
DIMENSÕES PARADOXAIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior**

1. Introdução

O debate sobre a jurisdição constitucional no Brasil tem desenvolvido, ao longo dos últimos 20 anos, alguns confrontos que são, a um só tempo, uma extensão de antigas preocupações de acadêmicos brasileiros e a expressão de desafios que vêm ganhando corpo ao longo desse período.

O pano de fundo deste debate tem a vitória do capital sobre o trabalho, a redefinição do papel do Estado, com a erosão dos projetos que o tinham como instrumento de afirmação da igualdade e conseqüente emancipação dos grupos dominados, e a perda do vigor do constitucionalismo dirigente em decorrência da redução do papel das políticas públicas em sua atuação.

O Brasil, assim como outros países, como Espanha e Portugal, procurou superar o seu período ditatorial mais recente através da promulgação de uma nova Constituição. Mas essa Constituição, em nosso caso, não reflete apenas a proposta de superação das idiossincrasias institucionais mais recentes, mas também o desejo de superação de problemas mais antigos, em especial o permanente desafio de construção da nacionalidade, um problema recorrente para uma *nação dilacerada*, na clássica expressão de Euclides da Cunha.

Como ilustração de dois pólos do debate sobre a jurisdição constitucional que pretendemos abordar, vamos considerar dois livros que expressam ideias diretamente conflitantes: *Jurisdição constitucional*, do ministro Gilmar Mendes, e *Jurisdição constitucional democrática*, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, sem embargo de outros livros e artigos que também expressariam essa mesma ordem de confrontações.

O trabalho do Ministro Gilmar Mendes tem uma clara preocupação com a efetividade das decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional. Para alcançar este fim, o Ministro sustenta o fortalecimento da jurisdição constitucional abstrata, por via direta, que

* **José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior** é Doutor em Direito Constitucional e *Master of Law* pela Harvard Law School. Professor das Faculdades de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Advogado.

alguns chamariam de concentrada, assim como a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Podemos dizer, utilizando expressões empregadas pelos ex-ministros do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, que este modelo tem em vista uma jurisdição de massas, que promove um distanciamento consciente das particularizações características de garantias como a do juízo natural e do contraditório, de modo a atender uma comunidade de titulares de direitos complexa, que deixou de ser composta apenas por homens brancos, proprietários e capazes para integrar negros, mulheres, crianças, índios, idosos, dentre outros.

Reconhecemos que poucas vezes as manifestações de juristas ou magistrados que defendem a implantação de um modelo de jurisdição constitucional concentrada no Brasil estiveram voltadas para esta dimensão de integração de pessoas ou grupos à comunidade de titulares de direitos. Na maioria das manifestações o fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada está ligado ao emperramento da máquina judiciária como consequência do excesso de demandas, sem que as motivações democráticas deste excesso de demandas, como a ampliação do acesso à justiça e a diversificação dos instrumentos de proteção das minorias, estivessem no centro dos debates. Como veremos em manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, que será parcialmente transcrita abaixo, está no centro de suas preocupações o excesso de demandas tributárias, que não são as que estes novos titulares de direito promovem. Mas o fato é que este excesso de demandas está também relacionado à multiplicação de direitos e de pessoas que os podem pleitear, e os discursos que buscam aprimorar a jurisdição ressoam sobre a efetivação dos direitos por elas pleiteadas em juízo.

Se considerarmos a Filosofia do Direito contemporânea, cônica da dimensão estritamente linguística do Direito, e a superação da filosofia da consciência que se opera no interior do giro linguístico, temos que o nível de consciência dos operadores do direito encarregados das mudanças na jurisdição constitucional, a respeito dos diversos motivos que poderiam justificar novos métodos para a jurisdição constitucional, não é um fator indispensável, pois o confronto dos discursos produzidos acerca do tema acaba por promover interações capazes de absorver fatores à primeira vista estranhos aos fundamentos e escopos diretamente assumidos. Em outras palavras, ainda que explicitamente a mudança nos métodos da jurisdição constitucional seja justificada pelo excesso de demandas, a questão não se reduz a esta dimensão corporativa, mas acaba tendo reflexos na busca de efetivação de novos direitos e da incorporação de novos grupos e pessoas ao cenário dos titulares de direitos.

A jurisdição para grupos homogêneos e reduzidos poderia se basear em normas individualizadoras como o juízo natural e o contraditório, além de ter como principal escopo a produção de uma decisão justa. A jurisdição para comunidades heterogêneas e amplas, para ter efetividade, teria que estar voltada para técnicas que multipliquem os seus resultados, conferindo-se à sentença efeitos próprios da lei, como o efeito *erga omnes*, e a incorporação de métodos provenientes da tradição jurídica anglo-americana.

Neste caminho, o ministro José Carlos Moreira Alves, no voto que proferiu na Questão de Ordem suscitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF, afirmou que os efeitos *erga omnes* e vinculante atribuídos à decisão definitiva de mérito na ação declaratória de constitucionalidade não significava um abandono do princípio do juízo natural, mas a afirmação do sistema misto de controle de constitucionalidade, inaugurado no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 1965.

Naquele mesmo julgamento, o ministro José Paulo Sepúlveda Pertence assim se manifestou:

[A] experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo na legislação tributária e matérias próximas, levará à criação de mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em seu livro *Jurisdição constitucional democrática*, propõe reflexões sobre a matéria a partir de algumas das mais contemporâneas teorias filosóficas, jurídicas e sociológicas europeias, principalmente de autores como Jurgen Habermas, Peter Härbele e Klaus Gunther.

A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, segundo Álvaro de Souza Cruz, leva a sociedade brasileira a uma escolha entre o positivismo e o comunitarismo e a perspectiva crítico-deliberativa da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

Segundo as palavras do próprio autor:

Nessa primeira posição, tal como estar numa aeronave, quando se confia na perícia/capacidade do piloto, a sociedade também deveria confiar nos Ministros da Corte Suprema brasileira, afastando quaisquer temores da mente.

Tal posição procura concentrar forças nessa instituição, se possível transformando-a numa Corte Constitucional, conferindo-lhe poderes de natureza constituinte, especialmente pelo emprego da ponderação de valores e das modernas técnicas do controle de constitucionalidade, em que se ressaltam os julgados italianos e alemães, entre os quais se destacam as “sentenças normativas com sentido aditivo e substantivo”, a “declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade”, as “sentenças transitivas”, especialmente referentes à modulação temporal e à modulação do efeito

represtinatório, tudo com lastro no constitucionalismo forjado pelo paradigma social de Direito. (CRUZ, 2004, p. 445)

Álvaro Cruz destaca ainda que países do Terceiro Mundo têm assumido de forma incontestável essa postura, criando cortes constitucionais como uma exigência da modernidade, de forma a resgatar a credibilidade da justiça por meio de decisões gerais e vinculativas, “sob o argumento de que tal mudança permitiria uma prestação jurisdicional mais ágil, célere e equânime, produzindo/reproduzindo um senso de segurança e certeza positivistas ao Ordenamento Jurídico.” (CRUZ, 2004, p. 446)

O outro caminho, com suporte teórico na teoria discursiva do direito e da democracia, desenvolvida, dentre outros, pelos autores alemães que acima destacamos, buscaria um retorno ao modelo difuso e concreto de jurisdição constitucional¹ e o seu fortalecimento. Vamos novamente ao que diz o dileto amigo Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Essa posição reforça o conceito de garantia de procedimentos que permitam o fluxo comunicativo das autonomias públicas e privadas, autorizando a esfera pública/sociedade civil a fiscalizar/colaborar com o Estado no exercício de funções que agora são comuns a ambos.

Somente essa interação permitirá que o regime democrático se entranhe na sociedade, de tal maneira que possa resistir às tempestades dos poderes econômico e burocrático, tendentes a caminhos mais curtos, mais fáceis e simplistas embora, necessariamente, conducentes ao arbítrio. (CRUZ, 2004, p. 447)

Após apresentar suas reflexões, Álvaro Souza Cruz encaminha algumas propostas para uma nova visão da jurisdição constitucional no Brasil, considerando-a inicialmente como um “processo subjetivo”, sendo condição para qualquer ação na via concentrada a comprovação de dúvida ou controvérsia. O efeito vinculante deveria ser compreendido como sinônimo de efeito *erga omnes*; a ponderação de valores, a declaração de inconstitucionalidade sem decretação de nulidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental na modalidade incidental são por ele sumariamente rejeitados; a “interpretação conforme”, as sentenças do tipo aditivo e substantivo e a inconstitucionalidade progressiva deveriam ser aceitas de forma restrita. Ele então conclui:

A aplicação dessas propostas permitiria certamente uma “abertura” no sistema constitucional brasileiro, fortalecendo o Supremo, ao aproximá-lo decididamente da sociedade.

Neste sentido, é preciso lembrar que mesmo nos mais brilhantes momentos do Supremo, sua solidão e distanciamento da sociedade levaram-no a dobrar seus joelhos em momentos capitais da história brasileira. O sacrifício, a coragem e o denodo de alguns

¹ Importante aqui destacar, como nos ensina José Alfredo de Oliveira Baracho (2006), que a expressão *jurisdição constitucional* é considerada, por alguns autores, como imprópria para o modelo norte-americano, onde a inconstitucionalidade de norma é apreciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, em casos concretos, pois neste caso haveria apenas um *controle de constitucionalidade*, estando a jurisdição constitucional restrita à atuação das cortes ou tribunais constitucionais.

ministros, a despeito de todo o respeito e consideração que merecem, não foram nem de longe suficientes ao menos para retardar a implantação do arbítrio no Brasil. (CRUZ, 2004, p. 448)

Destacamos mais uma vez que as obras tomadas como referência para a discussão do paradoxo que orienta o presente trabalho não estão isoladas. Há muitos operadores do direito que se colocam ao lado da visão expressa pelo ministro Gilmar Mendes assim como muitos compartilham a visão crítica expressa por Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Acreditamos, não obstante, que nos livros *Jurisdição constitucional* e *Jurisdição constitucional democrática* temos umas das expressões mais diretas deste antagonismo, o que nos permite avançar em direção aos aspectos que sobre ele pretendemos enfocar.

2. O Direito brasileiro e os retratos do Brasil

Ronald Dworkin propõe considerarmos o Direito norte-americano como um romance escrito em cadeia pelos operadores do direito, em especial pelos juízes da Suprema Corte. Essa ideia nos sugere uma abordagem narrativa do Direito, o que não compromete sua dimensão normativa, mas amplia os mecanismos de compreensão de seu funcionamento, possibilidades e limites.

Para François Ost, a compreensão do Direito como literatura, presente em Dworkin, coloca-se ao lado de outras interações possíveis, como o Direito como objeto da literatura – o Direito na literatura – e a literatura como objeto do Direito, aqui com especial atenção para os direitos autorais.

Nosso objetivo não é fazer uma opção teórica entre estas compreensões do Direito e da literatura, mas considerar as possibilidades de uma tradição construída pelas ciências sociais aplicadas no Brasil a partir das artes, inclusive da literatura, que pouca influência tem exercido sobre o Direito brasileiro. Passemos à construção deste argumento.

Até o Segundo Império, a ideia de nação Brasileira era bastante tênue. Diversos fatores podem ajudar a entender as razões disto, mas talvez o principal seja a ausência de um movimento unificado pela independência. Ao contrário, ela se deu de forma bastante fragmentada e restrita, tanto sob o ponto de vista social quanto sob o ponto de vista geográfico. Tanto assim que houve diferentes movimentos de independência em diferentes Estados brasileiros, todos com um enfoque bastante localizado.

Uma ideia mais sólida de nação foi forjada no Segundo Império através, principalmente, da elite saquarema, uma elite conservadora, mas que tinha clareza quanto à necessidade de justificar a unidade nacional.

Não se trata, entretanto, de uma ideia de cunho universal, tanto assim que sob a Constituição do Império prevaleceu a escravidão, algo que apenas esporadicamente alguma pessoa ou grupo se propunha, naquele período, a combater. Não é, portanto, difícil imaginar o quão ambíguos foram os projetos de construção da identidade nacional, em especial em um país formado por diversas etnias, sendo que algumas delas não seriam, com a independência, alcançadas pelo Direito.

Por outro lado, a produção cultural e científica estava restrita ao Rio de Janeiro e sob forte influência de Portugal e, com os ventos da independência, da França.

Em razão destas limitações, significaram uma grande novidade os retratos e as narrativas de artistas, cientistas e exploradores pelo interior do Brasil. O país até então era retratado ou narrado apenas através de sua Capital, até porque abrigou a Família Real Portuguesa, algo que transformou definitivamente a face do Rio de Janeiro.

O restante do país, entretanto, ainda era bastante desconhecido pela cultura. Era objeto de exploração econômica, mas não de ocupações que se pretendessem definitivas. Os exploradores, em sua grande maioria, retiravam as riquezas para retornarem às suas origens e lá construir a sua história.

Narrativas sobre o interior do Brasil começam através dos escritos de viajantes, cientistas e pintores, quase todos eles estrangeiros. O Brasil começa então a ser narrado para além dos limites do Rio de Janeiro.

A tradição dos retratos do Brasil tem uma primeira referência pelas pinturas, mas a visão do interior permitiu a formação de um imaginário sobre a nação com reflexos sobre diversos espaços da cultura e das ciências. Willi Bolle afirma:

A denominação do gênero *retrato do Brasil*, que se aplica basicamente a ensaios de história e ciências sociais, é derivada do livro homônimo publicado em 1928 por Paulo Prado. Os retratos do Brasil escritos no século XX estendem-se desde o livro fundador *Os Sertões* (1902), de Euclides da Cunha, até os últimos estudos de Darcy Ribeiro, passando pelas obras já clássicas de Gilberto Freyre (1933), Sérgio Buarque de Holanda (1936) e Caio Prado Jr., cuja *Formação do Brasil contemporâneo* (1942) foi seguida de uma série de “ensaios de formação”, da autoria de Raymundo Faoro (1958), Celso Furtado (1958), Antônio Cândido (1959) e, mais recentemente, Darcy Ribeiro (1995), respectivamente sobre a política, a economia, a cultura literária e a etnologia do país. (BOLLE, 2003, p. 23-4)

Os esforços pela construção de uma identidade nacional estão também presentes no final do período imperial, com o fortalecimento do ideário republicano. A campanha abolicionista de Joaquim Nabuco tinha uma ligação estreita com o republicano; mais uma vez, a elite brasileira se preocupava com a consolidação de um imaginário para a nação, e o fim da escravidão teria aqui um papel central.

Neste ponto, devemos ter em mente as reflexões de Michel Rosenfeld (1994) sobre a identidade do sujeito constitucional e sua relevância para o constitucionalismo:

As the number of diverse constitutions purporting to adhere to the fundamental tenets of constitutionalism proliferates, however, the relationship between constitution and constitutionalism and the very boundaries of the concept of constitutionalism tend to become increasingly blurred. This, in turn, calls for the providing of new perspectives on modern constitutionalism and its relation to modern constitutions from the standpoint of theoretical perspectives that are both anchored in particular national and cultural settings and open to broader comparative concerns.

A definição da comunidade de sujeitos constitucionais é central para o Direito Constitucional e tal definição tem sido estabelecida a partir da nacionalidade. Nos Estados Unidos, a expressão *We the people of the United States*, que inaugura o preâmbulo da Constituição, teve o seu sentido inicial vinculado a uma restrita e homogênea comunidade de homens brancos, proprietários e acima de determinada faixa etária. O fim da guerra civil em 1865 e a vigência da décima terceira, décima quarta e décima quinta emendas à Constituição americana começaram a redefinir a nacionalidade, com a integração progressiva dos negros à condição de sujeito constitucional.

A nacionalidade no Brasil também começa a ser redefinida com o fim da escravidão em 1888 e a proclamação da República em 1889. Entretanto, tais momentos fundadores ficaram em grande medida carentes de um poder burocrático que lhes garantisse efetividade; as proclamações permaneceram restritas ao plano simbólico e pouco contribuíram para a transformação da sociedade.

A tradição dos retratos do Brasil no campo da história, da economia, da política e da etnologia procura tematizar as nossas idiossincrasias e apontar possibilidades para o adensamento de um projeto republicano nacional.

O fracasso dos gestos fundadores não significa necessariamente uma sentença; um momento de ruptura permanece sempre vivo nas cercanias mais profundas da memória, ainda que a tradição tenha debilitado suas possibilidades.

Analisando os elementos republicanos do *Grande sertão: veredas*, Heloísa Starling diz:

Assim, neste momento de ruptura da tradição, também Riobaldo desenhou, por meio da narrativa, um gesto autoconsciente de fundação. A rigor, o que estava em questão para ele não era nem encontrar um modelo normativo ideal de conduta para o Sertão, nem construir um acervo de exemplos possíveis de inspiração para a ação; ao contrário, sua narrativa é, em si, uma ação inscrita no tempo, voltada para sondar nas profundezas do passado os motivos, os valores, as qualidades que informavam o ato fundador e, em seguida, deixá-los viver no presente – como aquilo que, pertencendo à origem, talvez ainda sobreviva em novas formas e contornos cristalizados, esquecidos pela tradição. Provavelmente por esse motivo, para o velho Riobaldo, fundar é também uma empresa da imaginação que obriga os homens a buscarem no tempo as razões do esquecimento, os

débitos da própria história, restos do que não é mais porque não chegou a ser – caminhos em meio às ruínas, “o beco para a liberdade se fazer”. (STARLING, 1999, p. 180)

Os juristas e magistrados brasileiros, de modo geral, julgam que pouco ou nada têm a encontrar na tradição dos retratos do Brasil. Têm seus olhos voltados com atenção para as vanguardas europeias e norte-americanas, e sem dúvida nenhuma os devem ter. Talvez a perda de vigor do modernismo no Brasil decorra exatamente do fato de terem seus principais nomes concentrado suas atenções no que é *nacional* e esquecido de olhar o que faziam as vanguardas artísticas europeias e norte-americanas. Não obstante, há uma grande distância entre estar atento ao que dizem aquelas vanguardas e buscar através delas uma apropriação mecanicista da realidade e desafios brasileiros.

A reflexão jurídica no Brasil parece algumas vezes acreditar que as teorias produzidas alhures trarão o instrumental que necessitamos para enfrentar problemas que são particulares, históricos; sem dúvida que elas contribuem sobremaneira para qualificar a nossa reflexão, mas estão longe de buscar alternativas que sejam diretamente voltadas para nós.

A tradição dos retratos do Brasil nas ciências sociais aplicadas apresenta teorias instigantes e que muito tem igualmente a contribuir para a qualificação do pensamento jurídico no Brasil.

3. Uma narrativa construída no interior de seus paradoxos

A regra do jogo, de Jean Renoir, é considerado um dos mais importantes filmes já produzidos. Um aviador faz um gesto grandioso, como um gesto fundador: faz a volta ao mundo em um avião, o que era inédito no início do século XX. Ao pousar em Paris, ele declara para repórteres que seu gesto era dedicado a uma mulher; mas aquele amor era proibido: a mulher era casada com uma grande personalidade.

Pela força de um gesto nobre, o aviador é convidado para uma breve temporada no castelo de veraneio de sua amada; quem faz o convite é seu marido. Após várias estratégias para finalmente concretizar o seu grande amor, o herói acaba se envolvendo em diversas trapalhadas, sempre sob o olhar complacente de seu adversário. Aquela relação amorosa estava fadada ao fracasso, momento em que um personagem diz: a tragédia do herói moderno é ter enorme destreza quando está nos ares, mas se perder quando põe os pés no chão.

A condição paradoxal do herói moderno está presente em diversas narrativas literárias e cinematográficas. Alguns dos mais importantes romances do final do século XIX e século XX têm no paradoxo o seu principal método de construção dramática.

Há autores em que o sentido da obra está precisamente na construção paradoxal da narrativa, podendo ser destacado dentre eles, na nossa produção literária, Clarice Lispector e Guimarães Rosa.

O paradoxo é o recurso para um herói que não pode mais contar com a força comunicacional das palavras.

Sônia Maria Viegas Andrade, analisando o *Grande sertão: veredas*, destaca a descrença no poder iluminador do conceito, na sua capacidade de expressão inteligível do ser e de apreensão do absoluto, o que acarreta abalos na tradição racionalista a partir do final do século XIX. Com base nesta reflexão, ela nos lembra Nietzsche:

Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias; as verdades são ilusões, (...) metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas.²

A voracidade cognitiva do iluminismo deu lugar a uma situação de indigência, na qual os espaços vazios de comunicação passaram a ser preenchidos por sinais abstratos ou meramente funcionais, o que fez do universo cultural contemporâneo um espaço dominado por siglas e palavras técnicas, onde o símbolo quase sempre funciona como o recondutor imediato de uma coisa à sua função. Sônia Viegas afirma:

A indigência do discurso, seu poder de expressão pelo que não diz, tornou-se, pois, a partir de fins do século passado, na arte, na filosofia, na ciência (que se pense, por exemplo, na psicanálise, com sua noção de inconsciente), o tema central, o ponto de referência para todos os que concentrassem na linguagem sua atenção. Em cada área de investigação, a natureza essencialmente poética da linguagem colocava um desafio, ali mesmo onde a linguagem conceitual se via incapaz de avançar. Era como se, após o amadurecimento de alguns séculos, o pensamento racional e discursivo tivesse, afinal, atingido zonas de opacidade da palavra e não mais pudesse recuperar sua autonomia e sua clareza. Tratava-se de uma predominância da *palavra poética* sobre o discurso da razão, ou, pelo menos, de sua penetração naquelas regiões supostamente ensolaradas onde esse discurso mantivera até então sua hegemonia. Um amadurecimento de séculos mostrava ao homem, afinal, que sua linguagem não o aproxima do mundo, mas, ao contrário, instaura um mundo, e nesse domínio instaurado na e pela palavra humana as dobras do sentido não se contam nem se traduzem. (ANDRADE, 1985, p. 12)

A linguagem pensada desta forma luta contra as tendências positivistas da razão. A arte proclama a autonomia do sentido poético sobre o discurso lógico; a arte passa a buscar, na consciência do vazio da palavra e da experiência da ambiguidade do sentido e da mensagem, a expressão coerente com a realidade em torno, onde não se encontram certezas ou fundamentos definidos.

² NIETZSCHE, F. *Sobre verdade e mentira no sentido extramoral*, apud ANDRADE, 1985, p. 8.

A compreensão do Direito como linguagem incorpora o sentido dos desafios que a arte buscou para si já há alguns anos.

Os reflexos desta busca são evidentes em algumas das mais expressivas obras literárias brasileiras, onde se destacam Clarice Lispector e Guimarães Rosa, mestres na construção narrativa a partir de elementos paradoxais.

O cinema brasileiro mais original também explorou sobremaneira as possibilidades narrativas do paradoxo, como *Rio 40 graus*³, sendo talvez o exemplo mais evidente o filme *Deus e o diabo na terra do sol*⁴.

A tradição dos retratos do Brasil mostrou as profundas possibilidades de inspiração que as ciências sociais aplicadas encontraram na arte, sendo o Direito a única destas ciências a conservar sua fé ilimitada na razão positivista.

Vemos que a autonomia que a arte buscou em relação ao discurso científico acaba por possibilitar uma situação reversa: o reconhecimento dos limites linguísticos da razão nos leva a um terreno explorado originariamente pelas artes, assumindo as ambiguidades, ambivalências e idiosincrasias inevitáveis ao discurso jurídico.

Vamos então aproveitar as possibilidades que daí surgem para analisar os pontos de vista antagônicos acerca dos caminhos da jurisdição constitucional no Brasil.

4. Conclusão

O Direito na modernidade se constrói a partir de uma relação paradoxal entre a legitimidade de suas normas e o emprego da força que as torna efetivas, através da aplicação de uma sanção organizada.

A distinção entre Direito e moral formulada por Kant, ao se concentrar na aplicação de uma sanção externa como caracterizadora do primeiro, faz do elemento exterior sanção um dos aspectos constitutivos do Direito.

Não se pode, na esfera jurídica, dissociar a legitimidade da norma da possibilidade de aplicação da força; nesta seara elas são interdependentes. Do mesmo modo, não há que se falar em legitimidade do Direito sem a sanção, ou da sanção sem uma norma legítima que lhe dê suporte.

Esta dimensão paradoxal do Direito não escapa aos mais representativos juristas do século XX. Está presente em autores como Hans Kelsen e ao mesmo tempo em seu grande opositor Carl Schmit. Está igualmente presente em autores contemporâneos como Habermas,

³ Nelson Pereira dos Santos, 1958.

⁴ Glauber Rocha, 1964.

em que pese sua leitura no Brasil estar muitas vezes associada apenas à dimensão da legitimidade da norma e de sua interpretação.

Devemos, entretanto, considerar que os problemas do Direito no Brasil têm raízes mais profundas.

Temos problemas quanto à legitimidade de nossas normas jurídicas e de sua interpretação. Mas temos problemas também quando à afirmação da autoridade estatal e este fato decorre de razões históricas marcantes.

O livro clássico de Sérgio Buarque de Holanda (1995) mostra, em nossa história, como o homem cordial – expressão que se refere ao latim *cor* (coração) – atua na esfera pública influenciado pela sua condição na vida privada. O homem cordial é uma referência aos valores que movem o explorador português, como a honra e a vontade livre. O homem cordial tem grande dificuldade para se submeter a uma ordem hierárquica, apesar de aceitar se submeter a uma pessoa que seja mais poderoso do que ele. Isso dificulta a afirmação da esfera pública estatal no Brasil, pois como diz o autor:

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma continuidade e até uma oposição. (HOLANDA, 1995, p. 141)

O homem cordial atua de forma diametralmente oposta, tendo no Estado uma extensão das redes de relação estabelecidas na família. Como afirma Paulo Margutti:

Na vida privada, o modelo brasileiro de relacionamento surge a partir da civilização do açúcar, baseada na oposição entre a casa grande e a senzala. Dois princípios básicos organizam a vida em família desta época: a anarquia entre os iguais e a submissão ao superior hierárquico. Aqueles que ocupam o mesmo status disputam ferozmente os espaços e as regalias. (...) Mas os confrontos diretos entre competidores devem ser evitados, para que a vida não se torne insuportável. Esta situação é compensada pela submissão de todos ao senhor de engenho, o *pater familias* todo-poderoso que decide o destino das pessoas de acordo com suas conveniência e idiossincrasias. (MARGUTTI, 2001, p. 14-6)

A cultura do homem cordial compromete a implantação das instituições públicas no Brasil e em consequência a própria afirmação do Direito. O problema aí se coloca não apenas na possibilidade de promulgar normas legítimas e conferir-lhes uma interpretação justificável, mas também na debilidade da aplicação racional da sanção.

Este quadro se coloca em profunda contradição quando constatamos que há pessoas e grupos, ancorados principalmente no princípio do devido processo legal, capazes de postergar indefinidamente a aplicação da sanção, valendo-se, a todo momento, de um sofisticado arsenal de doutrinas estrangeiras, aqui incorporadas, que destacam o caráter central do processo na construção da legitimidade do Direito; no campo oposto, temos a aplicação

sumária da sanção estatal àqueles que não têm acesso a uma defesa capaz de explorar aquele arsenal, sendo, via de consequência, vítimas das mais arbitrárias formas de vingança. A precariedade da formação da nacionalidade, revelada primeiramente por Euclides da Cunha, novamente expõe suas consequências.

Se colocarmos em foco as posições antagônicas que apontamos na introdução ao nosso trabalho, vamos observar que eles, em que pesem os evidentes confrontos, não estão de fato eliminando um ao outro.

O ministro Gilmar Mendes, através de suas obras e de suas atuações na Casa Civil da Presidência da República, na Advocacia-Geral da União e no Supremo Tribunal Federal, está preocupado com a possibilidade de garantir o direito através da aplicação otimizada da sanção, eliminando o que ele entende como excessos do devido processo brasileiro, tornando mais efetivas as normas jurídicas através da vinculação dos juízes e da exação de súmulas, em uma só palavra, através de uma jurisdição de massas.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, por seu turno, está preocupado com a construção compartilhada das decisões, que não se legitimam como meros atos de autoridade, mas apenas através de um processo discursivo, no qual os possíveis afetados tenham iguais oportunidades de manifestação.

São os extremos que afirmam a condição paradoxal do Direito na modernidade, mas extremos que não se colocam em posição dialética, com a possibilidade de superação de uma posição pela outra, até porque diversos autores que se colocam neste antagonismo reconhecem a pertinência do método dialógico para o Direito contemporâneo.

É necessário sempre reconhecer que o processo que não conduz à sanção não é jurídico, da mesma forma que a sanção sem processo é vingança, não Direito.

Mas esta ideia deve ser contextualizada em uma comunidade de sujeitos de direito que não tem uma afirmação universal da nacionalidade, o que coloca desafios que estão além das possibilidades de autores estrangeiros, exigindo um compromisso com a *práxis* que apenas os nacionais são capazes de assumir.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Sonia Maria Viegas. *A vereda trágica do Grande sertão: veredas*. São Paulo: Loyola, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOLLE, Willi. *Grandesertão.br*. São Paulo: Editora 34; Livraria Duas Cidades, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARGUTTI, Paulo. O filósofo cordial como educador e autor. *In: Linha direta*. Belo Horizonte, 1º nov. 2001, p. 14-6.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENFELD, Michel. *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994.

STARLING, Heloísa. *Lembranças do Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.