

## **A Análise política do Pensamento Jurídico e a pesquisa sobre os tribunais**

Autor: ANDREI KOERNER\*

### **Resumo**

A comunicação apresenta as mudanças no quadro conceitual, os resultados e os propósitos de uma série de pesquisas, realizadas nos últimos anos, sobre o pensamento constitucional brasileiro, em particular sobre a maneira pela qual a função judicial foi instituída e refletida na ordem política republicana brasileira ao longo do período amplo de 1920-1988. Apresenta-se inicialmente a trajetória de pesquisas, que partiram de uma análise crítica da bibliografia de ciência política e histórica do direito no Brasil, e levaram de uma proposta de análises sobre temas específicos para a adoção da racionalidade governamental formulada por Foucault, como quadro geral de análise. Em seguida, apresenta-se o marco teórico atual da pesquisa em dois níveis, o do pensamento jurídico e das instituições judiciais. Enfim, apresentam-se os resultados dos trabalhos mais recentes e perspectivas para a pesquisa futura.

Palavras-chave: análise política do pensamento jurídico; constitucionalismo; Supremo Tribunal Federal; governamentalidade

### **Introdução**

A presente comunicação<sup>1</sup> apresenta as mudanças no quadro conceitual, os resultados e os propósitos de uma série de pesquisas, realizadas nos últimos anos, sobre o pensamento constitucional brasileiro, em particular sobre a maneira pela qual a função judicial<sup>2</sup> foi instituída e refletida na ordem política republicana brasileira ao longo do período amplo de 1920-1988. Essa proposta geral tem o objetivo de identificar as variantes do pensamento jurídico, caracterizar as modalidades de investimento político na função judicial e de reflexão

---

\* Professor do Depto. de Ciência Política IFCH/Unicamp, coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito e Política do Ceipoc/IFCH/Unicamp, pesquisador do Cedec e INCT/Ineu e sócio do IBHD – Instituto Brasileiro de História do Direito. Este trabalho é financiado pelo CNPq (bolsa de produtividade e auxílio à pesquisa).

<sup>1</sup> Uma primeira versão foi apresentada no Seminário PROCAD, na UFSC, em 2012, coordenado por Airton Seelaender.

<sup>2</sup> Utiliza-se o termo ‘função judicial’ ao invés de Poder Judiciário, tendo em vista as considerações sobre a impossibilidade de estabelecer critérios gerais para determinar aquela função. Por outro lado, o que é tomado como funções judiciais típicas ou protótipo das cortes não se identifica com as atribuições do Poder Judiciário em cada país.

jurídica sobre ela, identificar suas especificidades em comparação com países tomados como modelos pelos juristas brasileiros, e explicar essas características a partir do quadro de mudanças políticas do Estado brasileiro. Trajetória

As pesquisas foram iniciadas em 2012, mas em 2015 foi realizada uma inflexão na orientação do trabalho, a partir da releitura das obras de Foucault. Apresentam-se a seguir algumas considerações resumidas sobre os resultados dessas atividades e suas consequências teóricas.

O projeto iniciado em 2012 adotou como hipótese de trabalho que, inserido nos conflitos políticos de mudança do Estado liberal ao desenvolvimentista, que limitou a função judicial de controle da autoridade política, o pensamento constitucional brasileiro teria mantido, ou revigorado, teorias jurídicas do século XIX sobre os fundamentos da ordem política, que circunscreveram o alcance do princípio do estado de direito em relação à autoridade governamental e à representação política. O Judiciário protegeria de modo absoluto direitos individuais, mas se mantinham restrições ao estado de direito em outros domínios. A imagem seria a ampliação dos instrumentos de controle com o esvaziamento do seu domínio, impacto e efeitos para a objetividade do direito. O ponto de partida fora a análise do autoritarismo pós-64, a partir da qual se buscava um padrão para o processo de mudança jurídica desde os anos vinte. No entanto, mostrou-se necessário considerar outros fatores políticos e ampliar a análise para embates entre direitos sociais e liberalismo, centralismo e federação, direção estatal e economia de mercado, nacionalismo e abertura econômica. E, no campo das doutrinas jurídicas, as disputas teóricas entre as que abraçam ou rejeitam a sociologia jurídica, o direito social, as doutrinas cristãs, o neoconceitualismo ou realismo jurídico, culturalismo jurídico, novas versões das doutrinas escolásticas etc.

A pesquisa propunha-se inicialmente trabalhar sobre alguns processos constitucionais (no sentido jurídico) de controle judiciário da autoridade política, com enfoque no tema da discricionariedade da autoridade. A proposta era – a exemplo de nossas pesquisas de doutorado sobre o pensamento jurídico na passagem do Segundo Reinado à Primeira República (Koerner, 1999) – fazer uma espécie de sociologia histórica sobre o Estado desenvolvimentista brasileiro, para mostrar as conexões entre mudanças estruturais e regimes jurisprudenciais, completada com a caracterização das formas institucionais e conjunturas

políticas. Os processos constitucionais seriam os *writs* constitucionais para a garantia dos direitos fundamentais (como o mandado de segurança, *habeas corpus*), os processos de controle da constitucionalidade (recurso extraordinário, representação de inconstitucionalidade), e ações de defesa da cidadania (como a ação popular, ação civil pública). Previa-se que seria necessário circunscrever a análise a alguns poucos processos, tendo em vista sua variedade e o período de tempo a ser abrangido pela análise. Assim, seria iniciada a pesquisa dos processos de controle de constitucionalidade de normas, para, em seguida, tratar o mandado de segurança e a ação popular. O *habeas corpus* e as instituições penais, os temas de poder de polícia na intervenção estatal na economia, e de direitos sociais não seriam trabalhados.

A pesquisa teria como material empírico debates constitucionais, polêmicas sobre o Judiciário e textos de doutrina e jurisprudência sobre processos constitucionais (controle da constitucionalidade, mandado de segurança, ação popular). A premissa era que essa pesquisa traria elementos para confirmar a hipótese formulada, identificando como aspectos daquele conservadorismo a existência de teorias, conceitos e técnicas que criaram obstáculos para a expansão do potencial dos instrumentos para a efetividade dos direitos de cidadania e a responsabilidade das autoridades. Não se propunha uma análise doutrinária sistemática sobre aqueles processos constitucionais, nem uma pesquisa sobre decisões judiciais e processo político, nem a pesquisa dos conceitos jurídicos nem, enfim, uma pesquisa sobre as elites jurídicas. Tratava-se de uma análise política das transformações das categorias jurídicas dos processos constitucionais, com foco nas relações entre a elaboração conceitual da doutrina e da jurisprudência com os problemas políticos que relevam das decisões nos tribunais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, em controle sobre decisões de autoridades políticas. Pretendia-se contribuir para conhecimento conceitual e histórico de decisões judiciais pela ciência política brasileira.

Porém, a relevância das pesquisas específicas tornou-se secundária como resultado das pesquisas sobre os debates sobre o direito processual e as mudanças na jurisdição constitucional no Brasil a partir da Primeira República (Koerner, 2015) e por isso resolvemos deslocar o enfoque para as relações entre regime ou racionalidade governamental e regime jurisprudencial.

Nos últimos anos, realizamos análises críticas e pesquisas exploratórias a respeito das mudanças no pensamento constitucional e no controle da constitucionalidade no Brasil. Foi realizada a análise da função judicial nas Constituições republicanas brasileiras, a leitura da legislação sobre os processos constitucionais e debates doutrinários a respeito, desde a Primeira República. A periodização dos principais momentos de mudança constitucional (1891; 1926; 1934; 1937; 1946; 1965; 1977 e 1988) foi completada com a análise do processo político dos formatos institucionais do controle da constitucionalidade, e já está realizada em grande parte.

Acaba de ser finalizada pesquisa que propõe uma análise política do pensamento jurídico brasileiro sobre a jurisdição constitucional na Primeira República (Koerner, 2015). Ela partiu dos esquemas teóricos de Foucault para analisar a prática e reflexão constitucional no quadro da racionalidade governamental liberal, da ordem constitucional de modelo norte-americano e do regime constitucional baseado na coordenação de interesses. Seu objetivo foi explicar como a jurisdição constitucional foi objetivada como técnica de decisão constitucional pelo pensamento jurídico na Primeira República. Para isso, buscou apresentar as variantes da reflexão política e doutrinária sobre a jurisdição constitucional, que se formaram no quadro da racionalidade governamental liberal; analisar as relações entre regime constitucional e regime jurisprudencial no âmbito da Política dos Governadores; apresentar e discutir as alternativas formuladas ao regime constitucional; e, enfim, as mudanças que levaram a uma racionalidade governamental intervencionista e a novas formulações no pensamento jurídico brasileiro.

A pesquisa sobre o debate juspublicista a respeito do direito processual e do código de processo civil de 1939, em fase de finalização, foi realizada, com financiamento do CNPq, em parceria com Fernanda Duarte e Rafael Iorio, do LAFEP – Laboratório Fluminense de Direito Processual, da UFF. Trata-se de pesquisa sobre as vertentes do pensamento processualista, que busca relacionar seu arcabouço conceitual, e soluções adotadas para temas de direito processual, com os embates políticos do período Vargas. O trabalho realizado até o momento faz a crítica política da narrativa da Escola Paulista de Direito Processual (EPDP) sobre o pensamento jurídico e a legislação de processo civil que a antecedeu. Ela estabelece parâmetros com os quais compacta o tempo e a diversidade intelectual e política do processo



histórico, e oferece uma visão inacurada para as controvérsias políticas e doutrinárias anteriores. A análise de obras de direito processual no período de 1920-40 indica uma redefinição da problemática política, com implicações para o processo civil, e dos modelos intelectuais dos juristas brasileiros. Essa redefinição diz respeito à centralização, a concentração dos poderes e o intervencionismo do governo federal, associada a uma nova identidade do juiz-funcionário, implicado na realização de objetivos políticos do programa governamental inscritos no ordenamento jurídico. As implicações para o processo foram os novos poderes para o juiz, com poderes de direção do processo, produção de provas, com maior liberdade de apreciação das provas e de decisão. Enfim, os modelos intelectuais do praxismo, do jusnaturalismo e do positivismo científico e evolucionista são superados por doutrinas do direito social, o instrumentalismo jurídico e uma nova abordagem acadêmica e conceitual do direito (Koerner & Duarte, 2014).

Esses resultados, associados com os resultados das atividades citadas acima, são muito importantes para as pesquisas em curso, pois, permitiram redefinir a abordagem dos temas propostos no projeto anterior. A proposta inicial era fazer a pesquisa histórica dos debates jurídicos sobre cada um dos processos de proteção de direitos fundamentais no período de 1920-1960. Mas essas pesquisas evidenciaram um pano de fundo comum a esses temas, pois os debates jurídicos – nos quais, muitas vezes se contrapõem os mesmos indivíduos – podem ser considerados como pontos de enfrentamentos táticos, de lutas focais, em que se dão embates entre projetos constitucionais distintos.

Retomamos os estudos de Foucault, nomeadamente os cursos sobre a governamentalidade e o neoliberalismo (Foucault, 2004a e 2004b) e a sua utilização e difusão por sociólogos e cientistas políticos britânicos, tais como Burchell & Gordon (1991); Nikolas Rose (1996) e Mitchell Dean (1996 e 1999). Esses estudos foram completados com a releitura da obra de François Ewald (1986 e 1993), de Jaques Donzelot (1977, 1994), e Giovana Procacci (2013). Realizamos a releitura detalhada de obras de Foucault e outros trabalhos nessa linha e produzimos uma análise teórica que está em fase final de redação (Koerner, 2015, 2006). Essa discussão propõe um esquema conceitual sobre relações de poder, produção de saberes e reflexão sobre a melhor maneira de governar, articulando-os com a problemática do direito, pensado como prática ou arte de governar, o pensamento jurídico, e

os regimes jurisprudenciais. Ela se coloca como um quadro mais geral para a pesquisa empírica sobre os tribunais.

## **Marco teórico**

O programa de pesquisas se desdobra em dois planos: sobre o pensamento jurídico e sobre os tribunais. O primeiro é mais geral e serve como quadro para a análise das identidades e formas de atuação dos juristas em contextos e situações específicas, nas quais eles atuam estrategicamente em vista de interesses e polemizam em torno de concepções doutrinárias contrapostas.

### ***A pesquisa sobre o pensamento jurídico***

A partir da releitura de Foucault (1984a, 1984b, 1984c, 2004a e 2004b) e Ewald (1986 e 1993) propõe-se como programa de pesquisa a análise política do pensamento jurídico. Esse programa tem como espaço de análise a experiência jurídica, como prática de julgamento - de conhecimento, ação e reflexão – que os sujeitos realizam a respeito da objetividade das suas relações com os outros, consigo mesmos e com o que lhes é comum. A experiência jurídica se realiza no espaço conformado por três dimensões: os arranjos institucionais e estratégias de governo de uma formação social, formas de pensamento e materiais jurídicos, e a história. Essas dimensões são elas mesmas inseridas nas condições formas discursivas e produção material de uma época.

A primeira dimensão é a das instituições políticas, com seus arranjos, procedimentos e práticas que configuram as oportunidades, meios e objetivos de ação apropriados para os agentes alcançarem seus objetivos, valores e interesses. Essa dimensão institucional está inserida em um contexto mais amplo de estruturas e processos sociais, com os grupos, classes, estrutura produtiva, padrões culturais, dispositivos de poder. Esse contexto tem dinâmicas que se estendem além dos arranjos institucionais e assim ele aparece ao mesmo tempo como condição de existência para as instituições políticas e como ambiente com o qual os processos institucionais estão em interação. Estratégias de governo compreendem instituições, dispositivos, nos quais se dão relações estratégicas de poder entre os agentes nos distintos espaços de interação e domínios de experiência social. Essas estratégias se dão em espaços e relações que ultrapassam as instituições políticas e podem referir-se apenas tangencialmente a

elas. Regime governamental refere-se à articulação geral dessas estratégias pelas instituições políticas para o governo político da sociedade. Um determinado regime governamental refere-se à maneira pela qual os dirigentes políticos programam a ação de agentes e instituições políticas-estatais para a condução dos indivíduos e a direção da sociedade num certo período e, assim, os arranjos institucionais estruturados segundo um mesmo ordenamento jurídico constitucional podem comportar regime governamentais distintos.

A segunda dimensão, a do “direito”, coloca-se como que em “perpendicular” à primeira. Como arte ou prática de julgamento, ele não se confunde com as normas que estruturam o quadro institucional e formas de ação dos sujeitos. O direito tem seus próprios materiais, problemas, formas de atuação e história. Seus materiais compreendem o agregado de normas e atos estatais, procedimentos, teorias e doutrinas, técnicas de decisão, esquemas interpretativos que são reconhecidos como relevantes para a determinação do sentido objetivo das regras sobre as relações entre os sujeitos da formação social. O direito, como prática jurídica, refere-se a um conjunto de técnicas, a uma arte de julgar que tem como problema identificar e realizar objetivamente as regras sobre relações de equivalência dos sujeitos e das coisas – o problema da “correção”, da “justiça” –, de modo que os sujeitos se reconhecem, atuam e resistem como integrantes de uma comunidade política. A prática jurídica é, portanto, uma maneira tornar concreta, refletir e efetivar a comunidade política. As soluções jurídicas que ela produz e programa para reger as relações entre os sujeitos são contestadas e resistidas por eles, que as problematizam como questão de justiça, ou seja, indagam as bases, critérios e efeitos das relações de equivalência estabelecidas.

A prática jurídica se realiza em espaços institucionais do Estado, mas tem outras inserções. Ela se articula com outras práticas sociais e campos de experiências da formação social. Neles se constituem formas diferenciadas de ação e reflexão sobre a questão da justiça, próprios a diferentes sujeitos, grupos, espaços de interação ou domínios da experiência social. A prática jurídica de uma formação social se insere em tradições e sistemas de pensamento sobre o direito, configurados em espaços e temporalidades mais amplos, e que se desenvolvem em dinâmicas que a ultrapassam. Enfim, articula-se a outras formas de reflexão normativa sobre a experiência dos indivíduos em relação a outros problemas como os da política, da economia, da ética e da religião.

A terceira dimensão é a história, os processos pelos quais os elementos da formação social se constituem e alteram em certos padrões e vias de desenvolvimento, e pelos quais eles se apresentam como dados aos sujeitos, como estruturas e possibilidades de ação, tradição e memória. Conforma-se uma trajetória histórica na qual se afirma e reproduz uma tradição jurídica.

Assim, a experiência jurídica se constitui no espaço conformado pelas três dimensões. O direito compreende a maneira pela qual se problematiza e programa a justiça no espaço conformado pelos arranjos institucionais e o agregado jurídico numa formação social com dada trajetória histórica. Desse modo, o direito, ao mesmo tempo em que se coloca como problema de justiça está integrado às formas de condução governamental dos sujeitos. Ele aparece para os sujeitos como um ordenamento estruturado de normas e procedimentos que se dá como objetivamente válido e eficaz.

O pensamento jurídico significa o modo de problematização do “direito” conformado pelo regime governamental de uma formação social em uma época. O pensamento jurídico representa uma maneira de problematizar, do ponto de vista da questão da justiça, e tendo em vista as formas discursivas e modalidades de reflexão de jurídica de sua época, as relações entre práticas jurídicas e outras práticas sociais num dada situação sócio-histórica, caracterizada por regimes, instituições, dispositivos etc. Como o pensamento jurídico tem seus problemas próprios e se insere em processos que extrapolam o regime governamental da formação social, ele pode ter dinâmicas distintas das do regime governamental e outros esquemas que o sustentam. O pensamento jurídico pode ser pensado em distintos níveis de generalidade, duração ou domínios, e se chama pensamento constitucional quando se designa o que se refere ao campo respectivo.

Assim, a análise política do pensamento jurídico tem foco a prática judicial, que se realiza num espaço formado por três dimensões: a institucional, a do pensamento jurídico e a histórica.

### ***A pesquisa sobre os tribunais***

A pesquisa dialoga com a bibliografia de ciência política e sociologia jurídica sobre a análise dos tribunais, das decisões judiciais, pensamento jurídico e, de um modo mais geral,



política e direito. O foco da não é contraposto e nem complementar à análise política de decisões judiciais, com o fito de explicar o padrão de atuação dos tribunais, mas um momento dessa pesquisa.

1. Não é viável realizar a análise política de decisões judiciais fazendo a economia de conceitos jurídicos. As decisões judiciais ocorrem num ambiente institucional extremamente formalizado, em que os agentes, os instrumentos, as oportunidades de ação e mesmo os objetivos válidos a serem alcançados são determinados por princípios, regras e conceitos jurídicos. Além disso, os padrões de decisão judicial são informados por valores e identidades, que se A análise estratégica em função dos interesses dos agentes (Epstein & Kinght, 1998; Maltzman, F., J. Spriggs II., et al., 1999; Whittington, K. E., 2007), ou a análise sociológica que vise estabelecer o papel socio-estruturais dos tribunais (Santos, B. d. S., 1982, 1995, 1996) são perfeitamente possíveis e válidas, mas a sua realização é mediada necessariamente por elementos, ou dimensões, do direito (Gillman, 1993, 1999; Shapiro, M., 2002 [1965]; Smith, 1988)

2. A resolução de litígios diz respeito a apenas uma dimensão da decisão judicial e é apenas um dos papéis atribuídos ao judiciário e aos juízes nas democracias constitucionais contemporâneas. A contraposição entre os modelos da decisão judicial própria às cortes em que a decisão se dá numa relação triádica e a decisão política própria ao legislador, que se dá numa relação diádica (duas partes) que negociam um resultado em função de sua relação de forças, é uma estilização analiticamente útil, mas limitada. A decisão judicial, mais que resolver o conflito, é parte do processo de produção normativa, na medida que ela é um momento da determinação do significado das normas e de afirmação da autoridade política<sup>1</sup>. Shapiro (1981), por exemplo, considera quase consensual o reconhecimento do papel dos juízes na produção normativa, que é para ele, intrinsecamente relacionada a outras duas funções, a resolução de conflitos e o controle social. O papel dos juízes não é de agentes da vontade do legislador, ou de objetivos coletivos, mas realizam um processo institucionalizado

---

<sup>1</sup> Por exemplo, já no século XIX, o conservadorismo político distinguia os juízes dos funcionários, afirmando que os juízes não só aplicam mas interpretam as normas, integrando-as à ordem normativa, enquanto os funcionários apenas a aplicariam. Esse papel é corrente, com variações, em teóricos do direito de perspectivas distintas, embora seja colocada em questão por teorias formalistas mais recentes. (Holmes; Kelsen.; Hart)

de determinação do sentido das normas, estão presentes a tradição jurídica, relações estratégicas internas e interações com os demais agentes políticos<sup>1</sup>.

3. A definição de juízes como solucionadores de litígios numa estrutura triádica não esgota as atribuições exercidas pelo Poder Judiciário, nem o investimento político na função judicial. A doutrina geralmente diferencia a função judicial ‘típicas’ ou próprias do Poder Judiciário, a resolução de litígios em conflitos entre sujeitos privados, ou equiparados a tais, e o julgamento de processos penais. Conforme mudou a organização constitucional do Estado outras atribuições passaram a ser próprias. Mas permanecem funções impróprias, seja porque exercidas fora do Judiciário, pelo Chefe de Estado ou o Parlamento (poder de graça, justiça política, defesa do estado), ou a administração (justiça administrativa em sentido amplo, abrangendo órgãos com funções para-judiciais em domínios de tributação e direitos previdenciários, por exemplo), seja porque exercidas pelo Judiciário, como, no Brasil, a justiça eleitoral e os poderes normativos do judiciário trabalhista. A função judicial pode ser instituída de diferentes maneiras, combinando os princípios da autoridade governamental, da representação política e do estado de direito. A delegação a juízes, ou a entes organizados sob a forma de tribunais, de uma parcela ou de (quase) todas as dimensões da função judicial é apenas uma possibilidade extrema, pois o mais comum é que a função judicial seja distribuída segundo autoridades diferentes e que a exercem segundo lógicas distintas da resolução dos litígios segundo regras dadas. Assim, as atribuições judiciais típicas são variáveis, e a caracterização das instituições políticas da função judicial no Brasil, e de suas transformações no quadro das mudanças políticas do país é um problema de pesquisa.

4. Não se pode estabelecer relação geral e unívoca entre tipos de teoria jurídica (positivismo legalista, científico, normativismo, instrumentalismo, realismo sociológico etc.), técnicas de interpretação judicial (gramatical, sistemática, teleológica ou modelos como o formalismo conceitual, originalismo) e orientações dos juízes (deferência ou ativismo), com modelos institucionais, ou interesses de governos, partidos ou grupos políticos, ou de classes sociais. Embora se possam reconhecer certas ‘afinidades eletivas’, as relações entre as

---

<sup>1</sup> Porém, as análises de política comparada sobre o Judiciário brasileiro têm abordado de forma unilateral a dimensão da resolução dos conflitos e usam concepções pouco elaboradas sobre as práticas judiciais em nossos países, apontando a tradição jurídica como formalista e o sistema de direito de *civil law*, os quais são tomados como pressupostos para apontar decisões reveladoras de ativismo ou da judicialização.

dimensões jurídicas e políticas da prática judicial são historicamente construídas, e sua determinação deve dar-se em análises concretas que identifiquem as características da prática judicial e do pensamento jurídico, associando-as à estrutura e ao contexto político (Friedman, 2002; Roosevelt Jr., 2006).

5. As relações entre decisões judiciais, normas jurídicas e sociedade não se definem em termos instrumentais<sup>1</sup>. O direito é da ordem da construção do mundo social, as normas jurídicas fazem parte da ordenação das relações sociais e das concepções do que os sujeitos consideram correto, justo, no quadro de uma formação social (Gomez, J. M., 1984; Gordon, R. W., 1998; Hunt, 1995; McCann, 1999; 2010). Assim, não são apenas racionalizações à livre disposição dos sujeitos que lhes permitem atingir certos fins que lhes são externos, mas lhes são dadas pela estruturação social de que eles participam, entre as quais as instituições políticas e judiciais (Coombe, E., 1989; Harrington, C. and B. Yngvesson, 1990; Mertz, E., 1994; Zehmans, F., 1983). Se a indeterminação que resulta da generalidade das regras jurídicas implica que os juízes têm margem para escolher os resultados em suas decisões, essa escolha não é indeterminada, pois ela se dá num conjunto estruturado de regras, relações e expectativas de ação. Toma-se nessa pesquisa o conceito de pensamento, ou tradição jurídica, para referir às elaborações conceituais produzidas pela doutrina e a jurisprudência, que traduzem e recriam sob a forma de elementos jurídicos (princípios, regras, conceitos, institutos...) essa estruturação social do direito.

6. Enfim, é possível verificar que a instituição do Judiciário nas Constituições republicanas brasileiras tem características que o diferenciam dos ‘modelos’, empíricos ou analíticos, que têm sido adotados como parâmetros para a sua análise. O pensamento

---

<sup>1</sup> É importante ressaltar os desenvolvimentos conceituais que ocorreram a partir do realismo jurídico e teorias críticas do direito. Se o realismo jurídico partia da indeterminação da solução concreta a partir de regras gerais para afirmar o instrumentalismo, ou seja, a capacidade de o juiz escolher as decisões em função do resultado desejado, as teorias críticas expandiram essa constatação, argumentando sobre o caráter contraditório e aberto das próprias regras gerais, que seria consequência das próprias contradições das instituições políticas de sociedades capitalistas e liberais. A concepção instrumentalista foi incorporada na ciência política, mas tem sido criticada por pesquisas em filosofia do direito, sociologia e ciência política, como nos trabalhos da corrente do *Amherst Seminar* (John Brigham, Christine Harrington), que, a partir de teorias marxistas (Alan Hunt, Edward Thompson) e antropológicas (Geertz), acentuam o caráter constitutivo do direito para as relações sociais. Dessa redefinição têm resultado pesquisas cujo objetivo não é apontar o caráter contraditório, enviesado e socialmente determinado do direito, mas reconstruir a sua produção sócio-política, considerando-o como parte de um processo ampliado de (re)produção social, analisar suas transformações contemporâneas, explorar suas ambivalências políticas, as oportunidades para a mobilização pelos sujeitos.

constitucional, na doutrina e jurisprudência elaborou-se enquanto tradição que coloca conceitos, teorias e técnicas sobre institutos jurídicos de forma distinta das doutrinas que lhes serviram de inspiração, e os sistemas jurídicos adotados para comparação (*civil law* e *common law*). Dado que há especificidades no Poder Judiciário e na tradição jurídica brasileiros, adota-se um ponto de vista mais geral para a pesquisa, ou seja, a maneira pela qual a função judicial é investida na ordem política.

### ***Conclusão e Perspectivas de Pesquisa***

A pesquisa partiu da proposta de analisar o pensamento constitucional brasileiro sobre processos constitucionais de controle judiciário da autoridade política, com enfoque no tema da discricionariedade decisória, com o objetivo imediato de caracterizar os regimes jurisprudenciais desses processos e analisar a maneira pela qual se formulam as relações entre os princípios do estado de direito, da representação e da autoridade governamental. O objetivo geral dessa série de pesquisa seria verificar a existência de variantes do pensamento constitucional republicano brasileiro, e elaborar uma interpretação do seu sentido político, no quadro de mudanças do Estado brasileiro no período de 1920-1988.

A pesquisa sobre o constitucionalismo da Primeira República adotou uma perspectiva mais geral, a da racionalidade governamental liberal, e mostrou a existência de variantes dentro dessa racionalidade e suas diferentes doutrinas jurídicas para os processos constitucionais. O STF adotou um regime jurisprudencial compatível com a lógica de compromissos da Política dos Governadores. Em reação aos problemas sociais, políticos e jurídicos suscitados por esse regime, houve a passagem a uma racionalidade governamental intervencionista a partir dos anos 1920, em que se enfrentam programas liberais e democráticos com outros, de caráter paternalista ou corporativista.

Desse modo, vem a primeiro plano a proposta de pesquisar distintos projetos constitucionais formulados a partir dos anos vinte: o nacional-desenvolvimentismo, o liberalismo reformista e um federalismo conservador, bem como de um projeto modernizador, centralizador e antiliberal, fomentado pelas Forças Armadas. Desses projetos, propõe-se iniciar com o discurso reformista do constitucionalismo liberal a partir dos anos vinte, a respeito do qual foram realizadas pesquisas muito menos extensas do que o corporativismo, o



nacionalismo e o autoritarismo-militar. O reformismo liberal tem uma vertente comum nas propostas revisionistas da Constituição de 1891, que se agrupavam em torno de lideranças como Rui Barbosa e Assis Brasil, e desembocaram na criação de Partidos Democráticos em vários estados. Seus membros foram ativos participantes da Revolução de 1930, e passaram à oposição a Vargas nos anos seguintes. Eles se encontram mais tarde distribuídos em vários partidos, como a UDN, o Partido Libertador, o Partido Democrata Cristão e, mesmo, no Partido Socialista Brasileiro (João Mangabeira). Parte deles apoiou o golpe de 1964, mas distanciou-se do regime nos anos seguintes, adotando posturas que variaram de reservadas limitações baseadas em princípios e formas jurídicas, a crítica aberta (Sobral Pinto), à dissidência (Caio Mário da Silva Pereira) ou à aliança com a oposição nos anos setenta (Aliomar Baleeiro).

Em suas proposições vemos alguns temas comuns, em que o ponto de partida é a necessidade de superação do individualismo liberal pelo reconhecimento dos direitos sociais e a adoção de esquemas e políticas estatais para a pacificação dos conflitos coletivos. Propugnam mudanças institucionais que mantenham o sufrágio universal mas controlem os seus efeitos por meio de reformas eleitorais e partidárias (voto distrital, bipartidarismo) e institucionais (parlamentarismo, voto distrital, eleição indireta para Presidente da República). No plano político institucional, a segurança é obtida por reformas que ampliem a eficiência e estabilidade do processo político, por meio do fortalecimento da cooperação entre os poderes do Estado e o reconhecimento do papel dirigente do Presidente da República. O mote é o fortalecimento dos instrumentos de segurança do Estado e, nesse ponto, apoiam ou aliam-se às doutrinas de segurança nacional, com sua prioridade no anticomunismo.

Sobre o discurso do direito processual, em trabalhos futuros será analisada a relação entre modelo intelectual, soluções jurídicas e a agenda de crítica ao Código de Processo Civil de 1939. Considera-se que os juristas da EPDP adotam uma determinada de crítica a esse código, a partir de um modelo acadêmico que acentua o ideal de cientificidade de uma disciplina autônoma, o direito processual, que seria capaz de fornecer os elementos para elaborar um novo código sistemático e inovador. Assim, a EPDP teria estabelecido em novas bases a prática intelectual e o debate jurídico sobre o direito processual no Brasil, o que viria a ser fortalecido por tendências da segunda metade do século XX: a consolidação de centros de

estudos jurídicos em todo o país, o fortalecimento do Judiciário e demais instituições judiciais como burocracias, a internacionalização dos estudos jurídicos, com a incorporação de modelos intelectuais internacionais.

Enfim, tendo como quadro interpretações sobre a mudança política no Brasil e as normas constitucionais será feita a pesquisa sobre as modalidades de investimento político na função judicial no período 1920-1988. Para isso, propõe-se: inicialmente, a análise de categorias jurídicas relativas aos processos constitucionais de controle de autoridades políticas, com foco nas relações entre a elaboração conceitual com os problemas políticos que relevam das decisões nos tribunais. Num segundo momento, amplia-se o foco da análise para considerar a diversidade teórica e política de pensamento jurídico e suas relações com o contexto político-institucional. Enfim, tratam-se das relações entre essas variantes de investimento político na função judicial, verificando-se seu sentido político enquanto pensamento constitucional.

## Bibliografia

- Barry, A., T. Osborne, *et al.*, Eds. *Foucault and Political Reason - Liberalism, neo-liberalism and the rationalities of government*. Londres: UCL Press, 1996, p.37-65.
- Burchell, G., C. Gordon, *et al.*, Eds. *The Foucault Effect - Studies in governmentality*. Londre: Harvester Wheatsheafed. 1991.
- Coombe, Elizabeth. "Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies." *Law and Social Inquiry* 1989, 69-121.
- Dean, M. Foucault, Government and the enfolding of authority. In: A. Barry, T. Osborne, *et al* (Ed.). *Foucault and Political Reason - Liberalism, neo-liberalism and the rationalities of government*. Londres: UCL Press, 1996. Foucault, Government and the enfolding of authority, p.189-208
- \_\_\_\_\_. *Governmentality – Power and Rule in Modern Society*. Londres: SAGE, 1999.
- Donzelot, J. *La Police des Familles*. Paris: Minuit. 1977
- \_\_\_\_\_. *L'Invention du Social - Essai sur le déclin des passions politiques*. Paris: Seuil. 1994
- Epstein, Lee, and Jack Knight. *The Choices of Justices Make*. Washington: Congressional Quarterly, 1998.
- Ewald, F. *L'Etat Providence*. Paris: Grasset, 1986.
- \_\_\_\_\_. Michel Foucault et la norme. In: L. Giard (Ed). *Michel Foucault, Lire l'Oeuvre*. Grenoble: Jerome Millon, 1992.
- \_\_\_\_\_, Ed. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vegaed. 1993.
- Foucault, M. *Histoire de la Sexualité, Vol. 2 – L'Usage des Plaisirs*. Paris: Gallimard. 1984a

- \_\_\_\_\_. Le pouvoir: comment s'exerce-t-il? In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984b, p.308-321
- \_\_\_\_\_. Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet. In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984c, p.297-307
- \_\_\_\_\_. *Securité, Territoire, Population - Cours au Collège de France, 1977-1978*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004a
- \_\_\_\_\_. *Naissance de la Biopolitique - Cours au Collège de France, 1978-1979*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004b
- Friedman, Barry. "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Contermajoritarian Difficulty." *Yale Law Journal* 112, no. 2 (2002): 153-259.
- Gillman, Howard. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Löchner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham NC: Duke U. P., 1993.
- \_\_\_\_\_. The Court as An Idea, Not a Building (or a Game): Interpretative Institutionalism and the Supreme Court Decision-Making. Edited by C. Clayton, *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago UP, 1999.
- Gillman, Howard; Clayton, Cornell (eds), ed. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999.
- Gomez, José Maria. "Surpresas De Uma Crítica a Propósito De Juristas - Repensando as Relações Entre O Direito E O Estado." In *Crítica Do Direito E Do Estado*, edited by Carlos A. Plastino, 103-12. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- Gordon, Robert W. "Some Critical Theories of Law and Their Critics." In *The Politics of Law - a Progressive Critique*, edited by David Kairys, 591-616. Philadelphia: Basic Books, 1998.
- Harrington, Christine; Yngvesson, Barbara. "Interpretive Sociolegal Research." *Law and Social Inquiry* 1990, 135-48.
- Hunt, Alan. *Explorations in Law and Society - toward a Constitutive Theory of Law*. London: Routledge, 1993.
- Koerner, Andrei. *Habeas Corpus, Prática Judicial E Controle No Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- Koerner, A. Punição, Disciplina e Pensamento Penal no século XIX. *Lua Nova*, v.68, p.205-242. 2006.
- Koerner, A. *A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)*. Ciência Política, Unicamp, Campinas, 2015.
- Koerner, A. e F. Duarte. O Pensamento Jurídico Publicista brasileiro – vertentes do debate sobre o direito processual (1920-1960). *XII Congresso da BRASA*. Londres 2014.
- Maltzman, F.; Spriggs II, J. & Wahlbeck, P.J. "Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making." In *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations* edited by Howard; Clayton Gillman, Cornell (eds), 43-63. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999.
- McCann, Michael. "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives." In *The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretation*, edited by Howard; Clayton Gillman, C., 63 - 97. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

- McCann, Michael. "Poder Judiciário E Mobilização Do Direito: Uma Perspectiva Dos 'Usuários'." *Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional*, , no. dez/2010 (2010): 175-96.
- Mertz, Elizabeth. "A New Social Constructionism for Sociolegal Studies." *Law and Society Review* 1994, pp. 1243s.
- Procacci, G. *Warfare-welfare - Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*. Roma: Carocci, 2013.
- Roosevelt III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism - Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale: Yale UP, 2006.
- Rose, N. Governing 'advanced' liberal democracies. In: A. Barry, T. Osborne, *et al* (Ed.). *Foucault and Political Reason - Liberalism, neo-liberalism and the rationalities of government*. Londres: UCL Press, 1996, p.37-65
- Santos, Boaventura de Sousa. "O Direito E a Comunidade: As Transformações Recentes Do Poder Do Estado Nos Países Capitalistas Avançados." *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10 (1982): 9-40.
- . "Room for Manoeuver: Paradox, Program, or Pandora'S Box." *Law and Social Inquiry* 1989, 149-64.
- . "A Sociologia Dos Tribunais E a Democratização Da Justiça." In *Pela Mão De Alice: O Social E O Político Na Pós-Modernidade*, edited by Boaventura de Sousa Santos, 141-62. São Paulo: Cortez, 1995.
- et alii. *Os Tribunais Nas Sociedades Contemporâneas*. Porto Afrontamento 1996.
- Shapiro, M. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press. 1981
- . "Political Jurisprudence." In *On Law, Politics, and Judicialization*, edited by Martin; Stone Sweet Shapiro, Alec, 19 - 54. Oxford: Oxford University Press, 2002 [1965].
- , Stone Sweet, Alec, ed. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Smith, Rogers M.. "Political Jurisprudence, The "New Institutionalism", and the Future of Public Law." *American Political Science Review* 82, no. 1 (1988): 89 - 108.
- Whittington, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy - the Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton U.P., 2007.
- Zehmans, Frances. "Legal Mobilization: The Neglected Role of Law in the Political System." *American Political Science Review* 77, no. 3 (1983): 690-703.