

Direito e democracia na América: pensando o jurista Tocqueville*

Fecha de recepción : Noviembre 20 de 2007

Fecha de aceptación: Diciembre 12 de 2008

TRADUCCIÓN

*Felipe Dutra Asensi***

RESUMO

Alexis de Tocqueville, é um autor singular no pensamento jurídico-sociológico. O texto reflete sobre as principais características biográficas do autor para compreender, minimamente, os objetivos e motivações presentes em sua pesquisa sobre a democracia na América e, concomitantemente, buscar elementos que nos permitam pensar o caso francês e latino-americano. Ao analisamos sua relação com o campo jurídico, objetiva-se observar o potencial analítico que o autor nos oferece, de modo a travar uma discussão sobre o âmbito prático da democracia, a questão do associativismo, da descentralização e do processo de construção de direitos. Além disso, é realizada uma análise de sua concepção das próprias instituições. O exame das instituições estatais, legislativas e, em especial, jurídicas nos revela que a relação entre elas é muito mais de tensão do que de harmonia. Da mesma forma, é analisado como o Judiciário se configura, tanto no antigo regime quanto na democracia, como uma instituição essencial no processo de garantia de direitos e, ainda mais, no próprio processo de educação cívica dos indivíduos a partir da propagação de um *ethos*, promovendo uma reflexão sobre os pontos que nos auxiliam a pensar a relação entre Tocqueville e o campo jurídico.

ABSTRACT

Alexis de Tocqueville is a singular author in the juridical-sociological thought. The text reflects on the main biographical characteristics of the author to understand, properly, the objectives and motivations presented in his research about democracy in America and, concomitantly, to search elements that allow us to think about the French and Latin American cases. When analyzing his relation with the legal field, it's intended to observe the analytical potential that the author offers, in order to start a discussion about the practical scope of democracy, the question of the associativism, the decentralization and the process of rights' construction. Moreover, an analysis of his conception of the proper institutions is carried through. The examination of state, legislative and, in special, legal institutions reveals the relation between them is much more of tension than of harmony. In the same way, it is analyzed how the Judiciary configures itself, in the ancient regime and in democracy, as an essential institution in the process of guaranteeing rights and, still more, in the proper process of civic education of the individuals from the propagation of an *ethos*, promoting a reflection on the points that assist us to think the relation between Tocqueville and the legal field.

Palavras chave
Instituições jurídicas,
democracia, cidadania,
direito moderno

Keywords
Legal institutions,
democracy, citizenship,
modern law

* Artigo de reflexão

** Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense. Cientista social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde et da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Doutorando e Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). E-mail: felipedml@yahoo.com.br. Bolsista do CNPq. Endereço: Rua Assis Moura, 54 – Jacarepaguá – Rio de Janeiro – RJ – Brasil - Cep.: 22770-280. Telefone: (+ 55 21) 33423145 / 98129998. Contacto: felipedml@yahoo.com.br. Currículo completo em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4131521U3>

Derecho y democracia en América: pensando en el jurista Tocqueville*

Fecha de recepción : Noviembre 20 de 2007
Fecha de aceptación: Diciembre 12 de 2008

*Felipe Dutra Asensi***

RESUMEN

Alexis de Tocqueville, es un autor singular en el pensamiento jurídico – sociológico. El texto refleja las principales características biográficas del autor para comprender los objetivos y motivaciones presentes en su investigación acerca de La Democracia en América. Así mismo, busca elementos que permitan reflexionar el caso francés y latinoamericano. Al hacer un análisis de su relación con el campo jurídico, se ve el potencial analítico que el autor ofrece. Busca promover una discusión acerca del ámbito práctico de la democracia, en relación con el asociativismo, la descentralización y el proceso de construcción de derechos, realiza además, un análisis de su concepción de las propias instituciones. El examen de las instituciones estatales legislativas y, en especial jurídicas, revela que la relación entre ellas es mucho más tensa que armoniosa. Del mismo modo, busca analizar cómo el Judiciario se configura en el antiguo régimen con relación a la democracia como una institución esencial en el proceso de garantías de derechos y, aún más, en el propio proceso de educación cívica de los individuos a partir de la programación de un ethos, promoviendo una reflexión acerca de los puntos que ayudan a pensar en la relación entre Tocqueville y el campo jurídico.

ABSTRACT

Alexis de Tocqueville is a singular author in the juridical-sociological thought. The text reflects on the main biographical characteristics of the author to understand, properly, the objectives and motivations presented in his research about democracy in America and, concomitantly, to search elements that allow us to think about the French and Latin American cases. When analyzing his relation with the legal field, it's intended to observe the analytical potential that the author offers, in order to start a discussion about the practical scope of democracy, the question of the associativism, the decentralization and the process of rights' construction. Moreover, an analysis of his conception of the proper institutions is carried through. The examination of state, legislative and, in special, legal institutions reveals the relation between them is much more of tension than of harmony. In the same way, it is analyzed how the Judiciary configures itself, in the ancient regime and in democracy, as an essential institution in the process of guaranteeing rights and, still more, in the proper process of civic education of the individuals from the propagation of an ethos, promoting a reflection on the points that assist us to think the relation between Tocqueville and the legal field.

* Artículo de reflexión.

** Abogado graduado en la Universidad Federal Fluminense. Cientista social graduado en la Universidad del Estado do Rio de Janeiro. Investigador del Laboratorio de Investigaciones acerca de las Prácticas en Salud. Doctorado y Maestría en Sociología por el Instituto Universitario de Investigaciones del Rio de Janeiro, en Brasil. Becado del CNPq. Dirección: Calle Assis Moura, 54 – Jacarepaguá – Rio de Janeiro – RJ – Brasil - Cep.: 22770-280. Telefone: (+ 55 21) 33423145 / 98129998. E-mail: felipedml@yahoo.com.br. Currículo completo en: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualiza-cv.jsp?id=K4131521U3>

Palabras clave
Instituciones jurídicas,
democracia, ciudadanía,
derecho moderno

Keywords
Legal institutions,
democracy, citizenship,
modern law

1. INTRODUCCIÓN: SINGULARIZANDO A TOCQUEVILLE

Tocqueville, es un autor singular. Posibilita un debate amplio acerca de la cuestión de la democracia en Europa y en América, y aún permite explotar el carácter normativo (o pragmático) de una investigación, a modo de valorar efectivamente y en concreto la realidad social. De hecho, Tocqueville nos permite hacer una lectura amplia de esa temática, apuntando los límites y posibilidades de la construcción de la democracia en su época; el resultado de sus reflexiones y discusiones aún se encuentra vigente.

En su estudio acerca de La Democracia en América, Tocqueville observa una verdadera diferencia desde el punto de vista formal y material con relación a Europa. El viaje a América, acompañado de Gustav de Beaumont¹ incita a pensar en una nueva ciencia de base sustancialmente empírica que, se aleje del plan teórico-abstracto y observe, en la realidad concreta, los fenómenos sociales. Esta nueva ciencia, en líneas generales, tendría la tarea de articular la teoría, y la práctica y necesidad de re-discutir teorías a partir de las prácticas sociales, a modo de promover una comprensión apurada del mundo social, lo que implica reconocer que "Tocqueville nunca ofreció una teoría comprensiva de la historia, y él ciertamente nunca intentó visualizar leyes de desarrollo histórico"², pero sin valorar contextos específicos y sus experiencias concretas.

Por esta razón, se debe alertar que la realidad puede ser estudiada de diferentes formas, enfoques y contextos, dependiendo no solamente de los "ojos" del investigador sino también del contexto socio-cultural en que se inserta, y que "América aparentemente ofreció a Tocqueville el material histórico del cual el puede realizar un análisis de la democracia"³. La perspectiva de la democracia trajo aspectos subyacentes a la propia metodología de análisis lapidada por Tocqueville en su obra la cual,

- 1 Gustav de Beaumont y Alexis de Tocqueville, ambos franceses, fueron enviados por el gobierno galo para analizar El sistema penitenciario norteamericano.
- 2 BOESCHE, R. Introduction. In: TOCQUEVILLE, A. Selected letters on politics and society (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985.p.18. Todas las citaciones en idioma extranjero fueron traducidas por el mismo autor.
- 3 MARINI, J. Centralized administration and the "new despotism". En: MASUGI, K. Interpreting Tocqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p.272.

1. INTRODUÇÃO: SINGULARIZANDO TOCQUEVILLE

Tocqueville é um autor singular. Trata-se de um autor que possibilita um debate amplo sobre a questão da democracia na Europa e na América e ainda nos permite extrapolar o caráter normativo (ou pragmático) de uma pesquisa, de modo a valorizar efetivamente o plano do concreto e da realidade social. De fato, Tocqueville nos permite uma leitura ampliada dessa temática, apontando os limites e possibilidades de construção da democracia em sua época, cujo produto de suas reflexões e discussões ainda está presente nos dias de hoje.

Em seu estudo sobre a democracia na América, Tocqueville observa uma verdadeira diferença do ponto de vista formal e material em relação à Europa. A viagem à América, acompanhado de Gustave de Beaumont¹, provoca o reconhecimento da necessidade de se pensar em uma nova ciência de base substancialmente empírica e, por isso, que se afaste do plano teórico-abstrato e observe, na realidade concreta, os fenômenos sociais. Esta nova ciência, em linhas gerais, teria a tarefa de articular a teoria e a prática e, indo além, de rediscutir teorias a partir das práticas sociais, de modo a promover uma compreensão apurada do mundo social, o que implica reconhecer que "Tocqueville nunca ofereceu uma teoria comprensiva da história, e ele certamente nunca tentou visualizar leis de desenvolvimento histórico"², mas sim valorizar contextos específicos e suas experiências concretas.

Por essa razão, deve-se alertar que a realidade pode ser estudada de diferentes formas, enfoques e contextos, a depender não somente dos "olhos" do pesquisador como também do contexto sócio-cultural em que se insere, e a "América aparentemente ofereceu a Tocqueville o material histórico do qual ele pode realizar uma análise da democracia"³. A perspectiva da democracia traz aspectos subjacentes à própria metodologia de análise lapidada por Tocqueville em sua obra,

- 1 Gustav de Beaumont e Alexis de Tocqueville, ambos aristocratas franceses, foram enviados pelo governo fran em 1831 para estudar o sistema prisional americano.
- 2 BOESCHE, R. Introduction. In: TOCQUEVILLE, A. Selected letters on politics and society (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985.p.18. Todas as citações em idioma estrangeiro foram traduzidas pelo próprio autor
- 3 MARINI, J. Centralized administration and the "new despotism". En: MASUGI, K. Interpreting Tocqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p.272.

a pesar de discutir múltiples aspectos de la sociedad americana, se inclina principalmente a reflexionar acerca de la propia sociedad francesa.

En las investigaciones en Ciencias Sociales es costumbre partir de la idea de objetividad del conocimiento científico, alejado – o al menos, reducido – a interferencia de la subjetividad del investigador en el proceso de producción del conocimiento en el sistema de pensamiento tocquevilleano, es subyacente la idea de la sociología política a la perspectiva de estudiar la experiencia americana y comprender el abanico de reflexiones a cerca de los límites y posibilidades de implementación de la democracia en Francia, de modo que “la nueva Ciencia propuesta por Tocqueville, pretende evidenciar las dificultades inevitables de una realidad democrática, quiso mostrar las condiciones por las cuales la acción política se tornaría ineficaz al no alcanzar sus fines liberales”⁴.

Desde ya se debe resaltar que no significa aplicar pura y mecánicamente el modelo americano al caso francés, ni tampoco proponer un liberalismo acrítico. Tocqueville, al manifestar sensibilidad a las peculiaridades de cada contexto estudiado, admite el hecho de ser, al inicio, incommensurables. Sin embargo eso no aleja la posibilidad de reflexionar a partir del análisis de las experiencias concretas, en estrategias de incremento del proceso democrático en otras sociedades, y “es al estudio de las instituciones y de las costumbres que dedica sus lecciones al método comparativo”⁵.

El método comparativo pasa a ser un elemento esencial del análisis de los avances y fracasos en la consolidación de la democracia en Europa y, en especial, en la propia Francia. En esta línea, la nueva ciencia a la que se refiere Tocqueville tenía como objetivo, “de un solo golpe, persuadir a los individuos de la viabilidad de una sociedad igualitaria liberal y determinar sus condiciones de posibilidad”⁶. Se debe observar que no se trata solamente de una perspectiva liberal asociada a su papel positivo, o sea, de reflexión acerca de criterios substanciales de democracia que auxilien en la construcción de una sociedad basada en el principio de la igualdad.

a qual, apesar de discutir múltiplos aspectos da sociedade americana, visa principalmente refletir sobre a própria sociedade francesa.

É de costume referir-se às pesquisas em ciências sociais a partir da idéia de objetividade do conhecimento científico, afastando – ou, ao menos, reduzindo – a interferência da subjetividade do pesquisador no processo de produção do conhecimento. No sistema de pensamento tocquevilleano, há subjacente à idéia de sociologia política a própria perspectiva de estudar a experiência americana e abranger o leque de reflexões sobre os limites e possibilidades de incremento da democracia na França, de modo que “a nova ciência proposta por Tocqueville, ao explicitar os constrangimentos inescapáveis à realidade democrática, quis ainda apontar as condições pelas quais a ação política tornar-se-ia eficaz no alcance de seus fins liberais”⁴.

E, desde já, deve-se resaltar que não significa aplicar pura e mecanicamente o modelo americano ao caso francês tampouco propor um liberalismo a-crítico. Tocqueville, ao manifestar sensibilidade às peculiaridades de cada contexto estudado, admite o fato de serem, a princípio, incomensuráveis; porém isso não afasta a possibilidade de se pensar, a partir da análise das experiências concretas de cada experiência, em estratégias de incremento do processo democrático (diga-se de passagem, de cunho irreversível) em outras sociedades, e “é ao estudo das instituições e dos costumes que ele dedica suas lições e ao método comparativo”⁵.

O método comparativo passar a ser um elemento essencial de análise dos avanços e fracassos na consolidação da democracia na Europa e, em especial, na própria França. Nesta linha, esta nova ciência à que se refere Tocqueville tinha como objetivo, “de um só golpe, persuadir os indivíduos da viabilidade de uma sociedade igualitária liberal e determinar suas condições de possibilidade”⁶. Observe que não se trata somente de uma perspectiva liberal se tal perspectiva não está associada ao seu papel propositivo, ou seja, de reflexão sobre critérios substanciais de democracia que auxiliem na construção de uma sociedade calcado no princípio da igualdade.

4 JASMIN, M. Alexis de Tocqueville. A historiografia como ciência da política. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2005. p. 35.

5 LAMBERTI, J. C. Tocqueville et les deux démocraties. Paris: PUF, 1983. p. 96.

6 JASMIN, Op.cit., p. 36.

4 JASMIN, M. Alexis de Tocqueville. A historiografia como ciência da política. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2005. p. 35.

5 LAMBERTI, J. C. Tocqueville et les deux démocraties. Paris: PUF, 1983. p. 96.

6 JASMIN, Op.cit., p. 36.

La democracia, por lo tanto, es el elemento central en la obra de Tocqueville; y es analizada no solamente en su obra más relevante – La democracia en América – sino de forma indirecta en otros textos como El Antiguo Régimen y La Revolución. Entretanto, al acostumbrarse a atribuir en las lecturas de Tocqueville un carácter fuertemente sociológico, poco se discute la influencia de su formación como jurista. La dimensión de la formación jurídica del autor no es muy destacada en las discusiones de las Ciencias Sociales y del Derecho cuando, en verdad, Tocqueville tenía (además de formación jurídica) una profesión jurídica ya que actuaba como magistrado en el Tribunal de Versalles. ¿Cómo pensar en el jurista Tocqueville?, ¿Cuáles son las concepciones de derecho presentes en su análisis empírico?, ¿Cuáles son las perspectivas epistemológicas en las cuales reside su base de pensamiento?, ¿En qué medida podemos pensar en la articulación entre el Sociólogo Tocqueville y el Jurista Tocqueville?

Como fue mencionado en su momento, “Tocqueville no es un teórico. El tiene por la especulación política mucha más desconfianza que gusto. Él sabe bien que la limitación de la soberanía y la garantía de los derechos no se obtienen haciendo un apelo a la evidencia o a la razón pura”⁷. Se trata de una crítica al optimismo como perspectiva a través de la cual los derechos adquieren una dimensión puramente natural o immanente, lo que al principio lo distancia de algunos teóricos del jusnaturalismo. Hay una dimensión práctica en el ámbito de los derechos la cual, como será visto, direcciona la idea de ciudadanía activa.

Es importante resaltar que el viaje a América de Tocqueville y Beaumont, en un primer momento, obedeció a una propuesta bien delineada: estudiar el sistema penitenciario norte-americano y pensar sobre sus posibles aplicaciones en el caso francés. No se trató de estudiar ese sistema bajo el punto de vista de la filosofía y tampoco de la sociología, pero sí desde el propio punto de vista de la seguridad pública y del derecho. Se trataba de una propuesta de estudio jurídico de las cuestiones que involucraban el sistema penitenciario, y terminó transformándose en un estudio sociológico de las circunstancias que involucraban la democracia en América. Tal cambio no fue al azar, ni en virtud del objetivo previamente determinado (el estudio del sistema penitenciario).

A democracia, portanto, é elemento central na obra de Tocqueville, e é expressa não somente no livro mais evidente – “A democracia na América” – mas de forma indireta em outros, como “O Antigo Regime e a Revolução”. Entretanto, costuma-se atribuir nas leituras de Tocqueville um caráter fortemente sociológico, pouco se discutindo a influência de sua formação de jurista. A dimensão da formação jurídica do autor não recebe muito destaque nas discussões das ciências sociais e do direito, quando, na verdade, Tocqueville tinha, além de formação jurídica, uma profissão jurídica, uma vez que atuava como magistrado no Tribunal de Versailles. Como, então, pensar o jurista Tocqueville? Quais são as concepções de direito presentes em sua análise empírica? Quais as perspectivas epistemológicas nas quais reside sua base de pensamento? Em que medida podemos pensar a articulação entre o Sociólogo Tocqueville e o Jurista Tocqueville?

Como foi enfatizado, “Tocqueville não é um teórico. Ele tem pela especulação política muito mais desconfiança do que gosto. Ele sabe bem que a limitação da soberania, a garantia de direitos não se obtêm em fazendo um apelo à evidência ou à razão pura”⁷. Trata-se de uma crítica ao apriorismo como perspectiva através da qual os direitos adquirem uma dimensão puramente natural ou imanente, o que, a princípio, o distancia de alguns teóricos do jusnaturalismo. Há uma dimensão prática no âmbito dos direitos a qual, como será visto, remete à idéia de cidadania ativa.

É importante resaltar que a viagem à América de Tocqueville e Beaumont, num primeiro momento, obedeceu a uma proposta bem delineada: estudar o sistema penitenciário norte-americano e refletir sobre suas possíveis aplicações no caso francês. E não se tratou de estudar esse sistema sob o ponto de vista da filosofia tampouco da sociologia, mas sim do próprio ponto de vista da segurança pública e do direito. Tratava-se de uma proposta de estudo jurídico das questões que envolviam o sistema penitenciário, e terminou por se transformar em um estudo sociológico das questões que envolviam a democracia na América. Tal mudança não foi por acaso nem em virtude do objeto previamente determinado (o estudo do sistema penitenciário).

7 LAMBERTI, Op.cit., p. 96.

7 LAMBERTI, Op.cit., p. 96.

De hecho:

El requerimiento de la misión penitenciaria no es más que un pretexto, “una disculpa inventada” (G.W. Pierson) recubriendo una ambición más vasta. Como efecto, bien antes, los dos compañeros habían exprimido el deseo de no restringirse las prisiones. “Al estudiar el sistema penitenciario, nosotros veremos la América”, escribió Beaumont a su padre desde la embarcación. “Nosotros lanzaremos las bases de una gran jornada que hará un día nuestra reputación”. Tocqueville, que se convirtió en el autor más celebre de la Democracia en América, confía a Kergolay: “El sistema penitenciario era pretexto: yo lo ví como un pasaporte que me permitía penetrar completamente en los Estados Unidos⁸.”

El estudio del sistema penitenciario nunca fue un fin en sí mismo, a pesar de haber sido efectivamente realizada la investigación. Tocqueville y Beaumont tenían claro el objetivo de estudiar la democracia en América, además como juristas presentaron al Ministerio del Interior Francés el informe de la investigación – que posteriormente se convirtió en libro, de la siguiente forma:

MM. Gustave de Beaumont, procurador del Tribunal de Seine, y Alexis de Tocqueville, juez suplente del Tribunal de Versailles, fueron encargados por el Ministro del Interior de recorrer la América del Norte para investigar las diferentes aplicaciones del Sistema Penitenciario, y para recorrer todos los documentos propios para aclarar el Gobierno a ese respecto⁹.

Esta introducción apunta que a desmedro de la investigación acerca de la democracia en América realizada por los autores, el aspecto es poco analizado en el campo de las Ciencias Sociales y del Derecho. Ciertamente, no se trata de separar al sociólogo Tocqueville del jurista Tocqueville en la medida en que, a pesar de que en la práctica, no es una división que cuida por la unidad del pensamiento del autor. La idea es que el sociólogo y el jurista no estén divorciados, aún cuando hay momentos en que una formación se manifiesta más

De fato:

O requerimento da missão penitenciária não é mais que um pretexto, “uma desculpa inventada” (G. W. Pierson) recobrando uma ambição mais vasta. Bem antes, com efeito, os dois companheiros haviam exprimido o desejo de não se restringir às prisões. “Ao estudar o sistema penitenciário, nós veremos a América”, escreveu Beaumont a seu pai da embarcação. “Nós lançamos as bases de uma grande jornada que fará um dia a nossa reputação”. E Tocqueville, que se tornou o autor mais célebre da Democracia na América, confia a Kergolay: “O sistema penitenciário era um pretexto: eu o vi como um passaporte que me permitiria penetrar completamente nos Estados Unidos⁸.”

O estudo do sistema penitenciário nunca foi um fim em si mesmo, apesar da pesquisa ter sido efetivamente realizada. Tocqueville e Beaumont tinham claro o objetivo de estudar a democracia na América, porém foi como juristas que propuseram ao Ministério do Interior a pesquisa. O próprio relatório de pesquisa sobre o sistema penitenciário denota a carga formalista que predomina no campo jurídico a respeito das análises sociais. Beaumont e Tocqueville iniciam o relatório – que, posteriormente, se tornou livro – da seguinte forma:

MM. Gustave de Beaumont, procurador substituto do Rei do Tribunal de Seine, e Alexis de Tocqueville, juiz suplente do Tribunal de Versailles, estiveram encarregados pelo Ministro do Interior, de percorrer a América do Norte para lá pesquisar as diferentes aplicações do Sistema Penitenciário, e para recolher todos os documentos próprios a esclarecer o Governo a esse respeito⁹.

Este cabeçalho nos aponta que, a despeito da pesquisa sobre a democracia na América realizada pelos autores, o aspecto jurídico esteve presente em todo momento nas suas discussões, apesar de pouco analisado no campo das ciências sociais e do direito. Certamente, não se trata de separar o sociólogo Tocqueville do jurista Tocqueville, na medida em que, apesar de didática, não é uma divisão que zela pela unidade do pensamento do autor. A idéia é que o sociólogo e o

8 PERROT, M. Introduction. In: BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris: Gallimard, 1984. p. 7.

9 BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris: Gallimard, 1984. p. 49.

8 PERROT, M. Introduction. In: BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris: Gallimard, 1984. p. 7.

9 BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris: Gallimard, 1984. p. 49.

que la otra. Cualquier separación del pensamiento sociológico del pensamiento jurídico sería irreal y contradictoria, porque niega la posibilidad de diálogo e influencia mutua de estos campos. Lo que parece más adecuado en esta oportunidad es pensar, en los momentos en que la formación jurídica se manifiesta más fuertemente que la formación sociológica, no como una pretensión de excluir una en detrimento de la otra; pero sí como un esfuerzo de leer y pensar a Tocqueville también bajo el punto de vista de su vida profesional en Francia, frecuentemente permeada por el campo jurídico.

Para eso debemos partir de dos cuestiones que, a pesar de no agotarse en el campo jurídico, sirven de referencia al Jurista Tocqueville para pensar en los derechos. En primer lugar, se debe enfatizar que Tocqueville "(...) también llevó los derechos seriamente, fue tan lejos y confirmó que el respeto por los derechos individuales es esencial para la preservación de la libertad y de la dignidad humana de la democracia (...)"¹⁰, lo que acerca al autor a una perspectiva liberal de derechos, que se concretan principalmente en los derechos políticos, que actúan al "asociar a los seres humanos a una forma civilizada compatible con la libertad y la dignidad"¹¹. En segundo lugar, y asociado a la idea de una nueva ciencia, el objetivo del autor "consistía en crear mecanismos que inhibieran tal individualismo egoísta. Después de la experiencia americana, él piensa haberlos encontrado en el asociativismo, locus privilegiado para el ejercicio de la participación en la vida pública"¹².

Lo anterior, sugiere la perspectiva de reivindicación de derechos en el espacio público por medio de formas asociativistas. En esta línea, los derechos políticos ocupan un lugar central en el propio proceso de reivindicaciones de nuevos derechos (a su vez, no – políticos), lo que apunta hacia la idea de que el ordenamiento jurídico no es un cuerpo cerrado, pero sí en continúa construcción o susceptible de ser cimentado a partir de los individuos en sus relaciones de asociación civil y política. En efecto, esta asertiva evidencia el punto de contacto entre derechos y democracia como espíritu activo de participación en la vida pública.

10 WINTHROP, D. Rights: a point of honor. In: MASUGI, K. Interpreting tocqueville's democracy in America. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p. 394-395.

11 Ibid., p. 398.

12 GAHYVA, H. Tocqueville e Gobineau no mundo dos iguais. Em: Revista Dados, vol. 49, N 3, Rio de Janeiro, 2006.

jurista não estão divorciados, havendo momentos em que uma formação se manifesta mais do que a outra. Qualquer separação do pensamento sociológico do pensamento jurídico seria irreal e, indo além, contraditória, porque nega a possibilidade de diálogo e influência mútua destes campos. O que parece mais adequado é refletir, nesta oportunidade, sobre os momentos em que a formação jurídica se manifesta mais fortemente do que a formação sociológica, não como uma forma de excluir uma em detrimento da outra, mas sim como um esforço de ler e refletir sobre Tocqueville também sob o ponto de vista de sua vida profissional na França, marcadamente permeada pelo campo jurídico.

Para tal, devemos partir de duas questões que, apesar de não se esgotarem no campo jurídico, servem de referencial para o jurista Tocqueville pensar os direitos. Primeiramente, deve-se enfatizar que Tocqueville "também levou os direitos seriamente. Ele foi tão longe ao insistir que o respeito pelos direitos individuais é essencial para a preservação da liberdade e da dignidade humana da democracia"¹⁰, o que aproxima o autor de uma perspectiva liberal de direitos que se concentram, principalmente, nos direitos políticos, uma vez que atuam no sentido "associar os seres humanos uns aos outros numa forma civilizada compatível com a liberdade e a dignidade"¹¹. Em segundo lugar, e associado à idéia de nova ciência, o objetivo do autor "consistia em apontar mecanismos que inibissem tal individualismo egoísta. Após a experiência americana, ele cria tê-los encontrado no associativismo, locus privilegiado para o exercício da participação na vida pública"¹², o que remonta à própria perspectiva de reivindicação de direitos no espaço público por meio de formas associativistas. Nesta linha, temos uma perspectiva em que os direitos políticos ocupam lugar central no próprio processo de reivindicação de novos direitos (por vezes, não-políticos), o que aponta para a idéia de que o ordenamento jurídico não é um corpo fechado, mas sim algo sempre em construção ou passível de ser construído a partir dos indivíduos em suas relações de associação civil e política. Com efeito, esta assertiva deixa evidente o ponto de contato entre, de um lado, direitos e, de outro, a democracia enquanto espírito ativo de participação na vida pública.

10 WINTHROP, D. Rights: a point of honor. In: MASUGI, K. Interpreting tocqueville's democracy in America. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p. 394-395.

11 Ibid., p. 398.

12 GAHYVA, H. Tocqueville e Gobineau no mundo dos iguais. Em: Revista Dados, vol. 49, n 3, Rio de Janeiro, 2006.

En los próximos capítulos, se analizará de forma más apurada la singularidad que ocupa la cuestión de los derechos en Tocqueville, así como el lugar de las instituciones jurídicas en su cumplimiento y garantía desde la perspectiva de la ciudadanía activa y contracción de la democracia ampliamente discutidas por el autor en América, Francia y, en menor grado Inglaterra, buscando reflexionar sobre sus contribuciones en América Latina.

2. DESARROLLO

2.1 TOCQUEVILLE Y CAMPO JURÍDICO

Para pensar en Tocqueville, la democracia y su vivencia como jurista en Francia, se deben apreciar algunos aspectos fundamentales que involucran: a) la naturaleza práctica de la democracia; b) la naturaleza institucional y socio-jurídica del asociativismo y de la descentralización; c) la naturaleza de los derechos políticos y su importancia en la construcción de los nuevos derechos. Lo anterior involucrando las tres cuestiones de forma articulada no con el fin de agotarlas, pero sí de promover una reflexión acerca de los puntos de contacto que permiten establecer la relación entre Tocqueville y el campo jurídico.

2.1.1 La praxis de la democracia

El punto de partida del análisis de Tocqueville es el siguiente: la democracia no es solamente un régimen de gobierno herméticamente cerrado y definible pragmáticamente una vez que la democracia, involucra ante todo una dimensión práctica. En esta línea, la democracia no es meramente un régimen político; es un espíritu que está presente en la sociedad y en la vida pública que implica una postura activa ante la realidad social. En su estudio de la sociedad americana, Tocqueville encuentra una realidad diferente de la democracia francesa, a pesar de establecer ciertos puntos en común, llegando a admitir, en una de sus cartas, que su cerebro estaría “en continua fermentación”¹³.

América provoca un cambio substancial en el pensamiento de Tocqueville y, concomitantemente, posibilita una nueva forma de pensar en los fenómenos sociales por la vía práctica. Al enfatizar la dimensión del espíritu democrático, Tocqueville

13 TOCQUEVILLE. Selected letters on politics and society (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985. p. 61.

Nos próximos capítulos, teremos a oportunidade de analisar de forma mais apurada a singularidade que ocupa a questão dos direitos em Tocqueville, assim como o próprio lugar das instituições jurídicas em sua efetivação e garantia, sob a perspectiva de cidadania ativa e construção da democracia amplamente discutidas pelo autor na América, na França e, em menor grau, na Inglaterra, e buscando refletir sobre suas contribuições na América Latina.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 TOCQUEVILLE O CAMPO JURÍDICO

Para pensar a interface entre a análise de Tocqueville sobre a democracia e a sua vivência enquanto jurista na França, deve-se ter em mente algumas questões básicas que envolvem: a) a natureza prática da democracia; b) a natureza institucional e sócio-jurídica do associativismo e da descentralização; c) a natureza dos direitos políticos e sua importância na construção de novos direitos. Por isso, pensaremos as três questões de forma articulada, não com o objetivo de esgotar o assunto sobre cada uma delas, mas sim de promover uma reflexão sobre pontos de contato que nos auxiliam a pensar a relação entre Tocqueville e o campo jurídico.

2.1.1 A praxis da democracia

O ponto de partida da análise de Tocqueville consiste no seguinte: a democracia não é apenas um regime de governo hermeticamente fechado e definível pragmáticamente, uma vez que a democracia, antes de tudo, envolve uma dimensão prática. Nesta linha, a democracia não é meramente um regime político; é um espírito que está presente na sociedade e na vida pública, de modo a implicar uma determinada postura ativa diante da realidade social. Em seu estudo da sociedade americana, Tocqueville encontra uma realidade diferente da democracia francesa, apesar de estabelecer certos pontos em comum, chegando a admitir, em uma de suas cartas, que seu cérebro estaria “em contínua fermentação”¹³.

A América provoca uma mudança substancial no pensamento de Tocqueville e, concomitantemente, posibilita uma nova forma de pensar os fenômenos sociais pela via prática. Ao enfatizar a dimensão do espírito democrático, Tocqueville nos chama atenção

13 TOCQUEVILLE. Selected letters on politics and society (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985. p. 61.

nos llama la atención por el hecho de que la cultura cívica es elemento esencial en cualquier democracia, en la medida en que permite una postura activa en el proceso de construcción y en el ejercicio efectivo de los derechos. En el caso americano, lo que llama la atención del autor es el hecho de que ésta cultura democrática está presente en todos los individuos, en menor o mayor grado, por medio de lo que se llamó el interés bien-comprendido que significa que “la doctrina moral americana [...] es pensada para superar el individualismo y estimular la asociación. Esa es la doctrina del interés bien comprendido, que es tanto la constatación de un problema cuanto su solución”¹⁴. En este sentido, el hombre típico de los países democráticos, “solo descubre cerca de sí, seres más o menos parecidos; no puede, pensar sea cual sea la parte de la especie humana, su pensamiento no crezca y no se dilate hasta comprender el conjunto”¹⁵.

El interés bien-comprendido involucra, de este modo, dos dimensiones: a) la idea de que la democracia posee un aspecto moral por medio del cual todo ciudadano posee, no solamente, el derecho (porque posee derechos políticos) como el deber (para alejar el despotismo democrático) de participar de manera activa; y b) la idea de que la participación no se resume solamente en el proceso de deliberación de las cuestiones sociales, así como también en la propia posibilidad de actuar positivamente en la resolución de forma descentralizada.

Por esa razón, “el interés, no la piedad o el censo de deber, tiene que tornarse el principal motivo para reivindicar, ejercitar y concebir derechos. Pero él también quiere decir que los seres humanos no entienden sus intereses si bien ellos no lo transforman en derechos”¹⁶. De un lado, se tiene un sólido interés que se torna compartido en la medida en que involucra cada vez más aspectos democráticos-participativos y de otro la necesidad de que a partir de la buena comprensión del interés de la colectividad, se pueda efectivamente luchar por los derechos en una perspectiva no-particular. De esta manera, los americanos:

Conseguían mantener su tradición asociativista en un mundo cada vez más marcado por el individualismo en función del interés bien comprendido. Inseparable de la descentralización

para o fato de que a cultura cívica é elemento essencial em qualquer democracia, na medida em que permite uma postura ativa no processo de construção e efetivação de direitos. No caso americano, o que chama a atenção do autor é o fato desta cultura democrática estar presente em todos os indivíduos, em maior ou menor grau, por meio do que chamou de interesse bem-compreendido que, de forma inicial, significa que “a doutrina moral americana [...] é pensada para superar o individualismo e encorajar a associação. Essa é a doutrina do interesse bem compreendido, que é tanto a constatação de um problema quanto a sua solução”¹⁴. Nesta linha, o homem típico dos países democráticos “só descobre perto de si, pelo contrário, seres mais ou menos parecidos; não pode, pois, pensar em seja qual for a parte da espécie humana, que o seu pensamento não cresça e não se dilate até abranger o conjunto”¹⁵.

O interesse bem-compreendido envolve, deste modo, duas dimensões: a) a idéia de que a democracia possui um aspecto moral por meio do qual todo cidadão possui não somente o direito (porque possui direitos políticos) como o dever (para afastar o despotismo democrático) de participar de forma ativa; b) a idéia de que a participação não se resume somente no processo de deliberação das questões sociais como também na própria possibilidade de atuar positivamente na sua resolução de forma descentralizada.

Por essa razão, “o interesse, não a piedade ou o senso de dever, tem que se tornar o principal motivo para reivindicar, exercitar e conceber direitos. Mas ele também quer dizer que os seres humanos não entendem seus interesses bem se eles não o transformam em direitos”¹⁶. De um lado, então, temos um sólido interesse que se torna compartilhado na medida em que envolve cada vez mais aspectos democrático-participativos e, de outro, a necessidade de que, a partir da boa compreensão do interesse da coletividade, se possa efetivamente lutar por direitos numa perspectiva não-particularística. Deste modo, os americanos:

Conseguiam manter sua tradição associativista em um mundo cada vez mais marcado pelo individualismo em função do interesse bem compreendido. Inseparável da descentralização

14 WINTHROP, Op.cit., p. 401.

15 TOCQUEVILLE, A de. A democracia na América. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977. p. 329.

16 WINTHROP, Op.cit., p. 413-414.

14 WINTHROP, Op.cit., p. 401.

15 TOCQUEVILLE, A de. A democracia na América. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977. p. 329.

16 WINTHROP, Op.cit., p. 413-414.

administrativa, ese concepto representa un sentimiento común según el cual la promoción de bienestar colectivo se verá reflejada en la promoción del bienestar individual. La lógica del interés bien comprendido permitía que se destinase a los ciudadanos la responsabilidad por la administración de una serie de problemas locales, estimulando la participación política vía acción conjunta y reforzando los lazos de interdependencia entre los individuos¹⁷.

El interés, cuando es bien comprendido pasa a recibir una dimensión colectiva, por medio de la cual podrá efectivamente manifestarse como derecho, destacando el asociativismo y la descentralización, como se verá más adelante.

En el caso americano, es importante llamar la atención sobre la dimensión religiosa de este interés. Tocqueville, en diversos pasajes de *La Democracia en América*, destaca el papel de la religión en la construcción de la sociedad americana, no solamente desde el punto de vista filosófico sino también político. El argumento central es la valoración del espacio público en función de la propia manifestación del interés bien comprendido, se instituyó una religión civil en el seno de la democracia por medio de la cual las leyes y costumbres pasan a recibir un contenido sagrado y religioso, cuya trasgresión se asemeja a la comisión de un pecado¹⁸. Tocqueville observa que los legisladores “tienen la preocupación sobretodo de mantener el orden moral y las buenas costumbres en la sociedad; así, penetran sin cesar en el dominio de la conciencia, y casi no hay pecados que no vengán a someter la censura del magistrado”¹⁹. En este sentido, frente al hecho de que el interés bien comprendido se manifiesta por medio de los derechos, cualquier trasgresión a ellos es vista como una trasgresión al propio interés de todos que, en su límite, tiene un contenido sagrado.

Lamberti, analizando tal cuestión bajo el prisma jurídico afirma que: “La reflexión de Tocqueville acerca de los derechos se inscribe en una perspectiva bien tradicional: no es una cuestión de derechos ‘naturales’, pero la idea de una ley natural de origen divino, conocida en virtud de la Revelación y por los esfuerzos morales”²⁰. Hay una intervención en

administrativa, esse conceito representa um sentimento comum segundo o qual a promoção do bem-estar coletivo refletirá na promoção do bem-estar individual. A lógica do interesse bem compreendido permitia que se destinasse aos cidadãos a responsabilidade pela administração de uma série de problemas locais, estimulando a participação política via ação conjunta e reforçando os laços de interdependência entre os indivíduos¹⁷.

O interesse, quando bem compreendido, passa a receber uma dimensão coletiva por meio da qual poderá efetivamente manifestar-se como direito, recebendo destaque nesse movimento o associativismo e a descentralização, como veremos adiante.

No caso americano, é importante chamar atenção para a dimensão religiosa deste interesse. Tocqueville, em diversas passagens de *A Democracia na América*, aponta para o papel da religião na construção da sociedade americana não somente do ponto de vista filosófico, mas também político. O argumento centra-se na idéia de que, diante da valorização do espaço público em função da própria manifestação do interesse bem-compreendido, institui-se uma religião civil no seio da democracia por meio da qual as leis e costumes passam a receber um conteúdo sagrado, religioso, cuja transgressão se assemelha aos efeitos do cometimento de um pecado¹⁸. Tocqueville observa que os legisladores “têm a preocupação sobretodo de manter a ordem moral e os bons costumes na sociedade; assim, penetram sem cessar no domínio da consciência, e quase não há pecados que não venham a submeter à censura do magistrado”¹⁹. Neste sentido, diante do fato do interesse bem-compreendido se manifestar por meio de direitos, qualquer transgressão a eles é vista como uma transgressão ao próprio interesse de todos que, em seu limite, tem um conteúdo sagrado.

Lamberti, analizando tal questão sob o prisma jurídico, afirma que: “a reflexão de Tocqueville sobre os direitos se inscreve em uma perspectiva bem tradicional: não é uma questão aqui de direitos ‘naturais’; mas a idéia de uma lei natural de origem divina, conhecida em virtude da Revelação e pelo esforço moral”²⁰. Há uma intervenção no privado

17 GAHYVA, Op.cit.

18 TOCQUEVILLE, A de. *A democracia na América*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977.p. 38.

19 Ibid.,p.38.

20 LAMBERTI, Op.cit., p. 98.

17 GAHYVA, Op.cit.

18 TOCQUEVILLE, A de. *A democracia na América*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977. p. 38.

19 Ibid., p. 38.

20 LAMBERTI, Op.cit., p. 98.

lo privado no porque haya un despotismo racional instituido, sino porque la ley recibe un significado sagrado a partir del momento en que su contenido es democráticamente construido a partir de las prácticas sociales. El escenario de la democracia encontrado por Tocqueville en América es el escenario en el que los derechos son constituidos a partir de experiencias concretas, y no de teorías importadas del contexto europeo, lo que refuerza el debate acerca de la asociación y descentralización.

2.1.2 Asociativismo y descentralización en la construcción de los derechos

La cuestión del asociativismo y de la descentralización en la construcción de los derechos es central en Tocqueville. De hecho, significa una de las discusiones en que más queda visible la diferencia entre el modelo democrático americano y el modelo democrático francés, bien como sus límites y posibilidades de concertación de los derechos. El diálogo entre ambos modelos se hace presente a partir de la siguiente indagación: ¿quién ejerce el papel definidor de los derechos y cómo lo ejerce? o, ¿qué paquetes institucionales posibilitan un mayor incremento en el proceso democrático de construcción de derechos, y en qué medida estos paquetes dependen de la cultura cívica de sus ciudadanos?

En su estudio acerca de América, Tocqueville conoció un escenario en el que la construcción de derechos es realizada en el ámbito local a partir de las prácticas cotidianas de los actores sociales y no a partir de un centro comúnmente asociado al Estado. De hecho, es en las comunas que se desarrollan los derechos, las obligaciones y los deberes; lo que implica reconocer que tanto el contenido de la libertad como el de la igualdad son definidos localmente por medio del interés bien comprendido. Esta organización en la cual la comuna ocupa un papel decisivo en la vida social manifiesta una fuerte descentralización, una vez que la comuna tiene derecho de regirse a sí misma en su interés particular. Ella solo se encuentra bajo el Estado cuando el interés es al respecto del ámbito general, ganando relevancia la idea de auto-gobierno, auto-determinación, ciudadanía activa, etc. Por eso,

El sistema americano, que al mismo tiempo divide el poder municipal entre un gran número de ciudadanos, no teme absolutamente multiplicar los deberes comunales. En los Estados Unidos, se piensa, con razón, que el amor a la patria es una especie de culto al cual los hombres se aferran

não porque há um despotismo racionalmente instituído, mas porque a lei recebe significado sagrado a partir do momento em que seu conteúdo é democraticamente construído a partir das práticas sociais. O cenário da democracia encontrado por Tocqueville na América é o cenário em que os direitos são construídos a partir das experiências concretas, e não a partir de teorizações importadas do contexto europeu, o que reforça o debate sobre associativismo e descentralização.

2.1.2 Associativismo e descentralização na construção de direitos

A questão do associativismo e da descentralização na construção de direitos é central em Tocqueville. De fato, significa uma das discussões em que mais fica visível a diferença entre o modelo democrático americano e o modelo democrático francês, bem como seus limites e possibilidades de efetivação de direitos. O diálogo entre ambos os modelos se faz presente a partir da seguinte indagação: quem exerce o papel definidor de direitos e como o exerce? Ou, mais precisamente, que arranjos institucionais possibilitam, a seu modo, um maior incremento no processo democrático de construção de direitos, e em que medida estes arranjos dependem da cultura cívica de seus cidadãos?

Em seu estudo sobre a América, Tocqueville conheceu um cenário em que a construção de direitos é realizada no âmbito local, a partir das práticas cotidianas dos atores sociais, e não a partir de um centro comumente associado ao Estado. De fato, são nas comunas que se desenvolvem os direitos, as obrigações e os deveres, o que implica reconhecer que tanto o conteúdo da liberdade quanto o da igualdade são definidos localmente por meio do interesse bem-compreendido. Esta organização na qual a comuna ocupa papel decisivo na vida social manifiesta uma forte descentralização, uma vez que a comuna tem direito de reger-se a si própria no seu interesse particular. Ela só se submete ao Estado quando o interesse diz respeito ao âmbito geral, ganhando relevo a idéia de auto-governo, auto-determinação, cidadania ativa, etc. Por isso,

O sistema americano, ao mesmo tempo que divide o poder municipal entre grande número de cidadãos, não teme absolutamente multiplicar os deveres comunais. Nos Estados Unidos, pensa-se, com razão, que o amor à pátria é uma espécie de culto ao qual os homens se prendem pelas

por las prácticas. De esa forma, la vida comunal, de cierto modo, se hace sentir a cada instante; se manifiesta cada día por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio de un derecho²¹.

El individuo será ciudadano solamente porque es titular de derecho, pero también porque posee deberes delante de su sociedad. Tocqueville, en una de sus cartas, demuestra esa dimensión al admitir que dos características de la sociedad americana le causaron fuerte admiración:

La primera es el extremo respeto que las personas tienen por el derecho; solo y sin la coerción pública, eso comanda un camino irresistible. Yo creo, de hecho, que la principal causa de eso es que ellos hacen el derecho por ellos mismos y aún pueden cambiarlos. [...]. La segunda cosa es que [...] todo hombre se considera a sí mismo interesado en la seguridad pública y en el ejercicio de los derechos. Al contrario de contar con la política, él cuenta solamente consigo mismo²².

En efecto, la cita anterior revela la idea discutida sobre el hecho de que la democracia no se restringe solamente a un régimen político, sino también a un espíritu cívico. La posibilidad de ‘hacer’ el derecho ‘por sí mismo’ revela que la descentralización permite un acercamiento del individuo con la esfera pública, a modo de ampliar las posibilidades de realizar sus intereses y comunicarlos a otros individuos. Además, alejase de la propia postura pasiva en la que una exterioridad (en general, el Estado) debe no solamente celar sino también actuar procurar la guarda de los derechos. La actividad de construcción de derechos, además del hecho de constituirse como un derecho y deber del individuo, pasa a ser una actividad fuertemente marcada por el asociativismo local, y no por el centralismo estatal, partiendo del principio de que “solo habrá libertad democrática en donde haya acción permanente del cuerpo de ciudadanos en la esfera pública”²³. El hecho político de la descentralización es la transformación del ‘habitante’ – comúnmente relacionado a una postura pasiva – en ciudadano activo y constructor de su cotidianidad, a partir de las diversas formas de asociación civil y política, caracterizando una especie de “virtud introducida en el mundo político”²⁴. De ahí, surge la admiración de Tocqueville con las numerosas formas de asociación que penetran la sociedad americana, las cuales se

práticas. Dessa forma, a vida comunal, de certo modo, faz-se sentir a cada instante; manifesta-se a cada dia pelo cumprimento de um dever ou pelo exercício de um direito²¹.

O indivíduo será cidadão não somente porque é titular de direitos, mas também porque possui deveres diante de sua sociedade. Tocqueville, em uma de suas cartas, demonstra essa dimensão ao admitir que duas características da sociedade americana lhe causaram forte admiração:

A primeira é o extremo respeito que as pessoas têm pelo direito; sozinho e sem a coerção pública, isso comanda um caminho irresistível. Eu acredito, de fato, que a principal causa disso é que eles fazem o direito por eles próprios e ainda podem mudá-lo. [...]. A segunda coisa é que [...] todo homem considera a si próprio interessado em segurança pública e no exercício dos direitos. Ao invés de contar com a política, ele conta apenas consigo²².

Com efeito, a passagem acima revela a idéia anteriormente discutida acerca da democracia não se restringir somente a um regime político, mas também a um espírito cívico. A possibilidade de “fazer” o direito “por si próprio” revela que a descentralização permite uma aproximação do indivíduo da esfera pública, de modo a ampliar as possibilidades de realizarem seus interesses e comungá-los aos de outros indivíduos. Além disso, afasta-se a própria postura passiva de que uma exterioridade (em geral, o Estado) deve não somente zelar como também atuar na efetivação de direitos. A atividade de construção de direitos, para além do fato de se constituir como um direito e dever do indivíduo, passa a ser uma atividade fortemente marcada pelo associativismo local, e não pelo centralismo estatal, partindo do princípio de que “só haverá liberdade democrática onde houver ação permanente do corpo de cidadãos na esfera pública”²³. O efeito político da descentralização é a transformação do “habitante” – comumente relacionado a uma postura passiva - em cidadão ativo e construtor de seu cotidiano a partir das diversas formas de associação civil e política, caracterizando uma espécie de “virtú introduzida no mundo político”²⁴. Daí a admiração de Tocqueville com as numerosas formas de associação que permeiam a sociedade americana, as quais se

21 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 59.

22 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 57.

23 JASMIN, Op.cit., p. 37.

24 LAMBERTI, Op.cit., p. 96-97.

21 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 59.

22 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 57.

23 JASMIN, Op.cit. p. 37.

24 LAMBERTI, Op.cit., p. 96-97.

diferencian largamente con relación a sus objetivos y con la relación a los funcionarios.

El camino americano de la democracia, a diferencia del camino francés, se construye de “abajo” hacia “arriba” o, más precisamente, de una comuna para el Estado, y de ahí la preocupación incluso topográfica de Tocqueville en La Democracia en la América. El primero, se refiere a la organización de las comunas para reflexionar acerca del Estado. La posibilidad del ciudadano de interferir en los rumbos socio-políticos de su sociedad es, incluso, comparada por Tocqueville a la experiencia ateniense²⁵, lo que denota una actividad de construcción cotidiana de derechos a partir de la esfera pública local. Sin embargo, tal vez la sociedad americana ateniense se aleje justamente en el sentido de que su organización local esta basada conforme a la realización del interés, al paso que Atenas tenía como énfasis en sus discusiones la perspectiva del bien común.

2.1.3 La cuestión de los derechos

La cuestión de los derechos en Tocqueville, presenta diversas discusiones que traspasan, no solamente el ámbito material sino también el ámbito metodológico en la forma cómo se analizan los fenómenos sociales. Curiosamente, el autor dedica especial atención a la Revolución Francesa en sus discusiones acerca el derecho, realizando un análisis al respecto de la cuestión de la universidad y, en el caso americano, las cuestiones atinentes a la igualdad. El punto de partida del análisis de Tocqueville, resalta qué es la realidad empírica?, comprendiéndose esta como el “laboratorio empírico, donde las costumbres y valores se traducen en instituciones y normas del derecho”²⁶. Se trata del principio de la primacía de la sociedad, enfatizando en el análisis de Werneck Vianna sobre de la obra de Tocqueville, que presenta la apertura del investigador a las experiencias específicas constituidas en la cotidianidad de los actores, en detrimento de una visión basada en el conocimiento puramente filosófico y teórico. En el plan jurídico, tal postura remite a la posibilidad de construcción de derechos a partir de las prácticas sociales, diferente de lo que ocurrió en la Revolución Francesa, en la cual, según Tocqueville, se constituyó a partir de la abstracción y de la teorización de los derechos.

25 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 40.

26 WERNECK VIANNA, L. J. O problema do americanismo em tocqueville. In: WERNECK VIANNA, L. J. A revolução passiva. iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 101.

diferenciam largamente com relação a seus objetivos e com relação aos seus fundamentos.

O caminho americano da democracia, diversamente do caminho francês, é a sua construção de “baixo” para “cima” ou, mais precisamente, da comuna para o Estado, e daí a preocupação inclusive topográfica de Tocqueville em A Democracia na América de primeiro se referir à organização das comunas para, então, refletir sobre o Estado. A possibilidade do cidadão interferir nos rumos sócio-políticos de sua sociedade é, inclusive, comparada por Tocqueville à experiência ateniense²⁵, o que denota uma atividade de construção cotidiana de direitos a partir da esfera pública local. Porém, talvez a sociedade americana da ateniense se afaste justamente no sentido de que a sua organização local é baseada com vistas à realização do interesse, ao passo que Atenas tinha como ênfase em suas discussões a perspectiva do bem comum.

2.1.3 A questão dos direitos

A questão dos direitos em Tocqueville enseja diversas discussões que perpassam não somente o âmbito material como também o âmbito metodológico de como se analisar os fenômenos sociais. Curiosamente, o autor dedica especial atenção à Revolução Francesa nas suas discussões sobre direito, realizando uma análise a respeito da questão da universalidade e, no caso americano, refletindo sobre as questões atinentes à igualdade. O ponto de partida da análise de Tocqueville, cabe frisar, é a realidade empírica, compreendendo-se esta como o “o laboratório empírico, onde os costumes e valores se traduzem em instituições e normas do direito”²⁶. Trata-se do princípio da primazia da sociedade, enfatizado na análise de Werneck Vianna sobre a obra de Tocqueville, que preconiza a abertura do pesquisador às experiências específicas construídas no cotidiano dos atores, em detrimento de uma visão baseada no conhecimento puramente filosófico e teórico. No plano jurídico, tal postura remete à possibilidade de construção de direitos a partir das práticas sociais, diferentemente do que ocorreu na Revolução Francesa, a qual, segundo Tocqueville, se constituiu a partir da abstração e da teorização dos direitos.

25 TOCQUEVILLE, Op.cit., p. 40.

26 WERNECK VIANNA, L. J. O problema do americanismo em tocqueville. In: WERNECK VIANNA, L. J. A revolução passiva. iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 101.

Por lo tanto, cabe hacer referencia al sociólogo germánico Eugen Ehrlich²⁷, quien propone una distinción en el derecho positivo, presente en la norma jurídica, y el derecho vivo, fruto de la dinámica social. Este autor sustenta que “querer encerrar todo el derecho de un tiempo o de un pueblo en los párrafos de un código es tan razonable como querer prender una corriente en una laguna”²⁸.

El derecho, por lo tanto, es mayor que la norma, y es a través de su práctica en lo cotidiano que puede ser observado como dinámica social. El estudio del derecho vivo permite extrapolar el raciocinio calcado en la ley y en los libros, pues asume el derecho como un fenómeno social. Ehrlich, sostiene que el derecho vivo representa la idea de que el derecho es constituido mediante la experiencia concreta de los sujetos. Por eso, en la investigación del derecho vivo “no se tornan superfluos ni el método histórico, ni el etnológico”²⁹; el derecho está, por lo tanto, intrínsecamente ligado a la cultura y a sus procesos históricos constitutivos y, de esta forma, profundamente relacionado a las transformaciones sociales. Al adoptar la perspectiva del derecho vivo, es posible pensar en la construcción de derechos en la dinámica del espacio público. La actividad de creación de derechos debe sustentarse bajo el presupuesto de que el “derecho es mayor que las fuentes formales del derecho”³⁰, engloba aspectos culturales, políticos y sociales³¹.

Tocqueville, que es anterior a los autores mencionados, realiza raciocinio similar al abrirse a la realidad social como fuente de creación y construcción de derechos para ir más allá de la esfera formal. Tocqueville no admira la perspectiva formalista. En algunas de sus cartas enviadas de América, es posible identificar

Antes, entretanto, cabe remeter ao sociólogo germânico Eugen Ehrlich²⁷, que propõe uma distinção entre o direito positivo, presente na norma jurídica, e o direito vivo, fruto da dinâmica social. Este autor sustenta que “querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa”²⁸.

O direito, portanto, é maior do que a norma, e é através da sua prática no cotidiano que se pode observá-lo como dinâmica social. O estudo do direito vivo permite extrapolar o raciocínio calcado na lei e nos livros, pois assume o direito como um fenômeno social. Ehrlich sustenta que o direito vivo representa a idéia de que o direito é construído mediante a experiência concreta dos sujeitos. Por isso, na investigação do direito vivo “não se tornam superfluos nem o método histórico, nem o etnológico”²⁹; o direito está, portanto, intrinsecamente ligado à cultura e a seus processos históricos constitutivos, e, desta forma, profundamente relacionado às transformações sociais. Ao se adotar a perspectiva do direito vivo, é possível pensar em construção de direitos na dinâmica do espaço público. A atividade de criação de direitos sustenta-se sob o pressuposto de que o “direito é maior que as fontes formais do direito”³⁰, pois engloba aspectos culturais, políticos e sociais³¹.

Tocqueville, que é anterior a ambos os autores acima, realiza raciocínio similar ao abrir-se à realidade social como fonte de criação e construção de direitos para além da esfera formal. Tocqueville não admirava a perspectiva formalista. Em algumas de suas cartas enviadas da América, é possível identificar passagens

27 Cabe observar que Tocqueville vivió de 1805 a 1859, al paso que Ehrlich vivió de 1862 a 1922. No son autores contemporáneos entre si, pero es posible que la concepción de derecho vivo de Ehrlich tenga recibido influencia de Tocqueville, una vez que ambas veces parten de la idea de que la realidad social debe recibir primacía sobre la teoría.

28 EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. 110.

29 Ibid., p.114.

30 CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. 45.

31 La recurrencia a Ehrlich y Carbonnier no tiene por objetivo establecer una homología ingenua entre la perspectiva de Tocqueville y la de estos autores. Se procura, apenas, utilizar de sus contribuciones – que son posteriores a Tocqueville – para reforzar que las discusiones que tienen embrión en este autor fueron releídas y rediscutidas por diferentes escuelas en los años y siglos siguientes.

27 Cabe observar que Tocqueville viveu de 1805 a 1859, ao passo que Ehrlich viveu de 1862 a 1922. Não são autores contemporâneos entre si, mas é possível que a concepção de direito vivo de Ehrlich tenha recebido influência de Tocqueville, uma vez que ambas partem da idéia de que a realidade social deve receber primazia sobre a teoria.

28 EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. 110.

29 Ibid., p. 114.

30 CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. 45.

31 A recorrência a Ehrlich e Carbonnier não tem por objetivo estabelecer uma homologia ingênua entre a perspectiva de Tocqueville e a destes autores. Busca-se, apenas, utilizar-se de suas contribuições – que são posteriores a Tocqueville – para reforçar que as discussões que têm embrião neste autor foram releídas e rediscutidas por diferentes escolas nos anos e séculos seguintes.

pasajes que denuncian el pensamiento hermético y positivista del derecho, en los ejemplos siguientes:

Entonces el derecho, que no me agrada en teoría, tampoco me produce el mismo efecto en la práctica³².

Yo estoy viviendo tal fuerza de toda la sociedad y de todos los sentimientos del corazón, que estoy empezando a temer lo que, con el tiempo se transformará en una máquina legal como muchos de mis colegas, personas especializadas e incapaces de juzgar un gran movimiento y de guiar un gran descubrimiento en la medida en que están dirigidos para la deducción de una serie de axiomas y para la búsqueda de analogías y antónimos. Yo prefiero quemar mis libros que llegar a este punto!³³.

Por lo tanto, la crítica al derecho tradicional es tratada en los siguientes aspectos: a) la insuficiencia de discutirse el derecho (tanto en la teoría como en la práctica) sin considerar aspectos sociales, económicos y culturales; b) la especialización que causa el campo jurídico ocasiona la propia insensibilidad del jurista a las experiencias y peculiaridades sociales; c) el método deductivo, comúnmente utilizado en el derecho, favorece la cristalización de la perspectiva que ve la sociedad a partir de modelos pre-existentes, sin considerar las diferencias y especificidades. Por eso tenemos a un jurista, Tocqueville, bien crítico al campo jurídico tradicional y a la desconsideración de las especificidades de los fenómenos sociales. Tal crítica se asemeja a la idea de "retraducción" analizada por Bourdieu en el siglo XX.

De acuerdo con este autor, la "retraducción" sería la explicación de los hechos sociales bajo el prisma de categorías predeterminadas por la lógica jurídica, haciendo que estos hechos pierdan su especificidad y originalidad. Al intentar encajar fenómenos complejos en molduras rígidas, el derecho no considera las peculiaridades de las experiencias sociales. No obstante se cuestiona, ¿por qué ese énfasis en la realidad social? ¿Hay alguna cuestión contundente que llama la atención de Tocqueville en el ámbito de la praxis?

Al analizar el texto, se observa un cierto fetichismo de Tocqueville con relación al papel transformador del derecho en dirección a la igualdad. A pesar de

que denunciam o pensamento hermético e positivista do direito, a exemplo das seguintes:

Então o direito, que não me agrada em teoria, também não me produz o mesmo efeito na prática³².

Eu estou vivendo tão fora de toda a sociedade e de todos os sentimentos do coração, que estou começando a temer o que, com o tempo, se tornará uma máquina legal como muitos dos meus colegas, pessoas especializadas incapazes de julgar um grande movimento e de guiar um grande descoberta na medida em que estão voltados para a dedução de uma série de axiomas e para a procura de analogias e antônimos. Eu prefiro queimar meus livros do que chegar a esse ponto!³³.

Portanto, a crítica ao direito tradicional é travada nos seguintes aspectos: a) a insuficiência de se discutir o direito (tanto na teoria quanto na prática) sem considerar aspectos sociais, econômicos e culturais; b) a especialização que causa o campo jurídico ocasiona a própria insensibilidade do jurista às experiências e peculiaridades sociais; c) o método dedutivo, comumente utilizado no direito, favorece a cristalização da perspectiva que lê a sociedade a partir de modelos pré-existentes, sem considerar as diferenças e especificidades. Por isso, temos um jurista Tocqueville bem crítico em relação ao campo jurídico tradicional e à desconsideração das especificidades dos fenômenos sociais. Tal crítica se assemelha à ideia de "retradução" analisada por Bourdieu (2000) no século XX.

De acordo com este autor, a "retradução" seria a explicação dos fatos sociais sob o prisma de categorias pré-determinadas pela lógica jurídica, fazendo com que estes fatos percam a sua especificidade e originalidade. Ao tentar encaixar fenômenos complexos em molduras rígidas, o direito desconsidera as peculiaridades das experiências sociais. Mas, de fato, por que essa ênfase na realidade social? Há alguma questão contundente que chama atenção de Tocqueville no âmbito da praxis?

Pela leitura da obra, o que se observa é um certo ceticismo de Tocqueville no tocante ao papel transformador do direito em direção da igualdade. Apesar de haver uma

32 TOCQUEVILLE, Op.cit. p. 34.

33 Ibid., p. 34.

32 TOCQUEVILLE, Op.cit. p. 34.

33 Ibid., p. 34.

haber una igualdad por el derecho formal, el autor sustenta que “aunque las leyes y las instituciones de la sociedad democrática puedan reducir los efectos del nacimiento, del saber y de la riqueza, fuentes de eterna desigualdad, jamás conseguirán anularlos completamente”³⁴, lo se corrobora con la idea de que el derecho tiene limitaciones en lo que concierne a la promoción de la igualdad concreta y absoluta. En cierta medida Marx, comparte este análisis, de forma contundente, al afirmar que el Estado:

Suprime las distinciones oriundas del nacimiento, del nivel social, de la educación y de la ocupación, declarando que el nacimiento, el nivel social, la educación, la ocupación específica son diferencias no políticas, cuando, sin tomar en cuenta las distinciones, proclama que todo miembro del pueblo participe de la soberanía popular en pie de igualdad y cuando aborda todos los elementos de la vida real del pueblo desde el punto de vista del Estado. Además, el Estado no por eso impide que la propiedad privada, la educación, la ocupación actúen a su modo, esto significa que, mientras la propiedad privada, la educación y la ocupación, y hacen valer su naturaleza especial El Estado lejos de suprimir esas diferencias de hecho existe bajo tales premisas; solo tiene conciencia de ser un Estado político y hace prevalecer su universalidad en oposición a esos elementos³⁵.

Efectivamente, subyace en Tocqueville la crítica de la concepción formalista (y liberal-clásica) de que la ley por sí sola garantiza la igualdad entre los hombres. De hecho, había un reconocimiento de que, por debajo de toda ley, el criterio de la universalidad operado por la vía normativa del derecho es su estrategia principal para “denunciar la injusticia y el conocimiento directo y positivo de lo Justo, escapando al conocimiento humano bajo una perspectiva formal”³⁶. La desigualdad reina en el plan concreto ganando relevancia, entonces, la concepción que el autor se representa bajo la construcción efectiva de derechos a partir de las prácticas sociales.

En lo tocante al formalismo de la Ley, Tocqueville se aleja del liberalismo clásico. Cuando se trata del contenido de la ley, el autor presenta determinados caracteres típicos del liberalismo, principalmente

igualdade pelo direito formal, o autor sustenta que não é possível uma igualdade pelo direito na prática. Parte-se do princípio de que “ainda que as leis e as instituições da sociedade democrática possam reduzir os efeitos do nascimento, do saber e da riqueza, fontes de eterna desigualdade, jamais conseguirão anulá-los completamente”³⁴, o que corrobora com a ideia de que o direito tem limitações no que concerne à promoção da igualdade concreta e absoluta. Em certa medida, Marx compartilha desta análise, porém de forma mais contundente, ao afirmar que o Estado

Suprime as distinções oriundas do nascimento, do nível social, da educação e da ocupação, declarando que o nascimento, nível social, a educação, a ocupação específica são diferenças não políticas, quando, sem levar em conta as suas distinções, proclama que todo membro do povo participa da soberania popular em pé de igualdade e quando aborda todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Porém, o Estado nem por isso impede que a propriedade privada, a educação, a ocupação atuem a seu modo, isto é, enquanto propriedade privada, educação e ocupação, e façam valer a sua natureza especial. Longe de suprimir essas diferenças de fato, o Estado apenas existe sobre tais premissas; só tem consciência de ser um Estado político e faz prevalecer sua universalidade em oposição a esses elementos³⁵.

Com efeito, subjaz em Tocqueville a crítica da concepção formalista (e liberal-clássica) de que a lei por si só garante a igualdade entre os homens. De fato, havia um reconhecimento de que, “por baixo de toda lei”, o critério da universalidade operado pela via normativa do direito é sua estratégia principal para “denunciar a injustiça e o conhecimento direto e positivo do Justo, escapando ao conhecimento humano sob uma perspectiva formal”³⁶. A desigualdade reina no plano concreto, ganhando relevo, então, a concepção que o autor apresenta sobre a construção efetivação de direitos a partir das práticas sociais.

Se no tocante ao formalismo da lei Tocqueville se afasta do liberalismo clássico, quando se trata do conteúdo da lei o autor apresenta determinados caracteres típicos do liberalismo, principalmente

34 JASMIN, Op.cit., p. 42.

35 MARX, K. A questão judaica. In: WEFFORT, F. C. Os clássicos da política (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003. p. 252.

36 LAMBERTI, Op.cit., p. 112.

34 JASMIN, Op.cit., p. 42.

35 MARX, K. A questão judaica. In: WEFFORT, F. C. Os clássicos da política (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003. p. 252.

36 LAMBERTI, Op.cit., p. 112.

porque enfatiza en la defensa de los derechos individuales de cara al Estado. Básicamente, podemos tratar este liberalismo de la siguiente manera: al enfatizar la separación de los poderes y la defensa de derechos individuales, se proponía un modelo liberal en que el individuo es el centro, de modo que el Estado debe ser mínimo y, consecuentemente, no debe intervenir en las relaciones sociales. De hecho, la doctrina del liberalismo preconizó que el Estado fuera “el fantasma que atemorizó al individuo. El poder, de que no puede prescindir el ordenamiento estatal, aparece, de inicio, en la moderna teoría constitucional como el mayor enemigo de la libertad”³⁷.

En esta línea, “cuanto menos palpable la presencia del Estado en los actos de la vida humana, más larga y generosa es la esfera de la libertad otorgada al individuo. Cabría a este hacer o dejar de hacer lo que le agradase”³⁸.

En el caso de la democracia en la América, como observa Tocqueville, el proceso no ocurrió de esta forma porque la comunidad es anterior al Estado. Por lo tanto, los derechos de la comuna no son en relación al Estado, sino son derechos inherentes a la propia formación social pre-existente a él. El Estado no es el referente para la existencia o no de derechos, especialmente frente a los derechos individuales (principalmente los derechos políticos). Tocqueville presenta una concepción próxima a la del liberalismo clásico, en la medida en que enfatiza que: “los derechos del hombre son los derechos del ciudadano”³⁹ y, por eso, la ley “protege la libertad al intervenir en todo lo que sea arbitrario, lo que implica necesariamente una limitación del poder”⁴⁰ en procura “del poder de todos”⁴¹. En efecto se comprende porque, en el análisis de Tocqueville, hay una valorización de los derechos políticos como elemento esencial en la construcción de la democracia. La experiencia americana causo interés en Tocqueville, especialmente el hecho de que:

Los principios generales, los cuales, reposan en las constituciones modernas, principios que la mayor parte de los europeos del siglo diecisiete mal comprendía y que triunfaban aún incompletamente en la Gran Bretaña, son

porque enfatiza a defesa dos direitos individuais face ao Estado. Basicamente, podemos tratar deste liberalismo da seguinte forma: ao enfatizar a separação dos poderes e a defesa de direitos individuais, propunha-se um modelo liberal em que o indivíduo é o centro, de modo que o Estado deve ser mínimo e, consequentemente, não deve intervir nas relações sociais. De fato, a doutrina do liberalismo preconizou que o Estado fosse “o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”³⁷.

Nesta linha, “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe agradesse”³⁸.

No caso da democracia na América, como observa Tocqueville, o processo não ocorreu desta forma, porque a comuna é anterior ao Estado, portanto os direitos da comuna não são em relação ao Estado, mas sim direitos inerentes à sua própria formação social pré-existente a ele. O Estado não é o referencial para a existência ou não de direitos. Porém, no tocante ao conteúdo dos direitos individuais (principalmente os direitos políticos), Tocqueville apresenta uma concepção próxima à do liberalismo clássico, na medida em que enfatiza que: “os direitos do homem são os direitos do cidadão”³⁹ e, por isso, a lei “protege a liberdade ao intervir em tudo que seja arbitrário, o que implica necessariamente uma limitação do poder”⁴⁰ em prol “do poder de todos”⁴¹ (idem, 110). Com efeito, compreende-se porque, na análise de Tocqueville, há uma valorização dos direitos políticos como elemento essencial na construção da democracia. Na experiência americana, causa apreço de Tocqueville o fato de que

Os princípios gerais sobre os quais repousam as constituições modernas, princípios que a maior parte dos europeus do século dezesete mal compreendia e que triunfavam ainda incompletamente na Grã-Bretanha,

37 BONAVIDES, P. Do Estado liberal ao Estado social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. p. 30.

38 Ibid., p. 31.

39 LAMBERTI, Op.cit., p. 101

40 Ibid., p. 109.

41 Ibid., p. 110.

37 BONAVIDES, P. Do Estado liberal ao Estado social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. p. 30.

38 Ibid., p.31.

39 LAMBERTI, Op.cit., p. 101.

40 Ibid., p.109.

41 Ibid., p.110.

todos reconocidos y fijados en leyes en la Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los negocios públicos, la libre votación de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juzgamiento por el jurado se encuentran en ellos establecidos positivamente y sin discusión⁴².

Por otro lado, no es en el análisis acerca de la democracia en América que se encuentra de forma más elaborada la concepción que Tocqueville presenta del Estado. Si al analizar América Tocqueville muestra su perspectiva liberal en lo referente al contenido de los derechos, es en El Antiguo Régimen y la Revolución que se encuentra su concepción acerca del Estado.

El debate sobre de la atomización de la sociedad aparece, en menor grado, en el análisis del Antiguo Régimen. En el propio Libro II, Tocqueville presenta una serie de datos que corroboran poco asociativismo y en consecuencia, una incipiente actividad de reivindicación de derechos de cara al Estado, una vez que éste se presenta de forma absoluta por medio de la centralización administrativa. Enriqueciendo el debate, Tocqueville aún alerta que tal pasividad no es percibida por los individuos, una vez que el proceso electoral desencadenado para ciertos cargos evidencia la ausencia del individuo en el Estado, lo que refuerza la idea de que el “poder no es tiránico, es tutelar; la nueva opresión es regulada y pacífica [...] Da a los súbditos la sensación de comandarse a sí mismos. A pesar de tutelados, eligen sus tutores”⁴³, de modo que “las elecciones constituyen un abandono momentáneo y efímero de la dependencia”⁴⁴.

El imaginario tutelar constituido alrededor del Estado propicia la manutención de la idea de que estos derechos, en verdad, son favores o beneficios concedidos por éste, y no atributos de titularidad de los individuos. Así, un primer obstáculo identificado por Tocqueville en la construcción de derechos por la vía del Estado se refiere a la propia inaccesibilidad del Estado en lo referente a la efectividad de derechos, ya que tales derechos son vistos como “dádivas”. El Estado, en esta línea, pasa a ser el centro a través del cual la vida social y las relaciones sociales se desarrollan. La Providencia, tan vastamente analizada en la democracia americana, cede lugar al Estado. A este respecto, en el análisis de Tocqueville,

são todos reconhecidos e fixados em leis na Nova Inglaterra: a intervenção do povo nos negócios públicos, a livre votação de impostos, a responsabilidade dos agentes do poder, a liberdade individual e o julgamento pelo júri acham-se neles estabelecidos positivamente e sem discussão⁴².

Por outro lado, não é na análise sobre a democracia na América que encontramos de forma mais acabada a concepção que Tocqueville apresenta sobre o Estado. Se ao analisar a América Tocqueville nos mostra sua perspectiva liberal no tocante ao conteúdo dos direitos, é no “O Antigo Regime e a Revolução” que encontraremos sua concepção sobre o Estado.

O debate sobre a atomização da sociedade aparece, em menor grau, na análise do Antigo Regime. No próprio Livro II, Tocqueville apresenta uma série de dados que corroboram com a idéia de que os indivíduos da sociedade francesa apresentavam pouco associativismo e, por conseqüência, havia uma incipiente atividade de reivindicação de direitos em face do Estado, uma vez que este se apresenta de forma absoluta por meio da centralização administrativa. Sofisticando o debate, Tocqueville ainda alerta que tal passividade sequer é percebida pelos indivíduos, uma vez que o processo eleitoral desencadeado para certos cargos permite o atenuamento da não-presença do indivíduo no Estado, o que reforça a idéia de que o “poder não é tirânico, é tutelar; a nova opressão é regulada e pacífica [...] que dão aos súditos a sensação de comandarem a si mesmos. Apesar de tutelados, elegem seus tutores”⁴³, de modo que “as eleições constituem um abandono momentáneo e efêmero da dependência”⁴⁴.

O imaginário tutelar construído em torno do Estado propicia a manutención da idéia de que os direitos, em verdade, são favores ou benefícios concedidos por este, e não atributos de titularidade dos indivíduos. Assim, um primeiro obstáculo identificado por Tocqueville na construção de direitos pela via do Estado refere-se à própria inacessibilidade deste Estado no tocante à efetivação de direitos, já que tais direitos são vistos como “dádivas”. O Estado, nesta linha, passa a ser o centro através do qual a vida social se desenvolve e através do qual as relações sociais se realizam. A Providência, tão vastamente analisada na democracia americana, cede lugar ao Estado. Na análise de Tocqueville,

42 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 39.

43 JASMIN, Op. cit., p. 67.

44 Ibid., p. 67.

42 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 39.

43 JASMIN, Op. cit., p. 67.

44 Ibid., p. 67.

Ya que el gobierno sustituye de esta manera la Providencia, es natural que cada uno lo enfoque para resolver sus necesidades particulares. Así es que encontramos un inmenso número de requerimientos que se refieren siempre al interés público cuando en realidad solo tratan de pequeños intereses privados⁴⁵.

El Estado, además de organizador de la vida pública, pasa a ser referencial también de la vida privada, ya sea por medio de la administración pública, o sea por medio – en menor grado – del señor feudal. Además, se debe decir, el que el escenario del Antiguo Régimen no es un escenario de ausencia de normas; por el contrario, Tocqueville sostiene la existencia de una pluralidad de normas emanadas por el Estado, por los señores, por la iglesia, etc., que concurrían por el monopolio del reglamento de la vida social. Entretanto, lo que a principio podría parecer un exceso de reglas que “ingresan” el cambio y la transformación social, es analizado por el autor como una forma de adecuarla a los casos particulares de acuerdo con el aplicador de norma, o sea, “raramente desobedece a la ley, pero doblarla en todos los sentidos conforme a casos particulares y para la mayor facilidad de los negocios [...]”. Aquí está todo el antiguo régimen y toda su caracterización: una regla rígida y una práctica blanda⁴⁶. Son tantas reglas específicas y contradictorias en el Antiguo Régimen que se pasa a la idea de rigidez pero, de hecho, hay una práctica “blanda”. Las evocaciones y los tribunales de excepción, como se verá en el capítulo posterior, son ejemplos de esta rigidez que se flexibiliza de acuerdo con las circunstancias, lo que genera para el Estado una amplia posibilidad de intervenir en la vida social y actuar arbitrariamente en su reglamento. Las instituciones jurídicas pueden ofrecer una alternativa, como se observará a continuación.

2.2 REFLEXIONES ACERCA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

La temática de las instituciones jurídicas en Tocqueville, llama la atención en lo referente a los medios a través de los cuales se concretizan los derechos. En el capítulo anterior, al analizar la relación entre sociedad y Estado, se observó un debate que gira al rededor del formalismo frente a la existencia de derechos que prevalecen sobre el Estado y que son originados a partir de lo local. Aún se evidencia en qué sentido el ejercicio de la ciudadanía activamente permite una

Já que o governo substitui desta maneira a Providência, é natural que cada um o invoque para resolver suas necessidades particulares. Assim é que encontramos um imenso número de requerimentos que se referem sempre ao interesse público quando na realidade só tratam de pequenos interesses privados⁴⁵.

O Estado, além de organizador da vida pública, passar a ser o referencial também da vida privada, seja por meio da administração pública, seja por meio - em menor grau - do senhor feudal. Porém, deve-se dizer, o cenário do Antigo Regime não é um cenário de ausência de normas; pelo contrário, Tocqueville sustenta a existência de uma pluralidade de normas emanadas pelo Estado, pelos senhores, pela igreja, etc, que concorriam pelo monopólio do regramento da vida social. Entretanto, o que a princípio poderia parecer um excesso de regras que “engessam” a mudança e a transformação social, é analisado pelo autor como uma forma de adequá-la aos casos particulares de acordo com o aplicador da norma, ou seja, “raramente desobedece à lei, mas dobra-a em todos os sentidos conforme casos particulares e para a maior facilidade dos negócios [...]”. Eis todo o antigo regime e toda sua caracterização: uma regra rígida e uma prática mole⁴⁶. São tantas regras específicas e contraditórias no Antigo Regime que se passa a idéia de rigidez, mas, de fato, há uma prática “mole”. As evocações e os tribunais de exceção, como veremos no capítulo posterior, são exemplos desta rigidez que se flexibiliza de acordo com as circunstâncias, o que gera para o Estado ampla possibilidade de intervir na vida social e atuar arbitrariamente em seu regramento. As instituições jurídicas podem oferecer uma alternativa a isso, como veremos a seguir.

2.2 REFLEXÕES SOBRE AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

A temática das instituições jurídicas em Tocqueville chama atenção no tocante aos meios através dos quais se concretizam os direitos. No capítulo anterior, ao analisarmos a relação entre sociedade e Estado, observamos um debate que gira em torno tanto da questão do formalismo quanto da existência de direitos que prevalecem sobre o Estado e que são originados a partir do local. Ainda podemos observar em que sentido o exercício da cidadania ativamente permite

45 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 94.

46 Ibid., p. 93.

45 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 94.

46 Ibid., p. 93.

ampliación del rol de derecho, principalmente por la vía de los derechos políticos, lo que genera una relación de tensión entre las prácticas implementadas y el Estado, que pasa a ser visto de forma alejada y cuya existencia sólo se justificaría a partir de la concreción del interés general de la sociedad.

Además, hay otra dimensión de la discusión de Tocqueville que realiza una reflexión acerca del lugar de las instituciones (en general, las instituciones jurídicas) en la vida cotidiana de los individuos. En líneas generales, Tocqueville sostiene que las instituciones posibilitan la unión de las personas o el asociativismo, alejando el individualismo e incrementando la cultura cívica. En lo relativo al judiciario, específicamente, lo que se nota es un Tocqueville entusiasmado con respecto a su papel al interior de la sociedad, no solamente para garantizar los derechos, sino también como una institución que actúa efectivamente en el estímulo al ejercicio de la ciudadanía. Además, para entender esta relación, es preciso reflexionar acerca del debate realizado por Tocqueville entre el legislador y el juez en la democracia americana que, en términos genéricos, representa el debate ya trabajado aquí entre la universidad (valoración formal) y lo empírico (valoración real). El autor presenta una diferencia entre la “la ley legalmente hecha, literalmente, por el legislador, y una ley fundada sobre el precedente, que satisfaga el análisis sobre el espíritu legal en los Estados Unidos para ver que no subestimó su significación política”⁴⁷. En este contexto, existe además de una ley universal y formalmente válida para todos los ciudadanos americanos instituida por el Legislativo, una “ley” constituida a partir de las prácticas sociales, la cual recibe reconocimiento legítimo a partir de la intervención del poder judicial. Esta institución, entonces, ejerce un papel fundamental en la garantía de derechos abstractamente garantizados en la Constitución. Por consiguiente, de manera indirecta, el poder judicial actúa como una institución de reconocimiento de “derechos vivos”⁴⁸ según Ehrlich.

Por otro lado, no es solamente el poder judicial americano el que contribuye a la concepción de Tocqueville, también lo hace el poder judicial

uma ampliação do rol de direitos, principalmente pela via dos direitos políticos, o que gera uma relação de tensão entre as práticas concretas e o Estado, que passa a ser visto de forma afastada e cuja existência só se justificaria a partir da concretização do interesse geral da sociedade.

Porém, há uma outra dimensão da discussão de Tocqueville que realiza uma reflexão sobre o lugar das instituições (em especial, as instituições jurídicas) no cotidiano dos indivíduos. Em linhas gerais, Tocqueville sustenta que as instituições possibilitam a união das pessoas, o associativismo, afastando o individualismo e incrementando a cultura cívica. No tocante ao judiciário, especificamente, o que se nota é um Tocqueville entusiasmado a respeito de seu papel no interior da sociedade, não somente como um garantidor de direitos, mas também como uma instituição que atua efetivamente no estímulo ao exercício da cidadania. Porém, para entender esta relação, é preciso refletir sobre o debate realizado por Tocqueville entre o legislador e o juiz na democracia americana que, em termos genéricos, representa o debate já trabalhado aqui entre a universalidade (valorização do formal) e a empiria (valorização do real). O autor apresenta uma diferença entre a “a lei legalmente feita, literalmente, pelo legislador, e uma lei fundada sobre os precedentes, e satisfaz ler sua análise sobre o espírito legal nos Estados Unidos para ver que ele não subestimou sua significação política”⁴⁷. Neste contexto, para além de uma lei universal e formalmente válida para todos os cidadãos americanos instituída pelo Legislativo, há uma “lei” construída a partir das práticas sociais, a qual recebe reconhecimento legítimo a partir da intervenção do Judiciário. Esta instituição, então, exerce papel fundamental na garantia de direitos construídos pelo local por meio de precedentes, e não somente na garantia de direitos abstratamente garantidos na Constituição. Indiretamente, portanto, o Judiciário atua como uma instituição de reconhecimento de direitos vivos⁴⁸, em Ehrlich.

Por outro lado, não é somente o Judiciário americano que contribui para a concepção de Tocqueville. Vejamos o Judiciário francês trabalhado no Antigo

47 LAMBERTI, Op. cit. p. 115.

48 Interesante notar que la tradición liberal-clásica, por influencia de Montesquieu, parte de la premisa de que el Judiciario es apenas la “boca de la ley”, cabe decir, no debe adoptar cualquier postura activa en el sentido de reconocimiento de derechos constituidos a partir de experiencias específicas, una vez que debe apenas reproducir, en los casos particulares, la aplicación de la norma universal y formalmente válida.

47 LAMBERTI, Op. cit. p. 115.

48 Interessante notar que a tradição liberal-clássica, por influência de Montesquieu, parte da premissa de que o Judiciário é apenas a “boca da lei”, cabe dizer, não deve adotar qualquer postura ativa no sentido de reconhecimento de direitos construídos a partir de experiências específicas, uma vez que deve apenas reproduzir, nos casos particulares, a aplicação da norma universal e formalmente válida.

francés trabajando basado en el Antiguo Régimen circunstancia que determina el lugar de ésta institución en el pensamiento del autor.

Una de las cuestiones que involucran la concepción de las instituciones jurídicas en Tocqueville, comprenden a la independencia en relación al Estado. Tocqueville observa tal independencia en el contexto del antiguo régimen. El diagnóstico del autor se concentra en el argumento de que los nobles franceses "solo ejercían la administración pública en un sector: la justicia. Los principales entre ellos conservaron el derecho de tener jueces que decidían determinados procesos en su nombre y hacían una que otra vez reglamentos de policía en los límites de señoría"⁴⁹. Lo anterior, creó una situación a partir de la cual el Estado adquiere una competencia reducida frente a la administración de justicia y la resolución de conflictos, debido a que ésta institución jurídica recibía influencia directa y decisiva de la nobleza. En este contexto,

Lo que más garantizaba a los oprimidos de la época un medio de hacerse oír era la Constitución de la Justicia. Habíamos vuelto a un país de gobierno absoluto por las Instituciones políticas y administrativas, pero permanecíamos en un pueblo libre por las instituciones judiciales. La justicia del antiguo régimen era complicada, confusa, lenta y costosa: sin duda eran grandes defectos, además en ella se encontraba el servilismo para con el poder que no pasa de una forma de venalidad, de hecho peor⁵⁰.

En efecto, si en el caso de la Democracia Americana, Tocqueville denuncia la tensión entre el legislador y el juez, en lo concerniente al antiguo régimen francés, el autor denuncia la tensión entre el gobernador y el juez. De hecho, Tocqueville observa que si hubiera independencia entre la rama Judicial y el Estado, en la práctica el Estado promovería determinadas medidas que, de cierta forma, atenuarían su capacidad de intervención en el Poder judicial, entre las cuales se destacan la formación de tribunales ad hoc y la realización de evocaciones. Los pasajes a continuación son aclaratorios:

Como el rey casi nada podía hacer en relación a los jueces, no teniendo el derecho de revocar ni transferir para otros lugares ni tampoco elevarlos a un puesto superior; en una palabra, como no

Regime e, em seguida, pensemos o lugar desta instituição no pensamento do autor.

Uma das questões centrais que envolvem a concepção das instituições jurídicas em Tocqueville diz respeito à sua independência em relação ao Estado. E Tocqueville observa tal independência mesmo no contexto do antigo regime. O diagnóstico do autor concentra-se no argumento de que os nobres franceses "só exerciam a administração pública num setor: a justiça. Os principais dentre eles conservaram o direito de ter juízes que decidiam determinados processos em seu nome e ainda faziam vez ou outra regulamentos de polícia nos limites da senhoria"⁴⁹. Em decorrência disto, ensejou-se uma situação na qual o Estado tinha capacidade reduzida de intervir na administração da justiça e na resolução de conflitos, uma vez que a instituição jurídica recebia influência direta e decisiva da nobreza. Neste contexto,

O que mais garantia aos oprimidos da época um meio de se fazer ouvir era a constituição da justiça. Tínhamos-nos tornado um país de governo absoluto pelas nossas instituições políticas e administrativas, mas permanecíamos um povo livre pelas nossas instituições judiciárias. A justiça do antigo regime era complicada, confusa, lenta e cara: sem dúvida eram grandes defeitos, porém nela não se encontravam nunca o servilismo para com o poder que não passa de uma forma de venalidade, aliás, a pior⁵⁰.

Com efeito, se, no caso da Democracia Americana, Tocqueville denuncia a tensão entre o legislador e o juiz, no caso do antigo regime francês, o autor denuncia a tensão entre o governante e o juiz. De fato, Tocqueville observa que, muito embora houvesse independência entre Judiciário e Estado, na prática o Estado promovia determinadas medidas que, de certa forma, atenuavam sua incapacidade de intervenção no Judiciário, dentre as quais: a formação de tribunais ad hoc e a realização de evocações. As passagens a seguir são elucidativas:

Como o rei quase nada podia fazer em relação aos juízes, não tendo o direito de revogá-los nem transferi-los para outro lugar nem mesmo elevá-los a um posto superior; numa palavra, como não podia dominá-los nem pela ambição nem pelo medo, sentiu-se rapidamente tolhido por

49 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 69.

50 Ibid., p. 69.

49 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 69.

50 Ibid., p. 69.

podía dominarlos ni por la ambición ni por el miedo, se sintió rápidamente imposibilitado por esta independencia. Esto lo llevó a retirarles el conocimiento de los negocios que interesaban directamente al poder y crear para su uso particular una especie de tribunal independiente, ofreciendo así a sus súbditos una apariencia de justicia sin asustarlos por la realidad⁵¹.

El Consejo interviene constantemente por la vía de la evocación, retira de las manos de los jueces togados el negocio que interesa la administración y de ellos toma cuenta. Evocaciones de este tipo llenan los registros del Consejo. Poco a poco la excepción se generaliza y acaba transformada en teoría. No promulga más leyes pero sí una máxima de gobierno destinada a demostrar que todos los procesos con algún interés público o administrativo no son más de la alzada de los jueces togados, cuyo único papel es juzgar intereses particulares⁵².

En el escenario del Antiguo Régimen, se tiene configurada la tensión entre el poder judicial independiente y, de otro lado, un Estado interventor cuya actividad se desarrolla por medio de la usurpación de la competencia de aquella institución. La idea estatal acerca del poder judicial se concentra en la propia noción liberal-clásica de esta institución, según la cual el poder judicial reúne tres características centrales: no se pronuncia a no ser sobre litigios, solamente trata de casos particulares y no interviene a no ser que sea llamado. En contrapartida, la lectura de Tocqueville al respecto del papel del poder judicial en su época es muy diferente de la comúnmente compartida por los liberales clásicos, incluyendo, en este caso, la propia visión de Montesquieu (1996). Tocqueville sostiene, diversamente, que el poder judicial ocupa un papel central en la democracia, siendo destinado a ser la salvaguarda del pueblo al punto de garantizar los derechos de los individuos, y convertirse en barrera al punto de "educar a los individuos e invitarlos a respetar los derechos de de otros"⁵³. El tema de la Revolución Francesa, entonces, vuelve a la discusión:

A partir de esa visión prescriptiva, la lectura revisionista emprendida por tal biblioteca regresista de modo negativo, a nombre de las exigencias de cambio social y de la persecución de ideas de justicia, la Revolución Francesa y su teoría de

esta independencia. Isto o levou a retirar-lhes o conhecimento dos negócios que interessavam diretamente o poder e criar para seu uso particular uma espécie de tribunal independente, assim oferecendo aos seus súditos uma aparência de justiça sem assustá-los pela realidade⁵¹.

O Conselho intervém constantemente por via da evocação, retira das mãos dos juizes togados o negócio que interessa a administração e deles toma conta. Evocações deste tipo enchem os registros do Conselho. Pouco a pouco a exceção generaliza-se e acaba transformada em teoria. Não promulga mais leis e sim uma máxima de governo destinada a demonstrar que todos os processos com algum interesse público ou administrativo, de agora em diante, não são mais da alçada dos juizes togados, cujo único papel é julgar interesses particulares⁵².

Neste cenário do Antigo Regime, temos configurada a tensão entre um judiciário independente e, de outro lado, um Estado interventor, cuja atividade se desenvolve por meio da usurpação da competência daquela instituição. A idéia estatal sobre o judiciário se concentraria, paradoxalmente, na própria noção liberal-clássica desta instituição, segundo a qual o judiciário reuniria três características centrais: não se pronunciar a não ser sobre litígios, somente tratar de casos particulares e não intervir a não ser se chamado. Em contrapartida, a leitura de Tocqueville a respeito do papel do Judiciário em sua época é muito diferente da comumente compartilhada pelos liberais clássicos, incluindo-se, neste caso, a própria visão de Montesquieu (1996). Tocqueville sustenta, diversamente, que o judiciário ocupa papel central na democracia, devendo se destinar a ser a salvaguarda do povo ao ponto de garantir os direitos dos indivíduos, e barreira ao ponto de "educar os indivíduos a respeitar os direitos de outros"⁵³. O tema da Revolução Francesa, então, volta à discussão:

A partir dessa visão prescriptiva, a leitura revisionista empreendida por tal bibliografia registra de modo negativo, em nome das exigências de mudança social e da perseguição de ideais de justiça, a Revolução Francesa e a teoria de soberania popular dela emanada, para valorizar, como na tradição da common

51 Ibid., p. 85.

52 Ibid., p. 85.

53 LAMBERTI, Op.cit., p. 117.

51 Ibid., p. 85.

52 Ibid., p. 85.

53 LAMBERTI, Op.cit., p. 117.

soberanía popular de ella, emanada, para valorar, como en la tradición de common law, el derecho como una narrativa continuada en el tiempo “la legislación de los antecedentes” del análisis de Tocqueville producida por los jueces.

Se tiene la sugerencia de que el Poder Judicial, a fin de asumir un formato institucional compatible con las exigencias contemporáneas, se desprenda del ideario y de los procesos que conducirían, por la vía de la revolución, del pasaje del mundo tradicional al moderno, y que tendrían como resultado de la inmovilización política de aquel Poder⁵⁴.

La idea de construcción de derechos a partir de precedentes (common law), y no a partir de una norma abstracta, llama la atención en el análisis de Tocqueville. Hay una comprensión bastante clara que admite el papel del poder judicial como una institución esencial para la continuidad del proceso de democratización de Europa (en el contexto del Antiguo Régimen) y el ya desencadenado en los Estados Unidos (en el contexto de la Democracia en la América). Werneck Vianna, al pensar en la perspectiva tocquevilleana, destaca ese papel central a afirmar que:

Los intelectuales del poder judicial serían la conciencia de esa revolución silenciosa que se desarrollaría a partir del interior del núcleo del Estado, “narradores” del texto que habla de la escalada del ideal de igualdad y de la expansión de los derechos, en un proceso perenne de renovación de las antiguas instituciones. De Poder “mundo” a Tercer Gigante, los “siglos democráticos”, previstos por Tocqueville, serían aquellos en que “los juristas tal vez sean llamados a desempeñar el principal papel en la sociedad política que procura nacer”⁵⁵.

Por lo tanto, el poder judicial es visto como una institución activa, prepositiva y emancipadora. La idea de “mudez” utilizada por Werneck Vianna señala la característica liberal-clásica que admite al poder judicial como el simple aplicador de la ley. En el pensamiento de Tocqueville, el poder judicial aplica la ley (entendida de forma abstracta), como también reconoce leyes producidas a partir de las prácticas sociales y, simultáneamente, participa

law, o direito como uma narrativa continuada no tempo “a legislação dos antecedentes” da análise de Tocqueville produzida por juízes.

Tem-se, então, a sugestão de que o Poder Judiciário, a fim de assumir um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas, se desprenda do ideário e dos processos que conduziram, pela via da revolução, a passagem do mundo tradicional ao moderno, e que teriam dado o resultado da imobilização política daquele Poder⁵⁴.

A idéia de construção de direitos a partir de precedentes (common law), e não a partir de uma norma abstrata, chama atenção na análise de Tocqueville. Há uma compreensão bastante clara que admite o papel do judiciário como uma instituição essencial para a continuidade do processo de democratização da Europa (no contexto do Antigo Regime) e o já desencadeado nos Estados Unidos (no contexto da Democracia na América). Werneck Vianna, ao pensar a perspectiva tocquevilleana, nos aponta esse papel central ao afirmar que:

Os intelectuais do Judiciário seriam a consciência dessa revolução silenciosa que se desenrolaria a partir do interior do núcleo do Estado, “narradores” do texto que fala da escalada do ideal de igualdade e da expansão dos direitos, em um processo perene de renovação das antigas instituições. De Poder “mudo” a Terceiro Gigante, os “séculos democráticos”, previstos por Tocqueville, seriam aqueles em que “os juristas talvez sejam chamados a desempenhar o principal papel na sociedade política que procura nascer”⁵⁵.

Portanto, o Judiciário é visto como instituição ativa, propositiva e emancipadora. A idéia de “mudez” utilizada por Werneck Vianna nos aponta a característica liberal-clásica que admite o judiciário como o simples aplicador da lei. No pensamento de Tocqueville, o Judiciário não apenas aplica a lei (entendida de forma abstrata), como também reconhece leis produzidas a partir das práticas sociais e, simultaneamente, participa ativamente do processo de efetivação de direitos, notadamente

54 WERNECK VIANNA. Poder judiciário, “positivação do direito natural” e política. Estudos históricos, n. 18, Rio de Janeiro, 1996.p. 10.

55 Ibid., p. 12.

54 WERNECK VIANNA. Poder judiciário, “positivação do direito natural” e política. Estudos históricos, n. 18, Rio de Janeiro, 1996. p. 10.

55 Ibid., p. 12.

activamente del proceso de hacer efectivos los derechos, especialmente derechos políticos, lo que refuerza el ejercicio democrático de la ciudadanía. En este sentido, pensar el argumento de Tocqueville en su extremo señala una característica más de esta institución, que quizás sea la principal referencia del punto de vista del potencial de discusiones pero, en la práctica, es poco trabajada: el papel pedagógico ejercido por el poder judicial en el proceso de democratización. Se debe pensar en ambos aspectos: uno acerca del antiguo régimen y el otro acerca de la democracia en la América – conjuntamente:

Los hábitos judiciales fueron poco a poco tornándose como hábitos nacionales. También había tomado prestada a los tribunales la idea de que todos los negocios son pasibles de debates y todas las decisiones tienen derecho al recurso, además del hábito de la divulgación y el gusto por la forma, que son las cosas enemigas del servicio esclavo: ésta es la única parte de la educación de un pueblo libre que en el antiguo régimen dio. La administración mucho obtuvo del lenguaje y de los usos de la justicia. El rey se creía obligado siempre a justificar sus decretos y exponer sus razones antes de concluir; el consejo hacia anteceder sus sentencias con largos preámbulos⁵⁶.

El europeo, por consiguiente, apenas ve en el funcionario público la fuerza; el americano lo ve en el derecho. Por eso se puede decir que, en América, el hombre jamás obedece al hombre, sino a la justicia y a la ley⁵⁷.

En ambos análisis se observa un poder judicial que, en virtud de sus propias características organizacionales y administrativas, se extrapola para el mundo social para, de cierto modo, imprimir un cierto ethos del ejercicio de la ciudadanía. La lógica es que la institución pase a influenciar a los ciudadanos, a medida que los ciudadanos pasen a influenciar a la institución bajo una perspectiva substancialmente ética. Quizás, el debate acerca de ese papel pedagógico del poder judicial, a pesar de no ser muy frecuente en la literatura, sea la clave para pensar en las propias discusiones sobre del activismo judicial y judicialización de la política, actualmente en curso. Este poder judicial pedagógico no se trata de una característica de la modernidad; su cotidianidad y práctica tienen influencia en el mundo social desde

direitos políticos, o que reforça o exercício democrático da cidadania. Neste sentido, pensar o argumento de Tocqueville em seu extremo nos aponta mais uma característica desta instituição, que talvez seja a principal característica do ponto de vista do potencial de discussões mas, na prática, é pouco trabalhada: o papel pedagógico exercido pelo Judiciário no processo de democratização. Pensemos ambos os trechos abaixo – um sobre o antigo regime e outro sobre a democracia na América – conjuntamente:

Os hábitos judiciários foram pouco a pouco se tornando hábitos nacionais. Também tinha-se tomado emprestado aos tribunais a idéia de que todos os negócios são passíveis de debates e todas as decisões têm direito ao recurso, além do hábito da divulgação e o gosto pela forma, que são todas coisas inimigas da servidão: esta é a única parte da educação de um povo livre que o antigo regime nos deu. A própria administração muito tirou da linguagem e dos usos da justiça. O rei achava-se obrigado a sempre justificar seus decretos e expor suas razões antes de concluir; o conselho fazia anteceder suas sentenças com longos preâmbulos⁵⁶.

O europeu, não raro, apenas vê no funcionário público a força; o americano vê nele o direito. Por isso, se pode dizer que, na América, o homem jamais obedece ao homem, mas à justiça e à lei⁵⁷.

Em ambas as análises, se observa um judiciário que, em virtude suas próprias características organizacionais e administrativas, extrapola-se para o mundo social para, de certo modo, imprimir um certo ethos de exercício da cidadania. A lógica é que a instituição passa a influenciar os cidadãos, ao passo que os cidadãos passam a influenciar a instituição sob uma perspectiva substancialmente ética. Talvez, o debate sobre esse papel pedagógico do judiciário, apesar de não muito freqüente na literatura, seja a chave para pensar as próprias discussões sobre ativismo judicial e judicialização da política, atualmente em curso. E, cabe frisar, não se trata de uma característica da modernidade este Judiciário pedagógico, pois seus cotidianos e práticas têm influenciado o mundo social desde o antigo regime, certamente em virtude do próprio grau de independência que desfrutava neste contexto, como o próprio Tocqueville analisou.

56 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 120.

57 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 79.

56 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 120.

57 TOCQUEVILLE, Op. cit., p. 79.

el antiguo régimen, ciertamente en virtud del propio grado de independencia que se disfrutaba en este contexto, como el propio Tocqueville analizó.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Tocqueville, además de ser singular, es reiterativo. Al iniciar este texto, se señalaron a las principales características biográficas del autor para comprender, mínimamente, los objetivos y motivaciones presentes en su investigación sobre la Democracia en América y, concomitantemente, para buscar elementos que nos permitan pensar en el caso francés, ya sea en su versión feudal, o sea en su versión democrática. Al analizar la relación entre Tocqueville y el campo jurídico, se observa el potencial analítico que el autor nos ofrece, a modo de proponer una discusión acerca del ámbito de la democracia, la cuestión del asociativismo, de la descentralización y del proceso de construcción de derechos. Además, el análisis quedaría incompleto si no reflejará la relación que se desarrolla en el interior de las instituciones, una vez que el propio Tocqueville confería el papel central a ellas. El examen de las instituciones estatales, legislativas y, en especial jurídicas, en los que revela que la relación entre ellas es mucho más de tensión que de armonía, confronta decisivamente con la teoría liberal-clásica. De la misma forma, se puede observar cómo el Poder Judicial se configura, tanto en el antiguo régimen como en la democracia, como una Institución esencial en el proceso de garantía de derechos y, aún más, en el proceso de educación cívica de los individuos a partir de la programación de un ethos.

En suma, se pensó en la estructura de pensamiento tocquevilleana, los atributos esenciales para la construcción de derechos y el lugar a las instituciones (en especial la jurídica) en este proceso. Pero una conclusión basada solamente en estas dimensiones significativas recusa al papel que Tocqueville atribuye a los ciudadanos en el proceso de garantía y construcción de derechos. Básicamente, no bastaría más que reconocer el carácter en la forma de la ley o en los límites de la legalidad; ella extrapola el mundo jurídico para que, en el mundo social, adquiriera su sentido. Los derechos, por lo tanto, no deberían ser implementados de forma pasiva, una vez que cabe a los propios titulares su hecho efectivo. La ciudadanía civil, originaria de las constituciones burguesas, preconiza que el ciudadano participe del Estado a través del voto; pero hay otra forma de ejercicio de la ciudadanía que causa admiración de Tocqueville: la que preconiza que los individuos participen del

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tocqueville, além de singular, é instigante. Ao iniciarmos este texto, nos atemos às principais características biográficas do autor para compreender, minimamente, os objetivos e motivações presentes em sua pesquisa sobre a democracia na América e, concomitantemente, para buscar elementos que nos permitam pensar o caso francês, seja em sua versão feudal, seja em sua versão democrática. Ao analisamos a relação entre Tocqueville e o campo jurídico, pudemos observar o potencial analítico que o autor nos oferece, de modo a travar uma discussão sobre o âmbito prático da democracia, a questão do associativismo, da descentralização e do processo de construção de direitos. Porém, a análise ficaria incompleta se não refletíssemos sobre a relação que se desenvolve no interior das instituições, uma vez que o próprio Tocqueville conferia papel central a elas. O exame das instituições estatais, legislativas e, em especial, jurídicas nos revela que a relação entre elas é muito mais de tensão do que de harmonia, o que confronta decisivamente com a teoria liberal-clássica. Da mesma forma, pudemos observar como o Judiciário se configura, tanto no antigo regime quanto na democracia, como uma instituição essencial no processo de garantia de direitos e, ainda mais, no próprio processo de educação cívica dos indivíduos a partir da propagação de um ethos.

Em suma, pensou-se na estrutura de pensamento tocquevilleana, os atributos essenciais para a construção de direitos e o lugar as instituições, em especial a jurídica, neste processo. Mas uma conclusão baseada somente nestas dimensões significaria uma recusa ao papel que Tocqueville atribui aos próprios cidadãos no processo de garantia e construção de direitos. Basicamente, não bastaria mais reconhecer o caráter cidadão do direito. A conquista do direito, segundo Tocqueville, não se daria mais na forma da lei ou nos limites da legalidade; ela extrapola o mundo jurídico para, no mundo social, adquirir o seu sentido. Os direitos, portanto, não deveriam ser implementados de forma passiva, uma vez que cabe aos seus próprios titulares a sua efetivação. A cidadania civil, originária das constituições burguesas, preconiza que o cidadão participe do Estado através do voto; mas há uma outra forma de exercício da cidadania que causa admiração de Tocqueville: a que preconiza que os indivíduos participem do Estado através do voto e através de instâncias contínuas de participação, ganhando relevo o local, a comuna, etc. E se trata de um argumento que ganhou força

Estado a través del voto y a través de instituciones continuas de participación, ganando relevo local la comuna, por mencionar alguna. Se trata de un argumento que ganó fuerza en los siglos posteriores. Obsérvese la crítica de Oliveira Vianna en la primera mitad del siglo XX:

Puros teorizadores profesan todos ellos el fetichismo de los Reglamentos y parecen acreditar piamente en la eficacia civilizadora de las ordenanzas. Parece que una página del Diario Oficial de Río – destaca en letras mayúsculas que la maravilla idealizada, del “sueño” – bastará para penetrar y transformar, de repente como un milagro toda la conciencia nacional⁵⁸.

En concurrencia a lo anterior, el esfuerzo para ser efectivos los derechos, en la perspectiva de Tocqueville, remite al proceso de hacer ciudadanos, o sea, al proceso de tornar garantías formales efectivamente ejercidas por los actores sociales en su cotidianidad; no se trata más de tener el derecho, sino de ejercerlo. Indispensablemente, se debe lograr que derecho sea efectivamente ejercido e implementado, no por el Estado, sino por los propios titulares. En su análisis acerca de la democracia en la América, el autor afirma:

Los hombres que habitan los países democráticos, si no tienen superiores ni inferiores, ni socios habituales y necesarios, se recogen de buen grado para sí mismos y se consideran aislados. Tuve la ocasión de demostrar eso ampliamente en el abordaje del individualismo.

Por lo tanto, es siempre con esfuerzo que estos hombres se retiran de sus tareas particulares para ocuparse de las tareas públicas; su tendencia natural es la de dejarlos a cargo del único representante visible y permanente de los intereses colectivos, que es el Estado⁵⁹.

La preocupación de Tocqueville consiste en el peligro de que las personas se vuelvan a su foro privado, no dando importancia a las cuestiones de naturaleza pública y confiriendo, por consecuencia, amplia arbitrariedad y posibilidad de acción al Estado. De hecho, el individualismo no aleja al individuo

nos séculos posteriores. Observe a crítica de Oliveira Vianna na primeira metade do século XX:

Puros teorizadores, professam todos eles o fetichismo dos Regulamentos e parecem acreditar piamente na eficácia civilizadora das portarias. Figura-se-lhes que uma página do Diário Oficial do Rio – em que cristalizam em letra de fôrma a maravilha ideada, o “sonho” – bastará para penetrar e transformar, num repente milagreiro, toda a consciência nacional⁵⁸.

Em decorrência disto, o esforço para a efetivação de direitos, na perspectiva de Tocqueville, remete ao próprio processo de cidadanização, ou seja, ao processo de tornar garantias formais efetivamente exercidas pelos atores sociais em seu cotidiano; não se trata mais de se ter o direito, mas de exercê-lo. Mais precisamente, deve-se fazer com que este direito seja efetivamente exercido, lutado e implementado não pelo Estado, mas pelos seus próprios titulares. Em sua análise sobre a democracia na América, o autor afirma:

Os homens que habitam os países democráticos, se não têm nem superiores, nem inferiores, nem sócios habituais e necessários, recolhem-se de bom grado para si mesmos e se consideram isolados. Tive a ocasião de demonstrar isso amplamente na abordagem do individualismo.

Portanto é sempre com esforço que estes homens se retiram de seus afazeres particulares para se ocupar dos afazeres públicos; sua tendência natural é a de deixá-los a cargo do único representante visível e permanente dos interesses coletivos, que é o Estado⁵⁹.

A preocupação de Tocqueville consiste no perigo das pessoas se voltarem tanto ao seu foro privado que acabam não dando importância às questões de natureza pública, conferindo, por consequência, ampla arbitrariedade e possibilidade de ação ao Estado. De fato, o individualismo não afasta os indivíduos da esfera pública, “mas limita e distorce seu entendimento sobre ela. Se a ação humana é sempre a expressão espontânea de

58 OLIVEIRA VIANNA, F. J. Instituições políticas brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 1987. p. 91-92.

59 TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América. In: WEFFORT, F. C. Os clássicos da política (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003. p. 180.

58 OLIVEIRA VIANNA, F. J. Instituições políticas brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 1987. p. 91-92.

59 TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América. In: WEFFORT, F. C. Os clássicos da política (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003. p. 180.

de la esfera pública, “pero limita y distorsiona su entendimiento acerca de ella. Si la acción humana es siempre la expresión espontánea de afección o cálculo racional del propio interés, entonces cuando la primera falla apenas la segunda resta”⁶⁰.

Esencialmente, la preocupación es que el individuo ocasione un descanso a la esfera pública, de modo que las personas se desinteresen por los asuntos de la colectividad, lo que ocasiona “una creciente indiferencia cívica que constituye el caldo de cultivo de la emergencia de un nuevo tipo de despotismo”⁶¹.

Más allá, Werneck Vianna afirma que la “irreversibilidad del proceso de democratización no se traduce necesariamente en un camino de afirmación del hombre en la historia, puede ser incluso su contrario”⁶². Por eso, democratizar sin el correspondiente ejercicio de la ciudadanía puede llevar a una forma de despotismo-democrático en que “la uniformidad de ideas y sentimientos aparecen en ese momento para organizar a todos los pobres en las manos de una única autoridad que permanece sobre de todos igualmente: el poder central”⁶³. Y este despotismo, en su versión democrática, no se fundaría en el miedo sino en el “consentimiento de los ciudadanos: los individuos proyectarían espontáneamente su papel decisivo en los conflictos comunes a cambio de un Estado que garantice la tranquilidad y la consecución de los negocios privados de cada uno”⁶⁴ lo que, sociológicamente, es la “substitución del interés bien comprendido por el individualismo egoísta”⁶⁵. De esta forma, se puede entender la acción política como una regla de sociabilidad más que una forma pura y simple de llegar al poder.

afeição ou o cálculo racional do próprio interesse, então quando a primeira falha apenas a segunda resta”⁶⁰.

Essencialmente, a preocupação é que o individualismo ocasione um descanso pela esfera pública a ponto das pessoas se desinteressarem pelos assuntos da coletividade, o que ocasiona “uma crescente indiferença cívica que constitui o caldo de cultura da emergência de um novo tipo de despotismo”⁶¹.

Indo além, Werneck Vianna nos aponta que a “irreversibilidade do processo de democratização não se traduz necessariamente num caminho de afirmação do homem na história, e pode até importar o seu contrário”⁶². Por isso, democratizar sem o correspondente exercício da cidadania pode levar a um tipo despótico-democrático, em que a “a uniformidade de idéias e sentimentos vêm neste momento para organizar todos os poderes nas mãos de uma única autoridade que permanece acima de todos igualmente: o poder central”⁶³. E este despotismo, em sua versão democrática, não se fundaria no medo, “mas no consentimento dos cidadãos: os indivíduos abririam mão espontaneamente de seu papel decisório nos conflitos comuns em troca de um Estado que garantisse a tranquilidade e a consecução dos negócios privados de cada um”⁶⁴, o que, sociologicamente, enseja a “substituição do interesse bem compreendido pelo individualismo egoísta”⁶⁵. Desta forma, podemos entender a ação política muito mais como uma regra de sociabilidade do que como uma forma pura e simples de se chegar ao poder.

60 BELLAH, R. N. The quest for the self: individualism, morality and politics. In: MASUGI, K. Interpreting toqqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p. 343.

61 JASMIN, Op.cit., p.37.

62 WERNECK VIANNA, Op. cit., p.94.

63 MARINI, Op. cit., p. 283-284.

64 GAHYVA, Op. cit.,

65 Ibid.

60 BELLAH, R. N. The quest for the self: individualism, morality and politics. In: MASUGI, K. Interpreting toqqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p. 343.

61 JASMIN, Op. cit., p. 37.

62 WERNECK VIANNA, Op. cit., p. 94.

63 MARINI, Op.cit., p. 283-284.

64 GAHYVA, Op. cit.,

65 Ibid.

Bibliografía

BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger. Paris: Gallimard, 1984.

BELLAH, R. N. The quest for the self: individualism, morality and politics. In: MASUGI, K. Interpreting tocqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991.

BOESCHE, R. Introduction. In: TOCQUEVILLE, A. Selected letters on politics and society (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985.

BONAVIDES, P. Do Estado liberal ao Estado social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

GAHYVA, H. Tocqueville e Gobineau no mundo dos iguais. *Em*: Revista Dados, vol. 49, n 3, Rio de Janeiro, 2006.

JASMIN, M. Alexis de Tocqueville. A historiografia como ciência da política. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2005.

LAMBERTI, J. C. Tocqueville et les deux démocraties. Paris: PUF, 1983.

MARINI, J. Centralized administration and the "new despotism". In: MASUGI, K. Interpreting tocqueville's democracy in america. Savage: Rowman & Littlefield, 1991.

MARX, K. A questão judaica. In: WEFFORT, F. C. Os clássicos da política (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003.

MONTESQUIEU, C. de S. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA VIANNA, F. J. Instituições políticas brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 1987.

PERROT, M. Introduction. In: BEAUMONT, G. de. & TOCQUEVILLE, A. de. *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris: Gallimard, 1984.

TOCQUEVILLE, A de. *A democracia na américa*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977.

_____. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: Editora da UnB, 1979.

_____. *Selected letters on politics and society* (editado por Roger Boesche). Berkeley: University of California Press, 1985.

_____. *A democracia na América*. In: WEFFORT, F. C. *Os clássicos da política* (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003

WERNECK VIANNA, L J. *O problema do americanismo em tocqueville*. In: WERNECK VIANNA, L. J. *A revolução passiva. iberismo e americanismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *Poder judiciário, "positivação do direito natural" e política*. *Estudos históricos*, n. 18, Rio de Janeiro, 1996.

WINTHROP, D. *Rights: a point of honor*. In: MASUGI, K. *Interpreting tocqueville's democracy in america*. Savage: Rowman & Littlefield, 1991.