanto à possibilidade de implementar a proteção do indivíduo contra o Estado e contra as massas, “considera que a aplicação de certas ‘receitas’ institucionais pode subtrair o indivíduo do despotismo, enfraquecendo a autoridade do Estado e *impedindo* o advento da democracia de massa” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 2009, p. 98).

Outros, mais realistas, talvez, quanto à inevitabilidade do advento democrático, como Tocqueville, perceberam que a representação era um caminho capaz de garantir um melhor funcionamento do liberalismo. Por exemplo, Tocqueville “tenta preconizar métodos destinados não a impedir, mas a evitar o excesso de despotismo que um tal advento [da democracia] corre o risco de promover”

68 A distinção entre estas fases jusfilosóficas foi abordada no capítulo 1, nota de rodapé n.º 25.

69 O cotejo conceitual entre o que se entende por direitos humanos e direitos fundamentais, bem como o tratamento de ambos os gêneros em espécies (direitos de cunho liberal, social, etc) será melhor investigado no item 2.5.4.

(CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 2009, p. 98). Já Mill⁷⁰, Madison⁷¹ e Sieyès⁷², clássicos defensores da democracia representativa e expoentes do pensamento liberal de suas épocas, concordavam sobre a interseção necessária que garantiria a preservação de ambos. Sem promoção e proteção do liberalismo, não há garantia e consolidação da democracia, e vice-versa. Stuart Mill e Tocqueville foram, particularmente, dois liberais que se ocuparam da empresa de entender e explicar a tirania da maioria, bem como expor os remédios para evitá-la.

-
- 70 “Deve-se reconhecer que os benefícios da liberdade, tal como foi conhecido até hoje, só foram obtidos pela extensão de seus privilégios e uma parte apenas da comunidade; e que o governo em que eles se estendem [sic] imparcialmente a todos é um desejo ainda não realizado. Mas, embora qualquer aproximação desse estado tenha um valor intrínseco, e em muitos casos, no nível atual de aprimoramento geral, não se possa fazer mais do que uma aproximação, a participação de todos nesses benefícios é a concepção idealmente perfeita do governo livre. Na medida em que alguns, não importa quem, forem excluídos dessa participação, seus interesses estarão sem as garantias concedidas aos outros, e eles mesmos estarão em condições menos favoráveis do que os outros para aplicar suas faculdades no aprimoramento de sua própria situação e da situação da comunidade, de que depende a prosperidade geral.” (MILL, 1981, p. 33).
- 71 Colocando em relevo as debilidades da Confederação composta pelas antigas colônias, Madison ressalta “o pedigree republicano da nova Constituição e sua relevância para a preservação tanto da liberdade quanto da propriedade.” (GOLDMAN, 2008, pp. xxx-xxxii, tradução nossa). Madison, em sua declaração no Federalista n.º 37, capturou a essência do dilema do seu tempo: “atingir um equilíbrio entre liberdade, autoridade e ordem.” (GOLDMAN, 2008, p. xxxi, tradução nossa). Disse Madison: “Dentre as dificuldades encontradas pela convenção, uma das mais importantes deve ter repousado em combinar a necessária estabilidade e energia no governo para com a devida atenção que deve direcionar à liberdade e à forma republicana.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 175, tradução nossa). A propósito, além de Madison, Hamilton, no Federalista n.º 8, fala sobre como o engrandecimento do corpo militar de um país e sua manutenção permanente são deletérios à liberdade: “As perpétuas ameaças de perigo obrigam o governo a estar sempre preparados a repeli-las; seus exércitos deverão ser numerosos o suficiente para a defesa instantânea. A contínua necessidade dos seus serviços aumenta a importância do soldado, e proporcionalmente degrada a condição do cidadão. O organismo militar se eleva ante o organismo civil. Os habitantes dos territórios, geralmente palco da guerra, ficam inevitavelmente sujeitos a frequentes violações de seus direitos, o que serve para enfraquecer sua noção desses direitos; e paulatinamente o povo é levado a considerar o corpo militar não apenas como seus protetores, mas como superiores. A transição desse ponto ao de considerá-los seus senhores não é remota, tampouco difícil; mas é demasiadamente difícil persuadir um povo com tais impressões a resistir de modo sólido ou efetivo às usurpações patrocinadas pelo poder militar.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 42, tradução nossa). Hamilton, no Federalista n.º 25, ainda relembra: “Pois é uma verdade, atestada pela experiência de todos os tempos, que as pessoas estão mais comumente em perigo quando os meios para violar seus direitos estiverem nas mãos daqueles por quem o povo não nutre qualquer desconfiança.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 123, tradução nossa).
- 72 No primeiro dos três panfletos que escreveu à época da Revolução Francesa, “*Views of the executive means available to the representatives of France in 1789*” – nem de longe conhecido como o célebre “*Qu’est-ce qu’est le tiers état?*” –, Sieyès trouxe uma reflexão que deixa claro como um dos princípios do liberalismo passa pela capacidade do povo de controlar seus representantes mandatários: “É um princípio fundamental da liberdade que o governo seja onipotente dentro da sua capacidade de atingir os objetivos para os quais foi destinado, e absolutamente impotente para divergir destes objetivos, seja para prejudicar, seja para fazer algo bom que esteja para além daquilo que dele se espera.” (SIEYÈS, 2003, p. 21, tradução nossa). E prossegue: “Tal qual o despotismo não consiste exatamente em governar mal, mas em *se ter a capacidade de governar mal*, a liberdade política não pertence a um povo simplesmente porque ele é capaz de usufruir de todos os seus direitos em razão de uma promessa dada por alguém, mas porque ele tem o poder de não perdê-los. [...] As pessoas não precisam de nada além de serem capazes de gozar de seus direitos. Não se pode supor que elas desejarão usurpar as funções dos seus mandatários, porque essas

Neste capítulo, cujo foco central é a discussão do liberalismo, investigam-se alguns temas importantes para bem compreender a gênese do liberalismo, a partição das funções do poder político, a liberdade pela lei, a fim de desvendar a convergência do liberalismo com a democracia. Discute-se, então, ao final do capítulo, acerca dos institutos que consolidaram a engenharia político-jurídica no protoliberalismo ocidental, buscando evidenciar a função de assegurar o princípio da liberdade como intrínseca ao Estado liberal.

2.1. A gênese do liberalismo e a bipartição das funções do poder político

A aurora do iluminismo e da era moderna trouxe não apenas a eclosão dos direitos humanos fundamentais e o desabrochamento da racionalidade como visão de mundo e paradigma filosófico-jurídico, mas um fenômeno político cuja importância é tal que descreve como serão os próximos séculos no que respeita à forma como o poder político soberano se estrutura institucionalmente. A separação (ou divisão) dos poderes, pedra de toque do constitucionalismo moderno, nasce com o pensamento político de John Locke em compasso com a também recente teoria liberal, e evolui com Montesquieu e Constant⁷³.

Em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, John Locke descreve os homens no estado de natureza como não apenas livres, mas também iguais. Livres porque não dependem da permissão de quem quer que seja para “regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”. E iguais porquanto todos gozam, na mesma proporção, do mesmo poder e toda jurisdição, sem subordinação ou sujeição de uns em relação

próprias funções formam parte dos seus direitos e foram por elas confiadas àqueles a fim de se tornarem capazes de gozar desses mesmos direitos. Mas aqueles que se tornaram mandatários podem muito bem formar um interesse à parte, bem como podem tender incessantemente a usurpar os direitos dos cidadãos. É, portanto, completamente imprudente conferir qualquer forma de poder àqueles que exercem um mandato em vez de manter tal poder sob o controle contínuo da nação.” (SIEYES, 2003, p. 58, tradução nossa).

73 A escolha dos autores para esta análise seguiu a metodologia exposta por Souza Junior e Reverbel (2016), que explicam representarem, respectivamente, a teoria da bipartição, tripartição e tetrapartição das funções do poder, todas ligadas, de certo modo, ao liberalismo. Já as teorias da pentapartição de Weber e da hexapartição de Kelsen se referem a momentos distintos.

aos outros (LOCKE, 2005, p. 382). Essa liberdade, contudo, é limitada e condicionada pela lei natural, motivo pelo qual não pode ser exercida de modo indiscriminado ou absoluto. Por isso mesmo, “a lei natural não suprime a liberdade, mas a garante” (BARROS, 2018, p. 66).⁷⁴

Locke, assim, condiciona a liberdade à lei e explica que não é possível que alguém se submeta a uma lei sem o uso da razão, principalmente no contexto do governo civil, em que há uma patente obrigação do Estado em proteger a propriedade⁷⁵, já garantida pela lei natural; coloca-se então, em defesa do estado secular e contra o paternalismo despótico do Estado absolutista. Locke (2005, pp. 433-434) apontou que

o fim da lei não é abolir ou restringir, mas conservar e ampliar a liberdade, pois, em todos os estados de seres criados capazes de leis, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em estar livre de restrições e de violência por parte de outros, o que não pode existir onde não existe lei. Mas não é, como já nos foi dito, liberdade para que cada um faça o que bem quiser (pois quem poderia ser livre quando o capricho de qualquer outro homem pode dominá-lo?), mas uma liberdade para dispor e ordenar como se quiser a própria pessoa, ações, posses e toda a sua propriedade, dentro dos limites das leis às quais se está submetido; e, portanto, não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem, mas seguir livremente a sua própria (itálicos no original, negritos nossos).

Assim, com a transição do estado de natureza para o estado civil, que se dá por meio do contrato social, a liberdade natural do homem, limitada pela lei natural, dá espaço à liberdade civil, que não é senão a conversão da obstrução da ação individual por (ou sua submissão a) um poder absoluto e arbitrário na sua obstrução pelas leis civis, adotadas conforme critérios racionais pelos próprios contratantes.

74 Enfatiza Locke: “[m]as, embora seja esse um *estado de liberdade*, não é um estado de licenciosidade; embora o homem nesse estado tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta o exija. O *estado de natureza* tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses [...]. Aquele que, no estado de natureza, *subtrai a liberdade* que cabe a qualquer um em tal estado deve necessariamente ser visto como imbuído da intenção de subtrair todo o resto, sendo tal *liberdade* o fundamento de todo o mais, assim como se deve presumir que aquele que, no estado de sociedade, subtrai a *liberdade* que cabe aos membros dessa sociedade ou Estado tem a intenção de subtrair a estes todas as demais coisas, devendo ser considerado, portanto, como em estado de guerra.” (LOCKE, 2005, pp. 384 e 396-397).

75 O conceito de propriedade em Locke é abrangente, englobando tudo que pertence ao indivíduo – sua propriedade –, isto é, seu corpo, sua liberdade, sua vida e os bens sobre os quais após seu trabalho. Nesse sentido, cf. LOCKE, 2005, p. 407 e ss.

Locke estabelece, assim, um sistema de bipartição dos poderes fundamentais do Estado, em oposição ao modelo de unificação da soberania defendido por Bodin, no qual Legislativo e Executivo são partes ainda desiguais de uma engrenagem maior. “Assim, o poder executivo está subordinado por sua natureza ao poder legislativo⁷⁶, porque sua tarefa é dar execução às leis, que são as normas gerais e abstratas emanadas do poder legislativo.

E o poder legislativo, ainda que seja poder supremo, está subordinado ao povo, de cujo consenso deriva” (BOBBIO, 1995, p. 40). Quanto ao poder executivo, contudo, Locke divide suas funções em duas, a saber, o poder executivo propriamente dito, com competência para a execução da lei civil, e o poder federativo, responsável pelas relações internacionais e políticas externas. O Poder Judiciário independente⁷⁷, por sua vez, não é concebido por Locke.

76 “Em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o *legislativo é o poder supremo*. [...] O mesmo vale também em relação ao poder *federativo*, sendo este e o executivo ambos *ministeriais e subordinados ao legislativo*, que, tal como demonstramos, é supremo numa sociedade política constituída.” (LOCKE, 2005, pp. 519 e 521-522).

77 Um ponto altamente controverso que divide a doutrina é aquele que discute a atribuição da função judicial no pensamento de Locke. É certo que Locke é omissivo quanto ao Poder Judiciário ao desenhar sua teoria da divisão das funções do poder soberano. Por um lado, alguns autores realizam uma leitura da obra lockeana que situa a função judicial dentro das atribuições do Rei (Poder Executivo): “[s]ubsiste uma pergunta: e a *função judicial*? No § 125 LOCKE menciona a falta que um juiz conhecido e isento faz no estado de natureza para a preservação da propriedade. Entretanto, ao tratar das funções e dos poderes, LOCKE não refere o judiciário. Talvez isso se explique, primeiro, porque, pelo menos a partir de Guilherme o Conquistador, a justiça de primeiro grau era exercida diretamente na própria sociedade, pelos pares, no júri. Depois, porque as Cortes de segundo grau eram compostas livremente pelo Rei, integrando a esfera das funções do poder executivo arcaico. E, enfim, porque as Cortes Reais passaram também a sentar no Parlamento, o que fazia deste uma praça pública universal das relações entre as principais autoridades do Estado. Entretanto, podemos afirmar com certeza que a função judiciária estava no âmbito do poder executivo arcaico” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 58-59). Por outro lado, outros autores a veem incluída ao lado das atribuições do Poder Legislativo: “[s]e falamos de três poderes, legislativo, executivo e judiciário, para analisar concretamente a teoria da divisão de poderes em John Locke, falta examinar o terceiro: um dos inconvenientes do estado de natureza era precisamente a falta de um juiz imparcial, o que seria solucionado com a criação do Estado; não obstante, na filosofia política de John Locke o poder judiciário não é um poder autônomo. Esta aparente incongruência exige uma explicação: na realidade, na doutrina de Locke, a tarefa do juiz imparcial no estado civil é desempenhada pelos que fazem as leis [...]. Assim, o poder judiciário não tem por que se distinguir do poder legislativo. Legisladores e juízes desempenham a mesma função, qual seja, estabelecer mediante leis as regras de convivência. Neste caso, não importa se uns as estabelecem de maneira geral e outros de forma concreta. Em Locke, a função legislativa e a função judicial se articulam no poder legislativo” (SANTILLÁN, pp. 47-48, tradução nossa). Já Alex Tuckness, por fim, enfrenta a questão com um outro olhar: o autor entende apropriado, em vez de uma distinção tripartida entre legislativo, executivo e judiciário, pensar num “*continuum*” entre a função legislativa pura e a função executiva pura (que raramente existem, na prática). Assim, a indisposição de Locke em reconhecer a existência de um Poder Judiciário autônomo é menos por subestimar a importância da interpretação da lei no governo, mas por reconhecer que ela é ínsita a toda e qualquer atividade da autoridade governamental. Em suma, “Locke não falou de uma ‘função judicial’ porque não há algo do tipo. Existe uma variedade de papéis jurisdicionais que correspondem às diferentes funções às quais os juízes são demandados a desempenhar. Algumas são mais legislativas e outras são mais executivas. À medida que se transita entre uma e outra direção, a natureza deste papel variará”

Contudo, Locke ainda confere ao Poder Executivo uma terceira atribuição, bem mais controversa e sensível. Ou seja, ao mesmo tempo em que desenhava a liberdade individual, nos termos de uma liberdade negativa ou dos modernos – conforme veremos adiante, com Bobbio e Constant –, como livre de intervenções arbitrárias, Locke expõe que, não obstante, é possível que o governo aja na ausência da lei civil ou mesmo de modo a ela contrário (BARROS, 2018, pp. 142 e ss.).

Locke, assim, concede ao governante o exercício desta terceira atribuição, denominada “prerrogativa”⁷⁸, que implicava na discricionariedade de o governante agir, a depender das circunstâncias, de modo contrário à lei, ou mesmo atuar nos planos não regulamentados pela lei, ou seja, em sua omissão.

Essa era uma hipótese – a única – em que Locke admitia que o representante do poder executivo do governo civil pudesse agir ao arrepio da lei⁷⁹, desde que com vistas à realização do bem público. E Locke elenca as razões:

Primeiro, porque não há como o legislativo prever todas as circunstâncias e estabelecer leis para toas as situações de forma a antevê-las integralmente. Depois, porque o legislativo nem sempre estará reunido e poderá demorar na efetivação de sua tarefa. Outro

(TUCKNESS, 2002, p. 127, tradução nossa).

78 “Devemos dar atenção a um outro cenário no qual Locke está preocupado em construir barreiras ao redor do exercício do poder político – o domínio da prerrogativa do poder executivo. Ela é o direito ou o poder que o poder executivo – normalmente, o monarca – possui de agir conforme sua própria discricionariedade tanto por meio de formas legalmente não exigidas, quanto por meio de expedientes que vão de encontro à letra da lei posta. Aliados da autoridade política frequentemente insistem na necessidade de uma ampla prerrogativa do poder executivo, com base no argumento de que apenas este – o executivo – tem condições e interesse de enxergar qual é o bem comum e que ações são demandadas para promovê-lo. Esse era, com efeito, um dos argumentos sustentados pelo rei Carlos I e seus apoiadores nos anos 1630 e 1640 para justificar a implementação de novos impostos e empréstimos” (MACK, 2009, p. 83, tradução nossa). Com base nesse excerto, fica claro que o exercício da prerrogativa é previsto por Locke como um expediente de caráter excepcional, cujo manejo se justifica pelo fato de que as leis produzidas pelo parlamento nem sempre conseguem dispor sobre aquilo que demanda o bem comum, ainda mais pelo fato de que o legislativo não se reuniria com frequência para deliberar. Em outras palavras, como executor das leis (gerais e abstratas), o monarca (chefe do Executivo) deve, quanto o mais for possível, promover a justiça individual e até excepcional, promovendo ações que visem o bem comum nas situações que a lei foi omissa, inclusive, promovendo o tratamento distinto com vistas a garantir uma justiça individual, já que, como “por vezes alguém pode cair na alçada da lei, que não faz distinções entre as pessoas, por uma ação que pode merecer recompensa e perdão, é conveniente que o governante tenha o poder, em muitos casos, de atenuar a severidade da lei e perdoar alguns infratores” (LOCKE, 2005, p. 529). Assim, sob a ótica da separação dos poderes, a prerrogativa (que é um elemento embrionário do moderno sistema parlamentar de governo), dentro do sistema bipartido das funções do poder político em Locke, não contribui para um sistema ideal de freios e contrapesos entre os poderes, o que surgirá de modo mais claro apenas com Montesquieu, conforme abordaremos adiante.

79 “Pois a prerrogativa não é senão o poder de fazer o bem público independentemente de regras” (LOCKE, 2005, p. 534).

motivo é a conveniência de optar-se, em muitos casos, pelo bem público no lugar da execução da lei, cuja observância imediata pode muitas vezes causar danos ao reino. Finalmente, porque é conveniente que o governo tenha o poder de perdoar infratores nos casos em que estes mereçam o perdão ao invés do castigo (BARROS, 2018, p. 144).

O libelo de Locke contra o poder absoluto, isto é, sua defesa da liberdade individual contra a tirania do governo soberano, é construído sobre a ideia de que qualquer homem tem não apenas o direito de preservar seus direitos naturais em face da injúria alheia, mas também de punir – ainda que com a morte – todo e qualquer homem que intente contra esta propriedade.⁸⁰ Todavia, enquanto no estado de natureza o julgamento é dado a cada indivíduo em particular, no estado civil, os indivíduos que constituirão a sociedade política renunciam ao direito natural de agir em sua própria defesa e outorgam essa prerrogativa arbitral à comunidade, que a exercerá por meio do poder legislativo.

Deste modo, é fácil distinguir quem está e quem não está em *sociedade política*. Aqueles que estão unidos em um corpo único e têm uma lei estabelecida comum e uma judicatura à qual apelar, com autoridade para decidir sobre as controvérsias entre eles e punir os infratores, *estão em sociedade civil* uns com os outros. Aqueles, porém, que não têm em comum uma tal possibilidade de apelo, explico-me, na Terra, vivem ainda em estado de natureza, sendo cada qual, onde não houver outro, juiz por si mesmo e executor – o que, como antes demonstrei, constitui o perfeito *estado de natureza* (LOCKE, 2005, pp. 458-459).

Portanto, defesa dos direitos naturais em John Locke – que, posteriormente, foi associada à origem do liberalismo – tinha por objetivo “criar freios e limites ao poder absoluto do monarca” e não apresentou compromisso com o ideal democrático – como explica Paim (2000, p. 23) –, já que seu “propósito era criar freios e limites ao poder absoluto do monarca. A experiência inglesa comprovou que a reação monárquica assumia formas de extrema violência. *Somente a elite proprietária tinha condições de levar essa luta a bom termo* (itálicos nossos)”. A proposta de governo representativo trazida por Locke era consentânea com anseios da elite inglesa da época e fundamentava um sufrágio censitário, em que os

80 Pode-se inferir disso que a defesa do direito a portar armas para a proteção pessoal da propriedade privada e da vida é um pleito que encontra esteio direto na doutrina liberal de John Locke.

eleitores não eram compostos senão por uma classe privilegiada: “tinham que possuir bens de raiz e determinados níveis de renda” (PAIM, 2000, p. 23).

O sufrágio na Inglaterra passa por uma expansão numérica após a revolução industrial, que se deve ao aumento exponencial da população inglesa; contudo, permanece restrito à classe proprietária. “Nos meados do século [XIX], o país registrava 27,5 milhões de habitantes. O direito de representação limitava-se a apenas 2,5% do total” (PAIM, 2000, p. 24). Não parece, portanto, ter sido desde a sua origem que o liberalismo e a democracia representativa se reconhecem como reciprocamente úteis, de modo que a democratização do sufrágio inglês só empreende maiores proporções décadas depois, com o cartismo e com o fim da primeira guerra (PAIM, 2000, p. 26).

2.2. A liberdade pela lei, a autonomia do Judiciário e a tripartição das funções do poder político

Um dos principais aportes intelectuais que deram sustentáculo teórico à Revolução de 1789, depois de Rousseau e Sieyès, foi a obra de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu. Se Tocqueville foi um francês que se aventurou em terras alienígenas para estudar a democracia na América, Montesquieu foi outro pensador francês que hauriu inspiração de um sistema político estrangeiro para construir um modelo de engenharia constitucional que se tornou célebre: “A teoria clássica da tripartição de poderes é de MONTESQUIEU, que colheu, na experiência histórica inglesa, os elementos materiais de sua construção” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 63).

A ideia de divisão ou separação⁸¹ dos poderes é até hoje atribuída a Montesquieu, ainda que tenha iniciado com Locke e se aprimorado com outros autores, como Constant, Weber e Kelsen. Ou seja, conforme afirmou Pierre Manent, “[p]assando de Hobbes e de Locke a Montesquieu, mudamos, por assim dizer, de mundo. As intenções políticas permanecem, no essencial, as mesmas, mas os meios escolhidos para as realizar e a linguagem na qual se descrevem esses meios são radicalmente diferentes”⁸² (MANENT, 2008, p. 103).

Montesquieu promoveu, em seu *O Espírito das Leis*, um estudo comparado das sociedades a partir de suas leis e da forma que são governadas, razão pela qual

81 Aqui, é bastante útil a referência ao estudo de Souza Junior e Reverbel (2016) sobre o desenvolvimento da teoria da divisão dos poderes ao longo da história. Nesse sentido, reforçamos a distinção que os mencionados autores fazem entre divisão de poderes e separação de poderes. A primeira expressão é por eles utilizada para “significar simplesmente a especialização dos órgãos políticos”, cuja história é exposta na obra. Já o segundo termo é adotado para “designar o modelo específico de divisão de poderes prescrito por MONTESQUIEU (divisão que envolve mecanismos de contenção recíproca dos poderes)” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 17, nota de rodapé n.º 1). Nesse sentido, partiremos da premissa de que é com Montesquieu (inspirado pelo modelo inglês pós-Revolução Gloriosa) que as funções do poder político soberano são estudadas a partir da sua capacidade de se limitarem reciprocamente.

82 Manent situa Montesquieu num lugar de transição das razões sobre as quais o liberalismo se fundamenta, porque abandona a linguagem dos direitos absolutos dos indivíduos no estado de natureza. Explica que, Locke abominava a monarquia absoluta (considerando-a pior que o estado de natureza), julgando-a um regime ruim e, não apenas isso, ilegítimo, e erige seu pensamento sobre uma linguagem “absolutista”, que desloca a soberania absoluta do rei e a situa em uma assembleia legislativa, representante da legitimidade popular. Assim, em Locke, caso tal assembleia traísse seu mandato e se tornasse opressiva, não havia outro recurso ao povo senão “apelar ao Céu” e se valer do direito de revolta – o que é arriscado e pode ocasionar a anarquia. Explica Manent que, justamente porque a soberania residia no rei quando Locke elabora sua doutrina, a ela – soberania real absoluta – só poderia se contrapor uma outra soberania absoluta: a do povo, cindindo a lógica da acumulação de poderes nas mãos do rei, que passa a deter apenas o poder executivo. “Pelo menos assim julgaram os ingleses contemporâneos de Locke: a afirmação lockeana da soberania do povo traduziu-se, na prática, aquando da *Glorious Revolution* de 1688-1689, num compromisso entre as câmaras representativas e a monarquia reformada. Uma vez estabelecido esse compromisso, e funcionando ele razoavelmente, tornou-se possível descrever a prática inglesa como repousando no jogo de dois poderes aproximadamente iguais, deixando na sombra a soberania absoluta – a do povo ou dos seus representantes – que a tinha tornado possível, deixando adormecida a questão da legitimidade” (MANENT, 2008, pp. 105-106). E continua, em um trecho que finaliza o raciocínio aqui aventado: “Assim, a doutrina de Montesquieu não se funda numa análise da condição original do homem ou das bases da legitimidade política; depende ante da interpretação de uma experiência política, a experiência inglesa, que se dá o caso de ter tido lugar e cujos resultados Montesquieu pode contemplar. E se a doutrina da separação dos poderes não encontra a sua expressão clássica em Montesquieu senão graças ao ‘esquecimento’ do princípio da legitimidade que a tornou possível, ‘esquecimento’ de Montesquieu que mais não faz do que reproduzir o dos atores ou autores ingleses do próprio compromisso, isso sugere que, no futuro, o princípio da legitimidade – a soberania do povo –, que tornou possível a separação dos poderes, poderá voltar-se contra ela, pois as duas doutrinas não têm afinidade intrínseca: a legitimidade democrática, condição das instituições liberais no quadro da monarquia inglesa, poderá, noutras circunstâncias, tornar-se inimiga delas. O pensamento de Montesquieu representa assim esse momento delicado do liberalismo – que não voltará –, em que a questão da legitimidade pôde ser esquecida, esse momento delicado da liberdade entre a soberania ativa dos reis, que chega ao seu termo na Revolução Inglesa, e a soberania ativa do povo, que começa com a Revolução Francesa” (MANENT, 2008, p. 106).

sua obra pode ser objeto de interpretações múltiplas, que transita entre teoria política e teoria geral da sociedade (BOBBIO, 2017, p. 133), ou que realiza aquilo que hoje compreendemos como Direito Comparado (DURKHEIM, 2008, p. 60). Seu pensamento filosófico e político, destarte, é uma “mistura curiosa de racionalismo iluminista liberal (de estilo francês), com realismo empírico-sociológico (de sabor anglo-saxônico)” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 63).

Ao buscar qual seria “o espírito das leis”, Montesquieu, buscando tratar do seu objeto – inserto nas Ciências Sociais – de maneira quase matemática⁸³, estabelece um estudo que busca reunir princípios “dos quais as leis particulares das sociedades derivam-se de maneira lógica” (DURKHEIM, 2008, p. 60).

O principal ponto de Montesquieu é estabelecer um desenho de governo no qual os poderes da soberania possuam funções organizadas do modo mais favorável possível à garantia da liberdade – viável apenas nas formas de governo que define como republicana e monárquica, e inviável num governo despótico. Por isso, sua obra é considerada um cânone do liberalismo, na medida em que relaciona liberdade e lei, condicionando-as uma à outra e estabelecendo um modelo de separação de poderes cujos princípios perduram, com algumas poucas variações, até os anos mais recentes.

Para tanto, estabelece uma tipologia inédita das formas de governo, distinta⁸⁴ daquela já consolidada pelos dois – dentro do tema – principais filósofos políticos que o precederam: Aristóteles e Maquiavel. E explica:

83 Durkheim (2008, pp. 59 e ss.) critica o método adotado por Montesquieu, explicando que, ainda que o autor tenha intuído que o método dedutivo não é o mais adequado às Ciências Sociais, que trata de fenômenos, mas apenas às Ciências Exatas, sendo o método experimental ou empírico o mais adequado àquelas, realiza sua obra colacionando e pondo em contraste leis dos mais diversos lugares e haurindo daí, por meio de dedução, princípios abstratos. Ou seja, a crítica de Durkheim, que parte, como sabido, de um ponto de vista sociológico, se refere ao fato de que Montesquieu “não começa reunindo todos os fatos relevantes ao assunto, arranjando-os para que possam ser examinados e avaliados objetivamente. Na maior parte do tempo, ele tenta, por pura dedução, provar a idéia [sic] que já formou. Mostra que ela está implícita na natureza ou, se preferir, na *essência* do homem, sociedade, comércio, religião, em suma, na definição das coisas em questão. Apenas então ele apresenta os fatos que, em sua opinião, confirmam sua hipótese” (p. 61).

84 “O que muda em Montesquieu é o conteúdo da tipologia, que não corresponde mais nem à tipologia clássica (a tripartição com base em ‘quem’ e ‘como’) nem à tipologia maquiavélica (a bipartição em principados e repúblicas)” (BOBBIO, 2017, p. 137). A tipologia clássica, aqui mencionada por Bobbio, refere-se àquela estabelecida por Aristóteles, já tratada anteriormente, de modo que o “quem” se refere ao governo exercido por um (monarquia/tirania), por poucos (aristocracia/oligarquia) ou pela maioria (politeia/democracia), e o “como” diz respeito à finalidade, expressa na bipartição adotada em cada um dos três governos.

Há três espécies de governo: o *republicano*, o *monárquico* e o *despótico*. Para descobrir-lhes a natureza, basta a idéia [sic] que deles fazem os homens menos instruídos. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: um de que “o governo republicano é aquele em que o povo em conjunto, ou somente uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele em que um só [indivíduo] governa, mas segundo leis fixas e estabelecidas; enquanto que no despótico um só [indivíduo], sem lei e sem regra, a tudo conduz segundo sua vontade e seus caprichos” (MONTESQUIEU, 2004, pp. 51-52).

De qualquer modo, Montesquieu se insere na tradição de governo misto – explorada no primeiro capítulo –, esposada por Aristóteles e Políbio, ao propugnar “que os três poderes não sejam exercidos pelo mesmo homem ou pelo mesmo corpo dos principais (separação orgânica)” (VICTOR, 2015, p. 43). Ou seja, Montesquieu entendia que

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade alguma, porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado produza leis tirânicas para pô-las em execução tiranicamente. Não há ainda liberdade alguma se o poder judiciário não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia deter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de produzir leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2004, p. 190).

Note-se que, aqui, é importante esclarecer como se dá, portanto, a atribuição e a nomeação das funções do poder estatal por Montesquieu: o desenho institucional da soberania é erigido na divisão do poder em três tipos (ou funções): “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2004, p. 189). Assim, retoma, de certo modo, a doutrina de Locke (VICTOR, 2015, p. 41), que previu a divisão do poder soberano em Poder Legislativo e Poder Executivo, sendo este último subdividido em duas funções (uma interna, voltada para a execução da lei civil, e outra externa, chamada “poder Federativo”, como já visto, ligada às relações internacionais).

Contudo, uma – nem um pouco simples – diferença separa os dois autores: enquanto, em Locke, as duas funções do Poder Executivo (além daquela terceira denominada “prerrogativa”) eram atribuídas ao monarca, Montesquieu chama de “Poder Judiciário” aquele responsável pela função de punir os crimes e julgar as diferenças (contendas) entre os indivíduos – função jurisdicional criminal e cível, respectivamente –, e retira tal função das mãos do Poder Executivo *lato sensu*. Assim, para Montesquieu, se estrutura a constituição ideal de um Estado no que diz respeito à divisão – e separação – dos poderes soberanos.

O Poder Judiciário deve ser concedido a um “senado permanente”, mas exercido de pessoas oriundas, tal qual em Atenas, do povo, de maneira prevista em lei e com vistas à formação de um tribunal com duração limitada (ou seja, não devendo serem fixos⁸⁵, os tribunais), e os juízes deveriam ser da mesma condição do acusado, a fim de que não se possa dizer que houve um julgamento realizado por pessoas tendentes a praticar violências e injustiças contra o réu. Este, o réu, poderia, inclusive, nos grandes processos, em concorrência com a lei, escolher para si os juízes ou, ainda, recusar aqueles que entender inadequados. Assim, “o poder judiciário, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma condição, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, **invisível e nulo**” (MONTESQUIEU, 2004, p. 191, negritos nossos)⁸⁶. E os juízes, portanto, seriam “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 2004, p. 195), estando limitados a atuar tão somente por meio da aplicação mecânica dos preceitos estabelecidos no texto legal.

O Poder Legislativo, composto de representantes do povo, é incumbido de produzir as leis que governam o país; esses representantes, mais aptos que o povo para discutir os negócios públicos – “o que constitui um dos grandes inconvenientes

85 Montesquieu atribui a necessidade de um Judiciário não permanente ao fato de que ele, ao contrário dos outros dois poderes, “não são exercidos sobre nenhum indivíduo particular, sendo um apenas a vontade geral do Estado [legislativo] e o outro apenas a execução dessa vontade geral [executivo]” (MONTESQUIEU, 2004, p. 191). Essa afirmação não é completamente correta se considerarmos o desenho atual de ambos os poderes, considerando que tanto o poder executivo quanto o poder judiciário atuam na produção de normas individuais, com base na lei produzida pelo poder judiciário, com a diferença única de que o primeiro atua de ofício e o segundo atua por provocação.

86 Com essa afirmação, Montesquieu propugna um modelo que não estabelece aquilo que se entende hoje por princípio do juiz natural, mas parece prestigiar a imparcialidade na judicatura.

da democracia”⁸⁷ –, são eleitos pelos cidadãos em cada localidade e distrito, e por cidadão se entendem todos, “exceto aqueles que se acham num tal estado de vileza que são considerados como completamente destituídos de vontade própria” (MONTESQUIEU, 2004, p. 192). O Poder Legislativo deve ser, deste modo, simultaneamente ao corpo dos nobres (hereditário, portanto) e aos representantes do povo (eleito, portanto), compondo câmaras distintas, bem como deliberando de modo separado (MONTESQUIEU, 2004, p. 193).

O Poder Executivo, por sua vez, deverá ser confiado ao monarca, porque quanto às ações que devem ser tomadas de modo quase sempre instantâneo, estas são melhor administradas por um do que por vários. Ainda, participará da legislação por meio da “faculdade de impedir” (MONTESQUIEU, 2004, p. 193).

Vale, nesse ponto, explicar como se dão, na obra de Montesquieu, as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo na atividade legiferante:

Denomino faculdade de estatuir o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outro. Chamo de faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o que era o poder dos tribunos de Roma. E ainda que aquele que tem a faculdade de impedir possa ter também direito de aprovar, esta aprovação não passa de uma declaração de que ele não fará, de modo algum, uso de sua faculdade de impedir, de sorte que o direito de aprovar é originário da faculdade de impedir (MONTESQUIEU, 2004, p. 193).

E, assim, estabelece um sistema em que a moderação⁸⁸ e limitação recíproca entre os poderes da soberania conformam não apenas a liberdade individual pela limitação do Estado, mas também pela limitação do próprio campo de ação do indivíduo, adstrito à lei; pontua, assim, um dos primados do liberalismo clássico: o estabelecimento de um arranjo societário no qual os indivíduos gozem ao máximo da liberdade natural que possuem, evitando, contudo, que uns gozem de mais liberdade que outros – garantindo, portanto, a igualdade na liberdade.

87 Essa desconfiança para com a capacidade do povo de se autogovernar diretamente é percebida, como já visto, também em Constant e nos Federalistas.

88 “A democracia e a aristocracia não são, de modo algum, Estados livres **em função de sua natureza. A liberdade política encontra-se somente nos governos moderados.** Mas nem sempre está nos Estados moderados; ela existe somente quando não se abusa do poder” (MONTESQUIEU, 2004, p. 188, negritos nossos).

Montesquieu é conciso quando trata de definir a liberdade: é agir conforme a lei. E tal máxima é oponível tanto àqueles que detêm poderes, porque encarregados, de algum modo, do exercício de uma das funções do poder soberano, quanto ao cidadão em geral. No primeiro caso, afirma, porque “constitui experiência eterna o fato de todo homem que detém poder ser levado a dele abusar; avança até onde encontra limites” (2004, p. 188).

No segundo, porque “[a] liberdade é o direito de fazer tudo o que é permitido pelas leis, e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele não teria mais liberdade, porque os outros cidadãos teriam do mesmo modo esse poder” (2004, p. 188).

E a fórmula por ele encontrada, acima exposta na maneira como se realiza a produção das leis, por meio da participação conjunta entre Poder Legislativo e Poder Executivo, é exatamente o segredo para conter o abuso do poder: o travamento do processo legislativo derivado da combinação entre as faculdades de estatuir e de impedir é exatamente o objetivo de Montesquieu, porque longa não será sua duração:

Eis, portanto, a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo nele o corpo legislativo composto de duas partes, uma encadeará a outra através da sua faculdade mútua de impedir. Todas as duas serão ligadas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, ficará ele mesmo ligado ao poder legislativo. Estes três poderes deveriam constituir um repouso ou uma inação. Porém, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados à mobilidade, será forçoso que se movam harmoniosamente (MONTESQUIEU, 2004, 195-196).

Portanto, se as leis são o único instrumento capaz de restringir – e, ao mesmo tempo, garantir – a liberdade, e a tendência ao imobilismo institucional era patente no sistema concebido por Montesquieu – dada a alta probabilidade de desacordo entre os poderes participantes do processo legiferante –, o resultado não seria outro senão

a escassez de leis, logo a não restrição das liberdades individuais tão aviltadas durante o regime absolutista. Pretendia-se conquistar segurança jurídica e o desenvolvimento individual. O sistema conduziria ao travamento e só caminharia de concerto. O Consenso era algo de difícil alcance, em virtude dos interesses discrepantes das classes representadas. **Assim, a aprovação de leis se tornaria rara, o Estado atuaria muito pouco. São as bases do Estado**

Liberal construídas com brilhantismo e refinamento por Montesquieu (VICTOR, 2015, p. 45, negritos nossos).

2.3. A liberdade antiga, a liberdade moderna e a tetrapartição das funções do poder político

O Estado de Direito – cuja noção adequada é o esforço deste capítulo elaborar – não é apenas uma estrutura política de organização e limitação do poder, que estabelece regras que se sobrepõem, inclusive, aos exercentes das funções do poder soberano, mas, sobretudo, um pressuposto do liberalismo.

Como veremos, o Estado de Direito nasce na forma liberal e, mesmo ao adquirir novas formas e agregar mais objetivos, o faz sem abandonar as demandas do liberalismo. A transição do Estado absoluto ou policial ao modelo de Estado de Direito, que passa a ser concebido, inicialmente, na sua forma liberal, pretende transformar a liberdade, mais que em um modelo político de atuação do Estado, em um vetor axiológico a orientar as constituições dali em diante.

É na construção da liberdade, em suas mais variadas formas, como finalidade⁸⁹ que se molda o liberalismo, e é nessa estrutura política que vão se erigir os contornos do Estado Liberal enquanto garante da liberdade do indivíduo, direito natural a ser, por aquele, preservado e protegido.

Ainda que a liberdade não se revestisse, nesta quadra da história, como um princípio de estrutura jurídico positiva apto a lastrear pretensões do indivíduo ante o Estado sob a forma de direito subjetivo⁹⁰, ela é então desenvolvida, desde o

89 De acordo com Perez Luño (1995, p. 31 *apud* SARLET 2009, p. 40), “com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se *na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo*” (itálicos nossos).

90 A transformação dos princípios liberais iluministas em valores constitucionais não lhes concedeu, inicialmente, estrutura principiológico-normativa, cujo conteúdo pudesse ser dedutível de modo autônomo para a fundamentação de pretensões jurídicas oponíveis ao Estado, mas os situou no plano político enquanto guia ao Estado-legislador e ao Estado-administrador, bem como freios de ordem jusnaturalista contra a opressão estatal operada de forma absoluta até então. Em outras palavras, quando, em Hobbes (antes, portanto, da aurora do pensamento liberal), a titularidade de certos direitos naturais era restrita ao estado de natureza e postos à disposição do soberano no estado civil (SARLET, 2009, p. 39), em Locke, “a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites

pensamento iluminista, como núcleo político e filosófico do liberalismo emergente em torno do início do século XVIII.

De qualquer sorte, a liberdade, ontologicamente considerada, é um conceito cuja definição ainda é tão pretendida quanto elástica, de modo que muitas são as suas possíveis acepções – e o mesmo se aplica ao termo “liberalismo”, como visto. Sem pretender esgotá-las, entendemos útil, para os fins deste trabalho, uma abordagem da divisão clássica entre liberdade negativa e liberdade positiva, imortalizada por Constant, pois constitui um elo entre liberalismo e democracia⁹¹.

Uma divisão bifurcada da ideia de liberdade – liberdade em sentido negativo e liberdade em sentido positivo – é situada por Bobbio (2002) de maneira bastante clara. Essa divisão – também examinada por Isaiah Berlin, em seu *Two concepts of liberty*, de 1958 (BARROS, 2020, p. 10) – já havia sido posta, de certo modo, com sentido similar, porém denominação distinta, por Benjamin Constant, por volta do início do século XIX (1819), no seu célebre discurso *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes* (Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos) (GARCIA, 2015a, p. 10; CONSTANT, 2015). Constant se referia à liberdade positiva como liberdade dos antigos e à liberdade negativa como liberdade dos modernos⁹².

ao poder estatal” (SARLET, 2009, p. 40). A estrutura principiologicamente normativa citada é resultado de uma transformação (a ser melhor abordada adiante) do Estado Liberal de Direito em Estado Social de Direito e, finalmente, em Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito, que se opera após o final da 2ª Guerra Mundial. Assim, explica Sarlet, “[t]endo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional” (SARLET, 2009, p. 59). E prossegue: “[é] justamente neste contexto [do Estado Democrático de Direito] que os direitos fundamentais passam a ser considerados, *para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva*, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2009, p. 60, *itálicos nossos*).

91 “Apesar do que foi dito infinitas vezes sobre a variedade e a multiplicidade dos significados de *liberdade* e, portanto, sobre a dificuldade ou mesmo a inutilidade de uma definição, os significados relevantes na linguagem política, que é aquela que nos interessa aqui mais de perto (mas isso não ocorre apenas na linguagem política, como logo veremos), são sobretudo dois e, portanto, a determinação do conceito ou dos conceitos de liberdade, embora seja difícil, não é inútil” (BOBBIO, 2002, p. 48).

92 “Como se sabe, Constant distingue duas formas de liberdade: a liberdade do gozo privado de alguns bens fundamentais para a segurança da vida e o desenvolvimento da personalidade humana – como as liberdades pessoais, a liberdade de opinião, de iniciativa econômica, de reunião e similares –, por um lado, e, por outro, a liberdade de participar do poder político. Dessas duas liberdades, a primeira corresponde à definição corrente de liberdade negativa, enquanto a segunda corresponde à definição igualmente corrente

Bobbio explica que a liberdade negativa equivale à situação em que uma determinada ação não é obstaculizada e, portanto, pode-se realizá-la (2002, p. 53). Também chamada de “*liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento*”, a liberdade negativa “compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer”⁹³ (BOBBIO, 2002, p. 49).

Essa liberdade é revelada já em Hobbes, quando expressa que a liberdade do súdito⁹⁴ é determinada pelas situações em que o Leviatã deixou de regulamentar, isto é, os casos em que o súdito não fica obrigado a fazer nem obrigado a não fazer algo. A ela também se refere, do mesmo modo, Locke, quando afirma (em seu Segundo Tratado, IV, 22) que a liberdade dos homens submetidos a um governo é a possibilidade de agir conforme a própria vontade nos casos que a lei não alcança, ou mesmo não estar sujeito ao arbítrio de outrem⁹⁵. Por fim, mostra que a formulação clássica vem de Montesquieu, para quem “[a] liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (BOBBIO, 2002, p. 50).

Já liberdade positiva, na concepção de Bobbio, vai além daquela apregoada por Constant enquanto liberdade dos antigos. Está ligada ao conceito de autonomia ou autodeterminação, significa a capacidade do sujeito tomar as decisões que lhe aprouverem sem a interferência alheia – ou “de se mover para uma finalidade sem ser movido [...], determinar-se sem ser, por sua vez, determinado” (BOBBIO, 2002, p. 51). E acrescenta Bobbio que a definição clássica do conceito de liberdade

de liberdade positiva” (BOBBIO, 2012, p. 62).

- 93 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, possui dispositivo que expressa exatamente essa noção de liberdade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.
- 94 Hobbes explica, no capítulo XXI do Leviatã, em que trata da liberdade dos súditos, que liberdade é a ausência de oposição, no sentido de não existência, portanto, de impedimentos externos ao movimento físico de um corpo, tanto de uma criatura racional quanto irracional ou inanimada (HOBBS, 2003, p. 179).
- 95 Ainda que Locke não tenha se referido à liberdade nos termos de “ausência de interferência de obstáculos exteriores”, define a liberdade civil (ou liberdade do homem em sociedade) em duas acepções: na lei e fora dela. Primeiro, define-a como aquela que “consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão aquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo o encargo a este confiado.” E, segundo, como a “liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem” (LOCKE, 2005, pp. 402-403). Por isso, ainda que em Locke a liberdade civil se realize mediante as leis (e não no seu silêncio, como em Hobbes) (BARROS, 2020, p. 38), é também possível encontrar em sua obra uma fração da liberdade que se realiza nos espaços em que a lei não alcança.

positiva é posto por Rousseau, quando este, ao elaborar a ideia de vontade geral, vincula-a ao fato de que o indivíduo não obedece senão à lei cujo sentido ele mesmo atribui enquanto membro da comunidade política, e não obedece a outras leis senão a essas que ele mesmo se deu (BOBBIO, 2002, p. 51).

E esse conceito foi retomado, sob a influência de Rousseau, primeiro, por Kant, que, em seu ensaio “Para a paz perpétua”, estabelece que “*é melhor definir minha liberdade exterior (isto é, jurídica) como a faculdade de só obedecer às leis externas às quais pude dar o meu assentimento*” (BOBBIO, 2002, p. 52)⁹⁶. Segundo, por Hegel, “filósofo que celebrou a liberdade como autonomia, desdenhando da liberdade negativa”, e afirmou: “[a] lei é a objetividade do espírito e a vontade em sua verdade; e somente a vontade que obedece à lei é livre: com efeito, ela obedece a si mesma, está em si mesma e, portanto, é livre” (BOBBIO, 2002, p. 52).

Assim, Bobbio estipula um conceito de liberdade positiva um pouco mais abrangente da que é traçada por Constant. Bobbio situa a diferença das duas liberdades, negativa *versus* positiva, no plano teórico-conceitual, de modo que a liberdade negativa seria uma qualificação da ação, enquanto a liberdade positiva seria uma qualificação da vontade⁹⁷ (BOBBIO, 2002, pp. 52-53). Ou seja, ser livre, no sentido negativo do termo, significa não encontrar nenhum obstáculo que se oponha à realização da ação pretendida; já no sentido positivo do termo, ser livre implica dizer que a vontade de um indivíduo é livre e não determinada pela vontade de outrem, isto é, por forças a ela estranhas (BOBBIO, 2002, pp. 53). Por isso, afirma Bobbio (2002, pp. 52-53) que “[m]ais do que liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer,

96 “Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico” (SARLET, 2009, p. 40).

97 Barros explica que a distinção feita por Berlin entre liberdade negativa e liberdade positiva sofreu diversas críticas, das quais a “mais contundente foi a de que não seria possível falar de dois conceitos de liberdade, mas apenas de duas concepções de um mesmo conceito. Observou-se que, se as duas concepções eram divergentes no que se refere ao seu campo de referência – a liberdade negativa denotava uma qualificação da ação, ou seja, determinava a esfera de ação do indivíduo; a liberdade positiva denotava uma qualificação da vontade, ou seja, determinava o autodomínio e a autodeterminação –, elas não eram necessariamente excludentes. Não se implicavam, é verdade, mas também não se excluía: ser senhor de si mesmo não suprimia a possibilidade de desfrutar de um espaço sem interferências. A distinção entre a característica negativa e positiva da liberdade também não separava efetivamente as duas concepções; pois, ao se encontrar livre de interferência ou de constrangimento, o indivíduo estava livre para agir de acordo com sua vontade e se autodeterminar” (BARROS, 2020, p. 25).

entendendo-se, pela primeira, *ação não impedida ou não forçada*, e, pela segunda, vontade não *heterodeterminada e sim autodeterminada*.”

De modo análogo, conquanto mais específico, voltado à participação política do cidadão nas decisões públicas, Constant, situando cada uma das duas liberdades em um contexto muito mais histórico que teórico, sustentou que a liberdade negativa, fruto da modernidade, diferia – e deveria diferir – daquela liberdade dos antigos, a de participar do poder político. Além disso, para além do juízo histórico, fez, segundo Bobbio, um claro juízo de valor ao concluir que “o epíteto de *moderno* expressa um juízo de aprovação, enquanto o de *antigo* indica um juízo de condenação”⁹⁸ (BOBBIO, 2002, p. 63).

De fato, não parece ser outra coisa, quando ele próprio afirma, ao se referir à liberdade dos antigos, que esta

consistia em exercer coletivamente, mas de forma direta, muitas partes da própria soberania, e deliberar, em praça pública, sobre a guerra e a paz, em celebrar com os estrangeiros tratados de aliança, a votar as leis, em realizar os julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer perante todo o povo, em acusá-los, em condená-los ou em absolvê-los. *Mas ao mesmo tempo em que isso era denominado pelos antigos de liberdade, eles admitiam, como compatível com essa liberdade coletiva, a sujeição completa do indivíduo à autoridade do conjunto. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos benefícios que queremos que faça parte da liberdade dos modernos. Todas as ações privadas são submetidas a uma vigilância severa. [...] Assim, dentre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nos negócios públicos, é escravo em todas as suas relações privadas. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, é circunscrito, observado, reprimido em todos os seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, marca de morte seus magistrados ou seus superiores;*

98 “Constant tinha suas razões, que não cabe discutir aqui, para sobrepor à distinção conceitual, nitidamente delineada, uma distinção histórica: a atribuição das liberdades negativas aos modernos e da positiva aos antigos lhe servia não só para esclarecer um conceito difícil e confuso como o de liberdade, mas também para expressar um juízo de valor, que era positivo para a liberdade negativa e negativo para a liberdade positiva” (BOBBIO, 2012, p. 63). No mesmo sentido, Helena Rosenblatt mostra que “[a] liberdade das antigas repúblicas, explicou Constant, consistia na ‘participação ativa no poder coletivo’. O povo na sua totalidade contribuía na produção das leis, e, para isso, os cidadãos individuais precisavam fazer consideráveis sacrifícios pessoais. Os homens da modernidade simplesmente não estavam prontos para fazer tamanhos sacrifícios. Eles não desejavam a participação política, mas o ‘gozo pacífico da independência individual’. Esse era o resultado inevitável da ‘tendência mercantil da época’. O que os homens da modernidade desejavam mais era ‘descanso’, e junto com o descanso, a possibilidade de se dedicarem à ‘indústria’, ao ‘trabalho pacífico’ e ao ‘comércio cotidiano’. Por essas razões, os governos modernos foram obrigados a garantir os direitos dos indivíduos a tudo, desde propriedade à privacidade e liberdade de expressão” (ROSENBLATT, 2008, p. 150).

como submisso ao corpo coletivo, ele pode, a seu turno, ser privado do seu estado, despojado de suas dignidades, banido, condenado à morte, pela só vontade discricionária do conjunto de que faz parte. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, não é, mesmo nos Estados mais livres, soberano senão na aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre suspensa; e, se em épocas determinadas, mas raras, durante as quais ainda é cercado de precauções e entraves, ele exerce essa soberania, não é senão para abdicá-la (CONSTANT, 2015, pp. 78-79, *itálicos nossos*).

Constant revela as benesses que a modernidade apresenta ao revogar algumas práticas da antiguidade que não traziam, sob sua análise, qualquer vantagem ao indivíduo, considerado, sobretudo, o contexto da época. Um exemplo é a guerra, típica de períodos de instabilidade e insegurança, realizada como meio de obtenção – por impulso – do que se deseja; foi substituída progressivamente pelo comércio, outro meio de se possuir aquilo que se quer, mas por cálculo e consenso, e, portanto, mais vantajoso porque menos arriscado (CONSTANT, 2015, p. 81).

Outro exemplo é a abolição da escravidão, que teria privado o homem livre de todo o tempo ocioso do qual era possível fruir graças à realização das demais tarefas pelas pessoas escravizadas. Assim, Constant conjuga o surgimento do comércio com a abolição da escravidão para mostrar como o homem moderno, imiscuído nos afazeres privados, precisa prescindir do “exercício perpétuo dos direitos políticos” e das “discussões diárias dos assuntos do Estado, os debates, as confabulações”, entre outras coisas. (CONSTANT, 2015, p. 83).⁹⁹

O homem moderno teria trocado, portanto, a liberdade pública, positiva ou antiga, em que sua participação na vida pública era não só necessária e intensa como relevante, por uma liberdade privada, negativa ou moderna, na qual, inserto no turbilhão dos afazeres da vida privada e do comércio, não teria mais tempo para se dedicar aos debates públicos, que passam a ser realizados por representação.

Ademais, a larga extensão dos países modernos, em comparação às antigas Repúblicas (a exemplo de Atenas e Roma¹⁰⁰), faz com que o peso da influência

99 Tocqueville, como já anotado, possuía uma preocupação especial com esse tópico, quando trata do distanciamento do homem moderno em relação à coisa pública e, portanto, do risco de uma apatia cívica que levaria a um Governo Tutelar.

100 Constant faz uma ressalva quanto a Atenas, que além de ser a mais comerciante dentre as repúblicas gregas, “concedia a seus cidadãos infinitamente mais liberdade individual que Roma e Esparta”. Assim, explica que o comércio foi um elemento que eliminou “muitas das diferenças que distinguem os povos antigos dos povos modernos” (CONSTANT, 2015, p. 84).

pessoal do indivíduo na política seja muito mais reduzido. Em suma, a realização pessoal do homem deixa de ter como fulcro o desenvolvimento do coletivo para se calcar no desenvolvimento individual.

Bobbio, ao revelar a opção que Constant fez pela liberdade individual em detrimento da política, também o coloca de encontro ao pensamento de Rousseau, que havia “exaltado a segunda e negligenciado a primeira” (BOBBIO, 2012, p. 63). Constant, com efeito, se opõe a Rousseau em seu discurso, como veremos. E Bobbio termina afirmando que mesmo a cisão histórica de Constant não procede, posto que ainda que a liberdade negativa seja um fenômeno exclusivo dos modernos – dado que os antigos não reconheciam direitos humanos, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos civis ou qualquer outro termo que equivalha à ideia de liberdade negativa –, a liberdade positiva “(entendida como a participação da maior parte dos cidadãos no poder político, uma participação que se realiza gradualmente até o sufrágio universal masculino e feminino), longe de ser antiga, é ainda mais moderna” (BOBBIO, 2012, p. 64).

E fundamenta explicando, a nosso ver, de modo correto, que os direitos políticos não são uma característica apenas das sociedades antigas, mas que, como já se percebe desde Kant e Locke,

[n]a história da formação do Estado constitucional moderno, a demanda da liberdade política se processa simultaneamente com a demanda das liberdades civis, embora – é preciso reconhecê-lo – a obtenção das segundas, ou pelo menos de algumas delas, sobretudo da liberdade religiosa, da liberdade de opinião e da liberdade de imprensa, precede a plena obtenção da primeira (BOBBIO, 2012, p. 64)¹⁰¹.

101 Corroborando com essa premissa de que os direitos políticos, na forma de democracia indireta ou representativa, aparecem não apenas após a consagração dos direitos civis mas como condição *sine qua non* para a garantia destes e, principalmente, para abrir caminho para o surgimento dos direitos sociais, Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto traçam um límpido perfil do contexto da época: “[...] existia uma nítida contradição entre o discurso e a prática do constitucionalismo liberal-burguês no que tange à igualdade, que se evidenciava, por exemplo, no emprego de critérios censitários para o reconhecimento de direitos políticos. Afirmava-se a igualdade de todos perante a lei, mas, contraditoriamente, conferia-se apenas aos integrantes da elite econômica o direito de voto, o que impedia que as demandas das classes subalternas fossem trazidas para o espaço institucional dos parlamentos e tivessem peso no governo e na elaboração das normas jurídicas. Tal contradição era ainda mais acentuada em países, como o Brasil e os Estados Unidos, em que vicejava a escravidão negra. *A ideia de liberdade alentada pelo constitucionalismo liberal-burguês era muito mais identificada à autonomia privada do indivíduo, compreendida como ação livre de interferências estatais, do que à autonomia pública do cidadão, associada à soberania popular e à democracia.* Além disso, a liberdade era concebida em termos estritamente formais, como ausência de constrangimentos externos, impostos pelo Estado à ação dos indivíduos. Não havia qualquer preocupação com a liberdade real das pessoas, que pressupõe a existência

Especialmente durante o período da eclosão do Estado Liberal de Direito, sobretudo na França, senão desprezível, era nulo o acesso do povo às deliberações públicas por meio dos direitos políticos. E as demandas que se tornaram visíveis por ocasião da Revolução, eram aquelas veiculadas pela classe que foi a força motriz que carreou os ideais filosóficos e políticos por detrás desta mudança: a burguesia. Muito clara se torna a construção teórica de Constant quando se analisam as motivações que o instruíam, como relata Jorge Reis Novais no seguinte excerto:

É, com efeito, a necessidade de defesa da propriedade burguesa que justifica os *entorses* aos direitos fundamentais, especialmente na área onde a concepção liberal é mais acentuadamente redutora, ou seja, na exclusão dos direitos políticos ao *quarto estado* e, desde logo, do seu direito de voto. A teorização do sufrágio restrito pode ser mais ou menos elaborada, mas os interesses de classe que lhe estão subjacentes não deixam de se revelar nos seus defensores, sobretudo quando se é tão frontal (ou tão cínico, segundo Galvano Della Volpe) como Benjamin Constant: “[...] só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos [...] o fim necessário dos não proprietários é chegar à propriedade [...] esses direitos (os direitos políticos) nas mãos da massa servirão infalivelmente para invadir a propriedade. E isso será feito por essa via irregular, em vez da via natural, a do trabalho; para eles será uma fonte de corrupção, para o Estado uma fonte de desordens” (NOVAIS, 2013, p. 80)¹⁰².

Como dissemos, Constant se opõe a Rousseau, e se põe a analisar sua obra política, destacando o modo como o genebrino ostentava o maior amor pela liberdade mas “forneceu, todavia, funestos pretexto a mais de um gênero de tirania” (CONSTANT, 2015, p. 88). Constant é parcimonioso em sua análise, conservando o objeto da sua crítica ao Abade de Mably, um sucessor de Rousseau.

Tece elogios ao genebrino para se escusar da crítica aberta que, em seguida, dirige a ambos em nome de Mably. E ainda consigna o modo como ambos teriam

de condições materiais mínimas necessárias para que cada um possa fazer conscientemente as suas escolhas e perseguir-las em sua vida particular. Ademais, o foco centrava-se mais sobre as liberdades econômicas do que sobre as liberdades existenciais. O discurso constitucional da época voltava-se à proteção da propriedade privada e do mercado, mas não se insurgia, por exemplo, contra a ação estatal que proibia ou penalizava os estilos de vida alternativos, que desafiassem a moralidade tradicional, em questões como a vida familiar, a sexualidade, o papel dos gêneros etc.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 78-79).

102 As referências de Constant utilizadas por Novais no citado trecho são “Benjamin Constant, *Principes de Politique applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement de la constitution actuelle de la France*, Paris, 1815, págs. 106 e 108” e “Benjamin Constant, a *Cours de Politique Constitutionnelle*, 2.^a ed., Paris, 1872, com 1.^a ed. e, 1818-1820, t. I, pág. 252 e seg.”.

rendido uma defesa incessante da soberania do corpo coletivo, o corpo social, a nação, em detrimento da liberdade individual plena de pensar e agir de maneira independente e espontânea, sem amarras, interferências ou coações externas.

Daí o porquê de a defesa liberal de Constant da liberdade dos modernos, contra a liberdade dos antigos, não ser, ao contrário do que Bobbio proclama, um ataque aos direitos políticos de modo genérico: é uma ode contra a democracia direta e contra as instituições republicanas do mundo antigo. Ao mesmo tempo, é uma defesa do sistema representativo, a democracia dos modernos:

Daí provém, senhores, a necessidade do sistema representativo. O sistema representativo não é outra coisa senão uma organização com a ajuda da qual a Nação descarrega sobre alguns indivíduos aquilo que não pode ou não quer fazer por si própria. Os indivíduos pobres fazem os seus próprios afazeres; os homens ricos têm os seus intendentos. Essa é a história das Nações antigas e das Nações modernas. O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo, que quer que seus interesses sejam defendidos, mas que, todavia, não tem tempo de defendê-los (CONSTANT, 2015, p. 99).

Nesse ponto, Constant se afasta da preocupação de Tocqueville – quanto ao risco de apatia cívica como causa de um governo tutelar –, temendo que o sistema representativo, facilitador de um maior gozo da independência privada e dos interesses particulares, levasse a um desengajamento total do indivíduo em relação ao direito de participação no poder político, o que chamou de perigo da liberdade moderna.

O tom da análise que Constant faz n’*A liberdade dos antigos comparada à dos modernos* é posto em tela quando, lançando-se ao âmago da filosofia liberal e do Estado mínimo, sublinha que a felicidade não deve ser concedida pelos depositários da autoridade, mas buscada de modo desimpedido pelo indivíduo, sem ingerência daqueles. “Por mais tocante que seja um interesse tão delicado [a felicidade individual], rogai à autoridade de permanecer em seus limites. *Que se limite a ser justa e nós nos encarregaremos de sermos felizes*” (CONSTANT, 2015, p. 100, itálicos nossos).

Se Constant não abre mão da liberdade política, deixa claro que por liberdade política não entende aquela dos antigos, mas à “liberdade política dos modernos”,

exercida por meio da representação. Propõe, ao contrário da renúncia de alguma das duas espécies de liberdade, a combinação de uma com a outra.

Conclama, assim, para que as instituições

concluam a educação moral dos cidadãos: respeitando seus direitos individuais, poupando sua independência, não perturbando em nada suas ocupações. Devem, portanto, consagrar sua influência sobre a coisa pública, chamá-los a concorrer, pelas suas determinações e pelos seus votos, ao exercício do poder, garantir-lhes um direito de controle e de supervisão pela manifestação de suas opiniões, formando-os dessa maneira, pela prática, a essas funções elevadas, dando-lhes a fé, o desejo e a faculdade de cumpri-las (CONSTANT, 2015, pp. 102-103).

Entretanto, Benjamin Constant afasta sua simpatia ao sistema representativo a partir do ponto em que este passe a significar a mera possibilidade de ameaça aos direitos individuais, o que o torna, para alguns, um liberal *contra* a democracia (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 2009, p. 100). Por isso,

Um tal sistema implica logicamente, aos olhos de Benjamin Constant, a condenação de qualquer forma de sufrágio universal: o sufrágio deve ser restrito. Prolongando as considerações de Sieyès, Benjamin Constant desenvolve uma ingênua astúcia: a condição necessária para o exercício político é o *lazer*, pois esse lazer é indispensável para a aquisição das luzes. Ora, é evidente que só a propriedade assegura esse lazer: “somente a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 2009, p. 98)¹⁰³.

Vale enquadrar, nesse ponto, em reforço ao já assentado, um adendo sobre como a liberdade negativa pode ser associada ao liberalismo, ainda que de modo não direto, conforme a exposição feita por Barros sobre como a adoção da

103 Tocqueville se debruça sobre esse tema no capítulo IX, da Primeira Parte, do segundo tomo de “A democracia na América”, de subtítulo “sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos”. Diz Tocqueville: Pode-se conceber um povo em cujo seio não haveria nem casta, nem hierarquia, nem classe; no qual a lei, não reconhecendo privilégios, dividiria igualmente as heranças e que, ao mesmo tempo, seria privado de luzes e de liberdade. Não é uma hipótese ociosa: um déspota pode achar proveitoso tornar seus súditos iguais e deixá-los ignorantes, a fim de mantê-los escravizados mais facilmente. Não apenas um povo democrático dessa espécie não mostraria aptidão e gosto para as ciências, a literatura e as artes, mas deve-se crer que nunca lhe aconteceria mostrá-lo. A própria lei de sucessões se encarregaria, a cada geração, de destruir as fortunas, e ninguém criaria novas. O pobre, privado de luzes e de liberdade, nem sequer conceberia a idéia de se elevar à riqueza, e o rico se deixaria arrastar para a pobreza sem saber defender-se. Não tardaria a se estabelecer entre esses dois cidadãos uma completa e insuperável igualdade. Ninguém teria então nem tempo nem gosto para se dedicar aos trabalhos e aos prazeres da inteligência. Todos permaneceriam entorpecidos numa mesma ignorância e numa idêntica servidão” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 43).

concepção negativa de liberdade pelos liberais ingleses já era percebida no *Leviatã* de Hobbes, quando este trata da liberdade dos súditos (BARROS, 2020, p. 27).

Ainda, é importante ressaltar que, tanto quanto os escritos de Hobbes – e porque neles já encontrado –, o conceito de liberdade negativa precede o liberalismo clássico¹⁰⁴ (BARROS, 2020, p. 35). É possível encontrar, como vimos, uma relação entre a liberdade negativa e Hobbes, bem como aquela e Locke, Montesquieu, Constant e, como veremos, também Mill.

Quando à teoria da separação de poderes, Constant traz um importante contributo ao propor uma nova forma de se estruturar o poder executivo. Muito comum é o equívoco de se compreender o “quarto” poder, em Constant, para além dos já consolidados Legislativo, Executivo e Judiciário desde Montesquieu, como o Poder Moderador, exercido pelo Imperador ou Rei.

Contudo, é dentro da estrutura do Poder Executivo *lato sensu* que se dá a inovação trazida por Constant, quando propõe a separação da função governamental (ou poder ministerial), isto é, um Gabinete independente da Coroa (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 77-93).

Ou seja, Constant propõe a distinção orgânica e funcional de um novo poder, “o *pouvoir ministériel* – nos seus primeiros escritos denominado [sic] *pouvoir exécutif* – do conjunto tradicional das atribuições do Rei na monarquia, o qual, desonerado dessa função *ministerial*, passaria a ser chamado (ou continuaria a sê-lo com um novo sentido) de *pouvoir royal*” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 82-83).

O poder ministerial, “enquanto *função política*, é o feixe de atividades de mando (ou de execução) relativas à governação¹⁰⁵ da sociedade (exercida diretamente pelos reis pré-liberais quando ela vestia forma embrionária)” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 83). O poder real, exercido pelo monarca, portanto,

104 Barros explica que, “[a]ssim como o liberalismo clássico, o liberalismo contemporâneo não pode ser tomado em bloco, como se fosse uma doutrina homogênea, constituída por um conjunto de princípios uniformes. Ele apresenta uma diversidade de perspectivas que se opõem muitas vezes e geram controvérsias em torno de conceitos, mesmo fundamentais, como o de liberdade” (BARROS, 2020, p. 41). Nesse sentido, escapa da alçada deste trabalho uma análise completa da liberdade conforme ambas as fases do liberalismo.

105 “Governação aqui expressa o campo das iniciativas que visam a realização ativa do bem comum específico da sociedade; vale dizer, das ações políticas que tocam os interesses conflitantes de setores, grupos e regiões em que se divide a comunidade, visando ordená-los ao bem comum” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 83).

manteria consigo as atribuições de chefia de Estado e chefia da Administração Pública (que só viriam a se separar formalmente a partir da Constituição de Weimar, no contexto do Estado Social, e no desenho institucional contido no pensamento de Max Weber).

E como tais incumbências, a fim de serem executadas da melhor forma, “exigem do titular uma posição de neutralidade e de imparcialidade, superior às doutrinas dos partidos e aos interesses seccionais da sociedade” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 84), Constant também atribuía ao poder real a denominação de “poder neutro” (*pouvoir neutre*). E é exatamente esse “poder neutro” que, enquanto poder político, “é o órgão que exerce as funções restantes (na monarquia, a Coroa)” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 84).

No Brasil, como tal poder neutro ficou também conhecido como “poder moderador”, dotado de funções remanescentes e que poderiam, inclusive, controlar a atividade dos demais poderes¹⁰⁶. Daí a comum – e errônea¹⁰⁷ – associação entre o poder moderador (poder neutro) e o quarto poder inserido por Constant ao já conhecido esquema de Montesquieu.

A tetrapartição dos poderes, portanto, proposta por Constant, era um arranjo institucional voltado a um ajuste entre a monarquia constitucional e o liberalismo, como explicam Souza Junior e Reverbel:

O que pretendia CONSTANT com a tetrapartição dos poderes? Não há dúvida, a institucionalização definitiva de um regime liberal, depois do trauma, dos horrores e das contradições da revolução. E também – objetivo prático imediato – uma fórmula constitucional que pudesse

106 “A terceira contribuição importante de CONSTANT está na sua rejeição do mecanicismo de MONTESQUIEU. Na vida política ordinária, os poderes políticos que ele denomina de *ativos*, o ministerial, o legislativo e o judiciário são suscetíveis de abusar, de extrapolar limites, de envolver-se em conflitos. CONSTANT, porém, não crê em uma força invisível que os constanja à harmonia. Aqui o poder real, neutro e remanescente, revela todo o seu alcance de última instância e de fecho da organização política: ‘Le pouvoir royal est, en quelquer sorte, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs’” (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 86-87).

107 Explicam Souza Junior e Reverbel (2016, pp. 85-86) a razão do equívoco: “[n]a literatura latino-americana e, em especial, na literatura brasileira posterior a 1889, o poder neutro de CONSTANT é apresentado como o quarto poder político, que teria vindo para somar-se – ou, até, sobrepor-se – aos três poderes defendidos por MONTESQUIEU, com a finalidade de cassar-lhes a independência. Incide-se aí em erro grave, resultado e fator de uma compreensão deficiente e equivocada da História da divisão dos poderes. Esse erro tem muitas causas. Uma delas devemos ao próprio CONSTANT, quando, impropriamente, denominou o poder ministerial de *poder executivo*. Essa impropriedade induziu leitores e estudiosos a confundir o poder executivo de CONSTANT com o poder executivo de que cuidaram LOCKE e MONTESQUIEU. Ora, se o poder executivo autônomo de CONSTANT fosse aquele já conhecido dos clássicos, a contribuição original dele, sim, estaria no poder neutro”.

unir todos os franceses. A França ficara radicalmente dividida entre monárquicos, de um lado, que rejeitavam, em nome da monarquia, as conquistas do liberalismo; e liberais, de outro, que, em nome do liberalismo, rejeitavam a monarquia. **Todo o esforço de CONSTANT dirigiu-se em mostrar a perfeita compatibilidade entre monarquia e liberalismo.** Sentia, como estadista, que a estabilidade da França passava pela superação desse cisma. Mas como jurista sabia que a construção de uma ordem política fundada na liberdade, equilibrada pela justiça e orientada para a concórdia, aceitável por todos, dependia, em última instância, dos arranjos institucionais de uma consistente e adequada divisão dos poderes. [...] Assim, a tetrapartição dos poderes é a fase central e decisiva de nossa história dos poderes (2016, pp. 87-89, negritos nossos).

2.4. A convergência do liberalismo com a democracia representativa e a liberdade

Mill, amigo e correspondente de Tocqueville¹⁰⁸, escreve sua obra “*Sobre a Liberdade*” em 1959, período em que o liberalismo, apesar de posto, começa a ser um dos principais objetos das críticas socialistas. Assim, Mill, ainda que um liberal, apresenta em sua obra feições democráticas, conciliando a proteção da liberdade econômica e da propriedade com o princípio de igualdade dos pontos-de-partida e a difusão da riqueza, bem como questionando o direito à herança (LAFER, 1991, p. 16).

O objetivo de Mill em “*Sobre a Liberdade*” é, conforme ele mesmo afirma,

defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, **quer para o da coerção moral da opinião pública.** Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção (MILL, 1991, p. 53, negritos nossos).

Com efeito, uma das maiores preocupações do liberal inglês é a coerção moral da opinião pública. Defende Mill que um indivíduo não poderá ser compelido

108 “As duas alas do liberalismo europeu, a mais conservadora e a mais radical, são bem representadas, respectivamente, pelos dois maiores escritores liberais do século passado, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill (1807-1873). Contemporâneos (o primeiro nascido em 1805 e o segundo em 1807), chegaram a se conhecer e se estimaram” (BOBBIO, 2005, p. 55).

senão ilegalmente a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob a alegação de que esta seja, de algum modo, a ele mais benéfica ou vantajosa. Obviamente, essa coerção contra a qual Mill se posiciona é aquela imposta ou mesmo chancelada pelo Estado, que representa a tirania institucionalizada¹⁰⁹. Mas, nem por isso, Mill deixa de se atentar para a influência direta ou indireta de grupos sociais sobre a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão e de credo ou, ainda, a liberdade sexual de indivíduos ou grupos minoritários.

109 Ludwig von Mises, como consignamos, é um pensador cujo nome costuma ser brandido sempre que se pretende fortalecer com algum argumento de autoridade a doutrina liberal, já afirmara, sobre a intervenção estatal no domínio privado por meio de proibições e patrulhamento moral. O trecho a seguir citado é extenso, contudo, o consideramos crucial e bastante esclarecedor para delinear a posição do autor: “Nos Estados Unidos, estão proibidas a fabricação e a venda de bebidas alcoólicas. Outros países não chegam a tanto. Mas quase em todo lugar se impõem restrições à venda de ópio, de cocaína e de outros narcóticos. [...] Não é necessário dizer mais coisa alguma sobre o dano causado por esses narcóticos. Não está em questão aqui se mesmo uma pequena quantidade de álcool é ou não prejudicial, ou se o dano provém do abuso das bebidas alcoólicas. É fato notório que o alcoolismo, a cocainomania e o morfismo são inimigos mortais da vida, da saúde e da capacidade de trabalho e de lazer; e o utilitário [sic] deve, por conseguinte, considerá-los vícios. Mas isso está longe de demonstrar que as autoridades devem intervir para suprimir tais vícios, pela proibição comercial e nem é, de modo algum, evidente que tais intervenções, por parte do governo, sejam, de fato, capazes de suprimi-los, nem que, mesmo que esta meta fosse atingida, se possa abrir, por isso, uma caixa de Pandora de outros perigos não menos nocivos que o alcoolismo e o morfismo. [...] Assim, se a maioria dos cidadãos se concede, em princípio, o direito de impor seu modo de vida à minoria, será impossível ficar só nas proibições contra o uso de álcool, de morfina, de cocaína ou de venenos semelhantes. Por que o que é válido para esses venenos não pode ser válido para a nicotina, a cafeína e outros? Por que não deveria o estado prescrever, de um modo geral, que alimentos devem ser permitidos e que alimentos devem ser evitados por serem danosos? Também nos esportes, muitas pessoas se dispõem a levar sua condescendência além do limite de suas forças. Por que, também aqui, o estado não deve intervir? Poucos homens sabem como usar de moderação em sua vida sexual e parece especialmente difícil para pessoas idosas entender que deveriam refrear, totalmente, a satisfação desses prazeres ou, pelo menos, buscá-los com moderação. Não deveria o estado intervir nisso também? Mais pernicioso ainda do que todos esses prazeres, muitos dirão, é a leitura de literatura ruim. Deveria uma imprensa que sirva de instrumento aos mais baixos instintos do homem ter licença para corromper a alma? Não deveria ser proibida a exibição de filmes pornográficos, de peças obscenas, em suma, de todas as formas de atração à imoralidade? A disseminação de falsas doutrinas sociológicas não é tão pernicioso aos homens e às nações? Dever-se-ia permitir a alguém incitar aos outros para a guerra civil ou para guerras contra outros países? Dever-se-ia permitir que panfletos chulos e diatribes blasfemas minassem o respeito a Deus e à Igreja? Verificamos que, ao abrirmos mão do princípio de que o estado não deve interferir em quaisquer questões que tocam o modo de vida do indivíduo, terminamos por regulá-lo e restringi-lo aos mínimos detalhes. Abol-se a liberdade pessoal do indivíduo! Ele se torna um escravo da comunidade, obrigado a obedecer aos ditados da maioria.” (VON MISES, 2010, pp. 77-79).

Mill, em complemento, reforça a importância da não interferência estatal ou social sobre inclinações individuais em um trecho também válido de nota: “Nem apenas as pessoas de decidida superioridade mental possuem justo título a orientarem a vida de uma maneira autônoma. Não há razão para que toda a existência humana se construa por um só modelo, ou por um pequeno número de modelos. Se se possui tolerável soma de senso comum e de experiência, o modo próprio de dispor a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas porque é o próprio. [...] Se os indivíduos só apresentassem diversidades de gosto, já haveria nisso razão suficiente para não se tentar talhá-los por um único modelo. Mas, além disso, pessoas diferentes requerem condições diferentes de desenvolvimento, e a identidade de atmosfera e clima moral pode não lhes convir mais do que convém à generalidade das espécies de plantas a identidade de atmosfera e clima físico. Aquilo que auxilia o cultivo da natureza mais elevada de um, impede-o a outro. Para um, certo modo de vida é estímulo sadio, mantendo na melhor ordem as suas faculdades de ação e de gozo; para outro, é carga pesada que paralisa ou aniquila toda a sua vida interna. A diversidade

“Os mecanismos da repressão moral têm sido”, segundo afirmara Mill, “manejados contra a divergência da opinião dominante nas matérias pessoais com mais tenacidade que nas matérias sociais”. E continua, logo adiante: “Além dos dogmas peculiares e pensadores isolados, existe ainda, no mundo, em geral, *uma inclinação crescente a estender indevidamente os poderes sociais sobre o indivíduo, e pela força da opinião e pela força da lei.*” (MILL, 1991, p. 57, itálicos nossos).

Cabe lembrar Levitsky e Ziblatt, autores da recente e seminal obra “Como as democracias morrem”, que afirmaram: “Uma coisa que distingue autocratas de líderes democráticos contemporâneos é sua intolerância à crítica e a disposição de usar seu poder para punir aqueles que – na oposição, na mídia ou na sociedade civil – venham a criticá-los”, como tem feito Trump nos EUA¹¹⁰ (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 69).

Mill conduz seu pensamento acerca da liberdade de expressão, de opinião, de crença e de manifestação do pensamento de modo a sugerir – segundo uma considerável parcela de seus intérpretes e apesar de outra parcela que refuta a primeira – aquilo que a expressão “*marketplace of ideas*”¹¹¹ traduz, isto é, a importância de uma variedade e multiplicidade de todos os tipos de ideias e pensamentos, trafegando sempre de maneira livre e desimpedida, sem censura ou repressão.

das fontes de prazer, das disposições para a dor, dos efeitos íntimos das várias ações físicas e morais, é tal nos seres humanos que eles não obtêm o seu justo quinhão de felicidade, nem se elevam à estatura mental, moral e estética de que a sua natureza é capaz, sem que exista uma correspondente diversidade nos seus modos de vida. Por que, então, se limitará a tolerância, na medida em que o sentimento público está em causa, aos gostos e modos de vida a que é em virtude da massa dos seus aderentes que se aquiesce?” (MILL, 1991, p. 109).

110 “Os ataques retóricos de Trump contra críticos na mídia são um exemplo disso. Suas acusações reiteradas de que espaços como o New York Times e a CNN estavam distribuindo ‘fake news’ e conspirando contra ele soam familiares a qualquer estudante de autoritarismo. Num tuíte de fevereiro de 2017, ele chamou a mídia de ‘inimiga do povo americano’, uma terminologia que, observaram os críticos, imitava a de Stálin e Mao. A retórica de Trump era com frequência ameaçadora. Poucos dias depois desse tuíte, Trump disse ao Comitê de Ação Política Conservadora: ‘eu amo a Primeira Emenda; ninguém a ama mais do que eu ... Entretanto, como vocês viram ao longo de toda a campanha, e mesmo agora, as fake news não dizem a verdade ... Eu digo que elas não representam o povo. Nunca representarão o povo, e nós vamos fazer alguma coisa quanto a isso’”. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 173).

111 Sobre o tema, cf. GORDON, 1997. O autor (p. 235) explica que a metáfora “descreve uma situação na qual as pessoas falam e expressam suas ideias livremente”, e que ela “possui uma certa plausibilidade em dois aspectos. Primeiro, a metáfora reflete, de modo superficial, algo do liberalismo de Mill, do seu desejo de reduzir a interferência do governo e da sociedade na vida do indivíduo. Segundo, reflete nossas crenças ideológicas de que o comportamento do mercado representa, paradigmaticamente, o tipo de liberdade a que aspiramos, portanto a expressão e a ação devem ser livres, acreditamos nós, da mesma maneira” (tradução nossa).

A expressão, entretanto, não foi cunhada por Mill. É atribuída ao Justice norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr., que a utilizou no caso *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919). Todavia, de algum modo, ela converge com o pensamento de Mill, que compreende o livre mercado de ideias como meio para o fomento da liberdade de expressão (de modo análogo ao que precisa ocorrer, para os liberais, na economia); além disso, a partir do *marketplace of ideas*, a verdade seria trazida a lume por meio do confronto saudável das diferentes opiniões¹¹².

Assim, Mill impõe sobre bases essencialmente liberais uma crítica aos mecanismos de repressão moral sobre a autonomia individual do pensamento. Ele explica que “[h]á um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político” (MILL, 1991, p. 49; MILL, 2003, p. 76). E completa:

Ela [a esfera adequada da liberdade humana] abrange, primeiro, o domínio íntimo da consciência, exigindo liberdade de consciência no mais compreensivo sentido, liberdade de pensar e de sentir, **liberdade absoluta de opinião e de sentimento sobre quaisquer assuntos**, práticos, ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. A liberdade de exprimir e publicar opiniões pode parecer que cai sob um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta individual que concerne às outras pessoas. Mas, sendo quase de tanta importância como a própria liberdade de pensamento, e repousando, em grande parte sobre as mesmas razões, é praticamente inseparável dela. Em segundo lugar, o princípio requer a **liberdade de gostos e de ocupações; de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter; de agir como preferirmos**, sujeitos às conseqüências que possam resultar; **sem impedimento da parte dos nossos semelhantes enquanto o que fazemos não os prejudica, ainda que considerem a nossa**

112 Alguns trechos da obra “Sobre a Liberdade” (1991), de Mill, parecem confirmar essa afirmação: A verdade, nos grandes negócios práticos da vida, é tanto uma questão de conciliar e combinar contrastes que muito poucos têm o espírito suficientemente largo e imparcial para levar a efeito esse ajustamento com uma correção aproximada. Torna-se preciso proceder a ele pelo áspero método de uma luta entre combatentes a pelejarem sobre bandeiras hostis.” (p. 89). [...] “Eles [tópicos que Mill anteriormente menciona] foram aduzidos para patentear, por exemplos admitidos e variados, o caráter universal do fato de somente através da diversidade de opiniões haver, no estado presente do intelecto humano, probabilidade de jogo lícito para todos os aspectos da verdade. Quando se acham pessoas que fazem exceção, a respeito de qualquer assunto, à aparente unanimidade do mundo, é sempre provável, ainda que o mundo esteja certo, que os dissidentes tenham algo a dizer digno de ser ouvido, e que a verdade algo perdesse com o seu silêncio.” (p. 90). Sobre uma abordagem em sentido contrário, isto é, sustentando que os intérpretes de Mill não apenas erram ao considerar o pensamento de Mill sobre a liberdade como uma “fé complacente” no mercado livre de ideias, mas também ao afirmarem que Mill acreditava no fato de a verdade sempre emergir, na sociedade moderna, do mercado livre de ideias, cf. (WALDRON, 2003, pp. 226 e ss.).

conduta louca, perversa ou errada. Em terceiro lugar, dessa liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos, liberdade de se unirem para qualquer propósito que não envolva dano, suposto que as pessoas associadas sejam emancipadas, e não tenham sido constrangidas nem iludidas (MILL, 1991, pp. 55-56).

Portanto, o pensamento de Mill em “Sobre a Liberdade” compõe a tradição liberal na medida em que assenta um forte antipaternalismo, deslegitimando qualquer interferência desmedida do Estado ou da opinião pública na vida do indivíduo. Como Bobbio explica, a liberdade em Mill será melhor protegida a partir da premissa de que “o Estado deve intervir com suas leis punitivas o menos possível e somente para impedir as ações do indivíduo que causem dano a outros indivíduos” (BOBBIO, 2002, p. 71).

2.5. As pedras angulares do liberalismo moderno: os institutos que consolidaram a engenharia político-jurídica no liberalismo ocidental

“Uma casa de muitas moradas”: o liberalismo. Isto é, não há apenas uma forma de definir o termo, e mesmo a tentativa de fazê-lo pode resultar no encontro de conceitos que, aparentemente, são até inconciliáveis. Há “uma plethora de liberalismos particulares” (FREEDEN, 2015, pp. 1-7, tradução nossa) que se amalgamaram ao longo do tempo para tentar dar forma a um conceito ainda polissêmico, vide sua utilização ainda plástica e até leviana nos discursos políticos populistas que do conceito se valem para ganhar ares de legitimidade.

Ou seja, definir e conceituar o liberalismo não é uma tarefa que se pretenda realizar sem a ciência de que o resultado, quase sempre, será a incompletude, justamente em razão da enorme profundidade, complexidade e porosidade do termo, que pode ser utilizado como continente para uma miríade de ideias. Daí a preferência, por muitos autores, pela utilização do termo “liberalismos”, no plural. Um deles, Ludwig Von Mises, afirmou:

Se alguém desejar saber o que é liberalismo e que objetivos tem, não poderá, simplesmente, voltar-se para a História com o objetivo de informar-se e inquirir sobre o que defendiam os políticos liberais e as

metas que lograram alcançar, porque, em nenhum lugar, o liberalismo conseguiu executar seu programa tal como pretendia. Por outro lado, os programas e ações dos partidos que hoje se denominam liberais não nos podem fornecer luz alguma, no que se refere à natureza do verdadeiro liberalismo. Já se mencionou que, mesmo na Inglaterra, o que se entende por liberalismo, hoje, guarda semelhança muito maior com o torismo e com o socialismo do que com o velho programa dos defensores do mercado livre. Se há liberais que achem compatível com seu ponto de vista liberal endossar a nacionalização de ferrovias, de minas e de outros empreendimentos e, até mesmo, propugnar tarifas protecionistas, pode-se facilmente verificar que, hoje em dia, nada restou do liberalismo, a não ser o nome. (VON MISES, 2010, pp. 34-35).

Não obstante, é possível concluir que alguns valores são caros ao liberalismo ao ponto de se tornarem inarredáveis da sua mais reduzida noção. Freedén (2005, pp. 60-64) aponta sete: liberdade¹¹³, racionalidade¹¹⁴, individualidade¹¹⁵ (e não

-
- 113 Liberdade é, acima de tudo, um conceito que abarca sem muita dificuldade uma miríade de significados, todos plausíveis. E isso ocorre, conforme Freedén, porque não há modo objetivamente possível ou derradeiro de se escalonar preferências dentre valores, como: “é melhor ser livre de discriminação ou livre da pobreza?”, apesar de ser exatamente essa distinção que fazem algumas linhas dentro do liberalismo (2015, p. 59, tradução nossa). Nosso intuito, todavia, é priorizar a já abordada discussão acerca da distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa, trabalhada por Constant, Berlin e Bobbio. Inclusive, Berlin (1958, pp 14, 56, *apud* SKINNER, 1998, p. 115, tradução nossa), a partir do conceito de liberdade negativa – enquanto ausência de interferência –, explica que essa liberdade depende menos de quem exerce a autoridade do que quanta autoridade é posta nas mãos de alguém, e, assim, aponta que é possível que a liberdade negativa pode se compatibilizar com certos tipos de autocracia ou mesmo com a ausência de autogoverno. Assim, a liberdade individual não possui, segundo ele, uma necessária relação com a democracia.
- 114 Racionalidade é uma premissa ontológica de todo o conceito liberal, posto que é no contexto do racionalismo como matriz filosófica que grassa o liberalismo. É por meio dele que se pretende, desde Hobbes, afirmar que o homem é naturalmente dotado de razão e, portanto, dotado de capacidade de fazer escolhas razoáveis (FREEDÉN, 2015, p. 60, tradução nossa). Nisso se inclui a capacidade para designar qual o melhor rumo a ser tomado dentro dos planos individuais de vida de cada pessoa, no sentido de se estabelecer e eleger qual o melhor caminho na construção da autodeterminação do sujeito. Ainda, “dessa noção de racionalidade universalmente estabelecida, deriva o argumento da igualdade de direitos e de oportunidades para que cada um expresse sua racionalidade. Para muitos dos primeiros protoliberais, a racionalidade era uma dádiva divina ou natural, e essa afirmação ainda pode ser verificada atualmente dentre os filósofos e moralistas” (FREEDÉN, 2015, p. 60, tradução nossa).
- 115 “Individualidade [...] é geralmente confundida com individualismo, que é uma visão de estrutura social que prioriza o papel dos indivíduos e os considera como a única unidade da sociedade – autônomos e autossuficientes. O individualismo rejeita abordagens que identifiquem grupos, ou mesmo a sociedade como um todo, enquanto entidades distintas. Não é esse o caso com a individualidade. Esta vê as pessoas como dotadas de uma singularidade qualitativa. São consideradas capazes de autoexpressão e florescimento, e demandam esses atributos para realizar seu máximo potencial. A individualidade possui elementos espirituais e morais de caráter e vontade que precisam ser nutridos pelos próprios indivíduos, mas isso também depende do fomento dos ambientes de educação, economia, cultura e saúde que promovem as oportunidades necessárias para esse processo” (FREEDÉN, 2015, p. 61, tradução nossa). Essa lógica, em que o indivíduo deve buscar o desenvolvimento das próprias potencialidades, mas não sem encontrar condições prévias que possibilitem isso, é chancelada, por exemplo, por Mill, na medida em que acreditava que um contexto de igualdade de pontos de partida era indispensável para o florescimento das potencialidades individuais do ser humano (LAFER, 1991, p. 16). Isto é, “o objetivo de Mill era a liberdade, mas ele acreditava que os meios para atingir esse objetivo incluíam algumas medidas de

individualismo), progresso¹¹⁶, sociabilidade¹¹⁷, interesse público (ou bem comum)¹¹⁸, e limitação e responsabilização do poder¹¹⁹.

Esses valores são úteis para identificar como a concepção de liberalismo, ainda que o mais genérica possível, precisa conectá-lo à noção, ainda que mínima, de vazão às liberdades individuais de todo o tipo. Com isso, não pretendemos afirmar que essas liberdades deverão ser objeto de tutela absoluta, ou que possam ser exercidas de modo irrestrito, mas que qualquer tentativa de cerceamento da

prestação governamental como a garantia da educação universal” (POSNER, 2003, p. 207, tradução nossa). Não parece ser outra a perspectiva liberal de Ludwig Von Mises – autor cujo pensamento tem se tornado um fetiche dos defensores contemporâneos do liberalismo, mormente no Brasil –, quando afirma que “[o] liberalismo não visa a criar qualquer outra coisa, a não ser as precondições externas para o desenvolvimento da vida interior” (VON MISES, 2010, p. 36). E prossegue: “O liberalismo sempre teve em vista o bem de todos, e não o de qualquer grupo especial. Foi isso que os utilitários ingleses quiseram dizer – embora, é verdade, de modo não muito apropriado – com seu famoso preceito, ‘a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas’. Historicamente, o liberalismo foi o primeiro movimento político que almejou a promoção e o bem-estar de todos, e não de grupos especiais” (VON MISES, 2010, p. 38).

- 116 A noção de progresso está ligada à de individualidade, porquanto é um processo indeterminado (portanto, não automático nem imposto, mas, de certo modo, imprevisível) e contínuo que “potencializa e reflete o livre-arbítrio dos indivíduos integrado nos – e protegido pelos – outros conceitos centrais do liberalismo” (FREEDEN, 2015, p. 61, tradução nossa). Importante lembrar que a coincidência entre progresso técnico e científico e progresso moral não é necessária ou diretamente proporcional. Bobbio (2004, p. 50), ao diferenciar ambos e afirmar que apenas o primeiro tem se mostrado efetivo, contínuo e irreversível, expõe duas razões para justificar que bem mais difícil e arriscado é o problema do progresso moral: “1. O próprio conceito de moral é problemático. 2. Ainda que todos estivéssemos de acordo sobre o modo de entender a moral, ninguém até agora encontrou “indicadores”, para medir o progresso moral de uma nação, ou mesmo de toda a humanidade, tão claros quanto o são os indicadores que servem para medir o progresso científico e técnico”. No mesmo sentido, Kaufmann (2011, pp. 242, nota de rodapé n.º 7) afirma que é possível dizer, tal qual a opinião de Posner, que “nosso nível de moralidade de hoje é o mesmo ou até pior”. Ainda, com arrimo na visão pragmatista de Rorty e Dewey, sugere que “o progresso moral é fruto de experiências históricas vividas pelas sociedades, no qual se destacam a percepção de história de dor e sofrimento que não podem mais se repetir”. Na linha dessa última citação, vale lembrar Karl Popper, que, ao formular o que chama de “princípios mais importantes de ética humanitária igualitária”, propõe uma substituição da fórmula utilitarista “visar a maior quantidade de felicidade para o maior número”, ou, em resumo, “maximizar a felicidade”, pela fórmula “a menor quantidade de sofrimento evitável para todos”, ou, em resumo, “minimizar o sofrimento”. Popper, assim, afirma que uma “fórmula simples como esta pode [...] se tornar um dos princípios fundamentais (evidentemente, não o único) de política pública.” (POPPER, 2013, p. 548, nota de rodapé 6 ao capítulo 5, tradução nossa).
- 117 Esse valor, cuja associação ao liberalismo pode causar espécie, possui origem no “protoliberalismo” de Locke e em seu conceito de estado de natureza. Para Locke, além de razão e difusão do poder, há no estado de natureza um dever de amar aos outros além de si próprio, “indicando uma forte interdependência entre respeito e afinidade entre as pessoas desde o começo” e tornando o estado de natureza lockeano “pré-político”, mas não “pré-social”, em razão de uma preocupação entre as pessoas, já existente no estado de natureza, com a vida, a propriedade e a saúde umas das outras (FREEDEN, 2015, p. 62, tradução nossa).
- 118 Esse conceito visa a “apelar aos interesses humanos universais como tais, ao que une as pessoas mais que o que as divide, até mesmo a alguns consensos básicos. Isso pode se referir a um senso de decoro, bom senso, respeito mútuo e igualdade de consideração e a um desejo e promover o bem coletivo de indivíduos. Mesmo entre aqueles que interpretam o liberalismo sob a lógica de mercado e ideologia competitiva, há explícitas referências ao bem comum. Elas geralmente subscrevem uma versão da famosa ‘fábula das abelhas’ de Bernard Mandeville, na qual ele alega que vícios privados produzem benefícios

liberdade, enquanto não prevista em lei geral e abstrata e justificada conforme o caso e, principalmente, imposta com o fim de garantir o exercício da própria liberdade, será antiliberal e arbitrária. Daí a ideia de liberalismo como técnica, inclusive, de limitação do poder estatal com vistas à proteção da(s) liberdade(s) do indivíduo, que a exerce de modo autônomo e racional, dentro de uma lógica pautada pela inserção desse mesmo indivíduo num contexto de sociabilidade e sem descuidar do interesse comum, expresso na própria lei que não apenas viabiliza como limita a(s) liberdade(s).

Nesse sentido, Bobbio (2005, p. 7) explicou que o liberalismo enquanto modelo político é entendido como “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”. Democracia, por sua vez, articulando seu aspecto político e social, diz respeito à forma de governo em que o poder se situa nas mãos de todos ou, ao menos, da maior parte da população, “como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia.” (BOBBIO, 2005, p. 7).

Politicamente, a história do liberalismo se relaciona, em alguma extensão, com a da democracia, mas não aquela dos gregos, reconhecida pela participação política do cidadão (conceito cuja abrangência era, então, muito menos ampla que a atual na medida em que apenas uns poucos eram cidadãos¹²⁰) na arena política pública, e sim com as ideias de soberania popular e representação. Ainda que muitos liberais (como Locke) defendessem o voto censitário, a democracia indireta ou representativa é um modelo associado com o sistema de eleição, geralmente partidária, iniciada com os Estados Liberais de Direito – ainda que o direito ao voto não fosse, de início, realmente democratizado – ou seja, igualitário.

públicos: a busca por vantagens pessoais poderiam resultar em benefícios para todos” (FREEDEN, 2015, pp. 62-63, tradução nossa).

119 Considerando que o liberalismo historicamente surge primordialmente enquanto resposta ao abuso e à opressão imprimidos pelo poder absoluto então vigente (FREEDEN, 2015, p. 65), a necessidade de autorização para o (e controle do) exercício do poder governamental na atividade de elaboração de decisões vinculantes é expressa pela limitação do poder político por meio não apenas de um sistema constitucional de freios e contrapesos que se opere sobre a divisão das funções do poder soberano, mas também pela definição de competências legislativas e administrativas de cada órgão institucional e do estabelecimento de uma carta de direitos humanos fundamentais do indivíduo. Sobre o tema da divisão dos poderes, tratamos no início deste capítulo. O conceito de constitucionalismo e de direitos humanos fundamentais será trabalhado nos itens 2.5.2, 2.5.3 e 2.5.4.

120 Conforme explicitamos no item 1.1.1.

A democracia representativa é, portanto, contemporânea e conterrânea do liberalismo, pois ambos tiveram suas matrizes geradas, primeiro, no contexto dos conflitos entre a coroa e o parlamento na Inglaterra e, posteriormente, no âmbito das revoluções burguesas no contexto do processo de independência das colônias norte-americanas e da luta contra o *ancien régime* absolutista francês.

Assim, com esteio naquilo que já vínhamos afirmando desde o começo do primeiro capítulo¹²¹, e cientes da impossibilidade de esgotar o tema, entendemos necessário assentar algumas linhas gerais sobre alguns dos institutos centrais do liberalismo, reafirmando a ideia de que são eles que o dão sustentáculo: o Estado de Direito, os Direitos Individuais (Fundamentais ou Humanos) e o Constitucionalismo.

2.5.1. Estado de Direito

Alguns elementos do que entendemos por “Estado de Direito” já poderiam ser observados desde a antiguidade; contudo, são elementos isolados que não nos permitem afirmar que o conceito de Estado de Direito, tal qual o conhecemos hoje, já era visível desde aquele momento. Evitaremos anamneses históricas desnecessárias e nos limitaremos a pontuar apenas as linhas gerais que de fato constituem a ideia central do Estado de Direito.

A definição de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) é, *grosso modo*, construída sobre a ideia da superação do Estado Policial (*Polizeistaat*), no qual o direito existe, mas de um modo

puramente instrumental, sobre o qual a administração dispõe de um total domínio, sem estar obrigada ao respeito às normas superiores que se impoem a ela; [o direito] serve para impor obrigações aos administrados, sem que eles tenham, em compensação, fonte de coação sobre a administração, ele é a expressão e a condensação de todo poder administrativo. O Estado de Polícia é fundado sobre o bel-prazer do Príncipe: **não há, em verdade, limite jurídico à ação do**

121 E, de modo complementar, em adesão ao que afirmou Merquior, conforme exposto acima, na nota de rodapé n.º 67.

poder, nem real proteção dos cidadãos contra o poder¹²²
(CHEVALLIER, 2013, pp. 17-18, negritos nossos).

Nesse sentido, o Estado de Direito¹²³ é exatamente a superação do estado de coisas que imperava até o estabelecimento de limites ao poder estatal, constitucionalmente institucionalizados por meio dos direitos fundamentais e da separação de poderes nas constituições. Emblemático é o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que se tornou paradigmático ao movimento constitucionalista ao afirmar que “*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, itálicos nossos)¹²⁴.

O processo de transição entre o Estado Absoluto e o Estado de Direito, vale ressaltar, também se relaciona com a transição da fundamentação teológica do poder para uma fundamentação racional do surgimento das sociedades e

122 Conforme Novais (2013, p. 36), “[e]nquanto Poder que progressivamente se coloca acima do direito, o Estado absoluto é considerado pela generalidade da doutrina como o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção prática do Estado de Direito. De facto [sic], nas duas fases do Estado absoluto – a patrimonial e a de polícia –, a vontade arbitrária do Príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos”. E o mesmo autor, complementando, explica que “[é] corrente a distinção, no Estado absoluto, entre uma primeira fase na qual o Estado é considerado um bem patrimonial do Príncipe e uma segunda fase – com apogeu no século XVIII –, designada como ‘de polícia’, na qual o príncipe se assume plenamente na tarefa de prover a felicidade e o bem dos súbditos [sic] e em que o anterior fundamento divino do poder é substituído por um fundamento racional”.

123 Apesar de não ser esse o espaço adequado para desenvolver o ponto, vale assentar que a ideia de Estado de Direito é resultado de uma complexa construção que varia conforme o país em que se desenvolveu (*Rechtsstaat*, na Alemanha; *État de Droit*, na França, *Rule of Law*, na Inglaterra e nos EUA, etc). Chevallier aponta que o termo nasce com a definição da relação direito-Estado a partir da concepção liberal de *rechtsstaat* preconizada por Kant, para quem o único e verdadeiro direito é o direito natural, em oposição a Fichte e Hegel, que não concebiam outra visão do direito senão a do direito positivo, estabelecido pelo Estado (CHEVALLIER, 2013, p. 19). Não obstante, o termo pode ser compreendido sem muita divergência a partir de um ponto de vista formal, isto é, da ideia de “uma administração submetida a um conjunto de regras, exteriores e superiores, que se impõem a ela de maneira coativa. Essas regras a habilitam a agir e determinar os meios que ela pode usar: a administração não pode impor nada que não seja explicitamente prevista por elas; e os administrados as podem invocar para obter a anulação, a reforma ou a não aplicação dos atos administrativos que as infringirem. A doutrina do *Rechtsstaat* conduz, na prática à afirmação da supremacia da lei sobre a administração: não somente ela deve se abster de agir *contra legem*, mas ainda é obrigada agir *secundum legem*, em virtude de uma habilitação legal (reserva de lei)” (CHEVALLIER, 2013, p. 18).

124 É bastante certa a assertiva de Jorge Reis Novais (2013, p. 75) ao expor, em consonância com o que temos afirmado, que “[d]ireitos fundamentais e divisão de poderes (com império da lei e princípio da legalidade), surgem, pois, como os **elementos fundamentais do Estado de Direito liberal**, tal como proclamava, de forma lapidar, o artigo 16.º da Declaração de Direitos de 1789” (negritos nossos).

legitimação do próprio Estado. A lei, “entendida como emanção racional da vontade geral” (NOVAIS, 2013, p. 42) passa, portanto, a ser imposta inclusive (e principalmente) ao Estado e seus representantes de modo que a racionalização do Estado se põe *pari passu* com sua limitação jurídica. Em outras palavras, tornou-se premente um processo de reformulação da própria ordem política soberana, que passaria pela transformação da sua justificativa e fundamentação, do seu modo de exercício, da sua estrutura institucional (iniciada com a bipartição dos poderes em Locke e continuada com a evolução da separação dos poderes, como já demonstrado) e, principalmente, da sua finalidade. Assim, em convergência com o que já afirmamos até aqui,

o objectivo [sic] último de garantir a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo traduzia-se no estabelecimento de um sistema de garantias (de natureza jurídica) que impregnava toda a estruturação do Estado e enquadrava as suas relações com a sociedade. Por um lado, procedia-se à repartição de funções por órgãos distintos e atribuía-se um valor jurídico hierarquizado aos diferentes actos [sic] estaduais; por outro, através do reconhecimento da subjectividade [sic] jurídica do Estado – com a consequente titularidade de direitos e deveres perante os cidadãos – e da tutela jurisdicional destas situações subjectivas [sic], as relações entre os particulares e o Estado constituíam-se em relações essencialmente jurídicas, submetidas ao império do Direito (NOVAIS, 2013, p. 75).

O Estado de Direito nasce em sua forma liberal e é por meio dela que são delineados os valores dos direitos fundamentais, essencialmente burgueses, inicialmente. Com efeito, é o pressuposto de uma separação essencial entre Estado e Sociedade que informa a matriz liberal-burguesa do Estado de Direito em sua forma primária. Jorge Reis Novais (2013, pp. 59 e ss.) propõe, didaticamente, uma análise tripartida dos vieses pelos quais essa separação ocorre, por meio daquilo que designou “a ideologia das três separações”, relacionadas ao que propuseram Adam Smith, Immanuel Kant e Wilhelm von Humboldt, respectivamente:

a) a separação entre Estado (política) e economia, que reduzia, nesse espectro, o papel do Estado a mero garantidor da segurança e da propriedade individuais, permitindo que a economia girasse sem a sua indesejada interferência, pois regulada pela “mão invisível” do próprio mercado;

b) a separação entre o Estado e a Moral, por meio da qual o campo da moral não é dado a ingerências externas ao indivíduo, o único a poder, porque dotado de razão, autônoma e conscientemente, estabelecer seu alcance;

c) a separação entre Estado e a sociedade civil, que reforça as duas anteriores ao reconhecer que é no seio social que convivem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, de modo que ao Estado resta apenas garantir, abstendo-se de interferir na vida privada, as condições para o seu desenvolvimento e gozo do modo mais livre possível.

Contudo, essa matriz liberal-burguesa é transformada ao longo do tempo, em razão de diversas demandas oriundas do processo de evolução do próprio Estado e do papel que desempenha na sua relação com a sociedade. Uma delas, provocada pelos resultados políticos da I Guerra Mundial, deu origem ao que se convencionou chamar Estado Social¹²⁵ de Direito¹²⁶. Esse período marca o fim de um “optimismo [sic] liberal fundado na ideia de uma justiça imanente às relações sociais autônoma [sic] e livremente desenvolvida a partir da auto-regulação do mercado” (NOVAIS, 2013, p. 181).

Em outras palavras, essa fase é marcada pela intensa participação do Estado na economia e nas relações sociais, principalmente no que tange à regulamentação e regulação das relações privadas de trabalho ou mesmo à oferta de serviços

125 Novais (2013, pp. 187 e 188) explica que são muitas as denominações utilizadas para descrever esse modelo de Estado, desde “Estado assistencial”, “Estado-Providência”, “*Welfare State*”, “Estado de bem-estar”, até “Estado de partidos”, “Estado de associações” e “Estado administrativo”. Todos, contudo, expressam ideias e pontos comuns que são abarcados pelo termo Estado Social, termo que, na opinião do autor, “surge como o conceito mais apto para exprimir, com toda a extensão salientada, a natureza específica do novo tipo de relações entre Estado, cidadãos e sociedade”.

126 Novais (2013, p. 196), com esteio em Ernst Forsthoff, ainda, chama a atenção para o fato de que há um contraste estrutural entre os conceitos de Estado de Direito e Estado Social, que impede a fusão destes conceitos no plano constitucional, possibilitada apenas na “conjunção de Constituição, legislação e administração”. Afirma que “a pretensa neutralidade e formalismo técnico das instituições do Estado de Direito – base da tese da sua inconciliabilidade com o Estado social no plano da Constituição – justificam-se exclusivamente pela necessidade de garantir o *statu quo* económico [sic] e social” (p. 197). E, concluindo, justifica a fusão dos conceitos expondo que “a nova dimensão de socialidade – entendida, como pretende BACHOF, **não como limite externo da liberdade, mas como elemento constitutivo desta – não só não se apresenta em antinomia ao princípio do Estado de Direito [...], como é mesmo uma exigência deste**” (p. 199, negritos nossos).

públicos básicos que visem a garantir a fruição do “mínimo existencial”¹²⁷. Em outros termos, é dizer que

[...] os valores e elementos em que assentava a caracterização liberal¹²⁸ do Estado de Direito não deixarão de sofrer as reformulações que decorrem das novas tarefas assumidas pelo Estado social de Direito, na medida em que este, para além de se obrigar a omitir todos os comportamentos violadores das esferas de autonomia dos cidadãos, se vincula juridicamente a criação das condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2013, p. 200).

Jorge Luiz Borges Horta (2011), ao mencionar alguns fundamentos do Estado Social, elenca como fundamentos sociológicos: a falência do modelo liberal-racionalista; o progresso da indústria e a estratificação social; a era da eletricidade; o movimento socialista; a doutrina social da Igreja; a Primeira Grande Guerra; a Revolução Russa; o advento de Weimar; o intervencionismo estatal; Keynes; a crise de 1929; Roosevelt e o New Deal e a democracia de partidos. Como fundamentos axiológicos, dentre outros, lista: a igualdade contemporânea e o valor *trabalho* (Hegel); a igualdade material; o socialismo; o marxismo e o Estado Providência (pp. 115-136).

E, por fim, Horta considera haver uma estrutura jurídica própria do Estado Social, que não só é calcada na lógica do Estado Intervencionista, mas também marca a transição para uma segunda fase do Direito Moderno, revela um

127 Adotamos aqui a concepção de “mínimo existencial” formulada por Ana Paula de Barcellos. A autora explica, inicialmente, o conceito dentro do pensamento de John Rawls e de Michael Walzer, cotejando-os da seguinte forma: “[...] para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos da liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer justiça distributiva. O mínimo existencial ou social, portanto, constitui uma verdadeira condição da liberdade. Para Walzer, diferentemente, a garantia do mínimo existencial, além de um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição da moralidade mínima, vale dizer: da própria natureza humana, aspecto universal do indivíduo, funcionando como pressuposto básico de sua participação democrática em qualquer comunidade” (2011, p. 159). Depois, define a seu próprio modo o conceito de mínimo existencial, que “consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade”, e compõe o núcleo e o conteúdo básico da dignidade humana, no tocante aos seus elementos materiais (2011, p. 368).

128 O mesmo autor lembra que, mesmo que o Estado de Direito liberal se transforme, abarcando novas demandas históricas ao passar do tempo, o que ocorre não é uma substituição simples dos princípios liberais pelos que se sucederam, como aqueles do socialismo, por exemplo, mas, sim, a organização cumulativa dos princípios e direitos fundamentais do Estado liberal de Direito com os modelos posteriores: “Ou seja, a colocação da ordem econômica [sic] e social a disposição da atividade [sic] conformadora do Estado democraticamente constituído **só pode ser entendida, justificada e determinada em função da promoção das esferas individuais e da criação das condições objectivas [sic] da sua realização**” (NOVAIS, 2013, p. 211, negritos nossos).

fortalecimento da soberania estatal (lastreada nas ideias hegelianas), comporta uma hipertrofia do Poder Executivo, dá azo ao surgimento do Direito do Trabalho (bem como é conferido maior relevo ao Direito Financeiro e ao Direito Tributário) e à teoria do ordenamento jurídico (Santi Romano) e, por fim, ensejará em momentos posteriores alguns movimentos antiformalistas como a jurisprudência dos interesses (HORTA, 2011, pp. 137-142).

Outro processo de evolução do Estado de Direito, revelado após os impactos da II Guerra Mundial no cenário jurídico e político do globo, e mediante uma necessidade de reestruturação da forma como o Direito era visto e fundamentado não apenas pelos ordenamentos jurídicos internos estatais, mas pelo então crescente Direito Internacional. Assim, a partir da segunda metade do século XX, compreende-se o início da fase que se denomina Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático de Direito, ou mesmo outros termos que remetem à fusão do Estado de Direito (um conceito eminentemente liberal) com a expansão da democracia.

Mas para além da compreensão da democracia como princípio que, como veremos, junto com a noção de dignidade da pessoa humana, passa a informar os elementos do Estado de Direito, vislumbrou-se uma internacionalização dos Direitos Humanos, cuja proteção se robustece ante a implementação de um efetivo sistema internacional com vistas à sua proteção.

Até então, o arcabouço normativo de Direitos Humanos se resumia a tratados internacionais pontuais sobre temas específicos. Ainda no final do século XIX, um importante precedente histórico da internacionalização dos Direitos Humanos foi o surgimento do Direito Humanitário, “intimamente ligado a uma organização internacional não estatal: o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que veio à luz em 1863 com a finalidade de proporcionar proteção e assistência humanitária às vítimas da guerra e da violência armada” (MAZZUOLI, 2016b, p. 62) em contexto de guerras internacionais, guerras civis ou outros conflitos armados.

A chamada “Liga (ou Sociedade) das Nações”, criada em 1919, em Versalhes, na França, pelos países que se sagraram vencedores na Primeira Guerra mundial, apesar de representar outro importante precedente no processo de internacionalização dos Direitos Humanos (por prever sanções aos Estados no caso

de violação aos Direitos Humanos) (MAZZUOLI, 2016b, p. 62), falhou no seu objetivo de manter a paz e segurança mundiais. Os horrores causados pelas desumanas e chocantes experiências ocorridas durante o holocausto nazista e a II Guerra Mundial despertaram a atenção do globo sobre a urgência de se proteger o ser humano, com o objetivo de se evitar que as pessoas pudessem ser novamente instrumentalizadas, isto é, utilizadas como meios para um fim. É com o fim da II Guerra Mundial, portanto, que o cenário se transforma.

Os Estados vencedores da II Guerra Mundial (países aliados: URSS, EUA, Reino Unido, França, Brasil, dentre outros) deram início à elaboração da Carta das Nações Unidas, o principal documento constitutivo da ONU – Organização das Nações Unidas – elaborada em junho de 1945 (PORTELA, 2014, p. 266).

Contudo, como a Carta da ONU não havia previsto um rol de direitos humanos fundamentais, aprovou-se, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), com 30 artigos que explicitam os principais Direitos Humanos reconhecidos e aceitos pela sociedade internacional, enumerando tanto direitos políticos e liberdades civis (artigos I ao XXI), quando direitos econômicos, sociais e culturais (artigos XXII ao XXVII) (RAMOS, 2014, p. 47). A DUDH, por ser uma declaração e não um tratado, é considerada por uma parte da literatura como um documento sem força cogente (obrigatória, vinculante), entendimento basicamente já superado, hoje¹²⁹. De todo modo, a intenção era que a DUDH fosse apenas “uma etapa anterior à elaboração de um ‘tratado internacional de direitos humanos’” (RAMOS, 2014, p. 147), com força vinculante.

Tal propósito foi “frustrado pela Guerra Fria e pelo antagonismo entre Estados Unidos e União Soviética”, que possuíam enorme influência na ONU (inclusive, por serem membros permanentes do seu Conselho de Segurança), e “somente em 1966 (quase vinte anos depois da DUDH) foram aprovados dois Pactos Internacionais”: o

129 O entendimento hoje predominante é de que a DUDH veicula normas que compõem o chamado *jus cogens*. Segundo Mazzuoli, o *jus cogens* “representa uma categoria de normas imperativas de Direito Internacional geral da qual nenhuma derrogação é possível, a não ser por outra posterior da mesma natureza” (MAZZUOLI, 2016a, p. 178); ou seja, “quando a norma costumeira em causa é formadora de *jus cogens*, não há o que se discutir; à evidência que não é possível objetar persistentemente uma norma da qual ‘nenhuma derrogação é permitida’” (*idem*, p. 151, nota de rodapé n.º 76). No mesmo sentido, COMPARATO (2013, p. 239) entende que “os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*)”.

dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais (PIDESC), de modo que o conjunto dos três documentos (DUDH, PIDCP e PIDESC) recebeu à época o “apelido” de “*International Bill of Rights*” – “Carta Internacional de Direitos Humanos” (RAMOS, 2014, p. 147).

Todo esse processo, que teve início com a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

vem se desenvolvendo tanto no plano global, como em esferas regionais – europeia, interamericana e africana –, com a aprovação de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos de natureza cogente, além da criação de órgãos e mecanismos de fiscalização e monitoramento desses direitos, alguns dotados de natureza jurisdicional, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 89).

No âmbito da África, especificamente, no contexto da vigência da Organização da Unidade Africana (1963) – que foi sucedida pela União Africana (2002¹³⁰) – foi adotada em 1981, e ganhou aplicabilidade em 1986, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que é o principal documento para a proteção e promoção dos direitos humanos no continente (MURRAY, 2004, p. 49)¹³¹.

A Carta, a partir do seu artigo 30, prevê a composição e organização de uma Comissão Africana, composta de onze membros, incumbida da proteção e da promoção dos direitos previstos na carta. Tais incluem o direito à proteção da vida humana, às liberdades e garantias individuais, à propriedade, à igualdade perante a (e na) lei, à integridade física, bem como os direitos de participação política e de acesso a bens e serviços públicos ligados aos direitos sociais, como saúde, educação e cultura, ou mesmo dos direitos difusos ligados ao desenvolvimento, ao

130 Cujá sede fica em Adis Abeba, capital da Etiópia, e cujo ato constitutivo foi firmado em Lomé, Togo, em 11 de julho de 2000.

131 No âmbito da Ásia, do Oriente Médio e da Oceania, ainda que se verifique a existência de documentos pontuais de proteção dos direitos humanos, não há sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, tais quais o africano, o interamericano e o europeu.

meio ambiente equilibrado e à paz¹³² [AFRICAN (BANJUL) CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 1981].

Portanto, a internacionalização dos Direitos Humanos, que é apresentada no mesmo contexto do processo de aproximação da democracia com o Estado de Direito no âmbito das constituições internas dos Estados contemporâneos, leva à necessidade de contextualizarmos sua convergência e interseção¹³³. Habermas mostra que ambos, democracia e Estado de Direito, aparecem como objetos bastante diferentes, e explica que, “[u]ma vez que toda dominação política é exercida na forma do direito, também existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado pelo Estado de Direito. E também existem Estados de direito nos quais o governo ainda não foi democratizado”, implicando que é possível haver Estado de Direito sem democracia (HABERMAS, 2018, p. 420).

O modelo do Estado Democrático de Direito pressuporia, por sua vez, a necessidade de observância de um vínculo entre autonomia privada e autonomia pública, bem como uma superação dos modelos puros do Estado Liberal e do Estado Social, que divergem quanto à questão acerca de como se assegurar a autonomia privada: “de modo imediato pelos direitos de liberdade ou pela concessão

132 Além disso, uma enfática menção à família como “unidade natural e base da sociedade” é verificada no artigo 18 da Carta, que também prevê a obrigatoriedade do Estado em proteger a família, considerada a “guardiã da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade”. Ainda, há a previsão de obrigações do indivíduo perante a família e a sociedade (artigo 27), inclusive no sentido de “preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de trabalhar pela coesão e respeito da família; de respeitar os pais em todo o tempo e sustentá-los em caso de necessidade” (artigo 29). Como afirmou Glendon (2001, p. 227, tradução nossa), “instrumentos voltados à proteção dos direitos de dignidade, **com sua ênfase na família e sua especial atenção às obrigações, são mais compatíveis com as tradições asiática e africana**” (negritos nossos).

133 “O Estado de direito cumpria e cumpre bem a exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As ideias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la legalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional – a *legitimação democrática do poder*. Acontece até que a conciliação entre **Estado de direito e democracia** merece sérias reticências a muitos autores e suscita verdadeiras perplexidades. Assim, por exemplo, nos quadrantes culturais norte-americanos é conhecido o ‘cisma’ entre os ‘constitucionalistas’ (*‘constitutionalists’*) e os ‘democratas’ (*‘democrats’*) para significar a opção preferencial a favor do Estado juridicamente constituído, limitado e regido por leis (‘constitucionalistas’), ou o Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática (‘democratas’). Na Alemanha são inúmeras as controvérsias sobre as antinomias entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, Benjamin Constant celebrou a distinção entre ‘liberdade dos antigos’, amiga da participação na cidade, e ‘liberdade dos modernos’ assente na distância perante o poder.” (CANOTILHO, 2003, pp. 98-99, negritos no original).

de direitos a benefícios sociais. Em ambos os casos se perde de vista o vínculo interno entre autonomia privada e autonomia pública” (HABERMAS, 2018, p. 432).

Isso demandaria uma igual distribuição – jurídica – de situações nas quais indivíduos se encontrariam em um status de pessoas de direito aptas a reclamar suas pretensões jurídicas na forma de direitos subjetivos. Essa conjugação entre direitos individuais e direitos políticos – autonomia privada e autonomia pública – possibilita, assim, a concretização da ideia de que

os cidadãos só podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública quando são suficientemente independentes porque a autonomia privada está assegurada de modo igual. Mas também porque só conseguem chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso sobre sua autonomia privada se fizerem um uso adequado de sua autonomia política na condição de cidadãos (HABERMAS, 2018, p. 430).

Mais ainda, o vínculo interno entre Estado de direito e democracia restou longamente encoberto pela competição entre os modelos do direito que ainda predominam: o paradigma liberal do direito, que propõe a expectativa de que a justiça social possa se estabelecer por meio da proteção de direitos de propriedade e da liberdade contratual, condicionada pela lógica de mercado em que os indivíduos estão racionalmente inseridos, e o paradigma social do direito, calcado nas dimensões da igualdade formal e material (inseparáveis, portanto¹³⁴), que

134 Isso se reflete na ideia de que também os direitos individuais dependem dos direitos sociais para o seu adequado gozo, e não podem ser considerados, numa visão macro, como completamente independentes, inclusive considerando, dentre outros aspectos, que a implementação da garantia dos direitos individuais demanda custos econômicos e prestações positivas do Estado tanto quanto a garantia dos direitos sociais, e os direitos sociais também abarcam uma dimensão objetiva que garante ao indivíduo, também quanto a eles, a partir do momento que são positivados na constituição, uma defesa perante o Estado, que fica impedido de agir, no sentido de que “a existência de um direito apresenta-se sempre como ‘fundamento substancial’ para sua realização. Quer dizer, quando o titular do direito goza do poder de agir, o destinatário, face ao sujeito do direito, detém o correspondente dever de não obstaculizar ou impedir essa ação [sic]” (QUEIROZ, 2010, p. 117). No mesmo sentido, vale mencionar o seguinte excerto de SUPLOT (2007, pp. 249-250) sobre a interdependência existente entre os direitos individuais e os direitos sociais: “São avançados dois argumentos para, assim, excluir os direitos sociais da esfera jurídica. O primeiro é que eles têm o objetivo da distribuição das riquezas, ao passo que a área do Direito seria por natureza confinada às ‘regras de justa conduta’. O segundo é que eles têm a estrutura de uma crença sobre a coletividade e não de uma garantia individual. Apenas os *direitos de* seriam verdadeiros direitos, pois existiriam independentemente de qualquer devedor, ao passo que os *direitos a* seriam apenas petições de princípio, penderes da existência de uma organização capaz de honrá-los. Essas críticas não têm fundamento e os direitos econômicos e sociais são direitos reais, tanto do ponto de vista de seu conteúdo quanto do ponto de vista de sua estrutura. Quanto ao seu conteúdo, ‘o Homem’ das primeiras declarações dos direitos, por exemplo a de 1789, era um puro ser de razão, cuja existência física só era considerada do ponto de vista do direito das penas. **Ora, a história mostrou que esses direitos civis e políticos ficavam privados de sentido e ameaçados de desaparecer quando massas humanas inteiras encontravam-se**

garantiriam a igualdade de condições e oportunidades que viabilizem uma capacidade jurídica igualitária na liberdade de ter e adquirir, inclusive por meio da concessão de direitos sociais básicos e distribuição mais justa da riqueza gerada socialmente (HABERMAS, 2018, p. 431).

Associando as premissas, é dizer – conforme Novais (2013, pp. 207-208), e explicitando a configuração do Estado Democrático de Direito que emerge como uma nova roupagem jurídico-política do Estado Social de Direito – que

De facto [sic], com a extensão exigida pela actual [sic] compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção [sic] em regime democrático. Desde logo, porque sem o reconhecimento geral dos *direitos políticos* – só concebível numa situação democrática – a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos – porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação [sic] dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual. Uma tal caracterização do Estado social de Direito significa, não apenas que o princípio de socialidade tende para o progressivo estabelecimento de uma democracia económica [sic] e social, mas, sobretudo, e antes de mais, que as esferas de autonomia individual e dos direitos fundamentais – enquanto fins e valores essenciais do Estado de Direito – pressupõem a existência efectiva [sic] das regras da democracia política, desde a livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos e a legitimação democrática de todos os órgãos de poder ao reconhecimento do pluralismo partidário, direito de oposição e princípio da alternância democrática, bem como dos direitos de participação política (nomeadamente o sufrágio universal e o direito de associação), sem quaisquer discriminações de sexo, raça, idade, convicção ideológica ou religiosa e condição económica [sic], social ou cultural.¹³⁵

entregues à miséria e ao medo. Para se preocupar com a defesa da liberdade ou com o direito de propriedade, precisa-se primeiro estar seguro de um mínimo de segurança física e econômica e não estar às voltas com as agressões, com a fome, com o frio ou com a doença. Brecht observava, por ocasião da ascensão do nazismo, que ‘os que desprezam o comer é porque já comeram’; assim também, os que zombam dos ‘riscofobos’ é porque estão ao abrigo dos riscos. Uma das lições dos anos 1930 era que a miséria e o desemprego de massa arrumam a cama para as ditaduras e que não pode haver liberdade onde reina a insegurança física ou econômica, sendo essa a razão da proclamação dos direitos sociais no pós-guerra” (negritos nossos).

135 A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 patentemente adotou esse modelo.

2.5.2. Constitucionalismo

Além do Estado de Direito, o Constitucionalismo e os Direitos Humanos Fundamentais são fenômenos que integram o feixe histórico e a estrutura jurídico-política que compõem o contexto protoliberal do Ocidente, a partir do final do século XVIII. É importante pontuar, antes de prosseguir, que não há como analisar de maneira cindida o fenômeno do surgimento das constituições formais e a consagração, nessas mesmas constituições, dos chamados direitos humanos fundamentais.

Ainda, é imprescindível expor algumas diferenças básicas entre o que são direitos humanos e o que são direitos fundamentais, razão pela qual optamos por nos referir a ambos, até o presente momento, por meio da expressão monolítica “direitos humanos fundamentais”, cuja divisão exige uma compreensão adequada e individualizada de cada um dos conceitos¹³⁶.

Ainda que, conforme Canotilho (2003), não seja possível falar em apenas um, mas em vários constitucionalismos (o inglês, o americano, o francês, etc), ou, de forma mais rigorosa, vários movimentos constitucionais – possibilitando um recorte básico de constitucionalismo –, é possível defini-lo como “*técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*” (p. 51), ou como uma “*teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (p. 51).

Em termos histórico-descritivos,

fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2003, p. 52).

136 Conhecemos a vastidão dos conceitos que são objeto de disputa dentro do campo epistemológico dos Direitos Fundamentais e, principalmente, dos Direitos Humanos, que abarcam tanto visões ainda hegemônicas quanto outras de cunho contra hegemônicas. Contudo, pela limitação do espaço deste trabalho, e cientes das várias teorias críticas dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, traremos a lume, primordialmente, os conceitos que representam uma visão predominante no campo jurídico, pois são os que, a nosso ver, ainda norteiam o resultado das deliberações dos tribunais – mais especificamente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – na quase completude dos casos em que projetos de lei e propostas de emendas à Constituição são impugnados em razão de ofensa aos princípios e regras constitucionais (inclusive, aqueles de cunho liberal, objeto do presente trabalho).

Deste modo, seu objetivo primordial é limitar o poder do Estado por meio, basicamente, da separação das funções do Poder, de normas de organização do Estado e da instituição de um rol (uma lista) de Direitos Fundamentais do cidadão. Ou seja, a finalidade do constitucionalismo moderno¹³⁷ pressupõe a instituição de um documento dotado de supremacia no ordenamento jurídico, geralmente escrito¹³⁸ (constituição formal), com normas voltadas à contenção do arbítrio estatal por meio da separação de poderes e de liberdades individuais mínimas.

Portanto, é um fenômeno que incorpora a consagração de documentos constitucionais escritos que, além de limitarem o poder político por meio da separação das suas funções e da organização institucional do Estado, o fazem também por meio do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais derivados, em grande parte, das Declarações de Direitos setecentistas.

137 Adotamos aqui a posição segundo a qual não havia constitucionalismo propriamente dito (conforme o conceito aqui adotado) dentre os povos da idade antiga ou mesmo durante o longo período compreendido como idade média, conquanto houvesse, contextualmente, em cada um deles, elementos que, posteriormente, evoluíram conceitualmente até serem albergados pelo constitucionalismo moderno, como a república, a democracia, o governo misto e a ideia de hierarquia de normas. A Magna Carta de 1215, na Inglaterra, em razão de uma comum desdiferenciação (que pretendemos evitar), é frequentemente – e erroneamente – confundida com uma constituição, malgrado tivesse a natureza de contrato de domínio unicamente entre o Rei e os barões, além de ter previsto direitos específicos apenas a esse grupo, desprovidos de natureza de direitos fundamentais universais de titularidade de todos os cidadãos ingleses. Todavia, essa posição não é de todo divergente com aquela que adota Canotilho, ao falar da existência de um “constitucionalismo antigo”, como “um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”, que se sedimentaram desde o fim da Idade Média até o século XVIII (2003, p. 52). No mesmo sentido, Cristina Queiroz afirma que “Ao contrário do que há [sic] primeira vista poderia supor-se, os Estados da Antiguidade e da Idade Média possuíam também uma ‘constituição’ no sentido de um ‘estatuto’ definidor da unidade e ordenação dos respectivos poderes ou, nas palavras de ARISTÓTELES, um ‘estatuto de ordenação dos poderes no Estado’. Este conceito ‘institucional’ de constituição, essencialmente como *status* e *institutio*, corresponde a toda a comunidade dotada de um mínimo de organização política, pois, como observava JELLINEK, se se suprime a constituição cessa o Estado, dando lugar à ‘anarquia’” (2010, p. 47). No primeiro capítulo, por diversas vezes, nos referimos à “constituição mista de Roma” nesse exato sentido, e não no sentido dado pelo Constitucionalismo moderno. Novamente, quanto a esse ponto, Cristina Queiroz sublinha: “Este conceito de ‘constituição’ como ‘ordem do bem comum’ (*respublicam constituere*), derivado do modelo jurídico-romano, será mais tarde aperfeiçoado, e está na origem do chamado conceito *racional* de constituição como ‘ordem jurídica fundamental do Estado’, orientada por determinados princípios, própria do conceito ‘modernista’ de constituição do início do ‘constitucionalismo’” (2010, p. 47).

138 Exceção feita à Inglaterra e a outros países que adotam a tradição consuetudinária, a exemplo da Nova Zelândia.

2.5.3. *Direitos Fundamentais*

Junto à evolução do constitucionalismo ao longo das fases do Estado liberal de Direito, Estado social de Direito e Estado democrático de Direito, verifica-se uma evolução dos direitos fundamentais. É possível encontrar na literatura jurídica uma imensa gama de nomes e termos relacionados ao mesmo conjunto de direitos, que, em geral, chamamos de Direitos Fundamentais.

O motivo da utilização de tantas expressões se dá não apenas porque vários desses termos “adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial”, mas, mais importante ainda, “porque o emprego de um termo pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 47), principalmente num contexto onde a Constituição é norma jurídica dotada de efetividade mas trabalha, como é natural nas Constituições, com termos genéricos e por vezes abstratos. Conforme ensina Ingo Sarlet (2009, p. 27), “a título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI e d) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV)”.

É possível citar, além de “direitos fundamentais”, os termos “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 47), “direitos humanos fundamentais”, “direitos fundamentais do homem”, “direitos do homem”, dentre outros.

Contudo, o uso indiscriminado desses e outros termos enquanto sinônimos de direitos fundamentais inevitavelmente restará errôneo, justamente porque estão “atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais”, além de serem anacrônicos e distantes do atual estágio evolutivo dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 28). Deixe-se claro, novamente, que realizaremos, logo adiante,

uma abordagem a respeito de algumas diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Uma classificação bastante comum dos direitos fundamentais, conquanto não nos pareça a mais acurada (as críticas serão abordadas a seguir), é aquela que parece melhor relacionar, em cada fase, as constituições e os direitos fundamentais nelas previstos.

A proposta teve origem, segundo se relata (TRINDADE, 2000, p. 38; BONAVIDES, 2010, p. 563), em uma conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, comuna francesa, quando Karel Vasak, sem qualquer pretensão de imortalizar a ideia (TRINDADE, 2000), associou certos grupos de Direitos Humanos fundamentais aos três elementos do lema revolucionário na França de 1789 e a uma sucessão geracional, simbolicamente representados na bandeira do país: *liberté* – *direitos de primeira geração* (que engloba as liberdades públicas e os direitos civis, pleiteados em um contexto de *laissez-faire*); *égalité* – *direitos de segunda geração* (que abarca os direitos voltados à concretização da igualdade material, bem como os direitos econômico-sociais, típicos do *Welfare State*); e *fraternité* – *direitos de terceira geração* (que se refere aos chamados “direitos de solidariedade”, representados por direitos difusos, cuja titularidade não repousa no indivíduo isolado ou num grupo específico, mas visam a tutelar bens de toda a humanidade).

A classificação – explica Weis (2010, p. 51) – nada mais é do que “uma tentativa de tornar mais palatável a noção da historicidade dos direitos humanos, isto é, de explicar de forma sintética que o surgimento daqueles obedeceu à injunções histórico-políticas, cujas características marcaram os direitos nascidos naquele momento”.

Contudo, a teoria geracional não escapou de diversas críticas, dentre as quais três são dignas de nota: *a)* a primeira, de cunho *terminológico-semântico*; *b)* a segunda, de teor *histórico-juspositivo*; e *c)* a terceira, de cariz *ideológico-conceitual*.

a) A crítica terminológico-semântica: dentre todas, talvez a mais consagrada crítica seja aquela que diz respeito ao próprio termo “gerações”, e surgiu com o objetivo de rechaçar a equivocada ideia de que o reconhecimento de uma nova

geração implica no ocaso da anterior. Em outras palavras, caso o termo “gerações” acabe por “induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes” (WEIS, 2010, p. 53), seria mais adequado utilizar, em vez daquele, o termo “dimensões”¹³⁹. Este termo, portanto, dotado de semântica mais adequada, teria o único condão de reforçar o caráter cumulativo e de complementaridade desses direitos, que se encontram em permanente processo de expansão e fortalecimento, sendo dotados, inclusive, de unidade e indivisibilidade, como se discutirá adiante (SARLET, 2009, pp. 45-46). Trindade, sem embargo, se refere ao direito à vida como direito fundamental de todas as gerações. “É civil, político, econômico-social e cultural” (TRINDADE, 2000, p. 38).

Entretanto, superado o equívoco terminológico, já se percebe há algum tempo na literatura a menção a novas gerações (ou dimensões)¹⁴⁰, além das três tradicionais, que, para Sarlet (2009, p. 50), dificilmente se sustentariam autonomamente, já que “todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”¹⁴¹.

b) A crítica histórico-juspositiva: outra crítica ao sistema geracional, que, neste caso, transcende o mero aspecto semântico e invade as próprias distinções históricas e juspositivas que permeiam ambos os conceitos de Direitos Humanos e

139 Weis (2010, p. 52), com proposta distinta, sugere: “é preferível desde logo destacar a matriz histórica dos direitos humanos e atribuir-lhes, conforme o caso, uma alcunha que faça referência direta ao movimento que os inspirou, ou ao conteúdo de suas prescrições. No lugar das gerações, melhor seria falar em *direitos humanos liberais* ou *direitos civis e políticos* e em *direitos econômicos, sociais e culturais*. À chamada terceira geração ainda não ocorreu a consolidação de uma designação mais precisa, daí por que aqui se adota a denominação de ‘direitos humanos globais’, havendo quem se refira a ‘direitos humanos de solidariedade’, uma vez que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda Humanidade e do planeta em si considerado [...]”.

140 Para um contraponto entre as distintas concepções de Norberto Bobbio e Paulo Bonavides quanto ao conteúdo dos denominados direitos humanos fundamentais de quarta geração, ou em relação ao enquadramento do direito à paz na terceira (Vasak) ou quinta dimensão (Bonavides), cf. SARLET, 2009, pp. 50-52; WEIS, 2010, p. 50; BONAVIDES, pp. 570-572 e pp. 583-584; BOBBIO, 2004, pp. 5-6. Para uma visão ainda distinta destas, que inclui na quarta geração “a *sociedade civil da responsabilidade transcendente*”, cujas “práticas e instituições devem condensar e expressar *responsabilidade pelas condições de existência* (herança) dos que virão” e, na quinta geração, a “*incursão das tecnologias de ponta no mapa genético da vida e, especificamente, na genética humana*”, cf. GALLARDO, 2014, pp. 53-55.

141 No mesmo sentido, Alves (2005, p. 37): “Os direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade (como o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento), podem ser encarados como complementação explicativa do campo de aplicação das duas primeiras, já que não alteram em nada a substância dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.

Direitos Fundamentais, é aquela que indica um descompasso na correspondência entre as gerações e os direitos que as compõem, quando postos em cotejo o sistema interno ou estatal (Direitos Fundamentais) e o sistema internacional (Direitos Humanos). Em outras palavras,

Se no primeiro o reconhecimento dos direitos sociais pelas Constituições foi, em geral, posterior ao dos direitos civis e políticos, no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho/OIT, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos (WEIS, 2010, p. 51).

Se considerarmos o âmbito dos Direitos Humanos enquanto normas reconhecidas no plano internacional, com maior pretensão de universalidade que a dos Direitos Fundamentais, por meio de tratados, pactos, convenções e declarações positivados sob a proteção do Direito Internacional Público (ou Direito Internacional dos Direitos Humanos), os direitos civis e políticos – enquadrados na primeira geração/dimensão no âmbito constitucional dos Direitos Fundamentais –, haveriam de ser reclassificados como Direitos Humanos de segunda geração/dimensão, porque reconhecidos historicamente apenas depois dos direitos econômicos, sociais e culturais. As convenções da OIT, como visto, regulamentadoras de direitos sociais dos trabalhadores, precederam os principais textos em cujo bojo se viu firmarem os direitos civis e políticos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁴², de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PICDP), de 1966.

Mesmo dentro de um único plano – interno ou internacional –, nenhum dos três grupos de direitos se afirmou e consolidou uniformemente até que o próximo também se concretizasse. Um exemplo disso é o que se visualiza na seguinte passagem, válida de se reproduzir, a qual indica que, longe de serem uma inovação na quadra dos Direitos Fundamentais, os direitos sociais, ainda que em menor relevo, já existiam desde o início do constitucionalismo (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 32):

142 Que, como já visto, foi projetada como “uma etapa anterior à elaboração de um ‘tratado internacional de direitos humanos’” (RAMOS, 2014, p. 147), com força vinculante – ou seja, o PIDCP (1966).

Primeiro, o Estado moderno nasce para oferecer aos cidadãos *segurança*, tanto no sentido jurídico (unificação da legislação, centralização do poder), como no sentido físico (proteção das pessoas pelos órgãos de segurança interna e externa). A segurança constitui tanto uma promessa crucial quanto uma prestação estatal (com correspondente custo orçamentário) e mostra que o Estado sempre se preocupou e, de certa forma, mesmo se definiu como autoridade que garante aos cidadãos segurança, graças à sua atuação contínua e cotidiana. Nesse sentido as prestações estatais antecedem a criação de Constituições e a proclamação de direitos fundamentais. Segundo, os direitos sociais (prestações do Estado) foram garantidos já nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX, muito antes da chamada crise do Estado liberal da primeira metade do séc. XX, apontada pelos adeptos da terminologia das gerações como a responsável histórica pelo surgimento da suposta era de tais direitos. Os documentos históricos consubstanciados nas primeiras constituições europeias provam a inconsistência da terminologia. A Constituição francesa de 1791 incluiu entre as “disposições fundamentais” de seu primeiro título o dever estatal de criar instituições públicas destinadas a prestar assistência a crianças abandonadas, indigentes com enfermidades e oferecer trabalho a desempregados. Previa também a criação de escolas públicas com gratuidade do ensino fundamental. Da mesma forma, a Declaração francesa de 1793 garantia a assistência aos necessitados como uma “dívida sagrada” da sociedade e o direito de acesso à educação (arts. 21 e 22). E a Constituição brasileira do Império de 1824 incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais: os “socorros públicos” e a “instrução primária” gratuita (art. 179, XXXI e XXXII), ambos direitos sociais e diretamente inspirados nos referidos textos constitucionais da França (DIMOULIS; MARTINS, 2011, pp. 31-32).

Finalmente, outra constatação no mesmo sentido é averbada por George Marmelstein no seguinte excerto:

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel. Outro exemplo mais atual dessa falsa idéia [sic] de que os direitos de liberdade antecedem historicamente os direitos de igualdade ocorre na China e em Cuba. Nesses países, onde vigora um regime comunista autoritário, não há proteção aos direitos de liberdade, mas vários direitos de igualdade são proclamados pelo Estado (MARMELESTEIN, 2004, p. 174).

c) *A crítica ideológico-conceitual*: uma terceira crítica ao sistema geracional, mais sutil e menos difundida na literatura predominante sobre Direitos Humanos, é levantada por uma parcela do pensamento de cariz crítico (ou, para alguns, de ideologia política socialista ou de esquerda), e dá ao sistema geracional, enquanto revelador da origem histórica dos Direitos Humanos, o atributo de carregar em si a carga ideológica típica da sociedade liberal-burguesa setecentista, do período revolucionário. Posto que o modelo geracional foi inspirado na revolução francesa e em seu aparato ideológico, sugere-se por meio dele um modelo hermético, fechado em si para novas formas de práticas sociais e lutas de classes posteriores à ruptura burguesa ante o *ancien régime* (RUBIO, 2014, pp. 96-98).

Em outras palavras, “as lutas liberais, ainda que fruto de um processo de libertação, ao final fizeram de si mesmas um caminho para preservar a liberdade de poucos, e não para a conquista de todos. [...] O monopólio da liberdade, da igualdade e da dignidade, o que significa e como desfrutá-lo é uma propriedade da hegemonia estrutural conquistada pela burguesia” (RUBIO, 2014, p. 99)¹⁴³.

A liberdade, igualdade e fraternidade, motes que dão sustentáculo ao sistema geracional de direitos, representariam, na realidade, meios para a conquista de interesses contratuais e mercantis exclusivos da classe burguesa, que, apesar do poderio econômico, não dispunha de capital político; liberdade: para contratar sem intervenção do Estado; igualdade: meramente formal (isonomia), em face dos privilégios fiscais do clero e da monarquia (MASCARO, 2003, pp. 25-36). Em suma:

O século de Kant assentou-se na luta contra o Estado Absolutista, cujos interesses eram contrários aos da burguesia. No entanto, quando a burguesia toma o poder dos Estados, na virada para o século XIX, percebe-se que a manutenção da valorização da instância da individualidade contra o Estado absolutista não é mais necessária. A partir desse momento, o Estado, controlado pela própria burguesia, é burguês (MASCARO, 2013, p. 255).

143 “Sem dúvida, abaixo da filosofia do século XVIII, o interesse da burguesia revela-se facilmente, pois ela deveria tirar as maiores vantagens do novo regime. **Mas ela acreditava sinceramente trabalhar pelo bem da humanidade.** E mais: estava persuadida de preparar a chegada de uma nova era da justiça e do direito. Todo o Terceiro Estado acreditou na mesma coisa. Os combatentes das jornadas revolucionárias de Valmy, de Jamappes e de Fleurus nunca teriam arriscado suas vidas se pensassem somente em si mesmos” (LEFEBVRE, 2011, p. 85, negritos nossos). O argumento acima negrito revela um pouco da complexidade do problema.

Na verdade, essa perspectiva, apesar de apontar importantes fragilidades não apenas do modelo geracional mas também da hegemonia ideológica burguesa na formação do quadro estritamente liberal vigente à época, desconsidera que a própria evolução dos direitos humanos contempla em sua gramática a inserção de novas demandas que vão muito além das garantias formais dos direitos de liberdade e da economia privada. Os próprios movimentos sociais da segunda metade do século XX explicitam o modo como valores do Estado Social e Democrático de Direito, ou mesmo as lutas por reconhecimento no âmbito das questões de gênero, raça, liberdade e orientação sexual, etc., foram e continuam sendo incorporados pelas legislações e jurisprudências da maioria dos Estados democráticos.

2.5.4. Direitos Humanos

Temos abordado até aqui, em vários momentos, o modo como a remissão a direitos humanos enquanto direitos naturais moldou o contexto filosófico e político do último quarto do século XVIII, desde as Declarações norte-americana de 1776 e francesa de 1789. Desde então, a concepção de direitos humanos tem sido utilizada e reclamada de modos tão distintos que, por muitas vezes, se esvaziou, tornando-se por vezes plástica e porosa, mas não, noutros momentos, sem incorporar em seu catálogo demandas das mais variadas, oriundas, sem dúvidas, de conflitos e quebras de paradigma quase sempre não-pacíficos.

Antes de abordar a problemática da leitura acerca dos direitos humanos, ou mesmo em que contexto eles têm adquirido novos sentidos, algumas diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais devem ser postas para fins de uma melhor compreensão do objeto.

É certo que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais só é possível de maneira muito didática e esquemática, posto que ambos os termos se referem, ontologicamente, a conjuntos de direitos muito similares. Tanto é que alguns autores preferem a utilização do termo misto “direitos humanos fundamentais”. E isso se deve basicamente ao fato de que o fundamento de ambos é, desde a metade do século XX, a dignidade da pessoa humana.

Uma das diferenças entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais trazida pela literatura é o fundamento jusfilosófico acerca do qual cada um se desenvolveu. Ou seja, “os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos¹⁴⁴, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista” (SARLET, 2009, p. 32). Explicando melhor, para os que adotam a corrente positivista (ou que refutam uma concepção jusnaturalista de direitos oriundos da natureza), tais direitos seriam construídos enquanto fruto de sua própria evolução histórica.¹⁴⁵

Os Direitos Fundamentais estão intimamente ligados à ideia de constituição enquanto documento formal e escrito, componente do chamado *direito positivo*, herança das revoluções liberais do final do século XVIII. Já os Direitos Humanos só passaram a ser positivados em documentos internacionais bem mais recentemente, após a 2ª Guerra Mundial, com a consolidação do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁴⁶, resguardando, em certa medida, um atrelamento originário à

144 De certo modo, a lógica do recurso ao direito natural pode ser melhor compreendido na seguinte passagem: “O Iluminismo se prende à escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis, que, no momento, constituem o critério de juízo da legislação vigente, mas que num Estado iluminado se tornam, ao mesmo tempo, causa eficiente e final da própria legislação. Para explicar os princípios do direito natural, recorre-se, como no século XVII, à natureza humana *em si*, isto é, abstraída das modificações resultantes da ação da civilização sobre o homem, supondo, como hipótese, um *status naturae* anterior à sociedade civil e definindo os direitos que o homem já deve ter tido neste estado primitivo, isto é, os direitos que pertencem à sua dignidade de homem pelo simples fato de ser homem (BOBBIO; MATTEUCCI, 1998, p. 607, Vol. I).

145 Para Douzinas, a ontologia dos direitos humanos segue a atitude cartesiana e kantiana, no que diz respeito ao sujeito e à natureza (esta, aqui, entendida como o grau zero de civilização, e não como a natureza jusfilosófica dos direitos humanos). Nesse sentido, o “homem foi expelido da natureza, que se torna desconhecida e estranha. E o sujeito, como um nômade isolado com uma consciência solitária, volta-se para si mesmo para criar programas de legislação e planos de vida” (2009, p. 248). E continua, o autor: “A transformação do ser humano em um sujeito jurídico caminha lado a lado com a criação de um universo jurídico objetivo postulado contra ele. A jurisprudência dos direitos é a parceira de dança necessária e inevitável do positivismo jurídico; **não pode haver um Direito Positivo sem o conceito de sujeito como o detentor dos direitos, e não pode haver nenhuma concepção de direitos sem um conjunto positivo de leis e instituições** que tragam o sujeito à vida e o dotem de seu patrimônio de direitos” (2009, p. 248, negritos nossos).

146 Conforme Douzinas, “Os direitos humanos entraram no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial” (2009, p. 126). Em sentido diverso, sustentando o surgimento dos direitos humanos na década de 1970, cf. MOYN, 2010, p. 7, que explica que os direitos humanos enquanto a “utopia do agora” são tributários dos impactos dos eventos da década de 70 do século XX: “a década de 1940 depois acabou sendo crucial, não de modo menos importante em razão da Declaração Universal que deixaram como legado, mas é essencial perguntar por que os direitos humanos falharam em convencer muitas pessoas – incluindo advogados internacionais – à época ou mesmo por décadas. Na história real, os direitos humanos eram periféricos tanto à retórica dos tempos de guerra, quanto ao período da reconstrução no pós-guerra, e não centrais no seu desfecho. De modo contrário a suposições corriqueiras, não houve uma consciência difundida do Holocausto na era do pós-guerra, portanto os direitos humanos não poderiam ter sido uma resposta a ele. Mais importante, nenhum movimento internacional de direitos emergiu naquele momento. A história alternativa é forçada, portanto, a adotar como seu principal desafio entender o porquê de não ter sido em

noção de *direitos naturais*, enquanto conjunto de valores ambientados em um plano metafísico, cuja proteção era vinculada à sua imutabilidade e universalidade atemporal¹⁴⁷.

Essa visão, contudo, precisa ser esclarecida. Entender os direitos humanos como atemporais, universais ou pertencentes ao homem mesmo antes da existência do Estado – ou seja, colocá-los num plano metafísico – é uma perspectiva que precisa considerar o fato de que os direitos proclamados nas constituições norte-americana e francesa (1787 e 1791, respectivamente), por mais que se autodeclarassem universais, não tinham de fato, como destinatários, cidadãos do mundo todo.

Como bem expôs Rosas (2014, p. 173), “sabemos bem até que ponto as Declarações de Direitos feitas no final de setecentos eram retóricas. Sabemos bem até que ponto elas coincidiam com a exclusão de facto da dignidade da maior parte da população: das pessoas escravizadas, das mulheres, dos iletrados, dos indigentes, dos jovens, dos estrangeiros, das minorias étnicas e religiosas, e por aí adiante”.

Dito de outro modo, nas palavras de Douzinas,

A condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade. A lei dirige-se a todos os Estados e a todas as pessoas humanas *qua* humanas e declara suas prerrogativas de fazerem parte do patrimônio da humanidade, que substituiu a natureza humana como a base retórica dos direitos. **E mesmo assim as declarações de direitos humanos têm pouco valor como instrumento descritivo da sociedade e seu compromisso. Os revolucionários franceses e norte-americanos estavam cientes da lacuna entre suas reivindicações universais e sua jurisdição local e a usaram para legitimar suas ações** (2009, p. 128, negritos nossos).

meados dos anos 1940, mas, sim, dos anos 1970, que os direitos humanos passaram a definir as expectativas das pessoas acerca do futuro como base de um movimento internacional e uma utopia do direito internacional”.

147 Essa visão, apesar de ainda difundida, não se sustenta mais inclusive pelo fato de que a visão predominantemente adotada é a de que os direitos humanos são históricos e, portanto, não naturais. A própria Declaração de 1948 é um marco da historicidade e, portanto, mutabilidade, dos direitos humanos, posto que, em razão dela, representantes de diversos países e culturas do mundo sentam-se juntos para redigir um documento capaz de sintetizar valores e direitos de humanidade compartilhados.

Nada obstante, é necessário fazer aqui a ressalva de que o contexto das declarações setecentistas não serve, assim, como paradigma para uma leitura adequada da DUDH de 1948. A universalidade da Declaração francesa de 1789, por exemplo, impunha uma discussão sobre direitos políticos que teve como base a luta pelo reconhecimento do direito de voto a determinados grupos – protestantes, judeus, negros livres e até mesmo carrascos e atores¹⁴⁸, e, posteriormente, as mulheres – que de tal direito não gozavam até então, a partir da premissa de que todos nascem livres e iguais em direitos.

A lógica da associação dos direitos humanos aos direitos naturais é setecentista e, certamente, precisa ser associada àquele contexto. Desde as declarações do século XVIII e a DUDH, a discussão era basicamente realizada no âmbito constitucional dos Estados, o que colocava em xeque a universalidade destes direitos, mas viabilizava uma maior possibilidade da sua garantia enquanto triunfos do indivíduo perante o Estado por meio de normas postas.

“Precisamente porque se baseava em ‘abstrações metafísicas’, a Declaração francesa, sustentava Burke, não tinha força emocional suficiente para impor a obediência” (HUNT, 2012, p. 178), o que reforçava a ideia de que os direitos de liberdade seriam melhor protegidos internamente pelo Estado.

Assim, com o surgimento em 1948 da DUDH, uma nova linguagem em relação aos direitos humanos se apresentava, bem distante daquela preconizada em 1789. O grau de brutalidade e o nível das atrocidades verificadas no contexto do nazismo e da II Grande Guerra impuseram uma gramática que fosse além daquela da era moderna, pautada no mero reconhecimento dos direitos civis e liberdades públicas.

Lynn Hunt (2012, p. 206), com precisão, apontou que

A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação

148 “Os carrascos e atores, a quem eram negados os direitos políticos no passado, agora deviam ter acesso a eles. (Os carrascos costumavam ser considerados desonrados porque ganhavam a vida matando pessoas, e os atores porque fingiam ser outra pessoa.)” (HUNT, 2012, p. 147).

secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares. Numa época de endurecimento das linhas de conflito da Guerra Fria, a Declaração Universal expressava um conjunto de aspirações em vez de uma realidade prontamente alcançável. Delineava um conjunto de obrigações morais para a comunidade mundial, mas não tinha nenhum mecanismo de imposição. Se tivesse incluído um mecanismo para impor as obrigações morais, nunca teria sido aprovada. Entretanto, apesar de todas as suas deficiências, o documento teria efeitos não de todo diferentes daqueles causados pelos seus predecessores do século XVIII. Por mais de cinquenta anos ele tem estabelecido o padrão para a discussão e ação internacionais sobre os direitos humanos.

Inclusive, como já visto, ela foi a base para a aprovação de tratados internacionais com força cogente (isto é, documentos com força jurídica internacional para vincular os Estados), como os já mencionados PIDCP e PIDESC.

Enfim, a perspectiva atual aponta a dignidade humana como fundamento comum dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos. Desse modo, é possível submeter ambos a uma dupla análise de sua “fundamentalidade”, considerando-a por meio de critérios formais e materiais (SARLET, 2009, pp. 74 e ss.).

Quando se trata de Direitos Fundamentais, essa dupla análise é equilibrada, pois seu caráter jusfilosófico positivista permite dizer que: *formalmente*, são fundamentais aqueles direitos que o constituinte de determinado Estado assim considerou e, portanto, consagrou em sua Carta maior; e, *materialmente*, são fundamentais aqueles direitos que tanto mais estiverem ligados à proteção da dignidade humana e a ela forem essenciais¹⁴⁹.

Por outro lado, no que concerne aos Direitos Humanos, o seu caráter jusfilosófico baseado no compartilhamento de valores éticos, furta-os de uma análise – ao menos, com tanta força como ocorre com os Direitos Fundamentais – sob a ótica formal. O que possui maior relevo, nessa análise, é o seu aspecto *material* ou *substancial*, que também é condicionado pela proximidade à *dignidade humana*. Isto é, mais essenciais e fundamentais serão aqueles Direitos Humanos que

149 “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana” (BONAVIDES, 2008, p. 233).

representem, universalmente, valores imprescindíveis à proteção da dignidade humana.

Em outras palavras, se considerarmos que os Direitos Fundamentais estão ombreados, *pari passu*, com a noção de Constituição e constitucionalismo, serão, de fato, considerados fundamentais quaisquer direitos que como tais forem apresentados e protegidos por uma ordem constitucional (critério formal), independentemente de sua – maior ou menor – ligação com a dignidade humana¹⁵⁰.

Não se nega, obviamente, que isso acabe por engendrar uma certa “inflação” jusfundamental, ocasionando a perda de força normativa da constituição e a banalização dos direitos fundamentais, não escapando à lógica – apenas aparentemente paradoxal – de que, quanto maior for a quantidade de direitos que se valoram como fundamentais, vulgariza-se a noção de fundamentalidade e menos fundamentais eles próprios serão. A exceção passa a se tornar a regra, e a regra, a exceção, posto que o caráter de fundamentalidade está atrelado à ideia de excepcionalidade, especialidade e diferenciação. Uma vez que tudo passa a ser, de algum modo, especial, nada o é.

Já os Direitos Humanos, como se fundamentam, historicamente, no compartilhamento de valores éticos, pouco haurem a sua fundamentação de uma suposta positivação num dado ordenamento jurídico (primordialmente internacional). Ou seja, ainda que possível (e desejável) a sua positivação em normas formais, a fim de aumentar sua possibilidade de proteção e promover maior certeza e segurança jurídica, o seu caráter cogente não depende exclusivamente dessa positivação, considerada de natureza declaratória¹⁵¹, mas do fato de os Direitos

150 Ingo Sarlet acusa “a abrangência de certos catálogos constitucionais (como é o caso do brasileiro), ao enunciarem direitos que dificilmente poderiam ser qualificados de humanos no sentido de direitos inerentes à natureza humana (basta aqui, em caráter ilustrativo, referir o direito ao salário-mínimo, ao terço de férias, entre outros)” (2009, p. 31). Acrescente-se, aqui, para enriquecer o raciocínio, o disposto no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja conexão com a dignidade humana é, no mínimo, duvidosa, malgrado tenha sido arrolado dentro do Título II, que trata dos **Direitos e Garantias Fundamentais** e, portanto, não apenas é considerado direito fundamental como tem proteção a reforma que tenda a aboli-lo. O dispositivo afirma que “*a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” (BRASIL, 1988).

151 “Alguns atos internacionais de proteção dos direitos humanos, longe de desempenharem um papel constitutivo, têm natureza essencialmente declaratória, pois visam à proclamação formal de valores já disseminados na sociedade internacional” (GARCIA, 2015b, p. 47). Entendemos, de todo modo, que declarar é uma forma performativa de agir, de dar início à ação, de criar condições para reivindicações.

Humanos assumirem a forma de preceitos superiores, ou, no caso do direito internacional – onde os Direitos Humanos, em regra, se situam –, as chamadas normas de *jus cogens*.

Em suma, Ingo Sarlet expõe que a abertura material dos direitos humanos é consideravelmente maior que aquela dada aos direitos fundamentais (justamente em razão da matriz positivista-documental mais forte nestes do que naqueles):

O termo “direitos humanos” se revelou **conceito de contornos mais amplos e imprecisos** que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (2009, p. 31, negritos nossos).

Novamente, Douzinas aponta como a universalidade dos direitos humanos ganha relevo empírico a partir dos momentos em que esses direitos passam a ser previstos na ordem internacional a partir do 2º pós-Guerra:

O universalismo variável do Direito Natural clássico ou a universalização kantiana atuaram como princípios reguladores: eles conferiram uma perspectiva a partir da qual cada ação em particular poderia ser julgada, pelo menos em teoria, em nome do universal. **A universalidade empírica dos direitos humanos, por outro lado, não é um princípio normativo. É uma questão de contar quantos Estados adotaram quantos tratados, ou quantos introduziram que reservas ou derrogações das obrigações dos tratados. Quando a universalidade normativa se torna uma globalização calculável, ela passa de um ideal nobre, embora impossível, para o menor denominador comum dos interesses e rivalidades do Estado.** A comunidade dos direitos humanos é universal, porém imaginária; a humanidade universal não existe empiricamente e não pode atuar como um princípio transcendental filosoficamente (2009, p. 129, negritos nossos).

Fica claro, então, como a significação dos Direitos Humanos, como última instância do fundamento ético da comunidade internacional, que possui a pretensão de orientar os ordenamentos estatais quanto ao conteúdo mínimo ético a ser seguido¹⁵², é tão (ou mais) tributária do seu conteúdo substantivo-material, vinculado

152 Contrariando a tendência mundial de posicionar o Direito Internacional em hierarquia superior ao direito interno (COMPARATO, 2013, pp. 74-75), o poder reformador brasileiro introduziu ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o retrógrado parágrafo 3º, por meio da Emenda Constitucional n. 45/04,

à dignidade humana (conceito incerto), quanto do seu componente formal-positivo, que balizará juridicamente a atuação estatal em forma de abstenções e/ou prestações.

As normas de Direitos Humanos são, em *ultima ratio*, a expressão jurídica de certos valores caros ao ser humano – porque integram a constituição da sua dignidade – e que precisam de proteção constante, reforçada e privilegiada em qualquer ordenamento.

É dizer: o aprimoramento do conceito de Direitos Humanos depende de um movimento de “sístoles e diástoles”, que põe em comunicação as fronteiras da sua significação semântica e os moldes normativos que a proteção por eles reclamada deve assumir em cada momento.

Em que pese a extensão das diferenciações teóricas abordadas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo catálogo de Direitos Fundamentais é vastíssimo, dado seu caráter democrático, revela que basicamente todos o Direitos Humanos previstos no sistema internacional de proteção, o das Nações Unidas, foram nela positivados.

A própria previsão expressa da dignidade humana no texto constitucional de 1988¹⁵³ – alçada a fundamento da República, conforme seu artigo 1º, inciso III – foi

impondo limites materiais e formais à equiparação hierárquica dos tratados internacionais às normas constitucionais, em visível confronto, a nosso ver, ao parágrafo 2º do mesmo artigo (BRASIL, 1988), em que pese a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, consolidada no RE 466.343/SP, prestigiando o princípio *pro homine* – ou da norma mais favorável à vítima. Em relação ao infeliz parágrafo 3º citado, vale anotar a seguinte passagem: “Cançado Trindade, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o citado parágrafo: ‘[...] mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988’. Para sintetizar, Cançado Trindade o denomina ‘aberração jurídica’.” (RAMOS, 2014, pp. 389-390). No mesmo sentido, Valério Mazzuoli (2013, p. 44) afirma que “o legislador brasileiro que concebeu o §3.º do art. 5.º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer”.

153 A “dignidade” é expressamente referenciada cinco vezes no texto constitucional de 1988, em contextos distintos: no artigo 1º, inciso III, surge como um dos fundamentos da República; no artigo 170, a existência digna aparece como um dos objetivos que a ordem econômica deve assegurar; no artigo 226, parágrafo 7º, a dignidade humana fundamenta o direito ao livre planejamento familiar do casal; nos artigos 227, *caput*, e 230, *caput*, compõe o grupo de direitos tanto da criança, do adolescente e do jovem quanto das pessoas idosas, cuja defesa e garantia constitui dever da família, da sociedade e do Estado; e, por fim, no artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituiu-se, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência (BRASIL, 1988).

uma inovação que refletiu o interesse do constituinte em plasmar em forma de normas constitucionais praticamente todos os Direitos Humanos até então reconhecidos no plano internacional (DANTAS, 2010, p. 276; SARLET, 2009, p. 98). Não há como negar, portanto, que o desprestígio e o enfraquecimento dos Direitos Humanos no Brasil, em virtude do seu desrespeito ou repúdio por parcela da sociedade, também significa, ao mesmo tempo, o desprestígio e o enfraquecimento de algum Direito Fundamental constante da Constituição.

Postas algumas das diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais, findamos com algumas reflexões sobre a complexidade e o perigo de se fechar semanticamente o significado de Direitos Humanos. Conforme propõe SUPIOT (2007, p. 241):

Para ter uma chance de progredir, a reflexão sobre os ‘valores comuns da humanidade’ deve começar por evitar qualquer desvio fundamentalista. [...] A interpretação fundamentalista dos direitos humanos pode assumir três aspectos diferentes: o do messianismo, quando se procura impor ao mundo inteiro uma interpretação literal deles; o do comunitarismo, quando se transformam, ao contrário, os direitos humanos na marca de uma superioridade do Ocidente e se nega a outras civilizações, em nome do relativismo cultural a capacidade de adotá-lo; e, enfim, o do cientificismo, quando a interpretação dos direitos humanos é reportada aos dogmas da biologia ou da economia, que seriam as verdadeiras leis intangíveis do comportamento humano.

Para isso, o autor propõe que, como as línguas, considerar os Direitos Humanos enquanto um *corpus* dogmático¹⁵⁴ torna possíveis novas leituras acerca de valores em um mundo globalizado: cada cultura faz sua própria e pessoal leitura do mundo, que, por não depender de critérios da verdade experimental, não pode ser considerada mais ou menos correta ou legítima que outra leitura distinta (SUPIOT, 2007, pp. 255-256).

154 “Considerar assim os direitos humanos como *corpus* dogmático (ou Religião da Humanidade) permite abordar de outra maneira a questão dos ‘valores’ um mundo ‘globalizado’. A exemplo das línguas em sua infinita diversidade, cada um desses grandes *corpus* transporta-nos para uma representação singular do mundo, representação fiel se bem que diferente de todas as outras. Como as trinta e seis vistas do monte Fugi de Hokusai, são todos pontos de vista diferentes sobre um mesmo objeto e, não mais do que no caso das línguas, não é possível decidir que um é mais verdadeiro do que o outro, pois não dependem dos critérios da verdade experimental. É por isso que são, como as línguas, a um só tempo irreduzíveis um ao outro e traduzíveis um para o outro” (SUPIOT, 2007, pp. 255-256).

A saída não é outra senão “uma abertura hermenêutica dos direitos humanos aberta a todas as civilizações”, de forma que “abrir as portas da interpretação suporia considerar os direitos humanos como um recurso comum da humanidade, aberto às contribuições de todas as civilizações” (SUPIOT, 2007, p. 256).

Ao mesmo tempo, é possível estabelecer um delineamento do conteúdo mínimo dos Direitos Humanos, com fulcro na deontologia kantiana da dignidade humana, como temos afirmado, ou, nas palavras de ANDRADE (2010), sua ética mínima. Por ética mínima dos direitos humanos, o autor entende que apenas um diálogo aberto a todos os implicados em condições de simetria poderá assegurar o estatuto de universalidade que pretendemos que tenham os direitos humanos (2010, p. 244).

Para tanto, estabelece alguns pressupostos refletidos em cinco convicções sobre as quais repousa uma ética discursiva:

(1) os seres humanos são absolutamente valiosos e são fins em si mesmos; (2) os seres humanos têm dignidade e não preço e por dignidade só se pode exigir respeito; (3) os seres humanos são autônomos, auto-legisladores e possuidores de uma racionalidade irrenunciável sobre as exigências dos juízos normativos, isto significa afirmar que a dimensão do dever cobra centralidade no agir moral; (4) as normas morais só possuem validade se elaboradas num consenso razoável que se obtêm a partir de um diálogo celebrado em condições ideais de simetria e inclusão; (5) as normas morais formam um marco indispensável para o agir moral, mas não ofertam felicidade tal como os seres humanos a buscam e a necessitam (ANDRADE, 2010, p. 244).

Os itens quatro e cinco merecem aqui um destaque especial. Dentro da proposta que temos apresentado, não há como falar em liberalismo, democracia e em direitos humanos ou direitos fundamentais sem uma deliberação inclusiva, plural e universal, que prestigie demandas sociais de todos os participantes da comunidade política e estabeleça limites mínimos de respeito e tolerância.

A estabilização das expectativas sociais, assim, num contexto liberal, democrático e de respeito aos direitos humanos – se é mesmo esse o nosso objetivo enquanto sociedade –, passa por um esquema de organização político-social que menos se preocupa em concretizar institucionalmente ideais diferentes – e até opostos – de vida feliz, em uma sociedade plúrima e complexa, e mais estabelece

padrões mínimos de tratamento baseados em mínimos irrenunciáveis de justiça, com vistas a uma convivência pacífica (ANDRADE, 2010, p. 245). Esse modelo não se nos parece, nem um pouco, divergente da verdadeira proposta liberal de organização sociopolítica, conforme apresentada neste capítulo.

Mais do que uma exigência do que é bom, portanto, de outros seres racionais – até porque o “bom” decorre de uma realização pessoal, subjetiva e, portanto, intransferível –, os direitos humanos decorrem do campo das exigências mínimas pautado na tolerância:

Educar para a tolerância é um processo fundamental, se é que queremos construir e manter uma sociedade plural. E talvez seja a educação para a tolerância ainda mais necessária e produtiva do que se imagina inicialmente, pois busca intervir em nossos valores e atitudes, como mínimos de justiça, moralmente exigível. Educar para a tolerância é uma questão de justiça que visa assegurar, numa sociedade pluralista, a maior multiplicidade possível de ofertas de vida feliz condizentes com a estatura moral que estes tempos nos exigem (ANDRADE, 2010, p. 263).

CAPÍTULO III: DEMOCRACIA E LIBERDADE NO SOLO TUPINIQUIM – A CLAUDICANTE EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.1. O liberalismo democrático no Brasil: uma breve análise de uma tímida história constitucional

Neste ponto, pretendemos demonstrar um pouco da extensão dada à democracia e à liberdade – objetos de análise do primeiro e segundo capítulos – ao longo da história constitucional brasileira. Isto é, a trajetória dos direitos políticos, traduzidos pela soberania do povo que transparece na garantia de participação nas decisões fundamentais do Estado, seja de modo direto, por meio dos instrumentos previstos, ou indiretamente, pelo alcance do direito ao sufrágio para a escolha dos representantes do corpo político, e a trajetória dos direitos e garantias individuais, expressos no reconhecimento de direitos civis e sociais básicos. Em outros termos, significa analisar a forma como as liberdades positiva e negativa foram constitucionalmente tratadas no Brasil.

Desde logo, é possível ressaltar que a realidade brasileira, como sói acontecer com qualquer país, é moldada por uma história que possui características próprias. Ademais, a consciência constitucional brasileira é em grande parte destoante daquela verificada na maioria dos países europeus e dos EUA, porque demarcada pela assimilação pouco criteriosa de elementos distintos recolhidos de experiências estrangeiras ao longo de séculos. O constitucionalismo brasileiro sempre se pautou a reboque da história constitucional de outros países, que nos influenciaram direta ou indiretamente, o que não é necessariamente algo deletério.

Contudo, dificilmente se verifica na trajetória brasileira a consagração de um sistema constitucional voltado a uma concretização de direitos e ao estabelecimento de um modelo democrático que fosse, ao mesmo tempo, consciente dos problemas e limites próprios do país. A disposição formal dos direitos fundamentais caminhou,

desde o início, destacada da realidade social, que retratava um quadro sempre menos atraente que o trazido pelo texto constitucional¹⁵⁵.

Ademais, a tradição autoritária, coronelista, colonial, oligárquica e patrimonialista imprimiram fortes marcas no modo como as relações sociais se desenvolveram ao longo da nossa história¹⁵⁶. Essa realidade antirrepublicana não apenas minava a possibilidade da implementação de um estado de coisas propício ao estabelecimento da igualdade – ainda que meramente formal –, mas indubitavelmente fazia do movimento constitucionalista, pungente na França e nos EUA entre o fim do século XVIII e no começo do século XIX, apenas um tímido lampejo no processo de emancipação político-jurídica do Brasil, contra uma arraigada estrutura monárquica, no primeiro quarto dos mil e oitocentos¹⁵⁷.

Dirigimo-nos, agora, à análise pontual das constituições brasileiras sob a ótica da implementação dos direitos fundamentais, tanto de cunho liberal (principalmente, aqueles afetos à liberdade negativa – ou do indivíduo), quanto de cunho democrático-participativo (ou direitos sociais e políticos, ligados à inclusão social e à liberdade positiva)¹⁵⁸.

155 “No nosso conturbado processo político, abundam os golpes e desvios em relação às constituições vigentes, com ou sem rompimento formal com elas. O autoritarismo, a confusão entre o público e o privado, a exclusão social e a violação dos direitos mais básicos de amplos segmentos da população são patologias crônicas da trajetória nacional, que têm persistido renitentemente, a despeito da retórica das nossas constituições. Tais problemas não devem ser debitados à qualidade dos textos constitucionais que tivemos. A maior parte estava em sintonia com as tendências do constitucionalismo da época em que vigoraram. A questão maior foi a falta de efetividade destas constituições, cujos comandos não condicionavam, de fato, a ação dos detentores dos poderes político, econômico e social. Infelizmente, na nossa trajetória institucional, entre a realidade e o texto constitucional, tem mediado quase sempre uma distância enorme.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 95).

156 Cf, nesse sentido, sobre a formação sociológica e antropológica brasileira, dentre outros: FAORO, 2012; LEAL, 2012; FREYRE, 2003; HOLANDA, 1995; CARVALHO, 1987; CARVALHO, 2014; DAMATTA, 1986 e, mais recentemente, SOUZA, 2019.

157 “O processo de independência ocorrido no Brasil foi absolutamente distinto do padrão adotado por outros países da América Latina, que, à mesma época, também se libertavam do jugo de sua antiga metrópole (Espanha). Naqueles países, os processos de libertação nacional foram mais violentos, envolvendo conflitos armados de maior monta, e deles decorreu a instauração de regimes republicanos, tendo à frente integrantes da elite local. Contudo, deles não resultou unidade, mas a fragmentação do antigo domínio espanhol numa multiplicidade de países diferentes. Já no Brasil, a independência resultou em configuração absolutamente distinta: manteve-se a unidade nacional, adotou-se a monarquia e preservou-se no poder a mesma dinastia que governara o país nos tempos de Colônia: os Bragança. É certo que também tivemos aqui, muito antes do advento da República, movimentos de viés republicano, inspirados na Revolução norte-americana e no Iluminismo, como a Inconfidência Mineira, a Revolução Pernambucana de 1817 e a Confederação do Equador de 1824. Todavia, nenhum destes movimentos vingou, talvez pela escassa penetração desse ideário mais avançado no tecido social brasileiro.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 96).

3.1.1. A Constituição de 1824

A primeira constituição brasileira, fruto do período imperial e do processo de independência, reflete com muita intensidade o descompasso entre os propósitos constitucionalistas e liberais, que grassavam no momento, e a herança colonial na qual o Brasil ainda estava imerso¹⁵⁸. A confusa convergência de realidades¹⁶⁰ que se sucediam era um presságio, conta Faoro, da dificuldade de implementação do modelo liberal no incipiente Estado brasileiro:

A confluência eufórica do 7 de setembro — onde se juntam sem se fundirem os liberais e os realistas — mal esconde os três rumos possíveis de opinião: os liberais (José Clemente Pereira, Gonçalves Ledo e Januário da Cunha Barbosa), embriagados pelos modelos revolucionários, os homens do estamento tradicional, rançosos de absolutismo, e, entre as duas vertentes, a conciliação precária de José Bonifácio. Flutuando entre todas, o príncipe, aclamado e coroado imperador (1.º de dezembro), com a autoridade preexistente ao pacto constitucional [...]. O banho liberal, irradiado dos acontecimentos portugueses e brasileiros dos dois últimos anos, não permitia, entretanto, a passiva adoção do sistema absolutista. Não consentiam as circunstâncias, de outro lado, potencialmente desagregadoras, a cópia do modelo teórico do liberalismo europeu ou da democracia norte-americana (2012, p. 319).

158 Para tanto, consideraremos como constituições brasileiras os documentos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 (incluída a alteração feita pela emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969) e 1988. A opção pela exclusão da EC n.º 1/69 como constituição autônoma será explicada na nota de rodapé n.º 183.

159 Essa comparação é feita de modo bastante claro por Bonavides e Andrade, que anotaram: “Dessa nascente filosófica, o liberalismo partiu para uma vinculação íntima com o pensamento político e social, convertendo-se numa ideologia do poder, caracterizado, de início, pelo seu conteúdo revolucionário e vanguardeiro. Tomando dimensão histórica, entrava no reino da realidade para impugnar uma ordem de valores. Pretendia ao mesmo passo *remover do plano institucional os abusos do passado, os vícios de poder, os erros da tradição, o prestígio injusto dos privilégios, enfim, suprimir séculos de autoridade pessoal absoluta*, de que era expressão concreta e histórica as chamadas monarquias do direito divino. [...] As condições históricas da implantação de uma monarquia institucional no País [o Brasil oitocentista], se de uma parte despontavam favoráveis, em virtude do influxo de idéias e princípios hauridos nas revoluções européias de que éramos tão somente um reflexo, doutra parte se revelaram extremamente hostis, em razão das dificuldades quase intransponíveis oriundas da *herança colonial, acrescida por igual do despreparo e do atraso político, econômico e social da jovem nacionalidade*” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 92-93, *itálicos nossos*).

160 “Colocada ao lado de uma realidade que praticamente a ignorava, pelo menos quando se tratava de reger os destinos do País, a Constituição outorgada e formal de 1824 se confrontava com outra lei maior sub-reptícia, vontade mais alta que a ofuscava por inteiro: o poder concreto e ativista do monarca. À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário a teorizações abstratas” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 7).

E explica que, já na abertura dos trabalhos constituintes, D. Pedro I, apresentado como “Imperador e Defensor Perpétuo do Brazil [sic]” – como consagraria o artigo 4^a da constituição imperial –, prometeria “guardar a Constituição, *se fosse digna do Brasil e dele*¹⁶¹, expressão literalmente copiada do preâmbulo da Carta de 4 de junho de 1814, por meio da qual Luís XVIII pretende reatar a convulsionada tradição monárquica” (FAORO, 2012, p. 325, itálicos no original).

Além do mais, era delegado ao Imperador o comando do “Poder Moderador”, “chave de toda a organização política”, para velar “sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (artigo 98), o que possibilitava a ele, dentre outras coisas¹⁶², suspender magistrados em razão de queixas contra eles apostas (artigo 154). Ademais, era reconhecida como inviolável e sagrada a pessoa do Imperador, não sujeito a responsabilidade alguma (teoria da irresponsabilidade do Estado, expressa pela máxima “*the King can do no wrong*”, resquício do absolutismo monárquico), conforme expresso no artigo 99.

Os Presidentes das Províncias – que futuramente seriam convertidos em Governadores de estado-membro – eram pelo Imperador, conforme o artigo 165, livremente nomeados e afastados, atestando a natureza de Estado unitário que o país assumia.

Demonstrando como o incipiente liberalismo brasileiro se inicia de modo não-democrático¹⁶³, Faoro (2012, pp. 334-335) complementa:

O preâmbulo da Carta de 4 de junho de 1814, modelo do sistema brasileiro de 1824, afirma que toda a autoridade reside no rei, mas, em atenção “ao progresso das luzes”, concede a participação popular nos negócios públicos. A Coroa se coloca diante da nação, conciliando e harmonizando os interesses e os direitos, num compromisso

161 “Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1^o de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, *se fosse digna do Brasil e de mim*” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 25, itálicos nossos).

162 O Imperador era, a um só tempo, chefe do Poder Executivo (artigo 102) e exercente do Poder Moderador (artigo 98), o que implicava em um forte acúmulo de poder nas mãos de D. Pedro: uma franca prevalência do absolutismo em face do incipiente liberalismo. Bonavides e Andrade explicam, com base no artigo 101, da Constituição de 1824, que dentre as atribuições do Poder Moderador estavam: nomear um terço dos Senadores; convocar Assembleia Geral, em caráter extraordinário, no intervalo das sessões; nomear e demitir livremente os ministros de Estado; perdoar e reduzir as penas impostas aos réus condenados por sentença irrecorrível; etc (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 90-91).

163 A Constituição de 1824 sequer faz menção ao termo “democracia” em seu texto.

constitucional. O primado da Coroa, elemento ativo e condutor, imprime-lhe o papel de guarda, fiscal e tutor da nação, numa inversão total dos princípios democráticos dos dias de 1789 e do dogma de Rousseau. *Organização incompatível com a democracia, mas não com o liberalismo*, que, não formulado pela Revolução Francesa, nem por Napoleão, os quais apenas deslocaram o despotismo de um assento a outro, engendra, por via dos doutrinadores franceses do século XIX, a base técnica da criação de dom Pedro I e do Segundo Reinado.

Esse sistema construído em 1824, portanto, estabelece uma constituição “puramente nominal”¹⁶⁴, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada” (FAORO, 2012, p. 334).

O texto da Constituição, em clara demonstração de desprestígio simbólico em sua organização topológica, inicia sua menção ao termo “direitos” quando o faz para apresentar as hipóteses em que se os perde. Já nos artigos 7º e 8º introduz os casos em que se dão a perda e suspensão dos direitos políticos do “cidadão brasileiro” [sic], que incluíam casos envolvendo pena por banimento ou mesmo incapacidade “physica ou moral” [sic].

O artigo 90 estabelecia como regra as eleições indiretas, nas quais os cidadãos ativos – em pleno gozo dos direitos políticos –, escolhia, por meio das “eleições primárias”, nas “Assembléas Parochiaes” [sic], aqueles que, por sua vez,

164 A classificação das constituições em semânticas, nominais e normativas ficou consagrada por Karl Loewenstein, que define a constituição nominal como aquela que carece de realidade existencial, dado que a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, malgrado seja ela juridicamente válida. Em outras palavras, o que ela implica é “que os pressupostos sociais e econômicos existentes – por exemplo, a ausência de educação em geral e, em particular, de educação política, a existência de uma classe média independente e outros fatores – no momento atual operam contra uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder. [...] A função primária da constituição nominal é educativa; seu objetivo é, em um futuro mais ou menos distante, converter-se em uma constituição normativa e determinar realmente a dinâmica do processo de poder em lugar de a ela apenas se submeter” (1979, p. 218, tradução nossa). E complementa: “a constituição nominal encontra seu terreno natural naqueles Estados em que o constitucionalismo democrático se implementou, sem uma prévia incubação espiritual ou maturidade política, em uma ordem social de tipo colonial ou feudal-agrário. Aqui possui um efeito importante a falta de uma classe média consciente intelectualmente de si mesma e com independência econômica. Por outra parte, a erradicação do analfabetismo segue sendo um requisito indispensável para o funcionamento com êxito de uma constituição normativa [...]. A Iberoamérica continua sendo, tanto antes quanto agora, o terreno tradicional em que se assenta a constituição nominal. Não se pode desconhecer, contudo, os progressos inegáveis rumo a um processo normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Uruguai, México e Costa Rica persistem, muito embora com interrupções ocasionais, em um autêntico normativismo” (1979, p. 220, tradução nossa).

elegeriam Deputados e Senadores, para a “Assembléa Geral” (hoje, Congresso Nacional) e os “Membros dos Conselhos Geraes das Provincias” [sic].

Votavam os homens com mais de 25 anos (21 anos, se casados ou oficiais militares, ou em qualquer idade, se bacharéis ou clérigos). As mulheres e os escravos não tinham direito ao voto, mas os libertos podiam participar das eleições de primeiro grau. Havia ainda restrições censitárias para o exercício dos direitos políticos: 100 mil réis por ano para ser eleitor de primeiro grau, e 200 mil para ser votante nas eleições de segundo grau. Ainda mais rígidas eram as exigências para disputa de cargo eletivo. Além de todas aquelas demandadas do eleitor, impunha-se, ademais, que, para concorrer a deputado, o cidadão tivesse renda superior a 400 mil réis anuais e fosse católico (art. 95). Já para o Senado, era necessária a idade mínima de 40 anos, notável saber e capacidade, além de renda anual superior a 800 mil réis (art. 95) (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 100).

De qualquer sorte, o voto era extremamente condicionado a diversos fatores, o que reduzia a participação política de modo extremo:

A participação política dependia, no Império, do regime censitário e do regime capacitário. Em 1872, votantes e eleitores, excluída a exigência de alfabetização só imposta pela Lei Saraiva (1881), atingiram 1 milhão e 100 mil, 11% da população. Na primeira eleição direta (1881), compareceram 96.411 eleitores, para um eleitorado de 150.000, menos de 1,5% da população e menos de 1%, se considerados os eleitores comparecentes. O regime republicano extingue o sistema censitário, mas mantém o capacitário, com a exclusão, agora definitiva, dos analfabetos (Decreto 200-A, de 8 de fevereiro de 1890) (FAORO, 2012, p. 698).

Apenas no último Título, o de número 8º, foram elencados os direitos civis e políticos. O artigo 178 traz uma interessante distinção sobre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, o que Carl Schmitt viera, depois, a estabelecer como a diferença entre constituição propriamente dita e “leis constitucionais”.

O referido artigo da constituição brasileira de 1824 estabelecia que “*É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias* [sic]”. Ou seja, a proteção oriunda da rigidez sobre as normas constitucionais, relativa aos limites formais ligados à solenidade e dificuldade

exigidas para a alteração destas mesmas normas, não se aplicava a todas e quaisquer normas que constassem do documento constitucional, mas apenas às que dissessem respeito àquilo que Carl Schmitt relacionaria à “decisão política fundamental”, ou seja, ligadas à organização do Estado, à separação dos poderes e aos direitos fundamentais. Aquelas que, portanto, gozassem de status apenas formalmente constitucional – ou, nos termos de Schmitt, a “leis constitucionais”, que seriam normas que constam do texto constitucional mas não possuem ligação com matéria essencialmente constitucional –, poderiam ser alteradas por meio de procedimento similar àquela utilizado para a edição de leis ordinárias.

Ademais, havia a necessidade de se respeitar o prazo de quatro anos da outorga da constituição para que se procedesse a qualquer alteração do seu texto por meio de reforma. Ainda, não havia previsão de limites materiais ao poder de reforma (cláusulas pétreas) no texto da constituição.

Quanto às liberdades em espécie, o artigo 179 – que correspondia ao que é, hoje, o artigo 5º, da Constituição de 1988 –, consagrava a maioria daquelas que eram típicas do espírito liberal, como a igualdade perante a lei, proibição de açoites¹⁶⁵, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis, princípio da legalidade e anterioridade da lei, individualização da pena, dignidade das condições do cárcere, dentre outras. A liberdade religiosa, malgrado mitigada pelo visível traço absolutista sob cujo jugo o país ainda se encontrava preso, era prevista no inciso V, o qual estabelecia que “*Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica*”, em clara sujeição da liberdade de crença à ainda sólida vinculação entre Igreja e Estado e à batuta da moral.

O mesmo ocorria com a liberdade de comércio e de exercício profissional, que era prevista conforme disposto no inciso XXIV: “*Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos*”.

165 Não obstante, foi previsto no Código Criminal de 1830, a aplicação da pena de galés – a ser abolida na Constituição seguinte –, que previa, em seu artigo 44, o seguinte: “*A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo*” [sic]. A escravidão, portanto, não apenas era naturalmente tolerada como uma atividade econômica praticada pelos proprietários, considerando que os escravos eram literalmente “res”, e não sujeitos de direitos: “Segundo o costume inveterado, sendo o escravo objeto de propriedade de seu senhor, este podia fazer com ele o que bem entendesse, sem nenhuma interferência de autoridades” (COMPARATO, 2017, p. 118).

Uma precoce preocupação com o que viria a ser concretizado mais adiante, por meio do constitucionalismo social, é vislumbrado nos incisos XXXI, que previa a garantia de “*socorros publicos*” [sic], uma forma de assistência social mais abrangente, mas cuja definição ou a quem sua incumbência de realização era devida não eram claramente especificadas; e o inciso e XXXII, que previa “*a Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos*” [sic]. Mesmo o projeto dos constituintes de 1823, apelidado “projeto Antônio Carlos”, precursor da Carta Constitucional de 1824, trazia por sua vez até mais direitos sociais que esta própria:

[...] tanto o projeto dos Constituintes de 1823 – que previa o estabelecimento de “escolas primárias em cada termo, ginásios em cada paróquia e universidades nos mais apropriados lugares” – quanto a Constituição aprovada em 24 – cujos dispositivos acerca da instrução limitavam-se à garantia da gratuidade e ao ensino de elementos de ciências e belas-artes em colégios e universidades –, ambos representavam um ideário transplantado com vista à configuração de um novo modelo jurídico e político da sociedade (BOTO, 1999, p. 254).

Apresentava, inclusive,

a “catequese e civilização dos índios”, a par da “emancipação lenta dos negros”, pondo assim o dedo na ferida da escravidão, fadada a ser o pesadelo da monarquia. Até o problema do desemprego veio a ser considerado num dos artigos do Projeto, que instituía “casas de trabalho para os que não acham empregos” (art. 255)” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 101).

Assim, instaurou-se uma zona cinzenta com a formação do contexto da constituinte de 1823-1824, que demonstrou como

a Constituição mostrava com exemplar nitidez duas faces incontrastáveis: a do liberalismo, que fora completa no projeto de Antonio Carlos [Ribeiro de Andrada e Silva], mas que mal sobrevivia com o texto outorgado, não fora a declaração de direitos e as funções atribuídas ao Legislativo, e a do absolutismo, claramente estampada na competência deferida ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados em solene violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 95).

3.1.2. A Constituição de 1891

A segunda constituição brasileira instituiu duas mudanças amplamente paradigmáticas, que servem como guia para a compreensão de todo o seu contexto: a transformação do Estado, até então unitário, em uma Federação, e a conversão da já tão arraigada monarquia em uma República.

O programa descentralizador, protagonizado pelo Congresso Liberal de 23 de maio de 1889, refletiu a necessidade de se conceder maior liberdade aos poderes locais, ante o enorme protagonismo do poder do governo central. A crise e o desgaste da monarquia, desde pouco antes da Proclamação de 15 de novembro de 1889, mas especialmente após esta, dispararam um inevitável processo de reforço da influência dos municípios e das províncias, que reclamavam maior autonomia e impuseram maior transigência ainda por parte do império (FAORO, 2012, p. 523).

A formação federal do Estado brasileiro não apenas fortalece a conexão entre o povo e os representantes locais, aproximando-os e, portanto, aumentando o fator democrático, quanto garante melhor a liberdade, porquanto reflete uma maneira de se limitar os poderes do Estado¹⁶⁶, distribuindo-os em diferentes mãos por meio de uma maior descentralização do poder. Mais do que mera descentralização político-administrativa, aliás, a Federação implica na atribuição também de autonomia organizatória.

Isso ocorre porque, numa federação, os Estados-membros, diferente do que ocorre num Estado unitário descentralizado (a exemplo do Estado autonômico espanhol e do Estado regional italiano), possuem suas competências atribuídas pela Constituição da República (e não por lei do ente central), gozam de autonomia organizatória (auto-organização) – que lhes permite editar suas próprias

166 Como afirmou Ferreira Filho (2013, pp. 82-93), a descentralização é “instrumento de eficiência governamental”, já que “a centralização retarda as decisões que sobrevêm a destempo, atrasadas. E não raro leva a decisões inadequadas”, já que “tende a distanciar a vivência do problema da competência para decidi-lo, ou do poder para enfrentá-lo”. Ainda, a descentralização “é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade”, já que “diminui a probabilidade de opressão, dividindo o exercício do poder por muitos e diferentes órgãos” e aproxima “os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões”. Conforme Raul Machado Horta, “a descentralização estatal representou um processo de ruptura dentro do Estado Unitário, para deslocar atividades unificadas no centro do poder e distribuí-las por outras áreas da administração, descentralizando seus agentes” (HORTA, 2010, p. 433).

constituições em documentos apartados da Constituição do Estado Federal –, além de autonomia administrativa e autonomia política (autonomia legislativa, para edição de leis próprias, e autonomia de governo, para a escolha dos próprios representantes). A federação, portanto, é o grau máximo de descentralização assumido pelo Estado.

Por isso, vale lembrar, a federação brasileira, que foi fruto de um movimento centrífugo de concessão, por parte do poder central, de autonomia aos estados-membros, distingue-se substancialmente do modelo norte-americano, de formação inversa, derivada de movimento centrípeta de união das ex-colônias britânicas, tornadas países independentes, posteriormente unidas na forma de Confederação e, finalmente, de Federação. Explique-se: a formação da federação norte-americana – bem como ocorreu na Alemanha e na Suíça – se deu de forma centrípeta (nome que designa movimento que vai das partes externas ou periféricas para o centro), como resultado de uma agregação dos entes parcelares, pois Estados, antes soberanos e independentes, alienaram sua soberania a um único ente central, o Estado federado, deixando de ser soberanos para gozar apenas de autonomia. Já no Brasil, “o Estado unitário, em obediência a imperativos políticos (salvaguarda das liberdades) e de eficiência, descentralizou-se a ponto de gerar Estados que a ele foram ‘subpostos’ (*federalismo por segregação*)” (FERREIRA FILHO, 2013, p. 86).

Ainda que o artigo 68 conferisse autonomia aos Municípios, estes e o Distrito Federal ainda não gozavam do status de entes federativos, posto que a República se constituía, conforme seu artigo 1º, pela união “perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”¹⁶⁷.

167 Diferentemente da atual constituição, de 1988, cujo artigo 1º estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, esquema este novamente repetido pelo artigo 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. É indiscutível que o modelo federativo não implica na exigência de os Municípios e o Distrito Federal possuírem obrigatoriamente o status de entes federativos. A Constituição de 1891 criou um modelo federativo diferente do atual, pois eram entes federados apenas o estados-membros e a União. A autonomia plena dos municípios (organizatória, de governo, legislativa e administrativa) foi alcançada quando, pela Constituição de 1988, foram eles – além do Distrito Federal – incluídos no pacto federativo, de modo inédito dentro dos modelos de federação mundo afora. “Nos regimes constitucionais anteriores, cabia aos Estados disciplinar a organização dos seus municípios. É certo que alguns Estados já delegavam esta competência aos seus municípios, sendo precursor o Estado do Rio Grande do Sul, mas a regra geral era a disciplina da estrutura municipal por meio de norma estadual. A Constituição de 88, ao elevar o Município à qualidade de ente federal, atribuiu-lhe a prerrogativa da auto-organização, exercitada por meio do poder de editar e reformar a sua lei orgânica.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 336).

Já a República, modelo de governo assumido pela Constituição de 1891¹⁶⁸, resultado da Proclamação da República, é uma forma de governo indiscutivelmente mais propícia ao florescimento da democracia que a monarquia¹⁶⁹ – ainda que constitucional –, pois, como discutido no primeiro capítulo, aquela rejeita o princípio hereditário e insere o cidadão na participação ativa das decisões sobre a coisa pública.

Contudo, a nominalidade verificada na constituição anterior ainda se mantém na de 1891, cujos preceitos ainda padeciam de um enorme vazio, tanto mais quanto frequentemente eram contrastados com a realidade.¹⁷⁰ “Ressalvada a valorização federal, em pouco fixada no mecanismo político, a Constituição tem caráter puramente nominal, como se ela estivesse despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados”¹⁷¹ (FAORO, 2012, p. 533). Isso fez com que a nossa República se instaurasse como uma forma de governo qualquer, conforme a análise fria de Tobias Barreto, com mais apelo formal que substancial. Segundo o jurista da Escola do Recife,

“[...] A questão de forma de governo é mais uma questão de esthetica do que de ethica política”. Conhecedor emerito de nossos vícios e dismantelos politico-sociaes, Tobias não tinha confiança nas virtudes da republica entre nós, justamente por causa desses mesmos vícios e

168 Frise-se, como dito no primeiro capítulo (e exposto por Pontes de Miranda), que nosso modelo de República em 1891 era democrático e oligárquico. Nesse sentido, atestando que a nossa primeira constituição republicana ainda não consagrava um pleno exercício da democracia, expõe Faoro: “Para que se consagre a ruptura, será necessário que o estamento se divida, com a inimizade voltada contra seu setor mais vivaz, incompreendido e amordaçado dentro da ordem imperial esclerosada. Transição de poucos anos, que leva a um sistema federal, de caráter liberal mas não democrático. Em revide às tendências paternalmente democráticas, mas não liberais do velho sistema, abroquelado no capitalismo politicamente orientado, a estrutura republicana, contestada como oligárquica, enfrentará todos os desafios” (FAORO, 2012, p. 532).

169 “Já no que se refere à democracia, enquanto vigorou o regime monárquico, ela foi tida corretamente, entre nós, como a antítese da autocracia. Por isso mesmo, a elite dirigente do País, a começar – escusa dizê-lo – pelo próprio monarca, considerava o regime democrático como uma clara subversão da ordem política” (COMPARATO, 2017, p. 147).

170 “A Constituição de 1891 era a encarnação, em texto legal, do liberalismo republicano e moderado que havia se desenvolvido nos EUA. Importaram-se dos Estados Unidos as instituições e os valores do liberalismo, para uma sociedade que nada tinha de liberal: o exemplo acabado do ‘idealismo na Constituição’” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 95).

171 “O divórcio entre a Constituição de 1891 e a realidade política e social do Brasil, ou seja, genericamente, aquele contraste já estabelecido por Nabuco entre o País legal e o País real, onde reside a verdade conceitual e científica de uma constatação sociológica, se fizera de tal modo nítido e irrecusável, que já não era possível atenuá-lo por uma reforma tantas vezes reprimida e procrastinada pelas resistências do poder.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 236-237).

defeitos de nosso caracter¹⁷². Via sempre com côres negras a situação brasileira [sic] (ROMÉRO, 1892, p. XIII).

A democracia, apesar de apresentada já – e unicamente, durante todo o texto – no preâmbulo da constituição (“*Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL*”), não foi suficiente para dar aos direitos políticos o alcance minimamente necessário à erradicação dos privilégios que já se arrastavam desde o império. Não havia, de fato, participação popular, tanto na elaboração do texto constitucional, quanto nele prevista para as vindouras atividades eleitorais.

Havia, basicamente, três linhas no movimento republicano do final do 2º Reinado. Uma, de viés liberal e urbano, associava a República à garantia dos direitos individuais, à federação e ao fim do regime escravista. Outra vertente, originária do Estado de São Paulo, ligava-se à burguesia cafeeira e adotava uma perspectiva conservadora, interessando-se pela autonomia das províncias, mas não pela defesa dos direitos individuais ou pelo fim da escravidão. A terceira linha era positivista, influenciada pelas ideias filosóficas de Auguste Comte, que defendia uma ditadura republicana como a forma ideal de governo para a época, e tinha grande penetração nos nossos meios militares, bem como entre os políticos do Rio Grande do Sul. Foram os militares, sob a chefia de Deodoro da Fonseca, que promoveram o movimento que resultou na Proclamação da República. *Neste movimento, praticamente não houve participação popular. O povo não passou de mero expectador atônito dos acontecimentos de novembro de 1889* (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 107, itálicos nossos).

O texto, orquestrado por Ruy Barbosa, foi fortemente inspirado na constituição norte-americana de 1787, de onde importamos o federalismo dual¹⁷³, o

172 Sobre o poder determinante do caráter dos povos, de modo um pouco mais pessimista, afirmou Le Bon (2008, p. 86): “Logo, um povo não possui o poder de mudar realmente suas instituições. Pode, decerto, ao preço de violentas revoluções, modificar o nome delas, mas o fundo não se modifica. Os nomes são etiquetas vãs que o historiador, preocupado com o real valor das coisas, não deve levar em conta. Assim, por exemplo, o país mais democrático do mundo é a Inglaterra, não obstante submetida a um regime monárquico, enquanto as repúblicas hispano-americanas, regidas por constituições republicanas, sofrem os mais duros despotismos. O caráter dos povos e não os governos é que determina seus destinos”.

173 Esse modelo de federalismo, chamado de clássico ou dual, implica em uma repartição horizontal de competências: no momento do seu surgimento, o federalismo norte-americano atendia a um modelo orientado pelas necessidades reclamadas pelas circunstâncias político-econômicas daquela época. Como já dito, o final do século XVIII e início do século XIX representaram o auge do liberalismo (político e econômico), cujos principais traços repousam na instituição de um governo limitado constitucionalmente, em contraposição a um Estado absolutista centralizador, de modo que a condução da economia deveria ser confiada à sociedade livre, com mínima ingerência estatal. Por isso, “o federalismo, quando emerge nos

presidencialismo e o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário.

Outra importante mudança se dá no comando do Poder Executivo: diferentemente da constituição anterior, em que a chefia desse poder era dada ao Imperador, agora, sob a vigência de uma república presidencialista, a chefia é exercida pelo Presidente da República, que cumulava as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.

Quanto aos direitos políticos, expresso no direito de voto, não há muita evolução em face da constituição imperial. A limitação dos indivíduos dotados de capacidade eleitoral ativa ainda assustava e tornava a democracia, envolto nos mantos da jovem República, um projeto não mais que embrionário. Faoro expõe com exatidão o quadro da época, e torna claro o modo como a exclusão política acompanhou os interesses econômicos e patrimoniais:

O regime republicano extingue o sistema censitário, mas mantém o capacitário, com a exclusão, agora definitiva, dos analfabetos (Decreto 200-A, de 8 de fevereiro de 1890). Em 1898, a primeira eleição presidencial com o comparecimento de todos os Estados, os eleitores sobem a 462.000, num incremento de 300% sobre 1886. Ainda assim a proporção será de 2,7% sobre a população. Daí por diante só a eleição de 1930, a única que leva mais de 1 milhão de eleitores às urnas, atingirá o percentual de 5,7%. Entre 1898 e 1926 os números oscilam entre 3,4% e 2,3%, num ciclo mais descendente que estável. A tendência impressiona se se tem em conta que a população alfabetizada se projetou de 14,8% em 1890 para 24,5% em 1920.71 A República Velha continua, sem quebra, o movimento restritivo da participação popular, paradoxalmente consanguíneo do liberalismo federal irrompido no fim do Império. A política será ocupação dos poucos, poucos e esclarecidos, para o comando das maiorias analfabetas, sem voz nas urnas. A essa direção política corresponde a liderança econômica e social, em interações mútuas, onde não se deve excluir, por mero preconceito de escola, o impulso primário de poderes estatais, em nível federal e local (FAORO, 2012, p. 698).

Estados Unidos, faz parte do plano da sociedade burguesa para manietar o Estado” (BONAVIDES, 2015, p. 209). Soma-se a isso o fato de a Federação norte-americana ter sido formada por agregação, isto é, pela união de Estados que cederiam sua soberania a um ente único, o que contribuiu para o surgimento do federalismo dual, em que a repartição de competências é horizontal, ou seja, União e Estados-membros, em uma posição de quase rivalidade, possuem competências exclusivas, não compartilhadas, definidas pelo constituinte do ente soberano. Em outras palavras, os Estados-membros norte-americanos, como eram preexistentes aos Estados Unidos da América, mantiveram para si um amplo quadro de competências, de modo que a Constituição Norte-Americana concedeu à União alguns poucos – mas importantes – poderes enumerados (expressamente definidos) e deixa aos Estados-membros poderes reservados, de forma residual.

Apesar da abolição do voto censitário, desde o Decreto nº 200-A do Governo Provisório, a proibição do voto, conforme o artigo 70, era expressamente veiculada, além dos menores de 21 anos, aos mendigos, analfabetos, aos praças militares e aos religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. Note-se, nesse último caso, que a renúncia a direito fundamental, algo pacificamente refutado hoje, foi tolerado pelo dispositivo citado¹⁷⁴. Novamente, tal qual na Carta anterior, havia um silêncio mais que eloquente quanto à possibilidade de voto feminino: a inexistência desse direito das mulheres era ainda encarada como natural (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 110).

No que toca aos direitos individuais, o artigo 72 – equivalente ao artigo 179 da constituição anterior – trouxe, além do princípio da legalidade e a igualdade perante a lei, um extenso catálogo de liberdades, como a deambulatória, a de crença de qualquer culto (ainda limitada à moral pública), a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, a liberdade de reunião, de associação e profissional.

Diversos eram os direitos e garantias penais e processuais penais, como o da excepcionalidade da prisão (que dependeria de culpa formada, exceto nos casos previstos em lei), da legalidade penal, da anterioridade da lei penal, do juiz natural, da individualidade da pena, além da abolição das penas de galés, banimento judicial e morte, entre outros direitos e garantias. O habeas corpus, previsto no § 22 para os casos em que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, vigorou também para os casos que não envolvessem o direito de ir e vir, consagrando aquilo que se estabeleceu no STF como a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, capitaneada pela atuação de cátedra e advocacia de Ruy Barbosa (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 110-111).

Entretanto, a alteração realizada pela emenda constitucional n.º 3 de 1926 – a única sofrida pela Constituição de 1891 – alterou o dispositivo, pondo fim à doutrina

174 Sobre a impossibilidade de renúncia a direitos fundamentais que implique em violação do seu núcleo essencial, impossibilidade permanente do seu exercício ou aniquilação completa do direito fundamental renunciado, cf. CANOTILHO, 2003, pp. 463-467 e ADAMY, 2011, pp. 125-174.

brasileira do habeas corpus e restringindo o remédio constitucional à liberdade de locomoção.

O elenco de direitos fundamentais endossava, ainda, importantes bandeiras republicanas ao abolir os privilégios de nascimento, foros de nobreza e ordens honoríficas (art. 72, §2º) e constitucionalizar a separação entre Estado e Igreja (art. 72, §3º) – que já fora determinada antes pelo Decreto nº 119-A do Governo Provisório –, estabelecendo o caráter secular dos cemitérios e a laicidade do ensino público. Porém, diferentemente da Carta do Império – neste ponto, à frente do seu tempo – a Constituição de 1891 não demonstrou nenhuma sensibilidade para o social, estatuidando apenas direitos individuais defensivos, voltados à limitação do arbítrio estatal, sem qualquer abertura para os direitos de natureza positiva (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 111).

Um dos direitos fundamentais individuais que hoje encontram proteção constitucional (artigo 5º, inciso VIII, Constituição de 1988), a chamada “escusa de consciência”, que implica na liberdade de se recusar a cumprir obrigação legal a todos imposta por razões derivadas de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, sem, por isso, ser privado de direitos (a menos que cumpra prestação alternativa), não era albergado pela Constituição de 1891. O § 29, do artigo 72, previa: “*Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos [sic]*”. Em combinação com o parágrafo anterior, que previa que “*Por motivo de crença ou de funcção religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e politicos, nem exhimir-se do cumprimento de qualquer dever civico*”, extrai-se que nenhum direito político ou civil poderia ser tolhido em razão de crença religiosa, exceto quando fosse alegada para o não cumprimento de qualquer dever cívico.

Os anos seguintes foram pautados pela crise do liberalismo no mundo e da República Velha no Brasil. Os movimentos impulsionados pelos grupos de trabalhadores que se reuniram e organizaram em grupos sindicais deram vida ao que viria a ser, em algumas décadas, o período do *Welfare State* e do Constitucionalismo Social. A quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e as políticas intervencionistas de Roosevelt com o *New Deal* acentuam a cena de transição. A luta por direitos políticos e sociais se intensifica, em contraste com o crescente

coronelismo brasileiro que se torna cada vez mais arraigado. Hobsbawm expõe uma profícua análise do contexto:

A escravidão institucionalizada, quase integralmente abolida tanto no Ocidente quanto nos países por ele dominados, vivia seus momentos finais nos locais onde ainda encontrava guarida, Brasil e Cuba: não sobreviveu para além dos anos 1880. A liberdade e a igualdade jurídicas não eram nem de longe incompatíveis com a desigualdade real. O ideal da sociedade liberal burguesa foi definido de modo lapidar e irônico por Anatole France, na sua seguinte frase: “A Lei, na sua majestosa igualdade, dá a qualquer homem o mesmo direito de jantar no Ritz e de dormir debaixo da ponte” (HOBSBAWM, 1989, p. 24, tradução nossa).

A reforma de 1926, supracitada, realizada no entreguerras, simbolizou um pouco do anseio de se conferir aos dispositivos constitucionais maior expansividade, num momento em que se tornaram “insustentáveis concepções individualistas, num mundo que via a consagração das chamadas ‘constituições analíticas’, que encaravam amplamente os direitos sociais, num mundo totalmente modificado, impondo novas e arejadas concepções jurídicas, para regular uma nova ordem coletiva” (CUNHA, 1990, p. 53).

Contudo, o maior objetivo da reforma constitucional foi o reaparelhamento do Estado e o fortalecimento da função presidencial; em se tratando de direitos sociais, “[o] que a reforma alterou foi pouco. Demais, não teve eficácia, pois quatro anos depois a Constituição perde validade pelo movimento de 30. Então é que a questão operária passa a ser de fato considerada”¹⁷⁵ (IGLÉSIAS, 1986, p. 36).

3.1.3. A Constituição de 1934

O ato proclamado por Deodoro deflagrou o início de um longo processo de construção da – ainda hoje – frágil República tupiniquim. A chamada “República Velha”, período compreendido entre a Proclamação de 1889 e a Revolução de 1930, foi marcada por um sem número de alianças coronelistas e do protagonismo de

175 “[...] apesar das greves, das leis esparsas e da existência de movimentos e partidos que tratavam de arremeter a classe operária, ou falar em nome dela, a massa trabalhadora continuava em sua grande maioria carente de direitos e de organização. Essa carência seria um campo fértil nos anos de 1930 para a ação do Estado por meio da política trabalhista de Getúlio Vargas.” (FAUSTO, 2013, p. 261).

políticas municipais e estaduais que obnubilaram o andar do processo democrático que se anunciava. É nesse contexto que é editada a Constituição de 1934.

Depois da I Guerra Mundial houve uma considerável inserção da classe média urbana no cenário político, que “tendia a apoiar figuras e movimentos que levantassem a bandeira de um liberalismo autêntico”, respaldado em um governo que pusesse em prática as normas constitucionais e legais do país, “transformando a República oligárquica em República liberal” (FAUSTO, 2013, p. 261). O impacto da turbulência econômica ocorrida nos EUA, junto ao fracasso da Reforma de 1926 e às fraudes eleitorais, provocou um abalo na oligarquia política rural do “café com leite” que controlava o país à época. Mas o principal fato causador da Revolução fora o de, no início de 1929, o paulista Washington Luiz, então Presidente da República, ter indicado à sua sucessão um candidato também paulista, Júlio Prestes, governador do estado, contrariando o acordo “tácito” do eixo SP-MG de alternância no comando do país (FAUSTO, 2013, p. 273).

O abalo foi sucedido da formação de uma frente política, denominada Aliança Liberal, resultado de um acordo entre Minas Gerais, a Paraíba e o Rio Grande do Sul, e que lançou como candidatos à presidência e vice-presidência, respectivamente, Getúlio Vargas (RS) e João Pessoa (PB). De qualquer sorte, Prestes se sagrou eleito por força da manobra da máquina administrativo-eleitoral de Washington Luiz. Este fato provoca na Aliança Liberal o espírito revoltoso da revolução e que, inclusive, a cogitava pôr em prática com o apoio de militares, tenentes de patente intermediária. O assim chamado *tenentismo* toma força junto a um setor da classe dominante e passa a apoiar a Aliança Liberal no intento de depor o governo federal (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 114 e FAUSTO, 2013, pp. 273 e ss.).

O estopim se dá com o assassinato de João Pessoa em julho de 1930, impulsionando o ímpeto revolucionário da Aliança Liberal que, comandada por Getúlio, se inicia em 03 de outubro e se finda em 24 do mesmo mês, com a deposição do Presidente da República Washington Luiz, no Rio de Janeiro, e a constituição de uma junta provisória de governo (FAUSTO, 2013, pp. 278). *Grosso modo*, a junta, composta por 3 militares: Augusto Tasso Fragoso, João de Deus Mena Barreto e José Isaías de Noronha, assumiu a presidência da República, em 24

de outubro de 1930, em razão dos problemas levantados pela Aliança Liberal frente aos supostos movimentos fraudulentos que levaram à eleição de Prestes.

Enquanto a junta desmantelava o governo de Washington Luiz, que seria então deposto, as tropas de Getúlio se dirigiam ao RJ para assumir o governo. A junta ficou no poder por aproximadamente dez dias, até que, em 3 de novembro de 1930, Tasso Fragoso transferiu o governo federal para Vargas.

O Decreto nº 19.398, editado por Getúlio após assumir o poder, determinava, conforme o seu art. 1º, que o “*Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia [sic] Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país*”.

Um governo de exceção se instaurava, ao mesmo tempo em que era criado o primeiro Código Eleitoral do Brasil e constituída a Justiça Eleitoral, com a implementação do Tribunal Superior Eleitoral no Rio de Janeiro. Duas das principais mudanças nos direitos políticos, que marcaram não apenas um avanço para a época mas para a história da democracia no Brasil, foram o estabelecimento do voto secreto e do voto feminino.

Junto a isso, medidas de jaez social, típicas do *Welfare State*, começavam a se desenhar, permitindo não apenas uma maior intervenção do Estado na economia como um engrandecimento do Estado em geral, sobre inspirações nacionalistas (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 115).

Com o movimento constitucionalista de 1932 e com a convocação da Assembleia Constituinte em 1933 – esta, formada pela “Comissão dos 26” e com atividade exclusiva, não cumulada com as funções legislativas ordinárias, diferente das demais na nossa história –, nasce em 16 de julho de 1934 a Constituição.

Seu texto previa eleições indiretas, conforme artigo 1º e seu § 1º, das Disposições Transitórias, para o primeiro quadriênio, nas quais Vargas se sagrou vencedor, e por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, conforme artigo 52, §1º. Contudo, a história não permitiu a aplicação desse dispositivo, em razão do golpe do Estado Novo, como veremos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 116-117).

No plano da Federação, a Constituição de 1934 estabeleceu um modelo distinto de repartição de competências, que abandona o modelo puramente dual para adotar um modelo cooperativo, em razão não só do aumento da proeminência do Presidente da República, mas de uma nova tendência centralizadora que arrasta para a União a competência legislativa sobre matérias antes atribuídas aos estados-membros.

A relação entre União e Estados-membros deixa de ser de competitividade e desconfiança e se transforma em colaboração mútua, de modo que a atribuição de legislar sobre certas matérias passam a ser, ao mesmo tempo, da União e dos Estados-membros. Isso significa que, no federalismo cooperativo, a repartição de competências é vertical ou compartilhada (ALMEIDA, 2013, pp. 25-41). O Poder Legislativo passa a ser unicameral, composto apenas pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal (artigo 22). A Câmara passa a ser composta de duas maneiras, com dois tipos de representantes:

os representantes do povo, eleitos por sufrágio universal e direto, pelo sistema proporcional; e os representantes das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular (art. 23), eleitos indiretamente pelas associações profissionais, que eram divididas em quatro grupos: lavoura e pecuária; indústria, comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos (art. 23, §3º) (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 118).

Por se tratar de uma Constituição inspirada no constitucionalismo social, a exemplo da de Weimar, de 1919, tratou de introduzir no catálogo de direitos fundamentais um rol de direitos sociais, como já dito, que passaram a figurar ao lado dos direitos civis e políticos. Muito deles, voltados ao trabalhador, previram alguns direitos laborais básicos pela primeira vez como “o salário mínimo, o limite de oito horas da jornada de trabalho, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas e a indenização por dispensa sem justa causa” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 119).

Acrescentou-se, ainda, no grupo das garantias individuais, a previsão inédita do Mandado de Segurança (artigo 113, n.º 33) e a Ação Popular (artigo 113, n.º 38). “O direito de propriedade foi garantido. Porém, não mais poderia ‘ser exercido contra o interesse social ou coletivo’ (art. 113, XVII): chega ao nosso Direito a ideia de função social da propriedade” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 119).

Todavia, o breve período de vida da Constituição de 1934 refletiu a rápida onda antiliberal e de temor ao comunismo que ganhou espaço também em outros países, a exemplo do fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha. Partidos políticos de âmbito nacional surgem durante o governo Vargas, alguns de extrema direita, outros com ligação ao comunismo, comungavam do denominador comum da rejeição à democracia liberal. A mobilização das massas passa a ser constante e provoca manifestações populares, que provocam o governo a se valer da recém-editada Lei de Segurança Nacional, por meio da qual “dissolve a Aliança Nacional Libertadora, adotando como pretexto um discurso de Luís Carlos Prestes, seu Presidente de honra, que clamara pela derrubada do ‘governo odioso’ de Vargas”, que resultou na rebelião armada da Intentona Comunista (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 119).

O clima de desconfiança e comoção interna levou Vargas a ignorar os preceitos constitucionais – inclusive o que vedava a sua própria reeleição – para viabilizar a concretização dos seus planos políticos.

O desfecho não tardaria: em 10 de novembro de 1937, tropas da Polícia Militar, com o apoio do Exército, cercam o Congresso e impedem o ingresso de parlamentares nas suas instalações. Na mesma noite, Vargas divulga, em comunicação radiofônica, uma “Proclamação ao Povo Brasileiro”, em que justifica a ruptura com a Constituição e a outorga da nova Carta: as medidas seriam necessárias em razão da “profunda infiltração comunista” e da inaptidão da Constituição de 1934 para assegurar a paz, a segurança e o bem-estar da Nação. Não houve resistência armada. O golpe de Estado de 1937 ocorreu sem derramamento de sangue (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 122).

3.1.4. A Constituição de 1937

O ímpeto antiliberal da década de 30 foi absorvido pela política estatal no mundo e no Brasil. O movimento nacionalista que se iniciou no século XIX desembocou em feixes totalitários que, somados às grandes guerras do início do século XX, minaram a democracia liberal. Iglésias bem explana o cenário da época:

A trajetória do Brasil na década de trinta inscreve-se bem na do mundo ocidental. Se a Europa viveu e vive a experiência do fascismo,

que obtém terreno e vitórias no após-guerra, em decorrência de ressentimentos, crises econômicas e financeiras, desemprego, temor do comunismo e derrocada da idéia liberal, a América não fica alheia ao surto e tem seus arremedos com movimentos antiliberais, uso da teatralidade na política, como também da violência e do terror. Sua maior expressão no Brasil foi a Ação Integralista, que cresce de 32 a 37. Um presidente fascinado pelo poder e disposto a conservá-lo a qualquer custo manobra Congresso tímido, obtendo aprovação para quanto precisa (IGLÉSIAS, 1986, p. 51).

A Constituição de 37, de inspiração de Francisco Campos – Ministro da Justiça do governo Vargas – engendrou um Estado com traços autoritários e refratários à democracia liberal, indo de encontro ao que o texto constitucional anterior preconizava. A subversão da ordem constitucional, justificada já no preâmbulo da Constituição pelo “*estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente*”, tinha menos lastro na realidade que na intenção de Vargas de se manter no poder. Inspirada na Constituição portuguesa de Salazar, de 1933, e, principalmente, na Constituição polonesa de 1935, ficou conhecida pelo apelido de “polaca” por flertar com vários dos elementos autoritários que marcaram a Europa na época (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 331 e SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 123).

Com efeito, não foi uma constituição simpática ao liberalismo ou à democracia, o que é possível se inferir a partir da, novamente, tendência à nominalidade que apresentou, traçando instituições e institutos que nunca saíram do papel. Uma delas, prevista no artigo 187, dizia respeito à convocação de um plebiscito¹⁷⁶ – mecanismo da democracia direta – ao qual a Constituição seria submetida após sua outorga. Contudo, o plebiscito nunca foi convocado, suscitando dúvidas quanto à própria juridicidade da Constituição de 37 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 123-127).

176 Tecnicamente, haveria de ser um referendo, e não um plebiscito, a dever-se realizar. A diferença entre ambos os institutos, componentes da democracia direta, são bem explicitados, hoje, na Lei n.º 9.709 de 1998, cuja definição é posta pelo artigo 2º, *caput* e parágrafos 1º e 2º: “Art. 2º: *Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º: O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º: O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.*” (negritos nossos).

A carta de direitos foi reduzida, em comparação com a anterior, não apenas no que tange aos direitos de cunho individual-liberal, mas também quanto aos direitos sociais. Direitos que, inclusive, mal eram observados na prática, apesar da previsão textual. O artigo 122 estabelecia, no item 13, a possibilidade de pena de morte em diversas ocasiões – não apenas no caso de guerra –, como a de subversão violenta da ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da “ditadura de uma classe social” (motivação, portanto, política), ou mesmo homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. Foram retirados do texto a “proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”, bem como “o mandado de segurança e a ação popular, que figuravam na Constituição de 1934” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 126).

Os retrocessos sociais, apesar da previsão de direitos trabalhistas no artigo 137, podem ser vislumbrados pelo disposto no artigo 139, que declarava a greve e o *lock-out* como “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

Posteriormente, a Constituição sofreu algumas alterações pelas chamadas “Leis Constitucionais”, instrumentos normativos formalmente similares aos Decretos-Lei e com efeitos de emenda constitucional, editados exclusivamente pelo Presidente da República, conforme previsão no artigo 180 da Constituição de 1937.

A presença do Brasil na segunda Grande Guerra impôs que aqui se implementasse aquilo que estava se realizando em plano internacional: a derrubada de regimes fascistas e autoritários, como ocorreu na Itália e na Alemanha. Aqui, tentou-se compensar o plebiscito do artigo 187, nunca realizado, por meio da convocação (eleição) de um Parlamento dotado de poderes para a reforma da constituição (IGLÉSIAS, 1986, p. 57 e SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 129-130).

A deposição de Getúlio, em 29 de outubro de 1945, ano em que se finda a II Guerra Mundial, protagonizada pelos militares, dão o poder ao

então Presidente do STF, José Linhares, que edita leis constitucionais removendo algumas das disposições mais autoritárias da Carta de 37, e toma as medidas necessárias para a convocação da Constituinte. Em 31 de janeiro de 1946, ele transmite o poder ao novo Presidente

eleito, Eurico Gaspar Dutra, escolhido em um pleito regular, com o apoio de Vargas.

3.1.5. A Constituição de 1946

A quinta constituição brasileira ilustra como nossa história constitucional da liberdade e da democracia transita entre ondas que oscilam constantemente entre o autoritarismo e os lampejos republicanos. O final da II Guerra apontou um novo caminho para os direitos humanos e fundamentais, que passaram a ser o centro das atenções no cenário jurídico internacional e interno na maioria das nações democráticas.

A redemocratização mundial teve como ponto de partida a Constituição (Lei Fundamental) alemã de Bonn (1949) que, contudo, trouxe um paradigma que só se concretizaria no Brasil a partir de 1988. De todo modo, a Constituição de 1946 trouxe uma nova oxigenação à democracia liberal, por meio da tentativa de recuperar seus preceitos e conciliá-los aos do Estado Social, restabelecendo direitos e garantias individuais e sociais com esteio no modelo de 1934.

O Congresso Nacional volta a ser bicameral, composto por Câmara dos Deputados e Senado Federal, conforme o artigo 37, sendo aquela composta de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios, e este de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário (artigos 56 e 60). O presidencialismo¹⁷⁷ foi mantido e foi trazida ao jogo novamente a figura do Vice-Presidente da República, ausente das duas constituições anteriores (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 132).

Quanto aos direitos individuais, o artigo 141 traz as liberdades públicas tradicionais, com poucas mudanças em relação a 1934,

177 Importante mencionar a Emenda Constitucional n.º 4, de 02 de setembro de 1961, que instituiu no Brasil o sistema parlamentar de governo, durante um curto período – perdurou até a sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 6, de 23 de janeiro de 1963.

como a liberdade de expressão – agora sem a previsão de censura prévia como na Carta de 37 –, a liberdade de religião, a liberdade profissional, a liberdade de associação e a liberdade de reunião, assim como os direitos de natureza processual. O mesmo ocorre com os remédios constitucionais do habeas corpus, do mandado de segurança e da ação popular. Volta à Constituição a garantia do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico per feito. Em inovação relevante, consagra-se o direito à inafastabilidade da prestação jurisdicional. Foram vedadas as penas de morte, de banimento, de confisco e de caráter perpétuo, ressalvada, quanto à primeira, a legislação militar em caso de guerra externa (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 133).

No tocante aos direitos políticos, o sufrágio é garantido de modo universal e direto, e, o voto, secreto, passando a ser obrigatório para homens e mulheres alfabetizados. A tentativa de se conciliar as liberdades e garantias individuais do Estado Liberal com as diretrizes programáticas e os direitos prestacionais do Estado Social é fortemente exposta no texto constitucional. Nesse sentido, a Constituição de 1946 “teve caráter manifestamente restaurador” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 418), recobrando alguns dos avanços constitucionais da pouco longeva Constituição de 34.

A Constituição de 1946 durou formalmente até 1966, quando novamente o arroubo autoritário tomou conta do cenário político brasileiro com a edição de diversos Atos Institucionais (AI), após o golpe militar de 1964, institucionalizado pelo AI-1, que determinou a escolha indireta do próximo Presidente, e o AI-4, que convocou nova constituinte em dezembro daquele ano. Mais um longo processo de declínio democrático se anunciara. Como explicam Sarmento e Souza Neto,

A Constituição de 1946 vigorou formalmente por mais de 20 anos, sendo derrogada em janeiro de 1967 por nova Carta. Houve, sob a sua égide, momentos de democracia e estabilidade institucional, e outros, extremamente conturbados, em que a Constituição teve pouca importância. O primeiro momento se estende de 1946 até setembro de 1961, quando, no contexto de séria crise política, foi aprovada a Emenda nº 4, que instituiu o parlamentarismo. O segundo momento vai de 1961 até o golpe militar de 1964, e passa pela volta ao presidencialismo, com a edição da Emenda nº 6, em janeiro de 1963. E o terceiro momento corresponde ao período em que a Constituição conviveu com o arbítrio militar, estendendo-se de abril de 1964 até a sua revogação, em janeiro de 1967 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 134-135).

Os Atos Institucionais, portanto, eram instrumentos normativos editados pela chefia do Poder Executivo, representada pelos comandantes das Forças Armadas ou pelo Presidente da República, durante a ditadura militar, com pretensões constituintes originárias, com a intenção de dar substrato jurídico ao arbítrio, “decretados como justificativas para o golpe contra a Constituição de 46” (IGLÉSIAS, 1986, p. 70). O Ato Institucional n.º 1 deixa claro o seu intuito desonesto, ardiloso e sub-reptício¹⁷⁸, cujo preâmbulo, em um dos seus trechos, expõe com certa ironia:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. **Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.** Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas **e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.** O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa **com o apoio da Nação na sua quase totalidade**, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. [...] Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, **decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista**, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas (negritos nossos).

178 Francisco Iglésias relembra o modo como a subversão da legitimidade constitucional também foi clara durante a transição da Constituição de 1946 para a de 1967, durante o período da ditadura militar: “Através desse movimento impõe-se a negação do direito, com casuísmos de todo tipo, desfibramento ético, subversão e corrupção – e o movimento se disse feito para salvar o país desses dois perigos, que não só atingem o ápice de exercício em toda a trajetória negativa, do governo geral da Coroa portuguesa em 1548 a 15 de março de 1985, como chegam mesmo a ser institucionalizados, pois a censura com a supressão das liberdades impede a fiscalização da vida pública. O Ato de 9 de abril de 1964, que formalizou o golpe, não tinha número: seus autores, com certeza, pensaram ser ele suficiente para disciplinar a nação, ou melhor, subjugar-la. Enganaram-se e foram obrigados a redigir vários outros, em excessiva prática legislativa, espécie de compensação ou *mauvaise conscience* pelo real desrespeito à lei.” (IGLÉSIAS, 1986, p. 71).

Apregoa-se, de modo amplamente majoritário, que o poder constituinte se constitui como poder de fato¹⁷⁹, pois tira sua legitimação do campo político e social, fundamentado, se for o caso, na força, o que torna a análise da fundamentação ou natureza do poder constituinte uma atividade de análise não valorativa, que não faz juízo de mérito sobre o modo como uma nova produção constituinte se dá, mas apenas diagnostica esse processo apontando suas causas diretas. Sendo assim, o processo constituinte não deixaria de ser faticamente inexistente caso derivasse de golpes ou revoluções. Prova disso é que algumas das constituições brasileiras, a exemplo das de 1824, 1937, 1967 (apesar de, esta, ter se autoproclamado como promulgada), foram postas em vigor sem o respaldo popular. Contudo, do mesmo modo, não é possível afirmar que o que torna um processo constituinte existente também o faz democrático ou lhe concede – senão, quando muito, como o fizeram os Atos Institucionais, ares de – legitimidade.

Portanto, o medo que se instalou de uma ameaça comunista, com base na “Doutrina da Segurança Nacional”, formulada pela Escola Superior de Guerra – ESG¹⁸⁰, em 1949, gerou o clima de tensão necessário para a implementação dos Atos Institucionais que, apesar de manterem, por certo tempo, a ordem constitucional, a subverteu, retalhou e a suplantou com modificações casuísticas que possibilitassem a concessão de poder e legitimidade políticos e jurídicos aos que se autointitulavam protagonistas da Revolução Vitoriosa. Estes, viriam, nos anos seguintes, a cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos e garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, extinguir partidos políticos, bem como mutilar direitos e garantias individuais (SILVA, 2011, pp. 76-77,

179 Nesse sentido, SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 252-253 e FREITAS, 2010, p. 7. Em sentido contrário, isto é, alegando que o poder constituinte possui natureza distinta, não sendo um poder de fato, mas de direito, porque se fundamenta no direito natural, cf. FERREIRA FILHO, 2013, p. 53, que afirma que o “Direito não se resume ao Direito positivo. Há um direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito”.

180 “Para fazer o expurgo dos inimigos, era necessário controlar o poder. Mas havia também razões menos corporativas. Os antivarguistas tinham se preparado para o governo dentro da Escola Superior de Guerra. La elaboraram uma doutrina de segurança nacional e produziram, junto com técnicos civis, estudos sobre os principais problemas nacionais. Além disso, tinham se aproximado de lideranças empresariais por meio de uma associação chamada Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), fundada em 1962 por empresários do Rio de Janeiro e de São Paulo. O IPES lutava **contra o comunismo** e pela preservação da sociedade capitalista.” (CARVALHO, 2014, p. 163, negritos nossos).

BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 429-431 e SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 139-141).

3.1.6. A Constituição de 1967 (e a EC n.º 1 de 1969)

A vigência da Constituição de 1967 – com as alterações da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 – marca um período de mais de vinte anos pautados pelo golpe militar de 1964, e o regime altamente autoritário deu a tônica do cenário constitucional vivido no Brasil à época. Nunca antes na história constitucional brasileira se pôde observar tamanha e retrógrada agressão às liberdades individuais. Antônio Paim (2018) se refere ao período como o “refluxo e virtual esmagamento do liberalismo sob os governos militares”¹⁸¹ (p. 247 e ss.). O clima era de medo.

O perigo comunista era a desculpa mais usada para justificar a repressão. Qualquer suspeita de envolvimento com o que fosse considerado atividade subversiva podia custar o emprego, os direitos políticos, quando não a liberdade, do suspeito. Como em geral acontece em tais circunstâncias, muitas vinganças pessoais foram executadas sob o pretexto de motivação política (CARVALHO, 2014, pp. 164-165).

A sequência de Atos Institucionais pavimentou o caminho descendente da democracia liberal no Brasil que ainda timidamente tentava se erguer. O AI-2 extinguiu os partidos políticos existentes e estabeleceu um sistema bipartidário –

181 O autor afirma que “[o]s governos militares outorgaram a prerrogativa de cassar mandatos e direitos políticos. Mais uma vez, o liberalismo seria dado como morto e desta vez tudo se fez no sentido de confirmar a profecia” (2018, p. 246). Mesmo assim, trata o período como “revolução de 1964” e não utiliza a expressão “golpe militar”. Em outros momentos, se refere ao governo no Estado Novo de “ditadura de Getúlio Vargas” e ao período de 64 em diante como “governos diretamente encabeçados por generais” (2018, p. 25). O trecho a seguir parece dar mais luz a essa posição do autor: “Vargas acresceria ao castilhismo a dimensão modernizadora. De certa forma, a Revolução de 1964 incorpora essa dimensão modernizadora, mas está longe de pretender, como o castilhismo getulista, constituir-se em alternativa para o sistema representativo. A Revolução de 1964 manteria o Parlamento, tolerando o crescimento da oposição” (2018, p. 248). Por fim, revela uma espécie de adesão à ideia de *autoritarismo instrumental*, de Wanderley Guilherme dos Santos (cf., nesse sentido, HOLLANDA; COSER, 2016), segundo a qual o Estado se vale de um inexorável sistema político autoritário para, contra a impossibilidade de uma sociedade parental, clânica e autoritária de se tornar naturalmente liberal, construir ativamente, ainda que por meios autoritários, uma sociedade liberal (PAIM, 2018, pp. 250 e 251). Essa posição se nos apresenta como incompatível com os conceitos de democracia substantiva hauridos do longo processo de reconstrução da democracia brasileira e colidem com a própria noção de autogoverno e autodeterminação dos povos.

ARENA, de situação, e MDB, de oposição. Além disso, transformou em indireta a eleição para Presidente da República, aumentou os poderes deste, autorizando-o a editar atos complementares dos atos institucionais e dissolver o parlamento dentre outras coisas.

Ainda, aumentou para 16 o número de Ministros do STF, facilitando uma maior nomeação de correligionários do governo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 140 e CARVALHO, 2014, p. 165). Por fim, chegou-se ao ponto de cercear a liberdade de expressão do cidadão que tivesse seus direitos políticos suspensos (o que poderia ocorrer de forma bastante casuística): “No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais”.

E tal suspensão, dentre outras consequências, poderia acarretar na “proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política” ou mesmo em liberdade vigiada ou na proibição de frequentar determinados lugares (artigos 15 e 16, do AI-2).

Além dos Atos Institucionais, que reforçavam os arroubos autoritários postos em prática, diversas emendas à Constituição de 1946 eram editadas, tornando-a uma “colcha de retalhos” altamente descaracterizada¹⁸² e abrindo espaço à inevitável nova constituinte, finalmente implementada pelo AI-4, em 7 de dezembro de 1966 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 141).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 sofreu “poderosa influência da Constituição de 1937, poiso Redator do seu projeto, jurista Carlos Medeiros e Silva, fora assessor do Min. Francisco Campos, autor da Carta ditatorial de Vargas” (SILVA, 2011, p. 79). Lastreada no espírito da segurança nacional, fortalece a figura do Presidente da República, mantém as eleições indiretas por meio do colégio eleitoral, composto pelo Congresso Nacional e por delegados das Assembleias Legislativas e permitiu, na linha dos Atos Institucionais, a suspensão de direitos e garantias individuais.

182 Esta era, inclusive, a justificativa exposta no preâmbulo do AI-4: “CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais; [...]”.

Trouxe no seu artigo 150 esses mesmos direitos e garantias, contudo, de fachada. Era um artigo “generoso, ainda que insincero”, arrolando direitos que lograram pouca, senão nenhuma, efetividade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 144). Figurava, em meio a Decretos Leis e Atos Institucionais, como um mero ornamento jurídico. Relembra Iglésias – contextualizando a situação da época – que,

Quanto aos direitos humanos, ordem económica [sic] e social, sobre a família, a educação e a cultura, de pouco adianta firmar alguns princípios, se todo o país está sob o domínio da polícia, que fiscaliza, censura, prende, exila, quando a administração aplica penas como as de cassação de direitos políticos e mandatos de modo sumário, sem processo, sem julgamento, sem apelação. [...] O governo era entreguista, antipovo e antinação. Quebrou a ordem jurídica e a económica [sic]. Atingiu a plenitude do arbítrio, com perseguições, cadeias, censuras, exílios, torturas, mortes. Quem sabe o número exato de desaparecidos ao longo de 21 anos? (1986, pp. 76 e 91).

A Constituição de 1967 vigeu de modo inexpressivo e a reboque dos desmandos autoritários do governo militar, até que, quase dois anos depois de sua promulgação, em 13 de dezembro de 1968, passou por aquela que seria a primeira das duas mais importantes intervenções normativas que viria a sofrer: o Ato Institucional n.º 5 – AI-5.

O quinto Ato Institucional se tornou célebre por sua feição altamente ditatorial, típica de autocracias despóticas.

Se já havia uma consagração do arbítrio, o novo Ato agrava-o mais ainda: decreta o recesso parlamentar, intervenção nos Estados e municípios, “sem as limitações previstas na Constituição”; suspensão de direitos políticos por dez anos e cassação de mandatos eletivos; suspensão de garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, irremovibilidade, estabilidade, exercício de funções, suspensão de garantia do *habeas-corpus*; todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e seus Atos Complementares excluem-se de qualquer apreciação judicial. O AI-5 é a antilei, o arbítrio total (IGLÉSIAS, 1986, p. 78).

Autorizou, ainda, que o Presidente da República adotasse, livremente, se necessário à defesa da Revolução, medidas previstas na Constituição para os casos de decretação de estado de sítio (artigo 152, § 2º, alíneas “d” e “e”), como a suspensão da liberdade de reunião e de associação e a censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas. Apesar

de mantida, conforme o artigo 1º do AI-5, a Constituição de 1967 abandonara, então, seu papel enquanto documento cujo escopo é o de limitar o poder por meio de mecanismos liberais e democráticos.

Ainda que nele não houvesse previsão expressa que autorizasse a prática de “tortura, desaparecimento forçado de pessoas ou assassinatos, tais práticas tornaram-se os métodos corriqueiros de trabalho das forças de repressão” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 146).

Outros Atos Institucionais seriam editados: dezessete, no total, sendo o último deles em 14 de outubro de 1969, até que, três dias depois, a segunda (cronologicamente) intervenção mais relevante à Constituição de 1967 viria a lume. Afastado o Presidente Costa e Silva em razão de sua saúde, o comando do Poder Executivo – em razão do já disposto no AI-12, em 1º de setembro de 1969 – é assumido pelos Ministros das Forças Armadas, que, com a República já usurpada em mãos, outorgam a Emenda Constitucional n.º 1, em 17 de outubro de 1969. Tamanha foi a dimensão do seu impacto no texto constitucional que ainda hoje há razoável controvérsia sobre a natureza constitucional autônoma do ato: alguns o consideram como uma Constituição brasileira à parte das demais; outros – de modo correto, a nosso ver¹⁸³ –, como uma emenda constitucional ao texto de 1967.

183 Não obstante as inúmeras filigranas doutrinárias e alterações a respeito do tema, entendemos que o próprio texto da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, em sua ementa, expõe suas razões com clareza solar: “[e]dita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967”. Sabe-se que só é possível alterar (acrescentando, alterando ou removendo) o texto de uma determinada constituição com a atuação do “poder reformador” (que, desde Sieyès, não se confunde com o poder constituinte originário) por meio de emendas constitucionais, independentemente da abrangência da alteração. E por motivos de incompatibilidade lógico-normativa, não há como vigerem, no mesmo tempo e no mesmo espaço, duas constituições, fato inequivocamente reforçado pelo próprio preâmbulo da referida Emenda n.º 1, que, em um de seus “considerandos”, afirma que **“a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida”** (negritos nossos). Desse modo, ainda que a alteração sofrida pela Constituição de 1967 tenha, material e substancialmente, beirado a integralidade, parecer-nos-ia inadequado, sob a ótica do aspecto formal, dar à Emenda n.º 1 o *status* de constituição autônoma, por entendermos não ter, à ocasião, havido inequívoca manifestação do poder constituinte originário, mas, sim, do poder reformador. Poder-se-ia indagar se seria possível, ou sequer aceitável, uma hipótese de exercício do poder reformador pelo Poder Executivo, exclusivamente. A resposta, se considerada a questão em abstrato, é afirmativa. Essa foi a opção das constituições brasileiras, mas não há óbice que, em geral, uma constituição atribua a qualquer dos poderes – ou mesmo a outro órgão distinto e independente – a incumbência de aprovar a edição de emendas à constituição. Mesmo porque – e isso é um erro comum – não se deve confundir tanto a atividade do poder legislativo com a atividade do poder reformador (atecnicamente chamado de poder *constituente* derivado reformador pela literatura jurídica), quanto a deste com a do poder constituinte (originário). Ademais, o Congresso Nacional, como se sabe, foi suspenso em 1968 com o AI-5, inviabilizando sua participação na elaboração da Emenda Constitucional n.º 1/69. Ocorre que, no tocante à Constituição de 1967, artigo 51, havia previsão expressa no sentido de que as emendas seriam aprovadas quando obtivessem, nas duas votações, em ambas as casas do Congresso, a aprovação da maioria absoluta dos seus membros. Se a Emenda n.º 1/69 não foi uma emenda constitucional válida (por

Os quase vinte anos que se seguiram testemunharam outras mais alterações no texto constitucional, quase sempre com propostas casuísticas de mudanças eleitorais e que tinham o condão de manter o status quo. A corrupção e o despreparo administrativo eram patentes, enquanto a dependência brasileira do capital estrangeiro estrangulava o avanço econômico, situação agravada à medida que aumentavam o desemprego e a inflação. A má gestão dos militares saltava aos olhos, e as críticas que teimavam em se dirigir ao governo eram, não raro, caladas de modo autoritário e por vezes criminoso¹⁸⁴ (IGLÉSIAS, 1986, p. 83 e SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 150).

Dessa maneira, como sói ocorrer na história constitucional do Brasil, a falta de tradição de respeito às constituições, que sempre atuaram mais como figurantes do que como protagonistas do ordenamento jurídico, mostrou que

a Carta de 1967/69 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

O movimento de avanços e retrocessos, que fez oscilarem nossas experiências institucionais entre o autoritarismo e a democracia liberal, seguiu pulsando. A substituição de Castelo Branco por Geisel na Presidência – apesar de

inconstitucionalidade formal – aprovação por autoridade distinta daquela prevista na constituição), tampouco foi uma nova constituição, posto que, fosse essa a intenção dos seus autores, preferimos crer que teriam por uma constituição optado. Prova disso é que o texto da Emenda n.º 1/69, para ganhar ares de legitimidade, manteve parte do texto de 1967 em vigor, do mesmo modo que o AI-1 preservou a Constituição de 1946. Afinal, a ilegitimidade, como já sustentamos, não é motivo, por exemplo, para não se considerar existente a manifestação do poder constituinte originário (que é um poder, como visto, de fato, e não de direito), de modo que constituições ilegítimas ou não democráticas, como mencionamos, não deixam de ser constituições (a exemplo das outorgadas). Ilegítimo (sem lastro jurídico) foi também o Ato Institucional 1 que, frise-se, arrogou a si – desde seu preâmbulo – poderes de poder constituinte originário e, nem por isso, instituiu nova Constituição, como é cediço. Portanto, ainda que editada ilegitimamente pelo Poder Executivo, a Emenda Constitucional n.º 1/69 foi manifestação do poder reformador. A posição aqui defendida, apesar de amplamente minoritária, é esposada, por exemplo, por Bonavides e Andrade (1991, p. 444), para quem “[n]ão há pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda n.º 1, embora esta tenha promovido algumas modificações no seu texto”, e segundo os quais também foi similar o entendimento do STF, “que decidiu reconhecer por unanimidade que a vigência era a da Carta de 1967 e não da Emenda n.º 1 de 1969”. Em posição contrária, por todos, cf. SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 148 e SILVA, 2015, p. 89.

184 “Calcula-se, ademais, que 50.000 pessoas foram presas por razões políticas, sendo a maior parte delas torturadas, algumas até a morte. O governo militar chegou mesmo a aparelhar, em Petrópolis, uma casa onde pelo menos 19 pessoas foram executadas, sendo seus corpos incinerados a fim de não deixar vestígios.” (COMPARATO, 2017, p. 200).

medidas como o “Pacote de Abril” – e, posteriormente, Figueiredo, arrefecia aos poucos o rigor governamental e abria espaço a grupos de oposição mais progressistas. O MDB, convertendo-se em PMDB, junto à aprovação da Lei de Anistia e ao movimento “Diretas Já”, “foram algumas das sementes que germinariam, poucos anos depois, na Assembleia Constituinte de 87/88” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 156).

A maior vitória do liberalismo democrático na sua longa e dolorosa trajetória de florescimento no Brasil foi, certamente, o período de redemocratização pós-ditadura, que culminou na Constituição de 1988. Nada obstante, a análise não deve ser romantizada e descolada da realidade. O país ainda não se apartou das suas raízes patrimonialistas e estamentais, o que torna a saga do liberalismo democrático brasileiro ainda mais complexa.

A orientação liberal que o Brasil vivencia até o fim da Guerra Fria ainda é aquele em que os interesses individuais, principalmente os derivados da potencialização do livre mercado, do liberalismo econômico, se sobrepõem – quando não se opõem – à democracia.

Desde o império, não foi outro o esquema, em que a expansão dos direitos sociais e políticos, sempre tardia, disputava espaço com interesses privados e acabava sempre bloqueada pelo conservadorismo e pela burocracia estatal. Bastante lúcido, Sérgio Adorno, ao traçar as distintas feições do liberalismo e da democracia, que por muito tempo andaram dissociados, afirma:

O liberalismo com sua insistência no primado da liberdade individual revela o peso dos interesses particulares, nomeadamente os que gravitam em torno do mercado e da propriedade privada, mas também das opiniões políticas que recusam a intervenção do Estado na vida civil. Essa leitura do liberalismo acentua seu lado conservador e coloca o problema da desigualdade social em segundo plano. A democracia, por sua vez, sustém o primado da igualdade, razão de sua ênfase no coletivo, na justiça social, na redução das desigualdades sociais que precedem às liberdades públicas e civis (2019, p. 290).

A afluência da democracia com os princípios liberais, se um dia ocorreu aqui, se deu com a edição da Constituição de 1988, a nossa primeira do Estado Democrático de Direito, da observância dos Direitos Humanos e da normatividade

dos princípios constitucionais, algo que já orbitava o pensamento político e jurídico na Europa desde o começo da segunda metade do século XX.

3.1.7. A Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 (doravante, CF/88) é o documento que consagra a chegada do Estado Democrático de Direito no país, por meio de um processo de reinserção do povo como protagonista no cenário político nacional. A escolha indireta de Tancredo Neves como Presidente da República em 1985 – ainda que, por razão do seu falecimento, o cargo tivesse sido assumido pelo então Senador José Sarney, escolhido como Vice-Presidente – marcou o início de uma fase de redemocratização do Brasil.

Sarney envia ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 43/1985 e nomeia uma comissão de intelectuais (Comissão Provisória de Estudos Constitucionais), presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, com o escopo de elaborar um anteprojeto que servisse de supedâneo à elaboração da constituição.

Não obstante, por ter discordado do produto final (que previa, dentre outras coisas, o parlamentarismo), o Presidente Sarney o arquivou, porém o dá publicidade. Com isso, o anteprojeto, apesar de deixar de ser sua referência, muito influenciaria a nova constituição (SILVA, 2011, p. 87, CUNHA, 1990, pp. 108-109 e SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, pp. 157-158). A PEC 43/1985 se torna a Emenda Constitucional n.º 26/1985, que convoca Assembleia Nacional Constituinte “que, no entanto, veio na forma de *Congresso Constituinte*”¹⁸⁵ – resultado de uma recalcitrante influência de

185 A rigor, o poder constituinte originário é incondicionado, isto é, como a expressão do poder constituinte originário implica o total rompimento com a ordem constitucional anterior, ele não se submete a nenhuma condição prévia, sendo totalmente livre quanto à sua forma de manifestação. Ou seja, “não tem fórmula prefixada nem forma estabelecida para a sua manifestação” (FERREIRA FILHO, 2013, p. 57). De qualquer sorte, uma assembleia constituinte não se diferencia tanto de um congresso constituinte nos aspectos formais. A questão nos parece muito mais ligada ao aspecto simbólico, que mostra como o Brasil, na constituinte, por mais que buscasse mudar o regime, se democratizando, ainda estava preso a muitas estruturas do seu passado. Com isso, um congresso constituinte não torna menos legítimo o poder constituinte originário, desde que escolhido pelo seu titular (no caso, o povo). A vantagem de se constituir uma assembleia autônoma, com membros desvinculados do processo político anterior (ao contrário do congresso constituinte), se expressa pela maior expectativa de autonomia na elaboração do texto, sem intenções de segunda ordem que possam fazer com que as normas a serem elaboradas sejam apenas meio

forças conservadoras com o intuito de preservar a continuidade com o regime anterior (SILVA, 2011, p. 89).

Explanando com certa ironia o modo como o processo democrático no Brasil não se dá sem percalços de todos os tipos, e como nossa história constituinte e a vontade popular sempre se deparam com barreiras atávicas, José Afonso da Silva afirmou:

Não era uma autêntica Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Mas ele fora eleito para elaborar a nova Constituição. As eleições de deputados e senadores¹⁸⁶ para tal fim foram livres e democráticas, até quando o possam ser num sistema eleitoral que favorece em demasia o poder econômico (2011, p. 86).

Falta-nos aqui espaço para expor em detalhes o processo constituinte de 1987-1988, mas, cumpre assinalar que, apesar da clara opção pelo reforço democrático assumido pelo texto – que rendeu ao documento o apelido de “Constituição-cidadã” –, não houve um processo homogêneo de composição dos seus dispositivos. Não se verificou, tampouco, a predominância de um espectro ideológico, mas um embate acirrado pela disputa da inserção de normas tanto de cunho liberal, quanto de cunho social, direitos de natureza individual e coletiva.

Apesar disso, existiu uma acirrada pressão exercida por grupos de vários nichos e setores, a fim de garantir a proteção constitucional de interesses corporativo-organizacionais. José Afonso da Silva explica que, apesar de a

para fins outros, dificultando uma transição democrática límpida. O congresso ou a assembleia, como seja, enquanto exercentes (não titulares), em cada caso, do poder constituinte originário, poderão elaborar o novo texto constitucional de modo legítimo, honrando o desejo do titular, ou subverterem a vontade deste, tornando o processo ilegítimo. É dizer, não obstante o poder constituinte originário seja incondicionado, as “Assembleias Constituintes são limitadas pela predefinição de determinados pontos substanciais” (FERREIRA FILHO, 2013, p. 57) e devem respeitar as deliberações e decisões fixadas por meio das decisões constituintes que as antecederam, sob pena de perda da legitimidade. É o caso, por exemplo, do fenômeno denominado “*constitutional bootstrapping*”, que significa a tendência de certas assembleias constituintes extrapolarem os poderes e competências que lhe foram concedidos pelas forças que as convocaram, ignorando as diretrizes e limites a elas fixados. Em outras palavras, é o “processo pelo qual uma assembleia constituinte corta as amarras com as autoridades que lhe convocaram e criaram e arroga para si uma parte ou mesmo todo o poder conferido àquelas autoridades (ELSTER, 1994, p. 57).

186 Alguns deles, os “senadores biônicos”, que eram senadores eleitos ainda no regime anterior, à ordem de um terço, de modo indireto no âmbito dos estados-membros, conforme a alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1977 à Constituição de 1967, cujo artigo 41, § 2º, dizia: “*Na renovação do terço e, para o preenchimento de uma das vagas, na renovação por dois terços, a eleição far-se-á pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. O preenchimento da outra vaga na renovação por dois terços, far-se-á mediante eleição, pelo sufrágio do colégio eleitoral constituído, nos termos do § 2º do artigo 13, para a eleição do Governador de Estado, conforme disposto em lei.*”.

constituição ter rompido com o passado e ser, por esse motivo, combatida pelas elites conservadoras, o procedimento da constituinte

tolheu o princípio popular, que só teve um momento para atuar diretamente, com propostas perante a Comissão de Sistematização, enquanto as organizações corporativas atuaram permanentemente em forma de *lobby* junto a deputados e senadores constituintes. Foi uma pressão ousada e terrível de associações e organizações de toda espécie, formadas às vezes especialmente para obter vantagens na Constituinte. A verdade é que, enquanto as propostas populares receberam – quando receberam – formulações de eficácia limitada, as corporações conseguiram assegurar seus interesses de maneira concreta (2011, p. 87).¹⁸⁷

Esse processo mostra que, além de representar o florescimento de uma nova fase no direito e na política, a do Estado Democrático de Direito e do pós-positivismo, a CF/88 não pôde se blindar dos sinais de outro fenômeno típico do momento em que nasceu: o neoliberalismo.

Novamente, por se tratar de um fenômeno complexo e cuja definição é objeto de divergência, adotamos a definição de Foucault (2008), para quem o neoliberalismo, diferentemente do liberalismo clássico (ou protoliberalismo), não se funda no *laissez-faire*, nem funda suas bases na liberdade de mercado de Adam Smith, mas, em vez do estabelecimento de uma esfera de não intervenção estatal nessa liberdade de mercado, implica, em uma lógica reversa, no comando das diretrizes estatais e no “exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado” (p. 181). É dizer, “[n]ão se trata, portanto, de liberar um

187 Para um estudo mais aprofundado sobre os bastidores da constituinte de 1987-1988, cf. CARVALHO, 2017. O contexto é revelado por passagens de entrevistas, conduzidas pelo autor, como a do então vice-líder e líder da bancada do PMDB, Nelson Jobim: “O jogo era esse. Tu tinha que trabalhar com ambiguidades. Quando não se conseguia o acordo, e não tinha solução num texto ambíguo, eu usava a técnica de jogar para a lei complementar ou lei ordinária [...]” (p. 211) Acrescentou: “A gente combinava tudo. Com o Luiz Eduardo Magalhães, que virou líder do PFL depois do Zé Lourenço, se combinava que tipo de briga que ia ter na votação da matéria, se ia ser uma coisa violenta, ou tranquila. Tudo era acertado antes. [...] A verdade é que quem fez a Constituição foram os acordos das lideranças. Por isso é que demorou tanto.” (p. 219). Ainda, nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, explica “que os segmentos mais organizados da sociedade eram associações profissionais, como as do Ministério Público, e a dos juízes. As próprias instituições estatais ou paraestatais – Petrobras, Telebras, Sesc, Senac – também se organizaram para estar na Constituinte, para cuidar dos seus interesses. Tinham pessoas encarregadas de se aproximar dos deputados e senadores, pressionando, fazendo a mobilização de seus grupos” [...] (p. 277). “[É] uma Constituição que foi feita segundo os interesses daquelas pessoas que faziam parte de organizações concretas, oficiais, e não exatamente o produto das demandas da sociedade como um todo. [...] Uma enorme quantidade de pessoas, grupos que se articularam, conseguiram fazer um acordo político e consolidar ou ampliar os seus interesses” (p. 280).

espaço vazio, mas de relacionar, de referir, de projetar numa arte geral de governar os princípios formais de uma economia de mercado” (p. 181).¹⁸⁸

Não obstante a influência do setor econômico, há que se louvar os lampejos democráticos manifestados no processo constituinte, que adotou audiências públicas e a participação popular em sua elaboração, resultando em 122 emendas populares com 12 milhões de assinaturas, submetidas à comissão de sistematização (SILVA, 2011, p. 87 e BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 475). O resultado foi uma Constituição bastante aberta à condução da *res publica* com a participação popular por vários meios, valorizadora dos direitos e liberdades individuais do liberalismo e dos direitos sociais e compromissos prestacionais do *Welfare State*, atenta às demandas recentes de proteção aos direitos difusos e coletivos e congruente com os influxos do direito internacional dos direitos humanos.

A CF/88 – considerada prolixa, pela alta quantidade de matérias reguladas – revela um caráter compromissório, de caráter pluralista e conciliatório, recheada de normas programáticas que traçam princípios, diretrizes e objetivos para o Estado brasileiro. Já nos seus fundamentos, pode-se verificar a atenção ao liberalismo e à democracia, posto que o artigo 1º deixa claro que o país se constitui em Estado Democrático de Direito e possui, como fundamentos, dentre outros, a livre iniciativa, a cidadania e o pluralismo político.

Diferentemente das constituições anteriores, elenca os direitos e garantias fundamentais em situação topologicamente privilegiada, no início, e não ao final do seu texto, antes, inclusive, da organização do Estado. Inversão topológica, que, com efeito, é intencional. “Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 172).

188 Para uma visão do neoliberalismo que vai além – e parte – daquela de Foucault, cf. BROWN, 2015, que explica que “[m]ais que meramente saturar o significado ou o conteúdo de democracia com os valores de mercado, o neoliberalismo assalta os princípios, as práticas, as culturas, os sujeitos e as instituições da democracia entendida como o governo do povo. E mais que meramente cortar a carne da democracia liberal, o neoliberalismo também cauteriza as expressões mais radicais da democracia, aquelas que episodicamente emergem pela modernidade Euro-Atlântica e que disputam seu futuro com outras versões mais robustas de liberdade, igualdade e governo popular do que a iteração liberal da democracia é capaz de apresentar” (p. 9, tradução nossa).

Além de ter ampliado o rol de direitos sociais, inclusive trabalhistas, e de ter incluído os direitos de terceira dimensão, como o direito ao patrimônio cultural e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (tuteláveis, agora, até mesmo por ação popular, conforme o artigo 5º, inciso LXXIII), robusteceu a previsão dos direitos individuais e tratou de lhes conferir remédios e mecanismos que garantissem sua efetividade e concretização, a exemplo da criação inovadora do mandado de injunção¹⁸⁹; do fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis pela jurisdição constitucional¹⁹⁰; da inclusão inédita dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas¹⁹¹ e da abertura do catálogo material de direitos e garantias fundamentais por meio de um sistema que considera também como tais aqueles “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁹².

189 Artigo 5º, inciso LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. O mandado de injunção, regulamentado por lei apenas em 2016 pela lei n.º 13.300, foi essencial na concretização do direito de greve dos servidores públicos, cuja tutela se deu por meio do seu manejo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2007.

190 Artigos 102 e 103 (este último que, além do mais, ampliou em larga escala o rol dos legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de atribuição apenas do Procurador-Geral da República, anteriormente – que era, até a CF/88, um mero funcionário do Poder Executivo, e não o representante de um órgão autônomo e independente, componente das chamadas “funções essenciais à Justiça”).

191 Artigo 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

192 Artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” O dispositivo foi afetado posteriormente pelo § 3º, do mesmo artigo, incluído em 2004 pela EC n.º 45, que determinou que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Isto é, atribuiu status de norma constitucional (equiparada às emendas constitucionais) apenas aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados no rito das emendas constitucionais, o que, conforme o § 2º, seria atribuído a quaisquer tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do modo como foram recepcionados pelo direito interno brasileiro. Em relação ao art. 5º, §3º, da CF, vale anotar a seguinte passagem: “Cançado Trindade, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o citado parágrafo: ‘(...) mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988’. Para sintetizar, Cançado Trindade o denomina ‘aberração jurídica’.” (RAMOS, 2014, pp. 389-390). No mesmo sentido, Valério Mazzuoli afirma que “o legislador brasileiro que concebeu o §3º do art. 5º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer” (MAZZUOLI, 2013, p. 44).

Sobre o modo como a CF/88 tratou a democracia, vale citar o seguinte trecho que resume o quadro com exatidão:

Além dos direitos fundamentais, o outro “coração” da Constituição de 88 é a democracia. Dentre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea –; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu sobre bases pluralistas e liberais o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Para assegurar a higidez dos pleitos eleitorais, ela manteve a Justiça Eleitoral, existente desde 1932. E garantiu com vigor as liberdades públicas que são pressupostos diretos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão, de associação e o direito à informação. Não há dúvida, portanto, que ela contém todos os elementos que conformam a democracia política, como eleições livres e periódicas, amplo direito de sufrágio e de concorrer às eleições, possibilidade real de a oposição assumir o poder, liberdade de expressão e de associação política e existência de fontes independentes de acesso à informação pelo cidadão (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 173).

Desde sua promulgação, foram inúmeras as emendas constitucionais sofridas pela CF/88 – houve, em média, três emendas por ano, contrariando a afirmação de que a constituição se faz rígida em razão do alto quórum¹⁹³ exigido para sua alteração. Algumas visavam a adequar o documento à política de abertura ao mercado externo que se impunha desde a queda do Muro de Berlim, de modo a “encontrar meios e modos de compatibilizar as aspirações inscritas na Constituição de 1988 e as exigências da integração do Brasil na economia global” (FAUSTO, 2013, p. 469).

Junte-se a isso a aplicação de pacotes econômicos que buscavam, principalmente, equilibrar a economia interna com o controle da inflação e as exigências do mercado internacional. E aqui o aspecto econômico é particularmente importante pois revela um momento crítico de pressão do processo de globalização e de reformulação dos mercados pelo neoliberalismo, além da ânsia de corrigir os estragos deixados pela má gestão durante a ditadura¹⁹⁴.

193 Art. 60, § 2º: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

194 Bresser-Pereira anota que “o Pacto Democrático-Popular de 1977, que presidiu a transição democrática, desintegrou-se no começo de 1987, quando o fracasso do Plano Cruzado demonstrou que a coalizão de classes democrática e desenvolvimentista no poder não possuía uma avaliação realista da **grande crise econômica que o país enfrentava**, nem uma real proposta de modernização para o Brasil. Essa ampla

Os altos e baixos que se seguiram, desde os governos Fernando Collor (removido da Presidência por *impeachment* em 1992), Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso – que enfatizaram o privatismo e o desinflacionamento do Estado – deram mais cor ao movimento de fortalecimento das medidas neoliberais de que o Brasil se tornou refém.

O liberalismo, enquanto modelo de Estado voltado à proteção das liberdades do indivíduo ante os abusos governamentais, parece ter saído de cena e dado espaço ao controle político das multinacionais e corporações financeiras, que, ao imporem suas regras e exigências aos espectros políticos que gerem a administração pública, junto a um quadro de corrupção crescente, tem por corolário um cenário de austeridade e de corrosão dos direitos humanos fundamentais que compromete por dentro o próprio regime liberal-democrático¹⁹⁵.

Os governos seguintes, com Lula e Dilma, apesar de notáveis mudanças “no que toca às políticas sociais, intensificando as políticas públicas de caráter redistributivo, voltadas para a população, mais carente, com destaque para o Programa Bolsa Família, com expressivos resultados do ponto de vista da melhoria das condições sociais do país” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 181), foram também marcadas por escândalos políticos que minaram a expectativa de consolidação de um governo forte e estável.

Dilma, também afastada por *impeachment* em 2016, dá lugar a uma fase ainda mais complexa de tomada do aparelho estatal pelos setores econômicos. Os presidentes seguintes, Michel Temer e Jair Bolsonaro, deram início a um projeto antiliberal que dá odres novos a vinhos velhos, retomando o antigo e cansado discurso de combate ao comunismo, que eclodiu após a revolta de 1935 e ganhou força ao longo das seguintes décadas, até atingir seu auge e se tornar, em 1964, o principal argumento que sustentou o Golpe Militar daquele ano.

coalizão de classes fora bem-sucedida em seu principal e específico objetivo – **restabelecer a democracia no Brasil** –, **mas falhou quanto à estabilização da economia, à retomada do desenvolvimento e à promoção de uma distribuição de renda mais equitativa**. Fracassou porque a crise deixada pelo regime autoritário era imensa – e também porque essa coalizão política acabou por ser populista no plano econômico.” (BRESSER-PEREIRA, 2016, p. 286).

195 Rubens Casara nomeia esse estado de coisas como Estado Pós-Democrático, que é aquele resultado da “razão neoliberal, nova forma de governabilidade das economias e das sociedades baseada na generalização do mercado e na liberdade irrestrita do capital”; e explica: “O Estado Pós-Democrático assume-se como corporativo e monetarista, com protagonismo das grandes corporações e destaque para as corporações financeiras na tomada das decisões do governo” (2017, p. 29).

O “inimigo”, que parecia ter sido derrotado definitivamente, mostrou ter sido apenas escamoteado durante quase três décadas para, enfim, desde o final do ano de 2015 – início do processo de *impeachment* de Dilma –, inflamar os debates ideológicos no país e reacender o discurso anticomunista. Esse discurso, que acompanhou o processo de impedimento (*impeachment*) movido contra a ex-Presidente Dilma Rousseff, levou ao poder o então vice-Presidente Michel Temer por vias até hoje questionáveis – não faltam análises que alegam que o processo de impeachment foi maculado, ainda que aparente e formalmente legítimo, por motivos escusos e antirrepublicanos¹⁹⁶.

E, assim, novamente, movimentos reacionários de bandeiras alegadamente liberal-conservadoras – o que, conforme a própria definição dos conceitos na sua origem, pode revelar uma *contradictio in terminis*¹⁹⁷ – foram dados à luz.

196 “A queda de popularidade do PT durante os escândalos – e a recusa do partido em admitir seus erros – poderia ter servido de aviso ao sistema político como um todo. Em vez disso, a classe política brasileira tentou um atalho: o impeachment de Dilma Rousseff. [...] Por outro lado, os interesses em jogo na votação do impeachment eram bastante diferentes. Os congressistas derrubaram Dilma para parar a Lava Jato, porque o PT era fraco demais para fazê-lo. A clássica gravação de Romero Jucá deixava o plano bastante claro: só a direita conseguiria fazer um acordão com o Supremo, com tudo, para impedir o colapso da classe política brasileira. [...] Como escrevi em um artigo para a revista piauí de abril de 2018: ‘Na verdade, o Brasil teve outra Constituição em 2015-6, e ela foi revogada após o impeachment. Em 2015, delações eram provas suficientes para derrubar políticos e encerrar carreiras. Em 2017, deixaram de ser. Em 2016, era proibido nomear ministros para lhes dar foro privilegiado; em 2017 deixou de ser. Em 2016, os juízes eram vistos como salvadores da pátria, em 2017 viraram ‘os caras que ganham auxílio-moradia picareta’. Em 2015, o sujeito que sugerisse interromper a guerra do impeachment em nome da estabilidade era visto como defensor dos corruptos petralhas; em 2017 tornou-se o adulto no recinto, vamos fazer um editorial para elogiá-lo. Em 2015, presidentes caíam por pedaladas fiscais; em 2017 não caíam nem se fossem gravados na madrugada conspirando com criminosos para comprar o silêncio de Eduardo Cunha e do doleiro Lúcio Funaro. Em 2015, a acusação de que Dilma teria tentado influenciar uma decisão do ministro Lewandowski deu capa de revista e inspirou passeatas. Em 2017, Temer jantou tantas vezes quanto quis com o ministro do Supremo Tribunal Federal que o julgaria no TSE e votaria na decisão sobre o envio das acusações da Procuradoria-Geral da República contra ele, Temer, ao Congresso. Em 2015, Gilmar teria cassado a chapa Dilma-Temer. Em 2017, não cassou.’” (BARROS, 2019, 74-75).

197 Desde a França revolucionária, os termos “liberal” e “conservador” são postos em contraste. Por *conservadores* se denominavam os aristocratas do *ancien régime*, golpeados pelos ideais do constitucionalismo *liberal* que orientaram a revolução. Tal distinção faz coro com aquela – em alguma medida já distorcida e, portanto, anacrônica – em que se contrapõem direita e esquerda no espectro político, sendo a direita, representada pelos girondinos na assembleia constituinte francesa, composta de contra-revolucionários moderados e conservadores, enquanto a esquerda era associada aos jacobinos, revolucionários radicais pouco afetos a concessões. Bobbio (2011), após afirmar que “entraram na cena política programas, problemas, movimentos que não existiam quando a diáde nasceu e pôde desempenhar um útil papel” (p. 61), demonstra um pouco do anacronismo da distinção: “[b]em consideradas as coisas, o que a revolução e a contrarrevolução têm em comum não depende do pertencimento a dois alinhamentos opostos tradicionalmente chamados de esquerda e direita. Se assim fosse, teriam razão os que defendem que a diáde deveria ser abandonada por não servir mais para distinguir posições cultural e politicamente antitéticas. A verdade, em minha opinião, é outra: o que os autores revolucionários e contrarrevolucionários, e os respectivos movimentos, têm em comum é o fato de pertencerem, no âmbito de seus específicos alinhamentos, à ala extremista contraposta à ala moderada. A diáde extremismo-moderantismo não coincide com a diáde direita-esquerda e obedece [...] a um critério de contraposição no

Em suma, vale afirmar, com Fausto (2013, p. 472), que

[...] se é verdade que a democracia se consolidou sob o aspecto essencial, mas não suficiente, da competição eleitoral e da alternância no poder, não menos verdade é que o “império da lei” ainda está por se firmar no país em definitivo e instituições como os partidos e o Congresso despertam cada vez menos confiança, indicando graves problemas de eficiência e representatividade no sistema político. A cidadania, no Brasil, continua incompleta e, com ela, a democracia entendida em sua dimensão mais substantiva. Falta igualdade perante a lei e sobra impunidade para quem dispõe de recursos para contratar bons advogados.

No Brasil, ambos – democracia e liberalismo – nunca de fato compuseram o espírito popular em plenitude, senão por meio de lampejos civilizatórios que oxigenaram, intercaladamente, largos e sólidos blocos de políticas opressoras, patrimonialistas e antiliberais. E recentemente, as formas autoritárias têm se reavivado não somente na expressão institucionalizada do poder público, mas em camadas difusas de uma sociedade ainda moralista e conservadora.

Todo o *iter* percorrido pelos governos autoritários já experimentados no país é sinalizado pelos quase sempre velhos e conhecidos elementos, que agora são repriminados pelas medidas adotadas pelo recente corpo político, tanto no Poder Executivo, quanto no Poder Legislativo (instâncias políticas representativas).

O discurso pretensamente liberal assumido por líderes autoritários que encampam para si o domínio e o controle da liberdade individual do cidadão revela, mais que um mau conhecimento daquilo que caracteriza o pensamento liberal tradicional em seus mais centrais pilares, uma deliberada perpetuação de um simulacro.

Analisaremos, a seguir, como o movimento antiliberal e antidemocrático verificado no Brasil durante o período mencionado trouxe à tona medidas institucionais que corroeram a democracia liberal que se constrói a passos curtos desde a edição da Constituição de 1988.

3.2. O movimento pendular da democracia: uma análise de ações institucionais antiliberais e antidemocráticas nos recentes anos no Brasil

Nos últimos cinco anos – sete¹⁹⁸, se considerarmos as manifestações de 2013 –, a democracia liberal no Brasil tem sido golpeada das mais várias formas. Não apenas o país, mas o mundo todo, tem testemunhado o avanço de lideranças autoritárias e neofascistas protagonizando as disputas eleitorais, o que reforça a afirmação de que a “ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo. Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros. A maioria dos países realiza eleições regulares. Democracias ainda morrem, mas por meios diferentes” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 16).

A recessão democrática foi, sem dúvida, impulsionada pelo fenômeno recente da precarização das relações de trabalho e o crescimento da “economia colaborativa”, que opera com a substituição da atividade laboral formal por postos de trabalho mais frágeis, que demandam menos qualificação e pagam menores salários, além de não se comprometerem sempre com as normas contratuais vigentes no âmbito do direito do trabalho – o que no jargão comum se denomina “uberização” das relações laborais (SOUZA NETO, 2020, p. 22).

De fato, essa precarização, com bases reais, cria um espaço fértil à proliferação de um populismo autoritário, que aparece com a falsa promessa de respostas a essa classe trabalhadora que busca retomar a qualidade de vida perdida, que sente no cotidiano o impacto econômico da diluição da segurança do modo de trabalho da empresa fordista e dos benefícios do Estado de bem-estar social. Muito disso se deve ao modo como a própria estrutura neoliberal impõe alterações em nível global nas normas de intervenção do Estado no domínio econômico, que levam, inevitavelmente, a medidas domésticas (legislativas ou de

198 Pra Souza Neto, “no Brasil, a deflagração do processo de erosão da democracia se deu em junho de 2013. Esse processo envolve o não reconhecimento do resultado das eleições, em 2014; o *impeachment*, sem crime de responsabilidade, em 2016; a aprovação da Emenda Constitucional n.º 95, que congela os gastos públicos por 20 anos, também em 2016, a generalização do ‘populismo penal’, que culmina com a interferência da Lava Jato no *impeachment* de 2016 e nas eleições de 2018. Hoje, o movimento prossegue sob a direção de Bolsonaro” (2020, p. 17).

políticas públicas) de austeridade e de mitigação de direitos sociais, principalmente trabalhistas (SOUZA NETO, 2020, pp. 23-24).

Alinhado a esse contexto, o surgimento de governos autoritários pelas próprias regras do jogo democrático é um fenômeno que, segundo o que autores como Pipa Norris e Ronald Inglehart preconizam, traduzem a ideia de “*cultural backlash*” (algo como, na falta de uma tradução mais exata, “represália cultural”). O termo tenta traduzir a ideia de que, com a transição das políticas igualitárias do campo econômico para o campo identitário, grupos que eram objeto de discriminação passam a lutar por – e conquistar – reconhecimento, tanto em termos de gênero, de etnia, de orientação sexual, quanto de origem regional ou nacional. O movimento provocou um efeito rebote a tais políticas, originado de contramovimentos que pregam um discurso de “vitimização das majorias”. É justamente nesse ponto que se situa o *backlash* cultural. Norris e Inglehart, no tocante à realidade norte-americana – que muito tem projetado seus influxos no Brasil¹⁹⁹ a esse respeito, explicam:

Identidades tradicionais no tocante a fé, família, etnia e nacionalidade, comuns em meados do século XX, não mais predominam nas sociedades Ocidentais, especialmente entre as elites culturais. Emerge, assim, um momento crítico no qual grupos ligados ao conservadorismo social têm se tornado cada vez mais ressentidos ao descobrirem estar se tornando minorias isoladas no lado derrotado da história. Eles também se sentem como se representassem a “real maioria” na América, – principalmente se vivem em comunidades isoladas em que amigos, família e vizinhos compartilham valores comuns, se recebem a maior parte das suas informações políticas por meio de bolhas conservadoras como a Fox TV e grupos de Facebook da mesma opinião, e formadores de opinião desejando defender e articular opiniões socialmente transgressivas. Políticos têm então oportunidades de mobilizar pessoas ligadas ao conservadorismo social, culpando as elites liberais, os políticos corruptos e a grande mídia pela erosão dos valores morais tradicionais, bem como denegrindo grupos emergentes que se beneficiam de políticas e condutas socialmente liberais como mulheres, minorias raciais e imigrantes (NORRIS; INGLEHART, 2019, pp. 47-48, tradução nossa).²⁰⁰

199 “Muitos líderes no mundo todo têm endossado valores populistas e autoritários, em maior ou menor medida, incluindo Silvio Berlusconi na Itália, Rodrigo Duterte nas Filipinas, o Primeiro-Ministro Andrej Babiš e o Presidente Miloš Zeman na República Tcheca, Viktor Mihály Orbán na Hungria, Thaksin Shinawatra na Tailândia, Hugo Chávez e Nicolás Maduro na Venezuela, **Jair Bolsonaro no Brasil**, bem como Narendra Modi na Índia – e Donald Trump, nos EUA” (NORRIS; INGLEHART, 2019, p. 10, tradução e negritos nossos). Vale mencionar, também, o governo Erdoğan, na Turquia, Kim Jong-un, na Coreia do Norte e Xi Jinping, na China.

Esse populismo autoritário conforma um certo “elitismo de massas”, composto de membros da comunidade que compõem – e se identificam com – um grupo numericamente majoritário, mas autoproclamadamente cada vez mais minoritário em termos de identidade social, a fim de combater uma suposta ditadura das minorias, momento em que alguns *outsiders*²⁰¹ e políticos de ocasião ganham força e visibilidade com discursos voltados à preservação da moral e dos “bons costumes” em primeira ordem (SOUZA NETO, 2020, p. 26).

Esse ímpeto autoritário, sustentado pelo apoio popular, coloca em xeque a própria fragilidade do Estado Democrático de Direito. A crise de representatividade política causada pela profissionalização da política, que leva ao alto escalão do governo representantes do populismo autoritário e *outsiders*, e pela incapacidade de atender às demandas da população em épocas de arrocho fiscal e austeridade, cria o terreno necessário “para a deflagração de movimentos *antissistema*” (SOUZA NETO, 2020, p. 30). A erosão da democracia se dá, além de outras formas, quando se colocam em xeque a seriedade e a necessidade das próprias instituições do Estado Democrático de Direito.

Prova disso é uma necessidade constante de levantar críticas ao sistema eleitoral, manifestando pronta insatisfação com o resultado de eleições democraticamente realizadas ou mesmo questionando a credibilidade do voto eletrônico. Outro exemplo se dá com os frequentes ataques comumente deflagrados por líderes populistas²⁰² do Poder Executivo aos demais poderes. A separação e a

200 “Hoje, na Europa e nos Estados Unidos, a figura do judeu e do perigo judaico é substituída pela do muçulmano, em particular do árabe, e em geral pela do imigrante. Além disso, nos Estados Unidos há a revanche racista dos brancos, principalmente dos ‘pequenos brancos’, contra os progressos conquistados pelos negros na luta emancipatória. O espantinho pode ser, de forma mais geral, o estrangeiro, denunciado pelo nacionalismo fundamentalista que esses movimentos professam. No caso do Brasil, ficou-se, até aqui, na pregação desse tipo de nacionalismo, mas se pode imaginar as consequências” (FAUSTO, 2019, p. 149).

201 Por “*outsiders*” os autores se referem a candidatos que nunca ocuparam um cargo eletivo ou posto de gabinete (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, pp. 223-224), o que faz com que Bolsonaro não seja, ao menos tecnicamente, um *outsider*, por ter ocupado o cargo (eletivo) de deputado federal por quase trinta anos. Contudo, como veremos, sua performance se amolda bastante à dos *outsiders* autoritários – como Trump – que os autores descrevem.

202 Pippa Norris e Ronald Inglehart escrevem que a combinação de valores autoritários disfarçados da retórica populista seria a maior ameaça possível à democracia liberal. Explicam: “A noção de ‘autoritário’ é comumente utilizada na política comparada para denotar um tipo particular de regime e em psicologia social para se referir a um conjunto particular de predisposições da personalidade ou de valores culturais adquiridos. Seguindo a tradição mais recente, nesse estudo, o autoritarismo é definido como um conjunto de valores que priorizam a **segurança coletiva do grupo às custas da autonomia liberal do indivíduo**. Valores autoritários priorizam três componentes centrais: (1) a importância da segurança em contraposição

independência dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos²⁰³ previstos na Constituição – pedras de toque do próprio liberalismo e da democracia – passam a ser vistos como impasses e entraves à retomada da identidade nacional.

A situação na América Latina não é diferente. Roberto Gargarella, em um estudo voltado às constituições latino-americanas, revelou que não estão elas em crise, se por crise considerarmos os colapsos constitucionais como aqueles ocorridos em meados dos anos 1970, quando a maioria dos países da região eram comandados por governos autoritários, responsáveis por graves violações de direitos humanos. Todavia, explica que há, sim, motivo para preocupação:

O constitucionalismo latino-americano pode se considerar em apuros se nos referirmos, em vez disso, à estrutura constitucional que gradualmente se tornou dominante na região depois de mais de dois séculos de prática. O modelo constitucional que ainda prevalece na América Latina concentra autoridade política nas mãos do executivo, demonstra inefetividade pela ótica da estabilidade política, é baseado numa perspectiva pouco atraente de democracia, e não contribui para a aplicação dos numerosos direitos sociais, econômicos e culturais que generosamente consagra (GARGARELLA, 2018, p. 177).

Distinta da antiga onda, em que eram comuns os golpes de Estado, regimes nazistas, fascistas ou autocratismos seja de direita, seja de esquerda, denominar esse novo movimento tem sido uma tarefa complexa, porquanto suas formas de manifestação se põem de modo inédito, com articulações distintas das antigas. Vê-se com alguma frequência a referência ao termo “democraturas” ou “democraduras” para tentar definir esse fenômeno novo. As “democraduras” (“*democratorships*”)

estão, como o termo sugere, situadas entre a democracia e a ditadura, com características de ambas. Nas democraduras, líderes ambiciosos

aos riscos de instabilidade e desordem (estrangeiros tomando nossos empregos, imigrantes atacando nossas mulheres, terroristas ameaçando nossa segurança); (2) a importância da conformidade do grupo para preservar tradições convencionais e protegerem nosso modo de vida (defender a ‘Nós’ contra as ameaças aos ‘valores Europeus’; e (3) a necessidade de obediência leal aos líderes fortes que protegem o grupo e suas tradições (‘Eu consigo resolver sozinho’, ‘Acredite em mim’, ‘Vocês estão do meu lado?’)”. (NORRIS; INGLEHART, 2019, pp. 6-7, tradução e negritos nossos). E afirmam: “Entendemos que Trump é um líder que usa a retórica populista para legitimar seu estilo de governo, enquanto promove valores autoritários que ameaçam as normas liberais que dão sustentáculo à democracia americana” (NORRIS; INGLEHART, 2019, p. 3, tradução nossa).

203 “Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. *Para eles, freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força*. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes a autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80, *italicos* nossos).

são arrastados ao poder com (geralmente amplo) respaldo eleitoral, mas que desde então buscam governar fora da moldura da separação e equilíbrio dos poderes, que é um distintivo do Estado liberal (SCHEPPELE, 2016, pp. 4-5, tradução nossa)²⁰⁴.

A experiência brasileira ante a nova onda autocrática, particularmente, é sintomática e expõe a fragilidade das nossas instituições democráticas e demonstra que, a partir do momento em que deixam de ser diuturnamente protegidas, acabam se enfraquecendo e abrindo espaço ao arbítrio – que não precisa de esforços para florescer.

Depois de vários anos de disputa eleitoral encabeçada por basicamente dois partidos – PT e PSDB, desconsiderando eventuais coligações, geralmente mais fisiológicas que ideológicas –, as eleições presidenciais de 2018 encerraram, segundo Sérgio Abranches, “o ciclo político que organizou o presidencialismo de coalizão brasileiro nos últimos 25 anos e acelerou o processo de realinhamento partidário que já estava em curso, pelo menos desde 2006” (ABRANCHES, 2019, p. 11 e ss.).

Nessas, que o autor chama de “eleições disruptivas”, foi arrebatadora a influência das redes sociais e a internet em geral, em detrimento dos canais tradicionais de propaganda, de modo que o investimento, antes dependente apenas do repasse do fundo partidário e do subsídio do hoje ilícito financiamento empresarial de campanhas eleitorais, agora é canalizado também para a divulgação de notícias – nem sempre verdadeiras (as chamadas *fake news*) – com um forte efeito sugestor sobre o eleitorado.

O embate político de feição polarizada que conduziu o país à época – e ainda o faz, em grande medida – é bem expresso por Abranches no seguinte excerto:

No Brasil, quem primeiro tentou criar uma forte identidade grupal nas competições eleitorais foi Lula. Nos comícios de ampla mobilização dizia “agora é ‘nós’ cá e ‘eles’ lá”. Em geral, o “eles” era genérico, exceto quando se referia à imprensa, particularmente à Rede Globo, que por ter os noticiários de maior repercussão, incomoda mais, ou nas comparações seriais com o “outro governo”, de Fernando Henrique Cardoso, do rival PSDB, que o havia derrotado duas vezes nas urnas. Mas quem encarnou de forma mais completa e violenta esse antagonismo entre dois grupos, agora transformado em ‘nós’

204 Cf, também, FAUSTO, 2019, p. 148.

contra ‘eles’, foram Bolsonaro e seus seguidores. Diante do ‘nós’ bem definido do petismo, posicionaram-se como os contra ‘eles’ e viraram o jogo de identidades. Passaram a ser o ‘nós’ dominante, a partir de uma estratégia de guerra digital bem construída e evidentemente profissional. As palavras de ordem, nesse ambiente, são tomadas genericamente e com extremismo, mas têm foco definido. O novo ‘nós’ se apresenta com precisão contra o ‘inimigo’ mais claramente identificado. Os principais vetores de união desse grupo são o antipetismo e o antilulismo (ABRANCHES, 2019, pp. 23-24).

Aqui, um importante adendo: há um elemento psicológico das massas, do espírito de time, uma espécie de “hooliganismo”, competitivo e agressivo, que transforma o diálogo voltado à composição de ideias que sirvam ao interesse comum em uma acirrada disputa ideológica, em que o objetivo deixa de ser vencer o debate e passa a ser destruir o oponente (ABRANCHES, 2019, p. 24). Nas palavras de Gustave Le Bon, as multidões possuem poder apenas para destruir, e que a “história ensina que no momento em que as forças morais, base de uma sociedade, perdem seu vigor, a dissolução final é efetuada pelas multidões inconscientes e brutais adequadamente qualificadas como bárbaras” (LE BON, 2008, p. 23). Explica que a multidão é sempre dominada pelo inconsciente e que muitos deles só ganham vida quando realizados em grupo, posto que o número provoca uma sensação incrível de poder que permite ao indivíduo ceder a instintos aos quais dificilmente daria vazão quando sozinho; além disso, seus atos são contagiosos a ponto de o indivíduo sacrificar seu interesse pessoal em prol do interesse coletivo²⁰⁵, de modo contrário à sua própria natureza (LE BON, 2008, pp. 34-35)²⁰⁶.

O cenário polarizado, portanto, ensejou a projeção midiática de um bloco de militância política reacionária, de uníssono coro anti-esquerdista, composto de candidatos políticos, partidos políticos, grupos sociais – como o MBL (Movimento Brasil Livre) e o “Vem para a Rua” – e até mesmo figuras oriundas do campo intelectual e institucional (e.g., Janaína Paschoal, Olavo de Carvalho, Sérgio Moro,

205 O termo aqui utilizado, “interesse coletivo”, não assume o sentido de “bem comum” ou “interesse comum”, mas apenas de denominar o propósito do qual o bando é imbuído.

206 O autor ainda prossegue, anotando como o pensamento das multidões é condescendente com a retórica populista: “O ensino dado à juventude de um país permite prever um pouco o destino desse país. A educação da atual geração justifica as previsões mais sombrias. É em parte com a instrução e a educação que se melhora ou se altera a alma das multidões. Era portanto necessário mostrar como o atual sistema a moldou e como a *massa dos indiferentes e dos neutros foi progressivamente se tornando um imenso exército de descontentes, pronto para seguir todas as sugestões dos utopistas e dos retóricos*” (LE BON, 2008, p. 96, *itálicos nossos*).

Deltan Dallagnol, etc.), impulsionados pela repercussão estrondosa dos episódios envolvendo o Partido dos Trabalhadores, dos quais foram corolários tanto o *impeachment* de Dilma Rousseff quanto a operação Lava-a-Jato.

Mais ainda, abriu espaço para uma nova forma de se fazer política, já explicitamente utilizada por Trump nos EUA, pautada por discursos de ódio, agressões à imprensa, aos outros poderes e órgãos institucionais, divulgação massiva e intencional de notícias sabidamente falsas (“*fake news*”)²⁰⁷. Nota-se a partir desse momento uma crescente influência das redes sociais e a internet em geral, em que ocorrem, em regra, a divulgação dessas notícias com um forte efeito sugestionador sobre o eleitorado.

Essa nova onda autoritária que emergiu no Brasil operou influxos em todos os setores, em maior ou menor medida. No âmbito dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), contudo, foi visível como sua expressão se deu de modo amplamente mais forte no Poder Executivo. Em alguns casos, como demonstraremos, o Congresso Nacional agiu como instrumento de contenção do Governo Federal, e o Poder Judiciário, no mais das vezes, como guardião da Constituição.

A campanha eleitoral de Jair Bolsonaro apostou em propostas calcadas na consolidação de um pacote moral claro e monolítico, avesso à diversidade de ideias em todos os campos. A “Proposta de Plano de Governo” oficial do Partido Social Liberal (atenção ao designativo “liberal”) – PSL –, disponibilizada pelo sítio do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, se inicia com a propositura de “[u]m governo que

207 “O mandato de Trump tem se caracterizado por um fluxo constante de discursos conflitantes e perturbadores no Twitter, atacando o legado da mídia. Tem havido uma crescente preocupação pública acerca do impacto das *fake news*, incluindo o papel dos robôs e anúncios russos. [...] Além disso, ele propaga princípios autoritários no governo, corroendo as normas da democracia norte-americana de inúmeras formas, incluindo um profundo rancor partidário e faccionário, dividindo a nação em vez de proporcionar liderança moral em questões envolvendo raça e diversidade, questionando a independência do judiciário e o Estado de Direito, enfraquecendo a imprensa por meio de pesadas críticas veiculadas por *fake news*, não cumprindo a observância dos padrões de transparência e integridade ao separar seu gabinete das negociações financeiras e enriquecer sua família, ameaçando seus oponentes com prisões, demonstrando sexismo no tratamento com as mulheres e racismo em seus comentários direcionados aos afro-americanos e hispânicos, não conseguindo defender um ataque às eleições dos EUA por uma potência estrangeira, apelando apenas para sua base eleitoral em vez de buscar expandir seu apoio, e demonstrando ser profundamente incompetente no processo de barganha legislativa e inepto na arte de intermediar negociações políticas entre ambos os partidos.” (NORRIS; INGLEHART, 2019, pp. 55 e 220-221, tradução nossa). Muitas – senão a maioria – dessas condutas foram igualmente repetidas pela Presidência (gabinete e ministérios) no Brasil de 2019 em diante.

defenda e resgate o bem mais precioso de qualquer cidadão: a **Liberdade**” (BRASIL, 2018, p. 2, negritos nossos); e afirma que “[e]ste é um país de todos nós, brasileiros natos ou de coração. Um Brasil de **diversas opiniões, cores e orientações**” (BRASIL, 2018, p. 4, negritos nossos); e, ainda, que “[a]s pessoas devem ter **liberdade** de fazer suas **escolhas** e viver com os frutos dessas escolhas, **desde que não interfiram em aspectos essenciais da vida do próximo**” (BRASIL, 2018, p. 4, negritos nossos); por fim, brinda-nos com uma ode ao estado mínimo de feições liberais ao afirmar que “[o]s frutos de nossas escolhas afetivas têm nome: FAMÍLIA! **Seja ela como for**, é sagrada e o **Estado não deve interferir em nossas vidas**” (BRASIL, 2018, p. 4, negritos nossos). Assertivas, portanto, notadamente liberais, em teoria.

Pouco adiante, declara, com todas as letras, que, “[a]pós 30 anos em que a esquerda corrompeu a democracia e estagnou a economia, faremos uma aliança da ordem com o progresso: um governo **Liberal Democrata**” (BRASIL, 2018, p. 10, negritos nossos). Em um tom quase lúdico, completa que “[n]osso conjunto de Leis será o mapa e a BÚSSOLA serão os **princípios liberais democratas** para navegarmos no caminho da prosperidade” (BRASIL, 2018, p. 11, negritos nossos).

Os termos utilizados são carregados de retórica vazia, não lastreada por dados que comprovem as afirmações que nelas se escoram. Com muita frequência, são empregados com o escopo de imprimir um efeito positivo na audiência e arrebanhar sua confiança, conforme a linha ideológica que se pretende pregar. O uso simbólico da linguagem reflete a real intenção: desviar a atenção do espectador para problemas reais, cuja causa é atribuída à ideologia oposta ou aos seus arautos, mas que, no mais das vezes, são o resultado de condutas nas quais incorrem os próprios autores.

O liberalismo foi utilizado como mote também no âmbito econômico, segundo o plano de campanha:

As economias de mercado são historicamente o maior instrumento de geração de renda, emprego, prosperidade e inclusão social. Graças ao Liberalismo, bilhões de pessoas estão sendo salvas da miséria em todo o mundo. **Mesmo assim, o Brasil NUNCA adotou em sua História Republicana os princípios liberais.** Ideias obscuras, como o dirigismo, resultaram em inflação, recessão, desemprego e corrupção. **O Liberalismo reduz a inflação, baixa os juros, eleva a**

confiança e os investimentos, gera crescimento, emprego e oportunidades. Corruptos e populistas nos legaram um déficit primário elevado, uma situação fiscal explosiva, com baixo crescimento e elevado desemprego. Precisamos atingir um superávit primário já em 2020. Nossa estratégia será adotar as mesmas ações que funcionam nos países com crescimento, emprego, baixa inflação, renda para os trabalhadores e oportunidades para todos (BRASIL, 2018, p. 13, negritos nossos).

Além destas, seu plano de campanha oficial apresentou propostas claras de diminuição da máquina estatal, por meio de declarações como “Chega de carimbos, autorizações e burocracias. A complexidade burocrática alimenta a corrupção. [...] O GOVERNO VAI CONFIAR NOS INDIVIDUOS! [sic] O GOVERNO RECUARÁ, PARA QUE OS CIDADÃOS POSSAM AVANÇAR!” (BRASIL, 2018, p. 20).

Outras, com o intuito de mostrar como toda sorte de corrupção, aumento no número de casos de violência e morte ou mesmo do tráfico de drogas é produto da “esquerda”, utilizam-se de lugares-comuns do imaginário popular, com pouco conteúdo crítico, como “As armas são instrumentos, objetos inertes, que podem ser utilizadas para matar ou para salvar vidas. Isso depende de quem as está segurando: pessoas boas ou más. Um martelo não prega e uma faca não corta sem uma pessoa...” (BRASIL, 2018, p. 25).

Uma das propostas com vistas a reduzir os homicídios, roubos, estupros e outros crimes, prometia “retirar da Constituição **qualquer relativização da propriedade privada**, como exemplo nas restrições da EC/81” (BRASIL, 2018, p. 32, negritos nossos). A referida Emenda Constitucional, n.º 81, de 05 de junho de 2014, deu nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal de 1988. O artigo previa a expropriação de glebas onde fossem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem indenização ao proprietário e com destinação ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

A emenda constitucional alterou o dispositivo trocando o termo “glebas” por “propriedades rurais **e urbanas**” (negritos nossos), além de incluir como causa da expropriação também o trabalho escravo e mudar a destinação, que passa a ser direcionada à reforma agrária e a programas de habitação popular. A mudança, longe de liberal – nem em Locke a propriedade privada era um direito absoluto,

como vimos –, soa mais como uma nítida e gratuita reação ideológica²⁰⁸ a uma alteração que reforça a função social da propriedade e que visou a ampliar a justiça distributiva, além de incluir o trabalho escravo – uma atividade claramente criminalizada pelo próprio Estado –, ao priorizar a reforma agrária e o direito social à habitação.

Ainda, ao anunciar que a política de direitos humanos precisa de um redirecionamento, a partir da priorização da “defesa das vítimas de violência” (BRASIL, 2018, p. 32), de jaez sensacionalista e apelativo, em clara demonstração de desconhecimento da razão de ser dos direitos humanos expressa também nas garantias processuais penais do réu²⁰⁹.

O semblante autoritário do plano de propostas de Jair Bolsonaro foi expresso também pela insistência em reforçar a necessidade da garantia da lei e da ordem. Portanto, afirma (BRASIL, 2018, p. 33) que “as Forças Armadas do Brasil tem uma História que nos orgulha. Por exemplo, heróis brasileiros lutaram contra o Nacional Socialismo na Segunda Guerra Mundial. Fomos o único país da América Latina a lutar contra os Nazistas”. E continua: “[p]osteriormente, outros heróis impediram a tomada do poder por forças de esquerda que planejavam um golpe comunista no

208 Bolsonaro, enquanto Deputado Federal, além de ter se orgulhado de ser o único a ter votado contra a PEC que resultou na EC n.º 72, que ampliou direitos trabalhistas aos trabalhadores domésticos, também votou contra a PEC que resultou na EC n.º 81 (SOUZA NETO, 2020, p. 145).

209 A falácia recorrente de que os Direitos Humanos não se preocupam com as vítimas, mas apenas com o criminoso, deriva de uma compreensão no mínimo equivocada do que eles são: a contenção do poder estatal punitivo e arbitrário sobre o réu (ou seja, o criminoso). Não por outro motivo as garantias penais e processuais penais estão no cerne da noção de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Liberalismo. Não há como inferir um direito da vítima decorrente da sua condição de vítima que seja ao mesmo tempo correlata à necessidade de imposição de penas mais duras ou da inflicção de maior sofrimento ao réu. Álvaro Pires, explica que o sistema político e penal, quando seleciona e constrói teorias da pena orientadas para o público e conceitua as penas como um “direito” das vítimas, algo precisa ser revisto. E aduz: “Algumas dessas demandas de punição ou de imposição de sofrimento estão sendo formuladas *em nome dos direitos humanos* (isto é, de princípios como a igualdade perante a lei, a dignidade humana etc.) ou de um tema associado aos direitos humanos (ódio racial, discriminação etc). Ora, não estamos diante de um paradoxo? Como podemos mobilizar os direitos humanos para pedir menos direitos humanos sem que isso pareça contraditório, chocante ou pelo menos embaraçoso? Dito de outra forma: como podemos compreender o caráter aparentemente verossímil dessas demandas e suas relações com a racionalidade penal moderna?” (PIRES, 2004, p. 55). Ademais, o Brasil tem normativas constitucionais e legais voltadas à vítima, como o artigo 245 da CF/88, que prevê que “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.”. Além disso, a afirmação leviana ignora que as Nações Unidas adotaram, desde 29 de novembro de 1985, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, por meio da Resolução 40/34, que, inclusive, deu origem ao Projeto de Lei do Senado n.º 65, de 2016 (ainda não convertido em lei até o momento em que este trabalho foi redigido).

Brasil em 1964”. Elas, as Forças Armadas – não o Estado de Direito – afirmou em sua proposta de plano de governo, são “a garantia contra a barbárie”.

No plano dos direitos sociais, parece-nos que a situação se torna ainda mais dramática. É típico de governos neoliberais promover o desmonte do Estado de bem-estar social, com corte de investimentos em políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia e outras. Muitas dessas medidas foram adotadas pelo governo Pinochet, no Chile, em que se cortaram 27% dos gastos públicos, demissão de milhares de servidores públicos privatização de mais de 400 empresas, devolução aos antigos proprietários de cerca de 30% de terras que haviam sido objeto de reforma agrária, desregulamentação do trabalho e revogação de legislação trabalhista, entrega da saúde e da previdência social à iniciativa privada, etc (SOUZA NETO, 2020, p. 150). O próprio Hayek, em entrevista concedida quando de sua estada no Chile, declarou preferir uma ditadura liberal em vez de um governo democrático sem liberalismo, posto que seria possível liberdade econômica sem liberdade política, mas não o inverso (SOUZA NETO, 2020, p. 150)²¹⁰.

No âmbito da educação, o programa de governo trazia a seguinte afirmação: “Conteúdo e método de ensino precisam ser mudados. Mais matemática, ciências e português, SEM DOCTRINAÇÃO E SEXUALIZAÇÃO PRECOCE. Além disso, a prioridade inicial precisa ser a educação básica e o ensino médio / técnico” (BRASIL, 2018, p. 41). Em seguida, expõe:

Além de mudar o método de gestão, na Educação também precisamos revisar e modernizar o conteúdo. Isso inclui a alfabetização, expurgando a ideologia de Paulo Freire, mudando a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), impedindo a aprovação automática e a própria questão de disciplina dentro das escolas. Hoje, não raro, professores são agredidos, física ou moralmente, por alunos ou pais dentro das escolas. Um dos maiores males atuais é a forte doutrinação. (BRASIL, 2018, p. 46).

210 “O liberalismo político, ao contrário do neoliberalismo, sustenta a prioridade da liberdade política sobre a liberdade econômica. A liberdade pessoal contra a prisão arbitrária, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e o direito de escolher os governantes são o princípio fundacionais de uma sociedade erigida com base na liberdade. O liberalismo político não confere legitimidade a governos que torturam, censuram e não foram escolhidos pelo povo, mas apossados pelas armas. O liberalismo político dá suporte a um ambiente democrático de pluralismo, em que defensores de diferentes modelos econômicos disputam votos nas eleições periódicas, mas mantêm consenso em torno das instituições que integram o Estado Democrático de Direito” (SOUZA NETO, 2020, p. 151).

As afirmações, além de confusas – pois não explicam o que seria “a ideologia de Paulo Freire”, sequer apresenta dados que confirmem sua existência ou aplicação. Ainda, confunde “aprovação automática” com “progressão continuada”, prevista no artigo 32, § 2º, da Lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei n.º 9.394/96). Propõe, enfim, a criação de um colégio militar em todas as capitais de estado no prazo de até dois anos (BRASIL, 2018, p. 34).

Em claro ataque à ciência e à pesquisa, o dismantelo da educação não foi visto apenas nas propostas de governo, mas em atos e falas do próprio – à época – Ministro da Educação, Abraham Weintraub, que alegou existência de “plantações de maconha” nas Universidades Federais – defendendo a entrada de policiais militares nos *campi* – e a necessidade de cortes no orçamento das universidades públicas e de institutos federais (CRISTALDO, 2021; BARBOSA, 2021).

Demonstrando como as ciências e as artes, bem como as universidades e a sua autonomia, foram e são objeto de ataque constante da estratégia governamental de agir com retaliação ideológica, o Ministro, ao anunciar os cortes, alegou que “seriam afetadas, sobretudo, as universidades que faziam ‘balbúrdia’” (SOUZA NETO, 2020, p. 167)²¹¹. Além disso, o governo promoveu ameaças (algumas, concretizadas, e depois revertidas) de cortes também de bolsas de estudo e de fomento à pesquisa de órgãos como CAPES e CNPq. Os cortes se mantiveram e o investimento em pesquisa científica no Brasil é decrescente desde 2015, quando

211 “A mais recente [medida polêmica] é o corte de 30% do orçamento de todas as universidades federais. Inicialmente, Abraham Weintraub chegou a afirmar que o bloqueio atingiria apenas instituições que promovem ‘balbúrdia’. Entre elas, a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade de Brasília (UnB) e a Universidade Federal da Bahia (UFBA). Depois, a pasta estendeu o contingenciamento a todas as instituições federais a partir do segundo semestre. Em outra ocasião, o ministro sugeriu ao presidente Jair Bolsonaro a ‘descentralização’ de investimentos em faculdades de filosofia e sociologia. Abraham Weintraub defende a redução da verba para cursos de humanas e mais investimentos para faculdades ‘que geram retorno de fato’. Ele citou como exemplo enfermagem, veterinária, engenharia e medicina” (MINISTRO, 2019).

experimentava um crescente aumento desde 2000²¹². A previsão de cortes para 2021 se mantém (WESTIN, 2020).²¹³

No âmbito da previdência, o Ministro da Economia Paulo Guedes, por meio do Presidente Jair Bolsonaro, apresenta na Câmara dos Deputados, em fevereiro de 2019, a PEC n.º 6/19, que “modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências”. A proposta, que se transformou na Emenda Constitucional n.º 103 em novembro de 2019, promove – tal qual ocorreu no Chile – a alteração do modelo de “repartição” para o modelo de “capitalização”. No primeiro, até então adotado no Brasil,

as contribuições de empresas, trabalhadores e governo, de hoje e do passado, concorrem para o pagamento dos benefícios previdenciários atuais: o modelo se baseia no princípio da solidariedade. Todo empregado e todo servidor são filiados obrigatórios aos respectivos regimes previdenciários. Tanto o Regime Geral de Previdência quanto o Regime Próprio dos Servidores possuem natureza de seguro social. Algumas vezes, as contribuições realizadas ao longo da vida excedem os benefícios recebidos; outras vezes, os benefícios é que excedem as contribuições realizadas. O que importa é que o sistema, globalmente considerado mantenha seu equilíbrio atuarial, como prescreve a Constituição da República, nos artigos 40 e 201. A proposta de Guedes rompia com a solidariedade que informa a organização da previdência brasileira. No modelo de “capitalização”, apresentado pelo governo, cada empregado teria sua conta individual, alimentada por recursos próprios. **A previdência pública, com isso, passava a se equiparar à previdência privada, hoje já existente no Brasil, como previdência complementar de adesão facultativa** (SOUZA NETO, 2020, p. 151, negritos nossos).

212 “O Ministério da Ciência e Tecnologia foi criado em 1985, logo após o fim da ditadura militar. Em 1988, a atual Constituição brasileira foi uma das primeiras no mundo a dedicar um capítulo específico à ciência. Um dos dispositivos constitucionais diz que a pesquisa científica receberá ‘tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público’. Desde então, o impulso mais significativo foi dado após a virada do ano 2000, primeiro com a criação de novas universidades federais e a expansão das já existentes e depois com o programa Ciência sem Fronteiras, que oferecia bolsas para brasileiros estudarem e pesquisarem no exterior. As verbas federais para o setor científico chegaram ao auge em 2015. Depois disso, só caíram. O Ciência sem Fronteiras foi encerrado em 2017.” (WESTIN, 2020).

213 O Senado, agindo com contenção aos comandos do Executivo de desmantelamento da ciência e da pesquisa, aprovou em plenário, em 02 de setembro de 2020, o “Projeto de Lei (PL) 4.108/2020 que proíbe o corte de bolsas de estudo durante o período do Estado de Calamidade Pública decretado no país devido à pandemia do novo coronavírus e até um ano após o fim da sua vigência, prevista para terminar em 31 de dezembro deste ano”. O projeto ainda depende da apreciação da Câmara dos Deputados e sua eventual aprovação para se transformar em lei. “De acordo com o texto, o governo federal não poderá interromper o pagamento de bolsas de estudo e bolsas de fomento à iniciação científica e à docência, especialização, residência médica, além de bolsas de mestrado e doutorado e bolsas de inclusão social, voltadas para minimizar efeitos das desigualdades sociais e étnicas.” (BRANDÃO, 2021).

Contudo, a proposta de emenda apresentada pelo Executivo, apesar de ter sido aprovada e ter muitos dos seus pontos ratificados, recebeu ampla modificação no Congresso Nacional, que moderou o texto original, preservando o modelo de repartição e rejeitando o modelo de capitalização (SOUZA NETO, 2020, p. 152).

Outra proposta do Governo Federal durante campanha foi a adoção da “carteira verde e amarela”, que daria, aos trabalhadores que a ela optassem, direito ao que constasse apenas da Constituição Federal, mas não da CLT. A ideia não foi encampada pelo Congresso Nacional e, por isso, provocou a edição da Medida Provisória (MP)²¹⁴ n.º 905/2019, que retomou a ideia, conquanto de modo menos severo, propondo um contrato de trabalho que ainda desonerava o empregador de conceder ao empregado alguns direitos previstos na CLT, bem como àquele concedia benefícios fiscais incidentes sobre a folha de pagamento. Além disso, a MP criava novas obrigações ao trabalhador, como

a incidência de contribuição previdenciária sobre o valor recebido pelos trabalhadores a título de seguro-desemprego; a possibilidade ilimitada de trabalho aos domingos, ainda que sem previsão em norma coletiva; a abertura do banco de horas aos sábados; a retenção, pelos empregadores, de 1/3 das gorjetas destinadas aos empregados; a impossibilidade de se qualificarem como acidentes de trabalho aqueles ocorridos no trajeto para a empresa (SOUZA NETO, 2020, p. 152).

Mais uma vez, o Poder Legislativo não converteu a MP em lei, agindo como atenuador de alguns atos mais exacerbados do Executivo.

Outra medida – igualmente neoliberal – foi a redução da capacidade reivindicatória dos sindicatos, órgãos que marcam o signo do Estado Social. Iniciada por Michel Temer por meio da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), que pôs fim à contribuição sindical obrigatória, foi aprofundada por Bolsonaro, que editou atos²¹⁵ que, dentre outras coisas, visaram a vedar ou restringir a possibilidade de desconto em folha de contribuições em favor de sindicatos e associações, desconto este que não implicaria em nenhum prejuízo para o sindicalizado/associado, mas enfraquece os sindicatos. Novamente, o parlamento federal não deu guarida às

214 Conforme o artigo 62 da CF/88, “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

215 MP n.º 873 de 1º de março de 2019 (que caducou sem aprovação do Congresso Nacional); Decreto n.º 9.735, de 21 de março de 2019; Decreto n.º 9.742 de 29 de março de 2019.

medidas, mantendo a permissão aos descontos em folha, quando opção do sindicalizado/associado.

O Congresso Nacional, com talvez uma de suas composições mais conservadoras das últimas décadas (QUEIROZ, 2018; DINIZ, 2018), ainda tem conseguido, amiúde, agir como instrumento de contenção ao avanço antiliberal e antidemocrático do Executivo – moderador, não opositor²¹⁶ –, como nos casos previstos. Outro exemplo significativo deste fenômeno se deu na aprovação da Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”), que altera (“aperfeiçoa”, segundo a ementa) a legislação penal e processual penal. De autoria do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, o projeto, dentre algumas propostas razoáveis e convenientes, trazia outras que colidiam frontalmente com a Constituição Federal. Dentre elas, a da “excludente de ilicitude”, que já havia sido mencionada em seu plano de campanha:

Policiais precisam ter certeza que, no exercício de sua atividade profissional, serão protegidos por uma retaguarda jurídica. Garantida pelo Estado, através do [sic] **excludente de ilicitude**. Nós brasileiros precisamos garantir e reconhecer que a vida de um policial vale muito e seu trabalho será lembrado por todos nós! Pela Nação Brasileira! (BRASIL, 2018, p. 32, grifos no original).

O anteprojeto do Executivo previa a alteração no artigo 23, do Código Penal, que prevê as chamadas “excludentes de ilicitude” – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Também se prevê, no dispositivo, a punição do excesso doloso ou culposo do agente que age em legítima defesa. A mudança pretendia incluir um parágrafo segundo, nos seguintes termos: “*o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”, isto é, possibilitando a atuação policial de modo mais letal e isentando-a de responder por

216 “Após a eleição de Bolsonaro, [...] Câmara e Senado têm se concentrado na moderação dos excessos do Executivo, sem se converterem em oposição ao governo. As propostas oriundas do Planalto têm sido apreciadas com independência: quando meritórias, são aprovadas; quando desarrazoadas, rejeitadas. Uma oposição incondicional daria pretexto para que o Presidente atentasse contra a autonomia do Congresso Nacional” (SOUZA NETO, 2020, p. 221).

eventuais excessos, traduzida em “permissão para matar”²¹⁷. O dispositivo não foi aprovado no Congresso Nacional.

Em sua relação com a imprensa, o governo não poderia ter sido menos antiliberal. Em consonância com o que se afirmou acima em relação aos governos autoritários, desacreditar a imprensa e dificultar por vias institucionais o seu livre funcionamento tem sido a regra durante os últimos anos de governo. Desde a campanha, o então candidato Jair Bolsonaro se negou a participar de quase todos os debates promovidos pelos veículos de rádio e televisão e programas de entrevista.

Depois de eleito, agressões das mais variadas ordens foram direcionadas à imprensa, declarada como inimiga do governo, de modo geral. Durante a pandemia do Coronavírus (COVID-19), iniciada em meados de março de 2020, passa a desestabilizar a credibilidade da imprensa acusando-a de gerar pânico e histeria no país, justamente em um momento onde a salvação de vidas dependia em larga medida da propagação de informações corretas e confiáveis (COM BOLSONARO, 2021). Durante seu mandato, as agressões à imprensa continuam²¹⁸, posto que (ainda) não é possível amordaçá-la diretamente, da forma direta como se fazia durante os governos ditatoriais no Brasil.

A intervenção judicial nas políticas públicas do governo costumavam ser modestas e dotadas de autocontenção, de modo que não se exigia uma fundamentação muito robusta para se justificarem, até mesmo pela discricionariedade de que goza a administração nessa atividade. Essa postura muda a partir de condutas desmedidas que demandaram maior controle judicial. Exemplo disso foi a decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na

217 “Também, quanto a esse tema, Bolsonaro nunca escondeu suas intenções. Na campanha de 2018, Bolsonaro dizia que os policiais que matassem ‘10, 15 ou 20, com 10 ou trinta tiros cada um’ teriam que ‘ser condecorados, não processados’” (SOUZA NETO, 2020, p. 160).

218 Segundo pesquisas realizadas, em novembro de 2019 Bolsonaro já havia feito 99 ataques à imprensa brasileira (BOLSONARO, 2019). Em 2020, a ONG Repórteres Sem Fronteiras contabilizou 580 ataques contra a imprensa desferidos pelo Presidente, por sua equipe de Ministros e por seus filhos. Dentre os quais, ataques sexistas e misóginos direcionados a jornalistas mulheres; discursos realizados no Palácio da Alvorada, que se tornou palco de humilhações públicas de jornalistas; determinação de que os boletins diários do Ministério da Saúde fossem transmitidos para a mídia às 22h, em vez das 19h, para evitar que a informação fosse divulgada nos noticiários de TV noturnos de maior audiência; processos abusivos contra a imprensa cada vez mais frequentes, etc. Segundo a mesma fonte, o Brasil ocupa a 107ª colocação no Ranking Mundial da Liberdade de Imprensa de 2020, atrás de países como Angola, Moçambique, El Salvador, Quênia, Haiti e Quirguistão (UM ANO, 2021).

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 565, que impugnava a Portaria n.º 43/2020, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de modo a impedir a aprovação tácita de agrotóxicos e outros produtos químicos empregados na agricultura sem a análise adequada, evitando danos graves à saúde – a Portaria autorizava a concessão tácita desses produtos após determinado prazo, ainda que não se tivesse concluído a análise pelos órgãos competentes (SOUZA NETO, 2020, pp. 274-275).

Com a crise pandêmica do Coronavírus, o Supremo Tribunal Federal – STF –, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, na ADPF n.º 69/MC, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, suspendeu campanha do governo que, ignorando as prescrições da ciência e as políticas defendidas por autoridades sanitárias – a exemplo da OMS –, defendia a suspensão das medidas de distanciamento social determinadas por governos estaduais.

Mais uma medida adotada pelo governo com o fito de conter a crise econômica causada pelo Coronavírus foi a edição da Medida Provisória n.º 927/2020, que possibilitava não apenas a suspensão dos contratos de trabalho por quatro meses, sem o pagamento de salários, pelos empregadores (artigo 18), como também do pagamento da bolsa-qualificação pelo sistema previdenciário. Por ser insustentável, a medida sofreu rejeição por parte de vários setores e acabou sendo revogada um dia depois pelo próprio governo, por meio da Medida Provisória n.º 928/2020 (SOUZA NETO, 2020, pp. 196-197).

Outra atuação do STF nesse contexto foi tomada no âmbito do julgamento da ADI n.º 6351/MC, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que suspendeu a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória 929/2020, que interrompia a análise de pedido de acesso a informações até o final da pandemia.

Na decisão, o Ministro alegou que a norma impugnada “não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações de toda a Sociedade” (SOUZA NETO, 2020, p. 204).

A tensão entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário é aumentada pelas abertas e constantes declarações ofensivas, até ameaçadoras, oriundas da administração federal aos Ministros do Supremo. Como relembra Conrado Hubner Mendes,

No período de campanha até a transição de governo, lançou dois balões de ensaio: a ampliação das cadeiras do STF de onze ministros para 21 (e assim “botar pelo menos dez isentos lá dentro”, já que “decisões do Supremo têm envergonhado a todos nós”); e a revogação da “Emenda da Bengala” (que estendeu a aposentadoria dos setenta para os 75 anos) com o objetivo de aposentar de imediato os ministros com mais de setenta anos e liberar vagas mais rápido. Um Judiciário de apologistas se constrói tirando quem não agrada e colocando quem, por instinto ou convicção, prefere rezar a cartilha do regime à da legalidade (MENDES, 2019, p. 242).

Em suma, o que se instalou no Brasil nos últimos anos foi uma estrutura neoliberal na economia e conservadora nos costumes, avessa a qualquer abertura ideológica e hostil às posições políticas que se lhe mostrem contrárias – portanto, antidemocrática. Ameaçadora dos direitos individuais, da liberdade de imprensa, da liberdade de expressão, da liberdade de crença e das garantias penais e processuais penais, coloca o liberalismo em xeque.

Mais que apenas enquadrar o governo como neoliberal, reconhecendo o neoliberalismo como um projeto de governo pautado na economia de mercado comandada pelas corporações, seria mais acurado definir o governo Bolsonaro como nem liberal, e talvez nem neoliberal, mas antiliberal e autoritário, servil aos propósitos econômicos do setor privado. Como afirmou Fausto,

Os neoliberais, em princípio, não são especialmente receptivos ao fanatismo neoautocrático, embora já entre os clássicos do neoliberalismo aparecessem tendências autocráticas: a democracia como obstáculo ao mercado. [...] De qualquer forma, não creio que se possa dizer que Bolsonaro seja como que um “produto” do neoliberalismo. No estado atual das coisas, não diria nem mesmo que ele é um neoliberal. É um neoautoritário, um fundamentalista cristão com um projeto autocrático sui generis, que fez um acordo com os neoliberais (FAUSTO, 2019, pp. 151-152).

Diferentemente do processo que nos levou a tamanha depauperação do Estado Democrático de Direito – bastante curto, se comparado com o período de redemocratização iniciado em 1985 e, mais ainda, com a trajetória republicana

iniciada em 1889 –, a reversão desse quadro é lenta e gradual, como todo caminho ascendente. Demanda conscientização cívica e vontade política, que não se incutem de modo fácil na cultura de um povo marcado pela tradição coronelista, patrimonialista, colonial e autoritária.

É preciso uma ação orquestrada da sociedade, movimentada tanto individual quanto coletivamente, que promova a transição definitiva de uma constituição nominal a uma constituição efetivamente normativa, desperte a percepção de que as estruturas democráticas e liberais são interdependentes e protegem a dignidade humana quando são também protegidas e a viabilize a consolidação de uma consciência comunitária de vontade de constituição: nas palavras de Konrad Hesse,

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado **contra o arbítrio desmedido e disforme**. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, **necessita de estar em constante processo de legitimação**). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem **não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana**. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de **atos de vontade**. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, **todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas**. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento (HESSE, 1991, pp. 19-20, negritos nossos).

Ou seja, “[n]ão é, portanto, em tempos tranquilos [sic] e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade” (HESSE, 1991, p. 25). É imprescindível que a comunidade política, os cidadãos e cidadãs que exercem a curadoria do poder político representativo, se conscientize de sua própria história para evitar, o quão possível for, a retomada pendular das situações de desmantelamento das bases e dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A sobrevivência da democracia representativa demanda um exercício contínuo de fiscalização dos exercentes da soberania pelos seus titulares. Seu funcionamento é dependente da permanente observância e respeito das regras e

procedimentos que a definem, que precisam ser blindados contra concessões feitas ao sabor do acaso.

É também imperioso que o liberalismo encontre proteção por meio da Constituição e que esta seja, para além de cumprida, desejada. Somente a vontade de constituição, que é uma virtude – e, a longo prazo, uma herança – cultural de um povo, consegue fazer frente aos arroubos autoritários que grassam de quando em vez no seio das repúblicas.

Assim, a consciência histórica, nesse aspecto, tem o condão de ser para a humanidade algo como um “Fio de Ariadne”²¹⁹, conduzindo-a por todos os passos já trilhados e munindo-a de senso histórico por meio dos Direitos Humanos. É a consciência histórica que torna possível entender que o passado retorna, para que se evite cair em numa “razão indolente”²²⁰ que induza os indivíduos a duvidarem da própria capacidade de se emanciparem por meio da ação.

219 Valemo-nos, aqui, do conceito de “fio de Ariadne” para ilustrar o papel dos Direitos Humanos frente ao problema da (in)consciência histórica. A tradição grega nos relata o mito de Teseu, legendário herói de Ática e filho de Egeu. Teseu dirigiu-se a Creta na condição de um dos sete rapazes que, junto com sete donzelas, em razão de punição perpetrada por Minos sobre os atenienses, deveriam ser enviados a fim de serem devorados no labirinto, pelo Minotauro. (SMITH, 1884, pp. 518 e 880, tradução nossa). “Assim que os jovens chegaram a Creta, Ariadne, filha de Minos, se apaixona por Teseu e o entrega uma espada, com a qual este mata o Minotauro, e um novelo de linha por meio do qual Teseu encontra a saída para fora do labirinto” (SMITH, 1884, p. 880, tradução nossa). Ao carregar a ponta do fio, em direção ao centro do labirinto, enquanto Ariadne sustentava a base do novelo do lado de fora, Teseu foi capaz de se orientar durante a volta por meio do fio, evitando, assim, que se perdesse no caminho.

220 “Leibniz refere a perplexidade que desde sempre tem causado o sofisma que os antigos chamavam a ‘razão indolente’ ou ‘razão preguiçosa’: se o futuro é necessário e o que tiver de acontecer acontece independentemente do que fizermos, é preferível não fazer nada, não cuidar de nada e gozar apenas o prazer do momento. Esta razão é indolente porque desiste de pensar perante a necessidade e o fatalismo” (SANTOS, 2011, p. 42).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, buscou-se demonstrar o modo como a democracia e o liberalismo se configuram enquanto institutos isolados, mas também o modo como dialogam e se retroalimentam dentro da estrutura político-jurídica denominada de Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, um panorama da democracia foi traçado, apresentando a sua construção desde a prática ateniense, em que a liberdade antiga se concretizava por meio da participação política do cidadão – uma categoria excludente e restrita – nos debates que ocorriam em assembleias realizadas em espaços públicos. Junto a essa prática, constatou-se que alguns dos cargos eram preenchidos por eleição e outros por sorteio – respeitados alguns critérios prévios de seleção –, revelando um padrão, em certa medida, aristocrático nos dois métodos.

Desse modo, o sorteio parece ser um modo de seleção mais apto a garantir a igualdade e a alternância no poder (um princípio democrático e republicano) do que o próprio método eletivo, típico das democracias representativas, este que pode resultar na criação de políticos profissionais e gerando um descolamento do sentido da própria representação política, desestimulando o representado de participar das decisões públicas e fiscalizar os seus mandatários.

O governo em Roma, por sua vez, ainda que não pudesse ser classificado literalmente – ou no sentido puro – como uma democracia, era o reflexo de uma constituição mista que englobava elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos, antecipando o embrião da separação de poderes, tão fortemente importante na tarefa de limitação do poder soberano.

A república, método de governo escolhido em Roma, compreendia o controle recíproco das instituições e o equilíbrio social, sem, contudo, abandonar alguns métodos antigos como o do sorteio, que operava sobre a ordem dos votos nas assembleias centurias, atribuindo ao sorteio mais uma função de coesão política que de igualdade.

A experiência medieval pós-Roma republicana é de difusão e fragmentação do poder de governo nas mãos dos imperadores, do Papa, dos senhores feudais e

das corporações e comunas, apagando qualquer possibilidade de se verificar manifestações de democracia no âmbito político.

Com o surgimento do Estado moderno, nasce a teoria do direito divino dos reis de governar, na qual se sustenta que os governantes recebiam sua autoridade diretamente de Deus e não do povo. Em que pese essa teoria ter origem muitos séculos antes, é notável sua afirmação justamente no momento em que o desejo de liberdade torna-se mais presente. Concomitantemente, a ideia de poder soberano absoluto, marcada nos escritos de Jean Bodin e Thomas Hobbes, toma forma na prática com o surgimento de impérios a partir da evolução dos feudos em Estados, erigidos a partir da noção de soberania.

Ainda na modernidade, a teoria contratualista, chave para o nascimento da democracia moderna e do liberalismo, transita da fundamentação absolutista do poder estatal para sua racionalização e conseqüente secularização. O que antes era uma soberania una e indivisível se torna, em um primeiro momento, um modelo em com a divisão das funções do poder soberano em legislativo e executivo e, em um segundo momento, em legislativo, executivo e judiciário, conforme foi tratado no segundo capítulo.

Surge, assim, o Estado de Direito, em seu modelo inicial, o liberal, transformando a exigência de obediência cega ao soberano que tudo pode, em uma obediência voluntária, fruto do acordo comum da comunidade política, ao Estado limitado pela lei.

A democracia liberal e representativa é debate nos pensamentos e escritos dos filósofos, cientistas políticos, sociólogos, juristas e das pessoas públicas desde sua eclosão. O reencontro do povo com o poder – *kratos* e *demos* – é reforçado com alguns discursos fundadores da democracia moderna, onde se consubstancia a liberdade individual (dos modernos). A democracia como refletida nas obras de Spinoza, Locke, nos *Federalist Papers*, em Tocqueville, Sieyès, Montesquieu, Constant e Rousseau, dentre outros, puseram em debate os fundamentos da democracia representativa, do Estado de Direito, do liberalismo, dos direitos humanos fundamentais, da limitação e separação dos poderes, do constitucionalismo, do republicanismo e da distinção entre público e privado.

O segundo capítulo buscou revisitar a definição de liberdade e do liberalismo, principalmente no modo como ele inicialmente se projeta – como liberalismo clássico ou protoliberalismo –, a fim de estabelecer algumas guias que possam servir como referência sobre o que é liberal ou antiliberal, com vistas ao que foi exposto no terceiro capítulo.

Concluiu-se que uma das premissas do liberalismo político é a construção de limites à atuação do poder estatal, que precisa agir não apenas se abstendo de interferir arbitrariamente no campo de liberdade individual quanto positivamente ao promover meios para a proteção dessa mesma liberdade – confirmando a tese de que o indivíduo precisa ser protegido concomitantemente contra o Estado e contra as maiorias.

A liberdade do indivíduo, assim, se manifesta de diversas formas, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de crença, etc., e a democracia liberal não é senão uma forma de garantir a proteção dessa liberdade por meio da ampliação da participação do indivíduo na coisa pública, o que faz da democracia e do liberalismo sustentáculos recíprocos.

Demonstrou-se, nesse mesmo capítulo, o modo como a divisão de poderes passou de bipartição para tripartição e tetrapartição das funções do poder, e a forma como ela é, junto com o estabelecimento e a garantia de direitos humanos fundamentais, a forma mais segura de limitar o poder e evitar o arbítrio. Junto a isso, procurou-se estabelecer como o constitucionalismo, o Estado de Direito e os direitos humanos fundamentais se revelam como três pilares do liberalismo moderno, sem os quais não há que se falar em proteção da liberdade.

No terceiro e último capítulo, foi feita uma análise da trajetória que a democracia e o liberalismo trilharam no Brasil em âmbito constitucional, e verificou-se que desde a independência, passando pela primeira República e ao longo das cinco constituições brasileiras do século XX, o que se viu foi um repetido movimento de expansão e retraimento das liberdades dos indivíduos e um progressivo, mas tímido, movimento de ampliação dos direitos políticos e sociais.

Não houve, de fato, no Brasil, uma tradição liberal que permitisse um robusto – se não pleno – respeito dos direitos fundamentais, nem mesmo os de primeira dimensão, cujo tratamento é, acima de tudo, pautado pela igualdade formal: aquela que se realiza no tratamento igualitário perante a lei, ou seja, o igual tratamento dos iguais. Uma rápida passagem pelos últimos cinquenta anos de história brasileira nos mostram um cenário em que duas décadas de regime ditatorial, de severa restrição à liberdade – deambulatória, de expressão, de opinião, etc. –, deram lugar a um novo lampejo de regime democrático, que, não obstante tenha sido o mais alto grau de conquistas na claudicante experiência democrática brasileira, ainda é repetidamente maltratado e objeto de ataques dos mais variados.

O último ponto do capítulo terceiro mostra esse quadro, apontando eventos que, desde 2015, contribuíram para uma gradual derrocada do Estado Democrático de Direito, seja por conta de violações diretas à constituição, seja por condutas que, menos explícitas mas nem por isso menos letais, trafegam dentro da legalidade estrita, mas depredam de fora pra dentro, o frágil sistema da democracia liberal, que não se mantém incólume sem vigilância constante.

Nas palavras de Levitsky e Ziblatt, duas são as regras não escritas que se destacam como fundamentais para o funcionamento de uma democracia: *tolerância mútua* e *reserva institucional*. A primeira “é a disposição dos políticos de concordarem em discordar”, isto é, de aceitar que o rival político tenha igual direito de existir, competir pelo poder e governar, desde que jogue segundo as regras institucionais. O segundo é o “ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito” (p. 103, 104 e 107).

As condutas que utilizam o caminho democrático para minar a mesma democracia que os permite ascender ao poder se compõem de um complexo conjunto de atos que subvertem o interesse público a favor do interesse privado. Nesse sentido, utilizando a bandeira do liberalismo como um rótulo vazio e fomentando condutas cada vez mais claramente antiliberais, alguns grupos ideológicos se apoderaram do aparato estatal para promover o ódio e implementar políticas autoritárias.

No Brasil, políticas patentemente antiliberais e antidemocráticas tomaram a cena nos últimos poucos anos. Muitas delas, como visto, tomadas pelo comando da

administração pública, o Poder Executivo, por governantes que escamotearam o real sentido do liberalismo – um valor não raro mal interpretado, mas que invoca autoridade ao argumento, porque não pejorado nem depreciado, a exemplo de “socialismo” –, para nele se implantarem medidas de caráter autoritário.

Muitas dessas medidas – ataques à imprensa, à ciência, às minorias, aos demais poderes institucionais e ao próprio liberalismo, principalmente quando este é expresso por meio dos direitos humanos – revelam como o nosso sistema representativo precisa se reestruturar a ponto de blindar a si contra tais investidas autoritárias sem, com isso, mitigar a democracia e enfraquecer ainda mais o acesso pleno à participação política e aos direitos políticos. Ou seja, o Estado Democrático de Direito, erigido sobre o liberalismo e a democracia representativa, precisa de meios para evitar o flerte com políticas extremistas.

Assim, a constante promoção dos valores liberais é uma constante promoção também dos direitos humanos, e somente essa difusão pode gravar no espírito do indivíduo a importância da proteção desses próprios valores. Conhecê-los é a maneira mais segura de imprimir no espírito dos homens e mulheres a vontade de viver na prática o principal benefício servido pelo liberalismo e a democracia: a proteção contra o arbítrio.

Pois, para que uma falsa promessa do liberalismo em um Estado-ainda-não-tão-Democrático de Direito se torne aquilo que deveria ser na realidade, é preciso entender que não há outra forma de proteger a democracia e o liberalismo, senão com mais democracia e liberalismo.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. *In: Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje.* – 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 11-34.
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental.* – São Paulo: Malheiros, 2011.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.* 2. ed. rev. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.
- AFRICAN (BANJUL) CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 27 de junho de 1981. African Commission on Human and Peoples' Rights. Disponível em: <https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul_charter.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade.* – São Paulo: Perspectiva, 2005.
- ARENDT, Hannah. *A Promessa da política.* Org. e introd. de Jerome Kohn; trad. Pedro Jorgensen Jr.. 5. ed. – Rio de Janeiro: DIFEL, 2013.
- ARISTÓTELES. *A Política.* Tradução Roberto Leal Ferreira. 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARON, Raymond. Prefácio. *In: MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe.* Tradução Maria Júlia Goldwasser; revisão da tradução Zelia de Almeida Cardoso. 4ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política.* 2. ed. – São Paulo: Globo, 2008a.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado.* Prefácio Alexandre de Oliveira Torres Carrasco. 4. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008b.
- BARBOSA, Marina. Weintraub defende entrada da PM nas universidades. *Congresso em Foco*, 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/weintraub-defende-entrada-da-pm-nas-universidades/>>. Acesso em: 07 fev. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* – 3ª ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito.* – Rio de Janeiro: Laemmer & C., 1892. (Obras de Tobias Barreto; 1). Publicação Póstuma dirigida por Sylvio Romero. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. *10 lições sobre Bodin*. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. Jean Bodin: O conceito de soberania. *In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. Novo manual de ciência política*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. *Liberdade política*. – São Paulo: Edições 70, 2020.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. *Republicanism inglês: Sidney e a semântica da liberdade*. – São Paulo: Discurso Editorial, 2018.

BARROS, Celso Rocha de. Uma história de dois azares e um impeachment. *In: Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. – 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 71-82.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*. – São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BASTOS, Aurélio Wander. Organização e introdução. *In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* 5. ed. Organização e introdução Aurélio Wander Bastos; prefácio José Ribas Vieira; tradução Norma Azevedo. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BENTES, Fernando. *Teoria da Constituição dos Estados Unidos: A separação de poderes nos projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BINI, Edson. Introdução e notas. *In: PLATÃO. As Leis, ou da legislação e epinomis*. Tradução, notas e introdução de Edson Bini. – 2. ed. revista. – Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*. 5. ed. rev., atual. e modificada. – São Paulo: Atlas, 2016.

BLOOM, Allan. Jean-Jacques Rousseau. *In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Org). História da Filosofia Política*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica: Manoel Barros da Mota – Rio de Janeiro: Forense, pp. 500-518, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Organização Marco Revelli; Tradução Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. – 3. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. 3ª edição. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova Ed., 10. reimpr. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. – Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* Org. de Mario Bussi; prefácio de Celso Lafer; posfácio de Mario Bussi; trad. Marcelo Perine. 2. ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. – 4. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. – Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo na história do pensamento político*. Tradução Luiz Sérgio Henriques. – São Paulo: EDIPRO, 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13. ed., 5. reimpr. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

BODIN, Jean. *Six books of the Commonwealth*. Abridged and Translated by M.J. Tooley. – Oxford: Basil Blackwell, 1955.

BOLSONARO já fez 99 ataques à imprensa brasileira, aponta Fenaj. *Agência Senado*, 04 nov. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/04/bolsonaro-ja-fez-99-ataques-a-imprensa-brasileira-aponta-fenaj>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 19. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. revista e aumentada. – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOTO, Carlota. A escola primária como tema do debate político às vésperas da República. *Rev. bras. Hist.*, São Paulo, v. 19, n. 38, p. 253-281, 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRANDÃO, Marcelo. Senado proíbe corte de bolsas de estudo até 2021. *Agência Senado*, Brasília, 02 set. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-09/senado-proibe-corte-de-bolsas-de-estudo-ate-2021>>. Acesso em: 07 fev. 2021..

BRASIL. *Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 3, de 5 de fevereiro de 1966*. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966*. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Código Criminal de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930*. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19398.htm>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 4 de 2 de setembro de 1961*. Institui o sistema parlamentar do governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61.htm>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 6 de 23 de janeiro de 1963*. Revoga a Emenda Constitucional n.º 4 e restabelecido o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc06-63.htm>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 26 de 27 de novembro de 1985*. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 81 de 5 de junho de 2014*. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 103 de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 9.709 de 18 de novembro de 1998.* Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Propostas de governo dos candidatos ao cargo de Presidente da República. Proposta de governo do PSL, com o lema “BRASIL ACIMA DE TUDO, DEUS ACIMA DE TODOS”. *Tribunal Superior Eleitoral – TSE*, 2018. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A construção política do Brasil: sociedade, economia e Estado desde a Independência*. 3. ed. – São Paulo: Editora 34, 2016.

BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. – New York: Zone Books, 2015.

CAENEGEM, R.C. van. *An historical introduction to Western Constitutional Law*. – Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Coord. António Manuel Hespanha. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. – 7ª ed., 20ª reimp. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. – São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 18. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Record, 2017.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Évelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Prefácio, André Siegfried; tradução, Lydia Cristina. 8. ed., 2. impr. – Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Lecciones de historia de la filosofía del derecho: historia jusfilosófica de la jusfilosofía*. – Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

COM BOLSONARO, liberdade de imprensa se deteriora no Brasil, diz ONG. *Deutsche Welle Brasil*, 21 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/com-bolsonaro-liberdade-de-imprensa-se-deteriora-no-brasil-diz-ong/a-53197609>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A oligarquia brasileira: visão histórica*. 1ª edição revista. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CONSTITUINTE da Islândia testa limites da política pela internet. *BBC News Brasil*, 29 jul. 2011. Notícias. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110729_islandia_constituicao_internet_rw>. Acesso em: 1º fev. 2020.

COSTA, Marta Nunes da. *Modelos democráticos*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

COSTA, Marta Nunes da. *Origens do conceito de soberania* – diálogo entre Bodin e Althusius. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*. – Brasília, vol. 2, n.º 2, pp. 70-79, 2014.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. – São Paulo: Atlas, 2015.

COX, Richard H. Hugo Grócio. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Org). *História da Filosofia Política*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica: Manoel Barros da Mota – Rio de Janeiro: Forense, pp. 346-354, 2013.

CRISTALDO, Heloisa. Câmara convoca Weintraub para explicar bloqueio a universidades. *Agência Brasil*, Brasília, 14 mai. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-05/camara-convoca-weintraub-para-explicar-cortes-em-universidades>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

CUNHA, Luiz Fernando Whitaker da. *Direito Constitucional do Brasil*. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1990.

DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. 2ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* - Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 26 de agosto de 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-cria%20o-da-Sociedade-das-Na%20es-at%201919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DINIZ, Marcela. Novo governo e Congresso com perfil mais conservador geram dúvidas sobre avanço em direitos da população LGBTQ+. *Rádio Senado*, 21 dez. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2018/12/21/novo-governo-e-congresso-com-perfil-mais-conservador-geram-duvidas-sobre-avanco-em-direitos-da-populacao-lgbt>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. – São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.

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

ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: Theoretical perspectives*. – Durham and London: Duke University Press, 1994.

ESPINOSA, Benedictus de. *Tratado político*. Tradução, introdução e notas Diogo Pires Aurélio; revisão da tradução Homero Santiago. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Prefácio Gabriel Cohn. 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Colaboração de Sérgio Fausto. 14. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

FAUSTO, Ruy. Depois do temporal. In: *Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. – 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 147-163.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. – São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. – 6. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François

Ewald e Alessandro Fontana. Tradução Eduardo Brandão; Revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCISCO, Maria Fátima Simões. Jean-Jacques Rousseau – O ápice do republicanismo. *In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. Novo manual de ciência política*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FREEDEN, Michael. *Liberalism: a very short introduction*. – Oxford: Oxford University Press, 2015.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. *Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 48. ed. rev. – São Paulo: Global, 2003.

GARCIA, Emerson. Explicação inicial. *In: CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. – São Paulo: Atlas, 2015.

GALLARDO, Helio. *Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. Trad. Patrícia Fernandes. 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GLENDON, Mary Ann. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. – New York: Random House, 2002.

GOLDMAN, Lawrence. Introduction. *In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers*. Edited with an introduction and notes by Lawrence Goldman. – Oxford: Oxford University Press, ix-xxxviii, 2008.

GOLDSMITH, M. M. Hobbes's "Mortall God": is there a fallacy in Hobbes's theory of sovereignty? *In: MORRIS, Christopher W. (Ed). The Social Contract Theorists: Critical Essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*. – Lanham, MD: Rowman and Littlefield, pp. 23-39, 1999.

GORDON, Jill. John Stuart Mill and the "marketplace of ideas". *Social Theory and Practice*, vol. 23, no. 2, 1997, pp. 235-249. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23559183>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Latin America: constitutions in trouble. *In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark V (Eds.). Constitutional democracy in crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.

GRESPLAN, Jorge. *Revolução francesa e iluminismo*. – São Paulo: Contexto, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol II. 1. ed. reimpr. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Edited with an introduction and notes by Lawrence Goldman. – Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira. Mendes. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. – São Paulo: Ícone, 2008.
- HOBBSBAWM, Eric J. *The age of empire: 1875-1914*. – New York: Vintage Books, 1989.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de; COSER, Ivo. Realismos Autoritário e Liberal: Aspectos da Imaginação sobre Representação Política em Fins do Século XIX e Princípios do XX. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 903-946, set. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582016000300903&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. – São Paulo: Alameda, 2011.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. – Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. 1. ed. – Curitiba: A Página, 2012.
- IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 2. ed. – São Paulo: Brasiliense, 1986.
- ISRAEL, Jonathan. *A revolução das luzes: o Iluminismo Radical e as origens intelectuais da democracia moderna*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. – São Paulo: EDIPRO, 2013.
- JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Translated by Belinda Cooper [et. al.]. – Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2000.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *The king's two bodies: a study in mediaeval political theology*. Preface by William Chester Jordan. – Princeton: Princeton University Press: 1997.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. – São Paulo: Almedina, 2011.
- KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

- KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução do original alemão [de] Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. – Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.
- KUNTZ, Rolf. *Fundamentos da teoria política de Rousseau*. – São Paulo: Editora Bacarolla, 2012.
- LAFER, Celso. Apresentação. In: MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e prefácio Alberto da Rocha Barros; apresentação Celso Lafer. – 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LE BON, Gustave. *Psicologia das multidões*. Tradução Mariana Sérvulo; revisão da tradução Cláudia Berliner. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Prefácio e posfácio de Albert Soboul; prefácio à edição alemã de Claude Mazauric; tradução de Cláudia Schilling. 2. ed. rev. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. – Rio de Janeiro: Zahar. 2018.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Julio Fischer; revisão técnica Renato Janine Ribeiro; revisão da tradução Eunice Ostrensky. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. reimpr. – Editorial Ariel: Barcelona, 1979.
- MACK, Eric. *John Locke. Major Conservative and Libertarian Thinkers. Vol 2. Series Editor: John Meadowcroft*. – New York: Continuum International Publishing Group, 2009.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo*. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo: dez lições*. Tradução: Jorge Costa. Revisão: Suzana Ramos. – Lisboa: Edições 70, 2008.
- MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. – Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser; revisão da tradução Zelia de Almeida Cardoso. 4ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*, n. 03, ano 02, 2004.1. Fortaleza: Faculdade Christus, 2004, pp. 171–182.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. A política do pânico e circo. *In: Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. – 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 230-246.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. ampl. – São Paulo: É Realizações, 2014.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Trad. de Manoel Innocência de L. Santos Jr. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Edited by David Bromwich and George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e prefácio Alberto da Rocha Barros; apresentação Celso Lafer. – 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

MINISTRO da Educação fala a senadores sobre diretrizes da pasta. *Agência Senado*, 3 mai. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/03/ministro-da-educacao-fala-a-senadores-sobre-diretrizes-da-pasta>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. – Campinas: Bookseller, 2002.

MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. – 2. ed., reimp. 1º vol. – Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. – Tradução, introdução e notas de Edson Bini. – Bauru. SP: EDIPRO, *Série Clássicos*, 2004.

MURRAY, Rachel. *Human Rights in Africa: from the OAU to the African Union*. – New York: Cambridge University Press, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Trad. Nélio Schneider. – São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2011.

NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. – Coimbra: Almedina, 2013.

OBBER, Josiah. *Demopolis: democracy before liberalism in theory and practice*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OBBER, Josiah, *The Original Meaning of 'Democracy': capacity to do things, not majority rule* (September 2007). Princeton/Stanford Working Papers in Classics Paper No. 090704. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1024775>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

OWEN, J. Judd. *The Tolerant Leviathan: Hobbes and the Paradox of Liberalism*. *Polity*, V. 37, n. 1, pp. 130-148, 2005.

PAIM, Antonio. *História do liberalismo brasileiro*. – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: LMV, 2018.

PAIM, Antonio. *O liberalismo contemporâneo*. – 2. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2000.

PETRUCCIANI, Stefano. *Modelos de filosofia política*. Trad. José Raimundo Vidigal. – São Paulo: Paulus, 2014.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Prefácio: o passado não está morto, nem passado é ainda. In: DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. 2. reimpr. – São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Alexis de Tocqueville: um enfoque histórico. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. *Novo manual de ciência política*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna. *Novos Estudos*, n. 68. São Paulo: CEBRAP, março de 2004, pp. 39-60. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-68/>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

PLATÃO. *As Leis, ou da legislação e epinomis*. Tradução, notas e introdução de Edson Bini. – 2. ed. revista. – Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

PLATÃO. *Diálogos IV: Parmênides (ou Das formas); Político (ou da Realeza); Filebo (ou do Prazer); Lísias (ou da Amizade)*. Tradução, notas e textos complementares de Edson Bini. – Bauru: Edipro, 2009.

POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. – New One-Volume Edition. With a new introduction by Alan Ryan and an essay by E. H. Gombrich. – Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2013.

POSNER, Richard A. On Liberty: A Revaluation. In: MILL, John Stuart. *On Liberty*. Edited by David Bromwich and George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, pp. 197-207.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. O Congresso mais conservador dos últimos quarenta anos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 05 nov. 2018. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/o-congresso-mais-conservador-dos-ultimos-quarenta-anos/>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAWLS, John. *Conferências sobre a história da filosofia política*. – São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
- REIS, Helena Esser dos. Pensar a democracia em companhia de Rousseau e Tocqueville. *DoisPontos*, [S.l.], v. 16, n. 1, ago. 2019. ISSN 2179-7412. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/59701/39282>>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- REIS, Helena Esser dos. Rousseau, um democrata radical?. *Philosophos – Revista de Filosofia* 23, no. 2 (janeiro 7, 2019). Acesso em: 16 nov. 2019. <https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/52731>.
- REIS, Helena Esser dos. A Verdade Provisória da Democracia: uma análise do pensamento ético-político de Alexis de Tocqueville. *Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política*. ISSN 2318-3160, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 43-61, maio 2013. ISSN 2318-3160. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/PoliEtica/article/view/15202>>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- REIS, Helena Esser dos. Virtudes e vícios da democracia. *Philosophos – Revista de Filosofia* 11, no. 1 (abril 5, 2008): 115-128. Acesso em: 16 nov. 2019. <https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/3710>.
- ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira; BASTOS, Romeu Costa Ribeiro. Da confederação à federação. A trajetória da fundação dos Estados Unidos da América. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalista atual: teoria do federalismo*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, pp. 46-59, 2013.
- RODAS, Francisco Cortés. *La filosofía política del liberalismo* – Hobbes, Locke y Rawls. Estudios Políticos. Medellín: n.º 10, Enero-Junio, 1997, 59-87.
- ROMÉRO, Sylvio. Porque estou á frente d'esta publicação. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. – Rio de Janeiro: Laemmer & C., 1892. (Obras de Tobias Barreto; 1). Publicação Póstuma dirigida por Sylvio Roméro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>>. Acesso em: 21 jan. 2021.
- ROSENBLATT, Helena. *Liberal values: Benjamin Constant and the politics of religion*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. – Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3ª ed., 3ª tiragem. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. 14. ed. – São Paulo: Cultrix, 2002.

RUBIO, David Sánches. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Trad. Ivone Fernandes Morcillo Lixa; Helena Henkin. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005c.

SANTILLÁN, José F. Fernández. *Locke y Kant: ensayos de filosofía política*. – Presentación de Michelangelo Bovero. 1. ed., 1. reimpr. – México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. V.1., A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8. ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. – São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst practices and the Transnational Legal Order (or how to build a constitutional “democratorship” in plain sight’)*. Background paper: Wright Lecture. University of Toronto, 2 nov. 2016. Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. 1. ed. – São Paulo: Alameda, 2016.

SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan (Eds). *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, 1993. New York: Basic Books, 1993.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta; revisão técnica Renato Janine Ribeiro. – São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SKINNER, Quentin. *Liberty before liberalism*. – Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SKINNER, Quentin. The sovereign state: a genealogy. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SMITH, William, *A new classical dictionary of greek and roman biography, mythology and geography*. New York: Harper & Brothers, 1884. Electronic reproduction. New York, N.Y.: Columbia University Libraries, 2013. NNC. Columbia University Libraries Electronic Books. 2006. Disponível em: <http://www.columbia.edu/cu/lweb/digital/collections/cul/texts/ldpd_10482899_000/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. – Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. - Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Tribunal Constitucional como poder*. 2. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* 5. ed. Organização e introdução Aurélio Wander Bastos; prefácio José Ribas Vieira; tradução Norma Azevedo. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political writings: including the debate between Sieyès and Tom Paine in 1791; edited, with an introduction and translation of What is the Third Estate?*, by Michael Sonenscher. – Indianapolis, IN: Hackett Pub. Co., 2003.

SONENSCHER, Michael. Introduction. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political writings: including the debate between Sieyès and Tom Paine in 1791; edited, with an introduction and translation of What is the Third Estate?*, by Michael Sonenscher. – Indianapolis, IN: Hackett Pub. Co., 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Org: J.-P. Mayer; Trad. Rosemary Costhek Abílio. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009a.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*: historical-critical edition of *De la démocratie en Amérique*, Vol. 1. – Edited by Eduardo Nolla; translated from the French by James T. Schleifer. Bilingual French-English ed. – Indianapolis: Liberty Fund, 2009b.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Posfácio de Antonio Paim; trad. e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. – Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: leis e costumes – de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: sentimentos e opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Tradução Eduardo Brandão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TUCKNESS, Alex Scott. *Locke and the legislative point of view: toleration, contested principles, and the law*. – Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad.: Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. – São Paulo: Boitempo, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. *Articles of Confederation and Perpetual Union*. 15 de novembro de 1977. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/SMAN-107/pdf/SMAN-107-pg935.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

UM ANO sombrio para a liberdade de imprensa no Brasil – 580 ataques contra a mídia em 2020. *Repórteres Sem Fronteiras*, 22 jan. 2021. Disponível em: <<https://rsf.org/pt/relacoes/um-ano-sombrio-para-liberdade-de-imprensa-no-brasil-580-ataques-contra-midia-em-2020>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. – São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* 5. ed. Organização e introdução Aurélio Wander Bastos; prefácio José Ribas Vieira; tradução Norma Azevedo. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Três teses equivocadas sobre Direitos Humanos. In: *Manual de Mídia e Direitos Humanos*. – São Paulo: Consórcio Universitário Pelos Direitos Humanos, PUC/USP/Columbia (NY), v. 1, pp. 75-81, 2001.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VON MISES, Ludwig. *Liberalismo*. Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. 2. ed. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

WALDRON, Jeremy. Mill as a critic of culture and society. *In*: MILL, John Stuart. *On Liberty*. Edited by David Bromwich and George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, pp. 224-246.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

WESTIN, Ricardo. Corte de verbas da ciência prejudica reação à pandemia e desenvolvimento do país. *Agência Senado*, 25 set. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/09/corte-de-verbas-da-ciencia-prejudica-reacao-a-pandemia-e-desenvolvimento-do-pais>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. – São Paulo: Saraiva, 2011.